

Revista OABRJ

volume 24, número 1
julho a dezembro de 2008

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
Telefone (21) 2272.2001

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

Lauro Mario Perdigão Schuch

Secretário-Geral

Marcos Luiz Oliveira de Souza

Secretário-Geral Adjunto

Marcelo Feijó Chalhéo

Tesoureiro

Sérgio Eduardo Fisher

Conselho Consultivo do Centro de Documentação e Pesquisa

Alexandre Barenco Ribeiro

Gabriela Muniz Pinto

Joselice Aleluia Cerqueira de Jesus

Ricardo-César Pereira Lira

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Editoras

Daniele Gabrich Gueiros
Rosângela Lunardelli Cavallazzi
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

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
Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca
Mario G. Losano (Universidade Del Piemonte Orientale, Itália)
Miguel Lanzellotti Baldez
Paulo Eduardo de Araújo Saboya
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
Mario Sergio Medeiros Pinheiro
Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Secretaria

Débora Fortunata Bastos Rodrigues
Leandro Carvalho Paixão

Revisão e projeto gráfico

Claudio Cesar Santoro

Capa

Thiago Prado

Editorial

A *Revista da OABRJ* é mais um passo importante no processo de renovação da Seccional Rio, iniciado em 2007 e que se consolida a cada momento. Ao lado de vários outros projetos que têm sido implementados ao longo desses dois anos de gestão à frente da entidade, a *Revista da OABRJ* contribui de modo significativo no esforço de assegurar qualificação profissional aos colegas advogados, a fim de que todos possam se adequar às demandas de um mercado de trabalho cada vez mais complexo. A recuperação do prestígio e do papel da Seccional Rio da Ordem dos Advogados do Brasil perante os advogados e a sociedade brasileira, obtida durante os últimos meses, adquire com a Revista nova dimensão, na medida em que a Seccional ganha um importante instrumento de intervenção no debate teórico em torno do Direito e das questões importantes da contemporaneidade.

A *Revista OABRJ*, com periodicidade semestral, na perspectiva de ampliar o diálogo entre os intérpretes do Direito em suas múltiplas dimensões, se estrutura nas seguintes seções: 1. Marcos conceituais do campo jurídico; 2. Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência; 3. Fronteiras com a prática jurídica; 4. Memória da Advocacia, que apresentará uma entrevista com profissional destacado, sobre sua história de vida e de profissão; e 5. Direito em Revista, na qual serão divulgadas notícias da área. A qualidade dos artigos, a independência de suas posições e a pluralidade do material publicado são asseguradas pelo destacado Conselho Editorial formado por juristas de renome nacional e internacional.

Inauguramos este primeiro número inspirados nos 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, nos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no dever de resgatar a memória de luta dos advogados e da OAB pela consolidação da democracia. E prestigiamos juristas autores de grandes teses com repercussão nacional e internacional explicitando a atuação profissional. Nessa perspectiva, trazemos o relato do Dr. Benedito Calheiros Bomfim

sobre sua trajetória profissional, que evidencia sua atuação coerente, ética, e sua paixão pela profissão.

Os artigos, texto e pareceres de juristas renomados envolvem inúmeras e representativas temáticas no campo jurídico. Dentre outras, destacamos o aperfeiçoamento do Poder Judiciário nacional, a importância do espaço-tempo como condição para a compreensão e a produção da cultura jurídica brasileira contemporânea, e o campo dos Direitos Humanos.

No contexto de crise paradigmática em que vivemos, os textos apresentados propõem o aperfeiçoamento da legislação e das instituições políticas e jurídicas brasileiras e internacionais, além de caminhos para a eficácia e efetividade de direitos, nas mais diversas áreas do conhecimento jurídico. Para tanto, os textos indicam novos paradigmas para a interpretação constitucional, põem em discussão temas polêmicos na área da propriedade intelectual e da Bioética, constataam avanços jurisprudenciais na constitucionalização do Direito Civil, abordam a eficácia e efetividade do direito do consumidor.

A sociedade contemporânea exige respostas em forma de tutela de direitos e conduta ética compatíveis com a esperança necessária para a construção do presente, inspiradas pelas lutas passadas na projeção de futuro sólido e coerente com as incertezas do nosso cotidiano. A conduta ética pautada no processo de interpretação contínua em favor dos vulneráveis diz respeito à prevalência dos princípios dos Direitos Humanos.

O tempo é de vigília constante dos direitos, da coragem de realizar escolhas difíceis, sabendo das necessárias perdas, sem, contudo, desviar dos rumos do constante processo de consolidação da democracia. A *Revista da OABRJ* assumirá esses desafios e compromissos.

A proposta é ambiciosa, não por ser inédita, mas por insistir no caminho do reconhecimento da diversidade e da defesa do Estado de Direito, sem abdicar da defesa dos direitos humanos e da cidadania para todos, sem exceção.

Rio de Janeiro, 8 de dezembro de 2008.

Sumário

MARCOS CONCEITUAIS DO CAMPO JURÍDICO, 9

Alexandre Freitas Câmara, 11

Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático

Antonio Carlos Wolkmer, 33

Tradição humanista na trajetória da cultura jurídica no Brasil

Antônio Celso Alves Pereira, 43

Direitos do trabalhador imigrante indocumentado

Celso Lafer, 71

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – sua relevância para a afirmação da tolerância e do pluralismo

Fábio Konder Comparato, 89

Constituição e soberania: o caso brasileiro

Gabriel Francisco Leonardos, 109

Panorama da propriedade intelectual no Brasil

Gustavo Tepedino, 125

Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras

Ingo Wolfgang Sarlet, 143

Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa

Joaquim Falcão, 185

Uma reforma muito além do Judiciário

Luís Roberto Barroso, **201**

Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional

Luiz Edson Fachin, **261**

O futuro do Direito e o direito ao futuro

Ricardo-César Pereira Lira, **275**

A *occasio legis* do Código Civil de 1916 e a *occasio legis* do Código Civil de 2002

Tarso Genro, **293**

Constituição social e direitos efetivos

Vicente de Paulo Barretto, **301**

Bioética e estado democrático de direito

DÍALOGOS ENTRE A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA, **319**

Claudia Lima Marques, **321**

Processos repetitivos dos contratos bancários e o efeito útil no STJ da decisão da aplicação do CDC aos contratos com consumidores pessoas físicas da ADIN 2.591 (STF)

FRONTEIRAS COM A PRÁTICA JURÍDICA, **387**

Resenha de Os Grandes Sistemas Jurídicos, de Mario G. Losano, por Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, **389**

MEMÓRIA DA ADVOCACIA, **393**

Entrevista com o Advogado Dr. Benedito Calheiros Bomfim, **395**

DIREITO EM REVISTA, **419**

Notícias do Centro de Documentação e Pesquisa, **421**

NORMAS DE PUBLICAÇÃO, **425**

MARCOS CONCEITUAIS DO CAMPO JURÍDICO

Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático

Alexandre Freitas Câmara

INTRODUÇÃO

Tema que vem sendo objeto de intensa polêmica na doutrina especializada é o da legitimidade democrática de se atribuir ao juiz o poder de determinar *ex officio* a produção de provas no processo civil. A questão é importante quando se busca determinar – como tem feito a doutrina processual brasileira mais recente – o modelo constitucional de processo civil estabelecido a partir da entrada em vigor da Constituição da República de 1988.

A necessidade de se criar um sistema processual democrático para um Estado Democrático é inegável. Afinal, sendo o processo um instrumento de realização dos escopos do Estado, deve ele se revelar como um microcosmo do Estado a que serve. No caso brasileiro, há uma solene promessa constitucional de que aqui se estabelecerá um Estado Democrático de Direito e, por isso, é dever de todos quantos buscam contribuir para a compreensão do sistema processual civil brasileiro a compatibilização dos fenômenos processuais com o regime democrático.

A polêmica sobre o tema de que aqui se vai tratar tem sido mais constante na Europa do que no Brasil. Já houve, porém, quem entre nós tratasse dele. O que pretendo com este modesto trabalho é apresentar uma contribuição à discussão desse assunto, relevante para que se determine qual a configuração do processo civil que se deve buscar construir. Afinal de contas, o processo deve ser um instrumento de acesso à justiça (isto é, de acesso a uma ordem jurídica justa), e se, como dizia antigo *slogan* da Ordem dos Advogados do Brasil, “sem justiça não há democracia”, de outro lado não é menos certo que *sem democracia não há justiça*.

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O juiz tem, no processo civil brasileiro, o poder de conduzir a instrução do processo. Tal poder (que se desdobra em vários poderes “menores”, como os de determinar as provas que serão produzidas, de conduzir sua produção e de valorar cada prova produzida, por exemplo) está descrito, fundamentalmente, em dois dispositivos do Código de Processo Civil: os Arts. 130 e 131. É a seguinte a redação dos citados dispositivos legais:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Vê-se, da leitura desses dois dispositivos, que ao juiz incumbe determinar as provas que serão produzidas (e indeferir as que se pretenda produzir mas sejam inúteis ou protelatórias) e, após sua produção, as valorar livremente, apresentando no provimento que venha a emitir os fundamentos de sua decisão.

Há aí, pois, dois aspectos fundamentais: o juiz tem o poder de determinar que provas serão produzidas e, além disso, deve valorar tais provas segundo o sistema da *persuasão racional* (também chamado de *livre convencimento*

motivado).¹ Interessa ao presente estudo o primeiro destes aspectos: o poder do juiz de determinar as provas que serão produzidas. E sobre o ponto é claro o texto da lei ao estabelecer que tal determinação poderá ocorrer *ex officio*.

A doutrina brasileira, porém, não é pacífica a respeito do alcance desse poder do juiz. Assim, por exemplo, escreveu eminente processualista:²

Cumprе observar, porém, que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença. A regra é que as provas sejam produzidas pelas partes; por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa.

Em sentido assemelhado manifestou-se outro processualista de São Paulo:³

Como se disse, essa autorização deve ser interpretada coerentemente com a sistemática do Código, em especial, com o princípio da igualdade das partes. Assim, conclui-se que não pode o juiz substituir a iniciativa probatória, que é própria de cada parte, sob pena de estar auxiliando essa parte e violando a igualdade de tratamento que elas merecem. A atividade probatória do juiz não pode substituir a atividade de iniciativa das partes. Para não inutilizar o dispositivo resta interpretar que o juiz, na verdade, poderá determinar provas, de ofício, nos procedimentos de interesse público, como, por exemplo, os de jurisdição voluntária, e nos demais processos, de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando a prova produzida foi insatisfatória para o seu convencimento. Isto ocorreria, por exemplo, após uma perícia requerida pela parte, no tempo e no local devido, e que fosse inconclusiva, podendo, pois, o juiz deter-

¹ Sobre o sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, consulte-se Theodoro Júnior (2003, p. 378-379).

² Santos (1989, p. 351).

³ Greco Filho (2003, p. 227-228).

minar de ofício nova perícia. Afora esses casos excepcionais, não pode o juiz tomar a iniciativa probatória, sob pena de violar o sistema da isonomia, e sob pena de comprometer-se com uma das partes extinguindo, com isso, o requisito essencial da imparcialidade.

Encontra-se, pois, entre os doutrinadores brasileiros, quem afirme o caráter necessariamente supletivo da iniciativa probatória do magistrado. A não ser assim, segundo os defensores dessa tese, estaria violada a imparcialidade do juiz, que ao determinar a produção de provas *ex officio* substituiria a atividade da parte e acabaria por favorecer a que fosse beneficiada pela prova produzida por iniciativa do juiz.

Tal entendimento, porém, está muito longe de ser pacífico. Autores há, no Brasil, que sustentam posição diversa e negam caráter supletivo ao poder de iniciativa probatória do juiz. Este é, por exemplo, o entendimento de importante processualista contemporâneo:⁴

Daí por que o Art. 130 do Código de Processo Civil deve ser interpretado da maneira mais ampla possível: *o juiz pode, em qualquer caso, determinar a realização de provas*. E as regras particulares (Arts. 342, 382, 437) devem ser consideradas meramente explicitantes.

E, mais adiante, prossegue o ilustre jurista:⁵

Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da “*postura instrumentalista* que envolve a ciência processual”. Essa postura favorece, sem dúvida, a “eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos”. Contribui, enfim, para a “efetividade do processo”, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa.

⁴ Bedaque (2001, p. 159).

⁵ Ibid., p. 161-162.

A opinião do ilustre jurista citado também está longe de ser isolada. Veja-se, por exemplo, esta outra manifestação:⁶

Nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios.

O Código de Processo Civil, como se viu, dá ao juiz o poder de determinar, de ofício, as provas que devem ser produzidas. A questão a enfrentar – na interpretação do dispositivo legal – é a referente ao caráter (suplementar da atividade probatória das partes ou não) desse poder.

Tenho para mim que a correta interpretação do Art. 130 do CPC é a que leva à afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz. E digo isto com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz. Afinal, quando o juiz determina de ofício a produção de uma prova, não tem ele conhecimento da parte que tal prova beneficiará. Ademais, se o juiz que determina a produção de uma prova fosse parcial (em favor daquele a quem a prova beneficiará), o juiz que permanecesse passivo e não determinasse a produção da prova também seria parcial (em favor daquele a quem a prova prejudicaria). Isto mostra o equívoco do entendimento oposto.

O que importa a este ensaio, porém, não é a interpretação pura e simples do disposto no Art. 130 do Código de Processo Civil, mas a verificação de sua conformidade constitucional. Em outras palavras, o que se busca é saber se a concessão de amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz está ou não de acordo com o regime democrático e, por conseguinte, com o modelo constitucional do direito processual civil brasileiro. É o que se passa a examinar.

⁶ Didier Júnior, Braga e Oliveira (2007, p. 52).

ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

No direito comparado encontram-se basicamente dois diferentes modelos: de um lado, há ordenamentos jurídicos que não atribuem ao juiz qualquer poder de iniciativa probatória; de outro lado, há ordenamentos que atribuem ao juiz (em maior ou menor medida) tal poder.

Assim é que, por exemplo, no modelo processual norte-americano, em que se adota o chamado sistema *adversary* (termo para o qual não há tradução perfeita para o português), o juiz é passivo e não tem poder de iniciativa probatória. O juiz no sistema *adversary*

non abbia poteri istruttori autonomi da esercitare al fine di integrare le attività di parte onde pervenire ad un accertamento completo della verità. Si ritiene anzi che poteri di questo genere colpirebbero quell'aspetto essenziale della *fairness* del *trial* che consiste nella più assoluta parità formale delle parti.⁷

Em contrapartida, nos sistemas jurídicos alemão e suíço, o juiz tem amplos poderes de iniciativa instrutória.⁸

Entre os ordenamentos que atribuem poderes de iniciativa instrutória ao juiz, porém, há diversas gradações. Em alguns sistemas, esses poderes são muito amplos, como se dá no direito francês. O Art. 10 do *Nouveau code de procédure civile* estabelece:⁹ “Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction, légalement admissibles”.

Há, também, ordenamentos que atribuem ao juiz poderes de iniciativa instrutória limitados, como é o caso da Itália. A doutrina italiana mais moderna sustenta que, a fim de evitar o caráter inquisitório do processo civil, a lei atribui caráter taxativo e, portanto, excepcional aos poderes de iniciativa probatória oficiosa que expressamente reconhece ao juiz.¹⁰ Nesse país, por exemplo, o Art. 281-ter, acrescentado ao codice di procedura civile em 1998, tem a seguinte redação:

⁷ Taruffo (1979, p. 20-21).

⁸ Id., 2006, p. 457.

⁹ Vigorant na França, simultaneamente, dois códigos processuais: o *Ancien code de procédure civile*, de 1806, e o *Nouveau code de procédure civile*, de 1976.

¹⁰ Arieta, De Santis e Montesano (2002, p. 276).

Art. 281-ter. Il giudice può disporre d'ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli, quando le parti nella esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità.

Evidentemente, os limites do poder de iniciativa instrutória do juiz variam muito de um ordenamento para outro, e seria absolutamente impossível apresentar, aqui, todos os possíveis modelos existentes. Importa, porém, saber que não há apenas ordenamentos “radicais”, que se encontram em alguma das extremidades do espectro, mas também os que se põem entre um extremo e outro, uns mais perto de um dos extremos, outros mais perto do oposto.

O que é inegável é que não se pode fazer uma relação automática entre democracia (ou autoritarismo) e adoção de um ou outro desses modelos. A ninguém será dado negar o caráter democrático do Estado suíço, em que são atribuídos amplos poderes de iniciativa probatória ao juiz. Do mesmo modo, ninguém em sã consciência pode negar o caráter democrático do sistema norteamericano, em que vigora o modelo oposto.

Também entre ordenamentos autoritários, todos os modelos podem ser encontrados. Assim, por exemplo, no ordenamento processual soviético, atribuíam-se ao juiz amplíssimos poderes instrutórios, e de outro lado não houve ampliação dos poderes instrutórios na Alemanha nazista ou na Itália fascista.¹¹

Importa, porém, saber se a norma veiculada pelo Art. 130 do CPC brasileiro, que atribui amplos poderes de iniciativa instrutória ao juiz, está ou não de acordo com o modelo constitucional de processo civil estabelecido a partir da Constituição da República, que proclama o caráter Democrático de Direito do Estado. Para isso, é preciso examinar a legitimidade como característica da democracia, o que se passa a fazer.

O PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO: A NECESSÁRIA LEGITIMIDADE DOS FINS E DOS MEIOS

É por todos sabido que o processo, instrumento de realização da jurisdição, é um microcosmo do Estado a que serve. Em outros termos, significa isto dizer que o processo deve respeitar todos os princípios e valores que constituem a base do Estado em que se desenvolve. Sendo a República Federativa

¹¹ Como ensina Taruffo (2006, p. 457-458).

do Brasil um Estado Democrático de Direito (ou, ao menos, havendo a solene promessa constitucional de que aqui se instale um Estado com tal natureza), impende observar no processo brasileiro todos os princípios e valores que informam tal modelo de Estado.

Pois é ponto pacífico que só há democracia (e, portanto, Estado Democrático de Direito) onde haja legitimidade no exercício do poder. Em obra de autorizado estudioso da Teoria Geral do Estado, encontra-se afirmado que a democracia representativa (modelo que, indubitavelmente, foi o proposto pela Constituição da República Federativa do Brasil) só será eficazmente aplicada se existirem “instituições capazes de viabilizar a política do governo e legitimadas pelo voto ou outras manifestações da vontade popular”.¹² O *princípio da legitimidade* já era considerado, em clássica obra, conteúdo de princípio constitucional que rege o exercício do poder estatal.¹³

Assim, é preciso que também o processo civil seja legítimo como instrumento de exercício de jurisdição. E para isso é preciso que sejam legítimos não só os fins a que se destina o processo civil, mas também os meios de que se vale para alcançá-los.

A moderna doutrina do direito processual civil afirma que os fins do processo são os próprios escopos da jurisdição. Assim é que o processo tem três diferentes escopos: sociais, jurídico e políticos.¹⁴

Escopos sociais da jurisdição são *pacificar com justiça e educação*. Escopo jurídico é a *atuação da vontade concreta do direito objetivo*. Escopos políticos são afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), concretizar o culto à *liberdade* e assegurar a *participação* dos cidadãos nos destinos da sociedade.

Ninguém duvida, evidentemente, da legitimidade democrática desses escopos do processo (e da jurisdição). Afinal, uma sociedade em que o direito objetivo é atuado nos casos concretos submetidos à jurisdição, em que a sociedade é educada acerca de seus direitos e deveres, em que os conflitos são pacificados de forma justa, em que o Estado decide imperativamente, respeitadas as liberdades e com participação popular na formação de seus destinos, é, indubitavelmente, uma sociedade democrática.

¹² Figueiredo (2001, p. 84).

¹³ Accioli (1985, p. 325).

¹⁴ Sobre os escopos da jurisdição, consulte-se Dinamarco (1996, p. 149 et seq.).

Não basta, porém, que os fins do processo estejam de acordo com o modelo democrático que se pretende ver observado no Estado brasileiro. Também os meios para alcançá-los precisam ser qualificados pela legitimidade. É que na democracia os fins não justificam os meios.

Assim, de nada valeria, por exemplo, um processo que atuasse a vontade concreta do direito objetivo sem que nele se permitisse a efetiva participação, em contraditório, dos interessados no provimento final. Do mesmo modo, seria ilegítimo um processo que, a pretexto de promover a execução forçada de um crédito, privasse o executado do mínimo existencial (penhorando e expropriando, por exemplo, verbas alimentares que ele percebe).

A legitimidade democrática dos meios é, em outros termos, a legitimidade democrática do próprio processo, vista aqui sua instrumentalidade em seu aspecto negativo (ou seja, a partir da premissa segundo a qual o processo é um meio, e não um fim em si mesmo).

Pois é aqui que reside a questão fundamental posta neste estudo: é legítima a atribuição ao juiz do poder de iniciativa probatória no processo civil? Caso não seja, ter-se-á de afirmar a incompatibilidade da interpretação dada anteriormente ao Art. 130 do CPC com o teor da Constituição da República. Chega-se, então, ao objeto central deste ensaio.

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO ART. 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diante do que foi até aqui exposto, impõe-se examinar o Art. 130 do Código de Processo Civil à luz do princípio da legitimidade, de forma a verificar sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Em outros termos, o que se vai verificar, agora, é se é legítimo, em um processo civil democrático, que ao juiz sejam atribuídos poderes de iniciativa probatória.

A questão, como anteriormente afirmado, é extremamente polêmica. Impende, portanto, examinar os argumentos dos que são contra ou a favor dessa atribuição de poderes, a fim de que se possa chegar a uma conclusão a respeito do ponto.

Não se pode, porém, fazer esse exame sem que duas premissas sejam estabelecidas: *primeiro*, é preciso reconhecer que o conceito de democracia não é estático nem universal. Deve-se admitir a existência de vários diferentes modelos democráticos de Estado. Pense-se, por exemplo, em modelos como

o norte-americano e o sueco. Ninguém negaria a ambos a qualificação de democráticos, embora sejam Estados com configurações completamente diferentes.

Segundo, é preciso afirmar que o modelo de processo civil que serve para um Estado deve estar de acordo com a configuração desse próprio Estado. Assim, o modelo processual norte-americano certamente não serviria para a Suécia (e vice-versa), já que esses Estados têm configurações completamente diferentes.

Disso se conclui que o direito comparado, aqui, serve apenas como subsídio para o estudo, mas não será decisivo na resposta à questão que se quer enfrentar. Afinal, o que importa é saber se a atribuição ao juiz *brasileiro* de amplos poderes de iniciativa probatória é ou não compatível com o modelo *brasileiro* de Estado Democrático.¹⁵

Pois há autores que afirmam, categoricamente, que a atribuição de poderes de iniciativa probatória ao juiz, permitindo-lhe determinar *ex officio* a produção de provas, contraria o sistema democrático.

Assim, por exemplo, há quem sustente que a atribuição ao juiz do poder de determinar, de ofício, a produção de provas não estaria de acordo com um modelo garantista de processo, mas com um sistema autoritário.¹⁶

Importante processualista espanhol tratou do tema com as seguintes palavras:¹⁷

No hay obstáculo alguno en aumentar las facultades procesales (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de parte en impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se prima al interés público sobre el privado, pero sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material.

¹⁵ Essa ligação entre o modelo de Estado e o modelo processual adotado é estabelecida como premissa de trabalho em importantíssima obra de direito processual comparado: Damaška (2005, p. 39).

¹⁶ Alvarado Velloso (s.d., p. 307-310).

¹⁷ Montero Aroca (2001, p. 72).

Em posição oposta, e com críticas à teoria de Montero Aroca, afirmou um dos mais influentes juristas da atualidade:¹⁸

[...] è interessante sottolineare che quando si muove dalla premessa ideologica per cui non si dovrebbero attribuire al giudice poteri di iniziativa istruttoria, ciò porta a concludere che bisogna rinunciare all'idea che nel processo possa essere conseguita – o debba essere ricercata – la verità dei fatti. Non a caso uno degli autori che con maggiore enfasi afferma la natura autoritaria dei sistemi che attribuiscono al giudice questi poteri, e quindi è favorevole alla loro eliminazione, afferma anche che bisogna “umilmente” rinunciare alla verità nell'ambito del processo. In sostanza: se l'accertamento della verità dei fatti non interessa, allora non vi è bisogno di munire il giudice di poteri istruttori autonomi per consentirgli di accertarla quando a questo scopo le iniziative delle parti risultano insufficienti; reciprocamente, se si condividono le ragioni ideologiche per le quali si ritiene che il giudice non debba essere dotato di questi poteri, allora è coerente ritenere che il processo non possa, e comunque non debba, essere orientato verso l'accertamento della verità dei fatti.

Na doutrina brasileira, um de nossos mais respeitados processualistas dedicou todo um trabalho a combater os principais argumentos da corrente que sustenta a necessidade de se retirar do juiz os poderes de iniciativa probatória.¹⁹

Penso, antes de tudo, que a questão aqui enfrentada, como qualquer outra, deve ser enfrentada sem que se busque uma tomada de posição maniqueísta. Como tudo o mais, é preciso reconhecer que ambas as teorias sustentadas têm pontos favoráveis e desfavoráveis. Como disse importante processualista,²⁰

La prospettiva inquisitoria nell'acquisizione dei mezzi istruttori ha com'è noto i suoi *pro* ed i suoi *contro*. Sotto il primo profilo forse

¹⁸ Taruffo (2006, p. 472).

¹⁹ Moreira (2007, p. 87 et seq.).

²⁰ Ricci (2005, p. 100).

può consentire un più completo accertamento della verità, per l'ipotesi che i contendenti non abbiano saputo istruire la causa come si deve. Sotto il secondo profilo reca però insito il pericolo che l'ammissione di una prova d'ufficio possa aprire la strada, come già avvenne nei primi tempi dell'applicazione del processo del lavoro, ad un inserimento nel processo ad opera del giudice di fatti non dedotti dalle parti, con l'evidente rischio di fare breccia del consolidato principio per cui l'onere delle allegazioni spetta solo ad esse.

De outro lado, não se pode buscar aqui a elaboração de uma construção teórica simplista, em que se faça uma ligação imediata entre a atribuição de poderes de iniciativa probatória ao juiz e um modelo processual autoritário, ou entre a ausência desses poderes e um modelo processual garantista, democrático. Volto a citar a lição de Taruffo:²¹

[...] non esiste alcuna connessione tra l'attribuzione al giudice di più o meno ampi poteri di iniziativa istruttoria e la presenza di regime politici autoritari ed antidemocratici. L'analisi comparatistica mostra infatti che nei principali ordinamenti europei – sul carattere democratico dei quali non è sensatamente possibile avere incertezze – si configura un ruolo attivo del giudice nell'acquisizione delle prove rilevanti per la decisione sui fatti. Si potrà dire che questi ordinamenti non si ispirano ad un'ideologia di tipo liberale classico, ossia di tipo ottocentesco, dato che in molti di essi lo Stato assume un ruolo attivo in numerosi settori della vita sociale, ma questo è un altro e diverso problema, che attiene in generale al ruolo dello Stato, così come esso è venuto definendosi in tutti gli ordinamenti moderni. Ancora una volta, tuttavia, emerge l'esigenza fondamentale di evitare confusioni concettuali ed ideologiche: un sistema può non ispirarsi all'ideologia del liberalismo ottocentesco, senza con questo cessare di essere democratico, e soprattutto senza diventare autoritario o totalitario solo perchè attribuisce al giudice un ruolo attivo nell'acquisizione delle prove.

²¹ Taruffo (2006, p. 468).

Penso, porém, que não se pode examinar a matéria sem que se busque determinar qual é o papel do Estado (e, nesse ponto, ousar discordar de Taruffo quando – no trecho que acabo de citar – afirma o notável jurista que isto seria “un altro e diverso problema”. A meu juízo trata-se do mesmo problema, pois o juiz nada mais é do que o agente do Estado no processo, e, através de sua atuação, busca o Estado a realização de seus próprios escopos (entre os quais seus escopos políticos).

Assim sendo, não vejo como se possa examinar a legitimidade da atribuição ao juiz brasileiro de poderes de iniciativa probatória sem que se faça uma análise do modelo de Estado que se busca construir no Brasil.

Ensina importante estudioso do direito comparado que há dois modelos de Estado:²² o Estado reativo e o Estado ativo.²³

No Estado reativo, busca-se fornecer uma estrutura que permita aos cidadãos perseguir os escopos que tenham escolhido. Seus instrumentos devem liberar as forças espontâneas da autogestão social. Esse modelo de Estado não conhece noções de interesse distintas dos interesses sociais e individuais (privados). Trata-se, pois, de um Estado minimalista, a que incumbe, apenas, proteger a ordem e constituir-se em foro para a resolução dos conflitos que não possam ser compostos pelos próprios cidadãos.

Já no Estado ativo (em seu modelo extremo), faz-se muito mais do que adotar escolhas de valores propulsivas e programas de bem-estar. Esse modelo de Estado busca uma teoria global das condições ótimas de vida e tenta utilizá-la como base de programas teoricamente onicompreensivos de melhoramentos morais e materiais dos cidadãos. Todas as esferas da vida social, portanto, podem ao menos avaliar-se nos termos das orientações políticas do Estado e conformar-se às suas exigências. O Estado é o único local de atividade política e o destinatário exclusivo da fidelidade. A sociedade é, então, “estatizada”. Há, aí, um sentimento difuso de cidadania, de harmonia e cooperação, mais

²² Tudo quanto se dirá adiante acerca dos modelos estatais vem da obra de Damaška (2005, p. 136 et seq.).

²³ É evidente que esses são modelos teóricos e que dificilmente se encontraria algum Estado que se enquadrasse com absoluta perfeição em qualquer deles. Fundamental para o estudo proposto é verificar de qual dos modelos teóricos cada Estado mais se aproxima, o que permitirá compreender qual deve ser a conformação do sistema processual nele adotado.

do que de dissonância e conflito. As pessoas buscam interesses comuns, subordinados ao prevalente interesse do Estado. Este não se destina a, de forma neutra, compor conflitos, mas a administrar as iniciativas sociais. O Estado ativo é pleno de otimismo. Sua missão postula a capacidade intelectual de distinguir as finalidades dignas de serem perseguidas e de formular corretamente as diretivas idôneas à sua obtenção. Quanto mais os programas governamentais são vastos e ambiciosos, tanto mais esse otimismo se torna essencial.

Como já dito, não se encontraria qualquer Estado (Democrático, claro) que se enquadrasse com perfeição em um desses dois modelos. Mesmo nos Estados Unidos da América, padrão de liberalismo (e, portanto, de Estado reativo), o Estado implementa políticas públicas ativas (bastando lembrar o exemplo das “ações afirmativas”). De outro lado, não se encontrará qualquer Estado Democrático que subordine por completo os interesses privados aos do Estado.

Inegavelmente, porém, o Estado brasileiro está mais próximo do Estado ativo que do Estado reativo. É preciso recordar, sempre, que a Constituição da República estabelece, em seu Art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito. Ao tratar do tema, assim se pronunciaram profundos estudiosos da Teoria Geral do Estado:²⁴

[...] se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a *transformação do status quo*.

O conteúdo da legalidade – princípio ao qual permanece vinculado – assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de *intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade*.

O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a

²⁴ Streck e Bolzan de Moraes (2000, p. 89-90).

uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

Vê-se, pois, que o Estado brasileiro, qualificado pela Constituição da República como “Democrático de Direito”, é um Estado destinado à implementação da igualdade, buscando a melhoria das condições de vida das pessoas. Uma leitura do Art. 1º da Lei Maior mostra bem isso, pois ali se vê que o Estado brasileiro tem, entre seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Além disso, no Art. 3º da *Lex Legum* ficou estabelecido que são objetivos fundamentais do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação. É, pois, inegável que o Estado brasileiro é *ativo*, e não reativo.

O caráter ativo do Estado brasileiro faz com que para ele seja adequada a criação de um modelo processual em que não se veja no processo mero mecanismo de resolução de conflitos, mas um instrumento de realização dos objetivos do Estado. Isto não significa, frise-se, que não tenha o processo, também, o escopo de pacificar a sociedade. Isto, porém, não pode levar a que se veja no processo, perdoe-se a insistência – um *mero* mecanismo de resolução de conflitos.

Aliás, como já se afirmou em nobre sede doutrinária, há, na obra de diversos autores, uma contradição evidente entre o que se sustenta acerca da teoria da prova e a respeito da teoria do processo: no âmbito da primeira, sustenta-se que a prova tem por fim estabelecer a verdade dos fatos; no que diz respeito à segunda, afirma-se que a função do processo não é determinar a verdade dos fatos (mas tão-somente resolver conflitos). Neste caso, seria preciso explicar para que servem as provas no processo, já que elas conduzem a resultados em que o processo não estaria interessado.²⁵ A idéia, porém,

²⁵ Taruffo (2002, p. 26-27).

de que o processo não serve para produzir decisões *verdadeiras* é típica daqueles juristas que vêem nele, apenas, um método de resolução de conflitos.²⁶

Sempre sustentei que o processo tem por fim a atuação da vontade concreta do direito.²⁷ Ademais, sempre fiz questão de dizer que a jurisdição *não* é uma função estatal de composição de lides.²⁸ Agora, por coerência, tenho de dizer que o processo tem por fim produzir decisões *verdadeiras*, isto é, decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos. E, para isso, é preciso que a instrução probatória busque determinar a verdade. Deste modo, é preciso reconhecer que quando o juiz determinar, de ofício, a produção de alguma prova, o faz no exercício de sua função de julgador, já que busca, com tal determinação, preparar-se para proferir decisão que esteja de acordo com a verdade e, pois, seja capaz de atender às finalidades do processo.

Não nego, evidentemente, o caráter democrático de processos que não permitem ao juiz a busca da verdade. Limito-me a dizer que tal modelo de processo não está de acordo com o tipo de Estado que a Constituição da República criou para o Brasil. O juiz brasileiro, agente do Estado Democrático de Direito regulamentado pela Constituição da República aprovada em 1988, deve buscar, através da sua atuação, a realização dos escopos do Estado Nacional, insculpidos no texto da Lei Maior. E não é possível a construção de uma sociedade justa (Art. 3º, I, da Constituição da República) se o processo não produz decisões verdadeiras.

É preciso, então, reconhecer que no direito processual civil brasileiro a regra do Art. 130 do Código de Processo Civil tem legitimidade constitucional e deve ser interpretada no sentido de que o juiz tem amplos poderes de iniciativa probatória.

BREVE REFERÊNCIA AO PROCESSO PENAL

A mesma discussão que vem sendo travada no processo civil alcança, também, o modelo processual penal. Ali, autores há que sustentam a necessidade de se vedar ao juiz qualquer poder de iniciativa probatória, enquanto outros há que afirmam a necessidade de se dar ao magistrado tal poder.

²⁶ Ibid., p. 25.

²⁷ Assim me manifestei, por exemplo, em Câmara (2007, p. 237; p. 85-87).

²⁸ Ibid., p. 73-74.

Assim, por exemplo, afirma Geraldo Prado:²⁹

Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da *justiça material* e *presunção da inocência*, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar, de maneira supletiva, provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa.

É bastante significativo, porém, o fato de que Geraldo Prado se refere ao processo penal como instrumento de resolução de conflitos.³⁰

Há, porém, como noticiado, quem sustente não haver incompatibilidade entre o sistema acusatório do processo penal e a atribuição, ao juiz, de poderes de iniciativa probatória. Assim, por exemplo, pronuncia-se a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover,³¹ em opinião que conta com a expressa adesão de José Carlos Barbosa Moreira.³²

A respeito do ponto, é preciso concordar com importante jurista argentino, quando afirma que admitir a existência de poderes de iniciativa probatória ao juiz do processo civil e negar tais poderes ao juiz do processo penal é “absolutamente esquizofrênico”.³³

A meu juízo, o mesmo motivo que leva ao reconhecimento da existência do poder de iniciativa instrutória do juiz no processo civil deve fazer com que

²⁹ Prado (1999, p. 129-130). Registro, aqui, e desde logo, que eventuais divergências entre minhas opiniões e a do autor aqui citado não diminuem em nada a imensa admiração que sinto por ele, que, além de notável jurista e magistrado, comprometeu-se com a defesa da democracia em suas obras e decisões, honra-me com sua amizade. Geraldo é um dos meus melhores amigos, um verdadeiro irmão, e faço a mais absoluta questão de tornar público o afeto que sinto por ele.

³⁰ A expressão aparece por diversas vezes em sua obra citada na nota anterior. A título meramente exemplificativo, confira-se o que vai às páginas 116, 124 e 127.

³¹ Grinover (2000, p. 80-81).

³² Moreira (2004, p. 236).

³³ Alvarado Velloso (s.d., p. 310).

se sustente sua existência no processo penal. O modelo processual penal brasileiro deve estar de acordo com o modelo de Estado adotado no Brasil. E este é um Estado *ativo* (ainda que não o seja de forma radical), e não reativo. E não há qualquer violação do sistema acusatório (ou, pelo menos, do sistema acusatório brasileiro) nessa afirmação. O juiz penal não acusa, eis que não imputa fatos ao demandado, nem tem sua imparcialidade violada, na medida em que não sabe, ao determinar a produção da prova, a quem a mesma irá beneficiar.

O sistema acusatório exige, como é da essência do processo democrático (civil ou penal), que o juiz seja imparcial. Imparcialidade, porém, não significa passividade, e o ativismo judicial é absolutamente essencial para que o processo seja capaz de produzir decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos e, por conseguinte, revelem-se aptas a atuar, corretamente, a vontade concreta do direito. O fato de o direito processual penal brasileiro, de algum tempo para cá, ter recebido inegável influência do sistema norte-americano (com a adoção, por exemplo, de institutos como a transação penal) não pode levar – sob pena de violação ao modelo constitucional de Estado – a que se transforme o processo penal em um mero sistema de resolução de litígios, pois tal resultado estaria de acordo com um Estado reativo, mas não com o Estado ativo que se implantou no Brasil.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, limito-me a reproduzir aqui a idéia que sustentei ao longo de todo este ensaio. O modelo processual brasileiro deve estar de acordo com o modelo de Estado que a Constituição da República estabeleceu para o Brasil. E nesse modelo de Estado ativo, a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre os quais a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para que tal desiderato seja alcançado, impõe-se o reconhecimento de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz, permitindo-se que este agente estatal cumpra sua missão constitucional: fazer justiça.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Rosário: Juris, [s.d.].
- ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.
- DAMAŠKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere – analisi comparatistica del processo*. Trad. Andrea Giussani e Fabio Rota. Bolonha: Il Mulino, 2005.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Podium, 2007. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. In: _____. *Temas de direito processual - Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. O neoprivatismo no processo civil. In: _____. *Temas de direito processual - Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RICCI, Gian Franco. Il processo civile fra ideologie e quotidianità. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, v. 59, n. 1, p. 77-104, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Pádua: Cedam, 1979.

_____. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Trotta, 2002.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, p. 451-482, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

RESUMO

O trabalho aborda a relação entre a Democracia e a atribuição ao juiz de poderes de iniciativa probatória, buscando demonstrar que é legítima a existência do Art. 130 do Código de Processo Civil. A partir de uma análise dos modelos de Estado, busca-se definir qual o modelo processual adequado para o ordenamento brasileiro no que diz respeito aos poderes judiciais de iniciativa probatória.

Palavras-chave: poderes instrutórios, iniciativa probatória, processo civil democrático, juiz.

ABSTRACT

This paper approaches the relation between Democracy and the attribution of probatory initiative powers to the judge, by pursuing to demonstrate that the existence of the art. 130 of the Civil Lawsuit Code is legitimate. By starting with an analysis of State models, the author searches for the adequate lawsuit model for Brazilian ordainment on the judicial powers of probatory initiative.

Keywords: instructional powers, probatory initiative, democratic civil process, judge.

Alexandre Freitas Câmara é Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e dos Cursos de Pós-graduação das Universidades Gama Filho e Estácio de Sá, e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

Tradição humanista na trajetória da cultura jurídica no Brasil^{*}

Antonio Carlos Wolkmer

INTRODUÇÃO

Esta reflexão tem como intento trazer alguns subsídios para repensar a historicidade das idéias jurídicas nos horizontes da cultura brasileira, resgatando a especificidade da tradição humanista que serviu de suporte axiológico ao pensamento jusfilosófico nacional. Antes de mais nada, importa precisar o conceito operacional de “humanismo”, visualizado não apenas como o conjunto de idéias renascentistas, mas como expressão do ser humano. Mais do que uma manifestação do humano, materializada sob a forma de “um ideário metafísico ou uma ontologia abstrata”, há que se reconhecer, por meio do humanismo, uma visão de mundo que, inspirando-se no próprio valor da natureza humana, é capaz de motivar formas de organização social pautadas na preservação e na promoção da dignidade do homem.¹

^{*} Este artigo, agora atualizado, teve uma primeira versão na obra de Dal Ri Júnior e Paviani (2001).

¹ Wolkmer (2005, p. X).

Diante dessa perspectiva, deve-se adequar o humanismo à cultura nacional, marcada por grandes especificidades, por uma situação de sincretismo e de subordinação cultural. Ora, ressalta-se que desde o processo de colonização foram essenciais a transposição e a incorporação da cultura ibérica às culturas indígenas e africanas. Destaca-se, assim, no espaço marcado pela miscigenação e pela dependência cultural, a inserção predominante de valores de um humanismo aparente, ambíguo e formal.

O humanismo embutido no discurso pedagógico, filosófico e jurídico representava as formas hegemônicas de vida do colonizador português. Há de se pensar, sobretudo, como foi a tradição do humanismo na trajetória da cultura jurídica no Brasil. Trata-se, aqui, de compreender formalmente “cultura jurídica” como totalidade da tradição e da reprodução humana na historicidade do tempo, no que se refere às formas normativas de saber, às práticas legais dos agentes operantes e às instâncias de administração da Justiça.²

Desse modo, a cultura jurídica humanista transposta para o Brasil colonial reproduziu uma concepção de justiça elitista e avessa àquela realidade social das populações nativas, principalmente dos segmentos indígenas, dos afro-escravizados e dos múltiplos setores agrários excluídos.

ETAPAS DA CULTURA JUSFILOSÓFICA NO BRASIL DOS SÉCULOS XIX E XX

No processo de reprodução cultural que caracterizaria os primeiros séculos da colonização, não se pode, naturalmente, identificar uma teoria jurídica nacional, pois toda concepção sobre lei, direito e justiça restringia-se às diretrizes canônicas da Igreja Romana fundadas no jusnaturalismo positivista lusitano.

As primeiras incursões envolvendo proposições jusfilosóficas, no Brasil, aparecerão no século XVIII, com o *Tratado de Direito Natural*, de base jusnaturalista, de autoria do poeta de nacionalidade portuguesa Tomás Antonio Gonzaga.

Não ocorreram profundas alterações nessa direção do idealismo humanista e jusnaturalista inaugurado por Tomás Antonio Gonzaga, mesmo depois da Independência do País e da criação, por D. Pedro I, das duas Faculdades de Direito – a de Olinda (depois Recife) e a de São Paulo. O que se pode salientar é que o jusnaturalismo idealista foi incorporado, ao longo do século XIX, por certos matizes do racionalismo iluminista e do individualismo liberal. Durante o Im-

² Wolkmer (2004, p. 15-16).

pério, a estrutura ideológica da sociedade brasileira continuou fundada na monocultura latifundiária, no trabalho escravo e na especificidade institucional de uma monarquia hereditária. Além disso, a elite intelectual adotou entusiasmamente um sistema filosófico eclético advindo do historicismo espiritualista francês. Com efeito, o ecletismo se constitui, como bem diz Luiz Washington Vita, na principal e na melhor sistematização do pensamento brasileiro em grande parte do século XIX. Na verdade, a relevância do ecletismo francês serviu aos setores dominantes da sociedade brasileira, especialmente “como bússola na solução dos problemas políticos, na concepção e na implantação das instituições, da administração, do ensino, etc., ao longo do Segundo Reinado”.³

Nesse quadro cultural de uma situação colonial e de dependência, reflexo atrasado de modismos alienígenas e da escassa originalidade criativa, o Brasil, em fins do século XIX,

[...] viu surgir um mundo de idéias novas que viriam romper a tradição do idealismo, ainda dominante em nosso país até a entrada do último quartel do século, quando surgem expressões brasileiras do positivismo e do evolucionismo que representam, em nosso meio, o influxo de uma relativa urbanização e modernização da vida social que, em pouco tempo, repercutia no plano mais visível da vida política com a abolição da escravatura e a proclamação da República.⁴

A larga influência do positivismo sobre a intelectualidade brasileira, composta, em sua grande parte, no final do século XIX, por bacharéis e juristas vinculados ao pensamento liberal individualista e formados para exercer altos postos na administração burocrática do Estado, acabou produzindo um ambiente renovador de pesquisa e de sistematização das idéias da Escola de Recife. Esta foi o baluarte jurídico mais expressivo de reação às diversas variantes do idealismo jusnaturalista instituído e o núcleo impulsionador básico à codificação da legislação privada no país⁵. Certamente que a Escola do Recife enquanto núcleo e polarização cultural constitui-se, ao lado do positivismo e do catolicismo de Jackson de Figueiredo, “exemplo de um movimento intelectual

³ Gomes (1979, p. 32-33).

⁴ Machado Neto (1978, p. 14).

⁵ Neder (1986).

brasileiro que formou escola e perdurou além da duração dos fundadores”⁶. Uma análise detida permite destacar que não é muito fácil identificar um único e sistemático pensamento norteador da Escola de Recife, pois seu processo histórico-constitutivo é marcado por momentos caracterizadores e por perfis biográficos distintos. Se, num primeiro momento, para combater o jusnaturalismo idealista, a metafísica e o ecletismo espiritualista, a Escola do Recife incorpora e assimila posturas materialistas, evolucionistas e positivistas, numa etapa posterior, em nome do monismo, do sociologismo e do cientificismo, abandona e contesta o positivismo ortodoxo, principalmente o de matriz filosófica francesa.

A supremacia do positivismo jurídico nacional constrói-se no contexto progressivo de uma representação cultural promovida pelos dois maiores pólos de ensino do saber jurídico: a Escola do Recife e a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (São Paulo). Produto de concepções consideradas avançadas na Europa, o apelo cientificista do positivismo surgia como discurso hegemônico e uniforme, identificado com os interesses emergentes da burguesia urbana liberal e com as novas aspirações normativas da formação socioeconômica brasileira daquele momento específico. Nesse sentido, é razoável aludir que, diante do conservadorismo projetado pelo jusnaturalismo idealista, a nova proposição jurídica delineada pelo positivismo representava uma forma de pensamento mais adequada às novas condições econômicas advindas das transformações trazidas pela República. Múltiplas implicações para a cultura jurídica brasileira advêm da irradiação negativa da Escola do Recife.⁷

Após as primeiras décadas do século XX, o processo histórico-evolutivo, motivado por novas e crescentes necessidades, não só determinaria um conseqüente desgaste do modelo jurídico naturalista-dogmático de largo impacto modernizador, como, sobretudo, evidenciaria a paulatina insuficiência do discurso cientificista, difundido, durante gerações, pela Escola do Recife e por alguns de seus principais teóricos, como Tobias Barreto, Silvio Romero, Clóvis Beviláqua e, posteriormente, Pontes de Miranda, em sua fase inicial.⁸

O fluxo da força cultural irradiadora, representada pela Escola do Recife, e a expansão de um positivismo ilustrado de cunho comtiano, que expressava

⁶ Venâncio Filho (s.d.).

⁷ Wolkmer (2001, p. 128-130).

⁸ Ibid., p. 131.

a legalidade de uma burguesia cafeeira, repercutem amplamente em alguns autores do centro do país até a primeira metade do século XX. Nas Arcadas do Largo São Francisco, transformadas pelas condições político-sociais em uma das fontes autênticas do bacharelismo liberal e do formalismo jurídico tradicional, passaram e exerceram prolongada influência os jusfilósofos Pedro Lessa (1859-1921) e João Arruda (1861-1943).⁹

Com a crise socioeconômica que sacudiu a estrutura capitalista da Velha República liberal-positivista e com as contradições sociais decorrentes da emergência dos novos atores no âmbito da dominação política oligárquica, sobressaíram novas teses como o culturalismo, a conciliação, o nacionalismo desenvolvimentista de esquerda e o desenvolvimentismo. Essas tendências ideológicas, materializadas em fins dos anos 1930 e ao longo dos anos 1940-1950, deixaram sulcos também na linearidade do pensamento político-jurídico institucionalizado. Entende-se, assim, a crise que atravessou o positivismo jurídico liberal diante das críticas vigorosas e das renovadoras propostas epistemológicas argüidas pelo ecletismo conciliador e pela retórica culturalista introduzidas na esfera da teoria jurídica.¹⁰

O culturalismo jusfilosófico, que teve grande impulso no Brasil após a Segunda Grande Guerra, inspirando-se em Kant e considerando-se herdeiro de Tobias Barreto, busca reorientar as diversas tradições filosóficas nacionais rumo a uma interlocução centrada nos valores, na pluralidade e no mundo da cultura. Sob a condução de Miguel Reale e integrada por muitos pensadores, entre os quais Luiz Washington Vita, Djair Menezes, Paulo Mercadante, Nelson Saldanha e Antonio Paim, a corrente culturalista fundou o Instituto Brasileiro de Filosofia (IBF), que se projetou como “Instituição devotada a promover o diálogo entre as diversas correntes da Filosofia existentes no país”. Desde então, filosoficamente, a Escola Culturalista de São Paulo incorporou posições conectadas com a problemática axiológica e com o transcendentalismo neokantiano, projetando-se, na metade do século XX, como alternativa crítica ao jusnaturalismo idealista e às variantes dogmáticas do positivismo cientificista que atravessavam os cursos jurídicos o país.¹¹

⁹ Ibid., p. 132-133.

¹⁰ Ibid., p. 135-136.

¹¹ Ibid., p. 136-137.

Além da hegemonia e da incisiva influência do culturalismo humanista e axiológico de Miguel Reale na formação jusfilosófica de várias gerações, cabe registrar, a partir do final dos anos 1970 e início dos anos 1980, algumas contribuições teóricas que vão desde o idealismo disfarçado até o rigor de distinções de alcance analítico, sociológico e zetético, retórico da teoria da decisão jurídica de Tércio Sampaio Ferraz, o sociologismo reformista estrutural-funcionalista de José Eduardo Faria, o culturalismo fenomenológico de Luiz Fernando Coelho, as tendências epistêmicas de base semiológico-discursiva de Luiz Alberto Warat e as proposições juspsicanalíticas de Agostinho Ramalho Marques Neto.¹²

Assim, são significativos o questionamento e a problematização do pensamento jusfilosófico brasileiro, marcado por um humanismo jurídico que se apresenta ora sob a forma do jusnaturalismo idealista ora sob a variante do positivismo formalista.

Com razão, assinala José Eduardo Faria que a cultura jurídica brasileira é marcada por

[...] uma visão formalista do Direito, destinada a garantir valores individualistas e insistindo em categorias formuladas desde a Revolução francesa (como, por exemplo, a univocidade da lei, a racionalidade e a coerência lógica dos ordenamentos, a natureza neutra, descritiva e científica da dogmática, etc.), reproduz um saber jurídico retórico, cuja superação é de difícil consecução, pois é justificadora e mantenedora do sistema político, entreabrindo a visão do Direito apenas como um instrumento de poder. Daí, por extensão, seus princípios fundamentais se identificarem com um dogmatismo que pressupõe verdades perenes e imutáveis, capazes de exercer o controle social sem sacrifício de sua segurança e aparente neutralidade.¹³

Tais conceptualizações permitem refletir que o conhecimento, a produção e o discurso jurídico predominantes no Brasil, normalmente calcados na lógica da racionalidade técnico-formal e nos pressupostos dogmáticos do

¹² Ibid., p. 138-139.

¹³ Faria (1984).

cientificismo positivista, não respondem mais com eficácia às necessidades da etapa de desenvolvimento socioeconômico e dos parâmetros de evolução das instituições políticas da sociedade brasileira. Tampouco tal modelo jurídico condiz com a tradição de um humanismo autêntico.¹⁴

Ganha sentido, assim, articular e operacionalizar um projeto de cunho humanista no Direito, ainda que se reconheçam as dificuldades de sua elaboração teórica e efetividade prática. Certamente que uma filosofia jurídico-humanista, estimuladora da ruptura com a tradição legalista idealizadora e com o viés tecnoformalista (fundados em falsos humanismos), não deve assumir um traço destrutivo, mas se impõe e adquire legalidade, numa sociedade de exclusão, injustiças e desigualdade.

CONCLUSÃO

Em suma, faz-se necessário transpor a historicidade da filosofia jurídica embasada em um humanismo atrofiado e resgatar os valores do humanismo autêntico e concreto, calcado na ética e na alteridade, para servir de fundamento a uma nova justiça e ao novo Direito. É nessa perspectiva pós-colonial e pós-metafísica que se podem incorporar as reflexões humanistas, agora numa perspectiva latino-americana, que nos remetam para a busca de uma noção compartilhada e geral da natureza humana, sem entendê-la de uma forma essencialmente a-histórica, mas potencializadora de uma nova configuração social emancipadora. Eis, portanto, a proposição de um humanismo jurídico assentado na ética, na alteridade e na dignidade do ser humano. Tal concepção prática da restituição da vida com dignidade é o que o novo humanismo poderá trazer para uma cultura que sempre foi marcada por dependência, discriminação e injustiça.

REFERÊNCIAS

BOMBASSARO, Luiz C.; DAL RI JÚNIOR, Arno; PAVINI, Jayme. (Org.). *As Interfaces do Humanismo Latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

CHACON, Vamireli. *O Humanismo Brasileiro*. São Paulo: Summus, 1980.

¹⁴ Wolkmer (2001, p. 140).

DAL RI JÚNIOR, Arno; PAVIANI, Jayme. (Org.). *Humanismo Latino no Brasil de Hoje*. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2001.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOMES, Roberto. *Crítica da razão tupiniquim*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento; UFRGS, 1979.

MACHADO NETO, A. L. Filosofia do Direito no Brasil. In: CRIPPA, Adolpho. (Org.). *As idéias filosóficas no Brasil: século XX - II parte*. São Paulo: Convívio, 1978.

NEDER, Gizlene. O Direito no Brasil: história e ideologia. In: LYRA, Doreodó Araújo. (Org.). *Desordem e processo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismos e Anti-Humanismos*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, [s.d].

VITA, Luiz Washington. *Panorama da Filosofia no Brasil*. Porto Alegre: Globo, 1969.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. São Paulo: Manole, 2005.

RESUMO

A questão proposta introduz, presentemente, a discussão sobre a historicidade da cultura jurídica nacional, nos marcos de um estudo das idéias acerca do Direito, tendo em conta a reinter-

ABSTRACT

The proposed issue introduces the discussion on the historicity of national juridical culture, in the mold of a study of the ideas surrounding Law, by taking into consideration the reinterpreting of

pretação das fontes do passado, sob o viés da interdisciplinaridade (social, econômico e político) e da reordenação metodológica, sob uma perspectiva crítico-desmitificadora. Assim, no processo histórico-social de projeção construtiva e de evolução das idéias jurídicas, destaca-se a função de certa especificidade de humanismo idealista em nossa tradição normativa, sua apropriação e difusão, bem como sua necessária transposição.

Palavras-chave: historicidade, cultura jurídica, humanismo idealista, pluralismo jurídico.

sources from the past through the path of interdisciplinary studies (social, economic, and political) and methodological reordering, under the critical-demystifying perspective. Therefore, in the historical-social process of constructive projection and juridical idea evolution projection, there is the function of a certain specificity of idealist humanism in our normative tradition, its appropriation and diffusion, as well as its necessary transposition.

Keywords: historicity, judicial culture, idealist humanism, judicial pluralism.

Antonio Carlos Wolkmer é Doutor em Direito, Professor Titular e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Professor visitante de cursos de Graduação e Pós-graduação no País e no exterior, e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - Rio de Janeiro e Pesquisador do CNPq.

Direitos do trabalhador imigrante indocumentado

Antônio Celso Alves Pereira

INTRODUÇÃO

O deslocamento de contingentes humanos de um país para o outro, em busca de melhores condições de vida, de oportunidades de trabalho – a migração voluntária –, ou para fugir de guerras, perseguições políticas, raciais ou religiosas, bem como de desastres ambientais¹ – a migração forçada –, é

¹ Os habitantes das Ilhas Carteret entraram para a História como os primeiros refugiados ambientais. Os 980 residentes nessas ilhas estão sendo obrigados a abandonar suas propriedades e tradições em consequência do aquecimento global. As seis Ilhas Carteret, cujas altitudes máximas não passam de 1,5 metro, até 2.015 estarão completamente cobertas pelas águas do mar. Outras ilhas do Pacífico terão o mesmo destino: Tuvalu, Marshall, Kiribait e Maldivas. O Protocolo de Kioto, que os Estados Unidos se negam a ratificar, seria um dos instrumentos mais importante para uma possível reversão do quadro de elevação das águas oceânicas. O governo de Papua Nova Guiné iniciou a transferência dos residentes nas Ilhas Carteret para as Ilhas de Bougainville. Como informa o jornal *O Globo*, edição de 29 de novembro de 2005, em 2010 serão 50 milhões os refugiados ambientais.

um fenômeno social presente na história da humanidade, uma vez que tal transferência pode se dar de forma definitiva ou em caráter temporário, com profundas repercussões na vida dos emigrantes, dos seus países de origem e dos Estados receptores.²

Consideradas sob o aspecto espacial, as migrações humanas podem ser internas ou internacionais e, neste último caso, legais ou ilegais. Embora o fator econômico seja o mais relevante e decisivo na gênese das migrações, outros, de natureza sociocultural, aparecem como determinantes na escolha do país de destino, como a identidade cultural – língua, religião etc. Todavia, não se pode esquecer que, em geral, a maioria das pessoas que emigra provém dos grupos sociais em que a exclusão social, em todas as suas manifestações, se apresenta com maior crueldade em seus Estados de origem. São indivíduos com baixa escolaridade e sem qualificação profissional, que, forçados a emigrar, têm grande dificuldade de adaptação cultural nos países para os quais se transferiram, em razão do desconhecimento da língua e das estruturas políticas, sociais e jurídicas desses lugares em que passaram a trabalhar. Por outro lado, não se pode também deixar de considerar que, nos últimos tempos, com o desemprego gravando também o trabalhador qualificado, vem mudando o perfil do emigrante. Considerável número de trabalhadores com formação profissional técnica ou superior procura mercados de trabalho em que ainda existe demanda para certas atividades, como propaganda e *marketing*, enfermagem e odontologia, como acontece com o mercado de trabalho português, para o qual profissionais brasileiros dessas áreas têm se inserido, muitas vezes em situação ilegal. Nesse aspecto, não se pode esquecer da emigração de profissionais de alta qualificação para as economias centrais, principalmente nos setores de ponta, cuja formação acadêmica ocorreu à custa dos seus Estados de

² Para se ter uma idéia da importância do trabalho do imigrante na economia tanto dos seus países de origem quanto dos Estados receptores, basta considerar o fato de que, em 2004, os imigrantes latino-americanos que vivem nos Estados Unidos enviaram mais de US\$ 30 bilhões para seus familiares residentes em seus Estados de origem e, ao mesmo tempo, contribuíram com seu trabalho com cerca de US\$ 450 bilhões para a economia dos Estados Unidos. Para o Brasil vieram, legalmente, US\$ 5,8 bilhões de várias partes do mundo, especialmente dos EUA, da Europa e do Japão. O México recebeu US\$ 9,9 bilhões. Segundo estimativas do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em comunicado à imprensa em 17/05/2004, como um todo, a produção dos imigrantes latino-americanos nos EUA se classificaria em terceiro lugar entre as maiores economias da América Latina, depois de Brasil e México.

origem, conformando o que se convencionou chamar “exportação de cérebros”. Segundo dados das Nações Unidas, em 2000, cerca de 2,5% da população mundial – 150 milhões de pessoas – vivia fora de seus países de origem como imigrantes, além de mais de 12 milhões de refugiados. Entre os anos de 1995 e 2000, a Europa e os Estados Unidos, juntos, receberam 12 milhões de imigrantes.

O fenômeno migratório atualmente apresenta diferenças marcantes se comparado com o do passado. Se antes os europeus, pressionados pelos desequilíbrios demográficos e econômicos, emigravam em massa para suas colônias, hoje se dá o inverso, ou seja, nacionais dos Estados que se emanciparam das antigas metrópoles se vêem obrigados, por razões de sobrevivência, a emigrar para a Europa, além dos fluxos que partem para os Estados Unidos, Canadá e Japão. Neste último país vivem hoje, como imigrantes, 280 mil brasileiros, os *dekasseguis*, filhos de japoneses que emigraram para o Brasil no século XX. A flexibilização do mercado de trabalho, a reestruturação produtiva, a completa internacionalização das economias nacionais e as altas taxas de juros impostas pelos ajustes macroeconômicos do receituário do Fundo Monetário Internacional (FMI), entre outros fatores, conjugaram-se para destruir empregos e estagnar as economias dos países emergentes. O Brasil, por exemplo, no início do século XIX, era um país de imigração; 7% dos residentes no território nacional eram imigrantes; hoje, somam apenas 0,6% da nossa população. Tornamo-nos um país de emigração.

Manuel Castells,³ discutindo as transformações sociais decorrentes da revolução tecnológica que se operou no mundo nas últimas décadas do século XX, chama a atenção para o fato de que a globalização desconectou das redes de poder e riqueza pessoas, territórios e nações considerados não-pertinentes sob a perspectiva dos interesses dominantes. Essa realidade gerou, de forma imediata, a exclusão social e a não-pertinência econômica de áreas urbanas, de regiões e de mais de dois terços das sociedades nacionais que figuram como membros das Nações Unidas. Além disso, provocou notáveis alterações nos modos de produção e, obviamente, significativas mudanças na vida social e na organização e divisão internacional do trabalho em todo o mundo. Confrontado por essa realidade, atualmente só resta ao trabalhador excluído do mercado de trabalho buscar sua sobrevivência na economia informal ou emigrar.⁴

³ Castells (1999, p. 19; 412).

⁴ Sobre as influências negativas da globalização no mundo do trabalho, ver Ianni (1996) e, da mesma forma, Martin e Schumann (1999).

A abertura da economia brasileira à competição internacional na última década do século passado agravou a questão do emprego no Brasil. Em consequência disso, ampliou-se o fluxo migratório de brasileiros para várias partes do mundo, especialmente para os Estados Unidos, a Europa e o Japão. Contudo, é preciso sublinhar que, mesmo antes de sofrer as consequências negativas do processo de globalização, nosso sistema político não foi capaz de criar um ambiente econômico propício à crescente demanda por emprego no país.

Estamos mandando para o exterior a nossa juventude e um enorme contingente de pessoas com potencial criativo e força de trabalho fora do comum. A principal causa desse fenômeno está num modelo globalizado e neoliberal que, principalmente ao longo das duas últimas décadas, agravou as condições de vida da imensa maioria dos brasileiros, concentrando renda nas mãos de poucos, aguçando ainda mais a exclusão social e a miséria no nosso povo.⁵

É realmente lamentável que uma sociedade nacional como o Brasil, com tantas possibilidades para oferecer condições dignas de vida à sua população, se veja obrigada a tomar conhecimento, diariamente, da verdadeira tragédia que se abate sobre centenas de seus nacionais que tentam entrar ilegalmente no território norte-americano. Em seminário realizado na Universidade de Harvard sobre o tema⁶, o deputado federal João Magno assinalou que a diáspora brasileira em todo o mundo atinge 2,5 milhões de pessoas e, destes, 1,5 milhão vivem nos Estados Unidos. Submetidos à exploração dos chamados *coyotes*, ou *polleros*, mexicanos que cobram até US\$ 10 mil para transportá-los para o outro lado da fronteira, à violência policial e aos sofrimentos de toda espécie, os imigrantes brasileiros sem visto de entrada nos Estados Unidos, quando conseguem cruzar a fronteira mexicana, passam a viver sob constante medo, explorados, quase sempre, por empregadores inescrupulosos, e

⁵ Extraído do Relatório apresentado pelo deputado João Magno, representante da Câmara dos Deputados no Seminário promovido pela Universidade de Harvard, *National Conference on Brazilian Immigration to the US*, Boston, Estados Unidos da América, nos dias 17, 18 e 19 de março de 2005.

⁶ Ver Seminário na nota anterior.

são, ainda, vítimas de ações xenófobas e de discriminações e abusos de toda natureza.⁷

O aumento do fluxo migratório em todo o mundo é um fenômeno social preocupante. Na América Latina, o tema está na ordem do dia, em razão das imensas dificuldades enfrentadas pelos imigrantes nos países receptores, especialmente nos Estados Unidos, sobretudo depois dos acontecimentos de 11 de setembro de 2001. Para se ter uma idéia da diáspora latino-americana, nas últimas quatro décadas a taxa anual de emigração no continente americano superou, amplamente, a taxa de crescimento da população.

O governo do México, preocupado com o sofrimento de seus emigrantes que vivem clandestinos fora do país, cerca de 2,49 milhões, elegeu o tema como uma das prioridades de sua política externa. Assim, em 2003, solicitou a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a condição jurídica e os direitos dos trabalhadores imigrantes que vivem em situação ilegal. O pedido do México foi motivado pela decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos no caso *Hoffman Plastics Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board (NLRB)* exarada em 27 de março de 2002. A sentença da Corte Suprema declarou ilegal a prática administrativa da *NLRB*, entidade federal competente para dirimir questões derivadas de contratos coletivos de trabalho, de determinar ao empregador o pagamento de indenizações trabalhistas a um trabalhador imigrante ilegal despedido por apoiar campanha para formar sindicato. Em suas decisões, a *NLRB* nunca fez distinção entre trabalhadores norte-americanos e imigrantes em situação legal ou não para o gozo de direitos trabalhistas. A Corte Suprema determinou que o pagamento de indenizações e de outros direitos laborais a trabalhador imigrante indocumentado não encontrava abrigo na política migratória dos Estados Unidos, salvo os salários devidos por trabalho efetivamente realizado, que devem ser pagos mesmo depois de decretada a deportação do trabalhador.⁸

⁷ “Nas manifestações de xenofobia presentes em várias sociedades antes exportadoras de população e hoje receptoras de imigrantes – caso de vários países europeus – a questão da identidade nacional ressurge num quadro onde, teoricamente, deveria diluir-se, se consideradas as premissas da chamada globalização. [...] Para os ‘estrangeiros’ geralmente oriundos de ex-colônias, edificam-se verdadeiras ‘muralhas invisíveis’ e a entrada de imigrantes clandestinos torna-se assunto da polícia de fronteiras, sendo normatizada e reprimida enquanto tal.” Bógus (1997, p. 166)

⁸ Ver, sobre o tema, Elizondo e Casafont (2005, p. 316).

Pretende-se, neste artigo, discutir a natureza jurídica da competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o conteúdo da Opinião Consultiva emitida pelo mesmo Tribunal, em 17 de setembro de 2003, e o seu parecer final sobre os direitos do trabalhador imigrante indocumentado, no contexto do Direito Internacional Geral e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO IMIGRANTE

A migração internacional voluntária está protegida por diversos instrumentos internacionais e também por resoluções da Assembléia Geral da ONU⁹. Pode-se recorrer, para conhecimento dos direitos trabalhistas internacionalmente assegurados, a textos tais como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*,¹⁰ a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, o *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*, a *Convenção para a Proteção dos Direitos*

⁹ Resoluções A-RES 54/158, A-RES 55/275 e A-RES 54/180.

¹⁰ “At first, only civil and political rights were guaranteed. In the 18th and 19th centuries, internal legislation and doctrine primarily mentioned such rights as the ones to deserve protection. Social rights, when mentioned, were understood as a consequence to them. Only at the beginning of the 20th century did some constitutions announce the general protection of social rights in express terms, such as Mexican Constitution of 1917, the Declaration of Rights of the People of 1918, later incorporated in the Soviet Constitution, the German Constitution of Weimar of 1919, the Spanish Constitution of 1931, the URSS Constitution of 1936, and the Irish Constitution of 1937. As an exception, it should be mentioned that the French Jacobean Constitution in the 18th century already mentioned the right to social assistance.

In the international arena, with the creation of the International Labor Organization in 1919 and the adoption of its Constitution, many principles and basic conditions regarding work conditions were settled. Thus, the opposite occurred at international level, to that which happened nationally. Recognition of many social rights took place before civil and political rights were guaranteed, for these started to be protected internationally only after the adoption of the Universal Declaration and the American Declaration, dated 1948, almost thirty years later.” Tiburcio (2001, p. 145)

dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, e a Declaração da OIT Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (86ª Reunião, Genebra, 1998). Cite-se, ainda, a Resolução A-RES 54/212, de 1º de fevereiro de 2000, *Migração Internacional e Desenvolvimento*, da Assembléia Geral da ONU.

Sobre esse assunto, deve-se mencionar que as Conferências Mundiais das Nações Unidas voltadas à proteção dos grupos vulneráveis contêm dispositivos que se aplicam aos imigrantes indocumentados, pois estes se enquadram perfeitamente nas categorias às quais tais instrumentos de proteção dos direitos humanos se destinam. Assim, apontam-se como parte da normativa de proteção do imigrante o *Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo 1994* – e a *Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância* (Durban, 2001).¹¹

A *Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias*, documento que resultou de um grupo especial de trabalho criado pelo Secretário Geral da ONU para apresentar sugestões para a elaboração de uma normativa internacional de proteção ao migrante, aprovada em 1993, entrou em vigor em 1º de julho de 2003. Contudo, ainda estão fora do seu âmbito os Estados Unidos e os principais Estados europeus, o que a torna, de fato, inexpressiva. Daí a importância, para os Estados americanos, mesmo para os que não ratificaram a *Convenção Americana*, da manifestação da CIDH sobre os direitos dos imigrantes legais e ilegais consagrados nos princípios do Direito Internacional Geral e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como na *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, na *Carta da OEA* e na *Convenção Americana*. A migração forçada está protegida pelos vários instrumentos internacionais pertinentes e, de forma efetiva, pela competente ação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Compondo o *corpus juris* internacional de proteção dos refugiados estão, no âmbito da proteção universal, a *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*, de 1951, e o *Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados* (1967), e, no da proteção

¹¹ CIDH. Ver parágrafo 22, página 8, do Voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na aprovação da Opinião Consultiva OC-18/03. A jurisprudência da CIDH citada no presente trabalho está disponível em <<http://www.oas.org>> (Estrutura da OEA - Corte Interamericana de Direitos Humanos).

regional, a *Declaração de Cartagena* (1984) e a *Convenção da Organização da Unidade Africana sobre os Refugiados Africanos* (1969).¹²

A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, em seu artigo 64, 1 e 2, dispõe o seguinte:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Discutindo a amplitude de sua competência em matéria consultiva oriunda do dispositivo supracitado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos esclarece, em sua terceira Opinião Consultiva¹³, editada em 8 de setembro de 1983, sobre *Restrições à Pena de Morte*, que tal competência “es única en el derecho internacional contemporáneo”.¹⁴ Em outra importante Opinião, a Corte esclarece também que

la amplitud de los términos del artículo 64 de la Convención contrasta con lo dispuesto para otros tribunales internacionales. Así, el

¹² No Brasil, ver a Lei n° 9.474/97. Para um melhor conhecimento das questões relativas à proteção internacional dos refugiados, consultar Cançado Trindade (1997, cap. VIII, p. 270-352) e a coletânea organizada por Araújo e Almeida (2001).

¹³ CIDH, Serie A, n° 3 - Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983. *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em <<http://www.oas.org>>.

¹⁴ Ibid., parágrafo 43.

artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas confiere competencia a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas, sobre cualquier cuestión jurídica, pero restringe la posibilidad de solicitarlas a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, o, en ciertas condiciones, a otros órganos y organismos especializados de la Organización; en cambio, no autoriza para ello a los Estados Miembros. (Parágrafo 15, p. 4)¹⁵

Na Opinião Consultiva OC-1/82, de 24 de setembro de 1982, a Corte destaca que a sua função consultiva tem por finalidade coadjuvar o cumprimento pelos Estados americanos de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, assim como o cumprimento das funções que são atribuídas aos distintos órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA) nessa mesma matéria. Destina-se, dessa forma, a oferecer ao solicitante – Estados-membros da Organização dos Estados Americanos ou qualquer dos órgãos relacionados no atual Capítulo X da Carta da OEA – a interpretação correta de dispositivo da *Convenção Americana*, ou de quaisquer outros tratados versando sobre direitos humanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis internas de um Estado-membro da OEA e os instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos no continente americano. A competência consultiva da Corte estende-se a todos os Estados-membros da OEA, ao contrário do que acontece com sua competência contenciosa, que somente diz respeito aos Estados que declararam, expressamente, que a aceitam, nos termos do artigo 62 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

No sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a competência consultiva atribuída à Corte Européia pelo artigo 1º do Protocolo II à *Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais* não tem a amplitude da competência consultiva que a *Convenção Americana* confere à Corte Interamericana. Somente o Comitê de Ministros pode solicitar pareceres à Corte Européia, e, segundo o citado artigo (1.1), o pedido deve se limitar às questões jurídicas relativas à interpretação da *Convenção Européia* e dos seus Protocolos. Esses pareceres não podem incidir sobre questões rela-

¹⁵ Id., Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (Art. 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el Perú.

tivas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção e nos seus Protocolos Adicionais, nem sobre outras questões que, em virtude de recurso previsto na *Convenção*, possam ser submetidas à Comissão Européia de Direitos Humanos, à própria Corte ou ao Comitê de Ministros (Art. 1.2). Vê-se, pois, que à Corte Interamericana de Direitos Humanos é facultado o pronunciamento, por solicitação dos Estados Partes e de órgãos da OEA, sobre a interpretação da *Convenção Americana*, bem como sobre outros tratados e convenções que versam sobre a proteção e o monitoramento dos direitos humanos. Em determinadas circunstâncias, pode a Corte Interamericana deixar de apresentar sua opinião. Na Opinião Consultiva 01/82 isso está bem claro.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, desde a sua entrada em vigor, importantes opiniões consultivas, todas da maior relevância para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente para o sistema interamericano de proteção. Aponte-se, por exemplo, a Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999, *Direito a informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, instrumento jurídico, sob todos os aspectos, da maior importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e para o Direito Internacional Geral, pelo seu pioneirismo e por sua repercussão na jurisprudência internacional. Constitui o primeiro pronunciamento de um Tribunal internacional sobre o descumprimento do artigo 36 da *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*, celebrada em 1993.¹⁶ Cançado Trindade registra que esse Parecer 16/99 “é um dos mais importantes de toda a história da manifestação consultiva da Corte Interamericana”.¹⁷ Convém ressaltar que nessa Opinião Consultiva a Corte Interamericana adotou a interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção, afirmando que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tem-

¹⁶ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de emitir la opinión consultiva más interesante de su historia [...] ofreciendo elementos novedosos y creativos para entender el presente del derecho internacional. Posteriormente la Corte Internacional de Justicia dictó su sentencia del Caso LaGrand. De modo insólito, este último Tribunal omitió referir-se a la OC-16 de la Corte Interamericana, aunque indudablemente la conoció y la aplicó”. Ver Elizondo e Casafont, 2005, p. 326-327.

¹⁷ Cançado Trindade (2003, p. 64).

pos e as condições de vida da atualidade. Em seu magnífico voto concordante na aprovação da OC-16/99, Cançado Trindade expõe o seguinte:

Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo. (Parágrafo 3) ¹⁸

Nesse pronunciamento, a CIDH esclareceu também que o artigo 36 da *Convenção de Viena sobre Relaciones Consulares* reconhece ao estrangeiro sob detenção direitos individuais, dentre os quais o direito à informação sobre a assistência consular. ¹⁹ A OC-16/99 repercute na questão dos direitos dos imigrantes ilegais, quando afirma que os direitos de acesso à justiça e às garantias do devido processo legal devem ser assegurados ao estrangeiro. Em seu voto na aprovação da OC/16, o juiz Sergio García Ramírez afirmou:

Los extranjeros sometidos a procedimiento penal – en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad – deben

¹⁸ Para conhecimento do inteiro teor da OC-16/99, consultar o site <<http://www.oas.org>>.

¹⁹ “Em seu décimo sexto Parecer, a Corte vinculou o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal em evolução, e acrescentou que sua não-observância em caso de imposição e execução de pena de morte acarreta um privação arbitrária do próprio direito à vida (nos termos do artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 6º do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, com todas as consequências jurídicas inerentes a uma violação desse gênero.” (Cançado Trindade, 2003, p. 64)

contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.

Importante também para fixar os direitos do imigrante no sistema interamericano, principalmente em relação aos Estados do continente que não ratificaram a *Convenção Americana*, é o que explicita a Opinião Consultiva OC-10/89. A CIDH sustenta o seguinte:

Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales. (Parágrafo 45)²⁰

As opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são fontes jurisprudenciais de suma importância para a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus mecanismos de pro-

²⁰ CIDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989. Disponível em <<http://www.oas.org>>.

teção no continente americano. Como já foi mencionado anteriormente, na decisão do *Caso LaGrand – Alemanha versus Estados Unidos*, a Corte Internacional de Justiça inspirou-se na OC-16/99. Convém salientar que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos tem recorrido aos seus pareceres consultivos para decidir numerosos casos contenciosos no contexto da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, o que se pode comprovar consultando os parágrafos 165 e 174 da sentença exarada em 20 de janeiro de 1989 no *Caso Godínez Cruz*, centrados na Opinião Consultiva OC-6/86, de 9/05/86, e, da mesma forma, o parágrafo 40 da sentença de 29 de janeiro de 1995 no *Caso Genie Lacayo*, reportando à Opinião Consultiva OC-13/93 de 16/07/93, e o parágrafo 50 da sentença de 17 de setembro de 1997 no *Caso Loayza Tamayo*, inspirado na Opinião Consultiva 14/94, de 9/12/94.

Quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce sua competência consultiva nos termos do artigo 64.1 da *Convenção Americana*, afirma Pedro Nikken, “ela opera como uma espécie de tribunal constitucional encarregado de interpretar a Convenção ou qualquer outro tratado de direitos humanos”.²¹

CONTEÚDO DA PETIÇÃO DO GOVERNO DO MÉXICO À CIDH

Em 10 de maio de 2002, o governo do México, apreensivo com a situação dos 5.998.500 mexicanos que ganham a vida fora do território nacional – destes, 2.490.000 em situação ilegal – e, principalmente, com a incompatibilidade das interpretações, das práticas e da promulgação de leis por parte de alguns Estados do continente americano com a normativa de proteção dos direitos humanos no quadro da Organização dos Estados Americanos, com fundamento no artigo 64.1 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos um Parecer sobre os direitos trabalhistas que devem ser assegurados aos trabalhadores imigrantes ilegais. Ao lado disso, pediu também à CIDH esclarecimentos sobre a obrigação dos Estados americanos de garantir a esses trabalhadores os princípios de igualdade jurídica, não-discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como sobre a natureza que tais princípios jurídicos alcançaram no

²¹ Nikken (2001).

contexto do desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e de sua codificação. Em sua petição, estima o governo do México que tais interpretações, práticas ou leis implicam em negar, entre outros, direitos laborais sobre a base de critérios discriminatórios fundados na condição migratória dos trabalhadores em situação ilegal nos países receptores, e constituem, ainda, abuso da condição de vulnerabilidade desses trabalhadores. Entre esses direitos laborais, destacam-se o não-pagamento de horas extras, de direitos decorrentes do tempo de serviço e de salários devidos, indenizações não pagas e licenças maternidade, conformando violações inquestionáveis dos instrumentos que tutelam os direitos humanos dos trabalhadores migrantes no sistema interamericano de proteção.²²

A consulta mexicana foi estruturada a partir de quatro perguntas compreendendo o seguinte:

1. Pode um Estado americano, de acordo com sua legislação trabalhista, tratar de forma distinta e prejudicial os trabalhadores migrantes ilegais comparativamente aos direitos que são conferidos aos trabalhadores migrantes legais e aos trabalhadores nacionais desse Estado? É a condição de migrante ilegal que impede o gozo de tais direitos?

2. Os artigos 2º, parágrafo 1º, da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, II da *Declaração Americana*, 2º e 26 do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* e 1º e 24 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* devem ser interpretados no sentido de que somente em situação legal no interior de um Estado deve este respeitar e garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição os direitos e liberdades reconhecidos nas referidas disposições? Ainda à luz dessas disposições, pode-se considerar que a privação de um ou de mais di-

²² “Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante ‘la OEA’); el artículo II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante ‘la Declaración Americana’); los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana; los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante ‘la Declaración Universal’), y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos” (Opinión Consultiva 18/03, de 17 de septiembre de 2003. Serie A: Fallos y Opiniones, N° 18. Corte Interamericana de Derechos Humanos Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 2004).

reitos trabalhistas, tomando como fundamento de tal privação a condição de imigrante ilegal, é compatível com os deveres de um Estado americano de garantir a não-discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei que lhe impõem as mencionadas disposições?

3. Considerando o artigo 2º, parágrafos 1º e 2º, e o artigo 5º, parágrafo 2º, do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, qual seria a validade da interpretação por parte de um Estado americano no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à igualdade ante a lei, à igual e efetiva proteção da mesma sem discriminação, à consecução de objetivos de política migratória em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribua a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e de outras obrigações do direito internacional dos direitos humanos oponíveis *erga omnes*?

4. Levando em conta o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos e sua codificação, em especial por meio das disposições dos instrumentos internacionais apontados na consulta, qual a atual natureza jurídica do princípio da não-discriminação e, da mesma forma, do direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o direito internacional geral, e, neste contexto, podem tais dispositivos ser considerados como normas de *jus cogens*? Em caso afirmativo, quais são as conseqüências jurídicas para os Estados-membros da OEA, individual ou coletivamente, no quadro da obrigação geral de respeitar e garantir, conforme o artigo 2º, parágrafo 1º, do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, o cumprimento dos direitos humanos a que se referem o artigo 3º, incisos (i), e o artigo 17 da *Carta da OEA*?

Referindo-se ainda à sua consulta, o governo mexicano ressalta que a opinião da Corte Interamericana seria de grande relevância para o efetivo cumprimento das obrigações internacionais pelas autoridades dos Estados receptores de imigrantes. A manifestação da Corte nesse sentido deixaria bastante claro o alcance de tais obrigações no que se refere à proteção dos direitos laborais dos trabalhadores imigrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade. Cabe ainda registrar o fato de que, justificando seu recurso à competência consultiva da Corte, o governo mexicano informa que no período de cinco meses, ou seja, de 1º de janeiro de 2002 a 7 de maio do mesmo ano, viu-se obrigado a intervir, por meio de suas representações

consulares, em 383 casos em defesa dos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes mexicanos, por discriminação no trabalho, salários não pagos, indenizações por enfermidades adquiridas e acidentes no desempenho do trabalho, entre outros motivos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no parágrafo 55 da Opinião Consultiva - OC-18/03, expressa sua competência para pronunciar-se sobre as perguntas formuladas pelo governo mexicano e, no parágrafo 60, destaca que o inteiro teor do referido se aplica aos Estados-membros da OEA que firmaram indistintamente a *Carta da Organização dos Estados Americanos*, subscreveram a *Declaração Americana* e a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* ou que hajam ratificado o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, independentemente de serem partes da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* ou de algum de seus protocolos facultativos.

A PARTICIPAÇÃO DE DIVERSOS ESTADOS NO PROCEDIMENTO CONSULTIVO, BEM COMO DE ONGS, UNIVERSIDADES E PARTICULARES NA QUALIDADE DE AMICI CURIAE NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA OC-18/03

O artigo 62.I do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece que,

uma vez recebida uma solicitude de parecer consultivo, o Secretário enviará cópia deste a todos os Estados membros, à Comissão, ao Conselho Permanente da OEA por intermédio do seu Presidente, ao Secretário Geral da OEA e aos órgãos da mesma a cuja esfera de competência se refira o tema da consulta, se pertinente.

Assim, diversos Estados americanos interessados – México, Honduras, Nicarágua, El Salvador, Canadá, Costa Rica, Uruguai, Paraguai, República Dominicana, Brasil, Panamá, Argentina e Peru –, além de representantes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e das Nações Unidas, participaram do procedimento consultivo comparecendo às audiências e apresentando observações escritas sobre a petição mexicana. Os Estados Unidos, em nota enviada à CIDH em 13 de janeiro de 2003, informaram que não apresentariam observações sobre a solicitação de consulta.

Em razão da importância do tema para a proteção dos direitos humanos no continente, universidades, particulares e diversas ONGs recorreram ao instituto do *amicus curiae* e, nessa qualidade, participaram dos procedimentos. A assistência do *amicus curiae*, como se sabe, não constitui, tecnicamente, interferência no processo. Sua função é apenas esclarecer o Tribunal sobre direitos e outras matérias que não são do conhecimento da Corte. Deve-se destacar, nesse contexto, o papel que as ONGs vêm desempenhando no continente americano em defesa dos direitos humanos. As ONGs,²³ como vanguardas da sociedade civil, ao atuarem no plano internacional, contribuem para os esforços que procuram construir uma comunidade humana articulada sobre os valores da não-violência, da justiça social, do equilíbrio ecológico e da democracia, alicerçada na consciência de que o que importa é o homem em sua dignidade, em seus direitos inalienáveis, que devem ser assegurados e respeitados por particulares e muito especialmente pelo Estado.²⁴

²³ Sobre a importância das ONGs no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, ver Krsticevic (2001).

²⁴ Participaram dos procedimentos de elaboração da OC-18/03, na qualidade de *amicus curiae*, as entidades e particulares seguintes, entre outros, Law Office of Sayre & Chavez; Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States; Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard; Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston; College Law Schools y el Centro de Justicia Global/Global Justice Center; Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College of Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México; Center for International Human Rights de la Northwestern University, School of Law; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecueménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (Caref) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Center for International Human Rights de la Northwestern University, School of Law; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (Unam); Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil); e Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos; Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Micheel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (Unam).

A OPINIÃO CONSULTIVA OC-18/03: CONDIÇÃO JURÍDICA E DIREITOS DO IMIGRANTE INDOCUMENTADO. AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO IMIGRANTE

A CIDH, examinando o conteúdo da solicitação mexicana e os diversos documentos apresentados pelos Estados interessados, bem como as observações das pessoas e entidades que participaram dos procedimentos na qualidade de *amici curiae*, expressa sua opinião, aprovada por unanimidade, afirmando, de início, que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais de todos os que se encontram sob sua jurisdição. Segundo a Corte, devem os Estados, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente, evitar ações e suprimir medidas e práticas que limitem ou violem direitos fundamentais. Nessa linha, a CIDH destaca que o princípio da igualdade e da não-discriminação é parte integrante do Direito Internacional Geral e, assim, aplicável pelo Estado, independentemente de que este seja parte ou não de determinado tratado. As normas internacionais relativas ao princípio da igualdade e da não-discriminação destacadas pela consulta mexicana são as seguintes: artigos 3.1 e 17 da *Carta da OEA*, 24 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, II da *Declaração Americana*, 26 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e 2.1 da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

Os Estados – destaca a CIDH – têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais. O não-cumprimento desse compromisso, mediante qualquer tratamento discriminatório, gera responsabilidade internacional. O princípio da igualdade e da não-discriminação possui uma natureza essencial para a salvaguarda dos direitos humanos tanto no plano interno como na esfera internacional. Essa obrigatoriedade – sustenta ainda a CIDH – remete o princípio da igualdade e da não-discriminação para o domínio do *jus cogens*.²⁵

²⁵ As duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados, em seus artigos 53 e 64 consagram o *jus cogens* no âmbito do Direito dos Tratados. Da interpretação evolutiva do Direito Internacional, fica evidente que a existência de normas imperativas não se limita às violações dos artigos supracitados. “Há quem alegue que o *jus cogens* faz parte apenas do Direito dos Tratados e não existe em relação aos direitos humanos. Considero que o *jus cogens* pode abranger os mais diferentes setores do DIP” (Mello, 2000, p. 795). São exemplos incontroversos de normas de *jus cogens* a proibição do uso da força, as regras sobre o genocídio, o princípio da

Sobre essa posição da CIDH, registre-se a seguinte passagem do voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade:

En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana ha significativamente reconocido que el referido principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, en la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, “ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”; sobre dicho principio, que “permea todo ordenamiento jurídico” – ha agregado acertadamente la Corte –, “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional” (párr. 101, y cf. puntos resolutivos ns. 2 y 4). La Corte, además, no se ha eximido de referirse a la evolución del concepto de *jus cogens*, trascendiendo el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional. (Parágrafos 98-99)

não-discriminação, os crimes contra a humanidade e as regras que proíbem o comércio de escravos e a pirataria. Outras normas são apontadas também como imperativas: o princípio da autodeterminação dos povos, a igualdade jurídica dos Estados, o princípio da não-intervenção, os princípios que regulam a liberdade dos mares. Os direitos humanos fundamentais, como o direito à vida, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, as normas contra a tortura, a escravidão e a servidão, o direito à integridade pessoal, o princípio da legalidade, a liberdade de consciência e de religião, a proteção da família, o direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade, os direitos políticos, bem como as garantias indispensáveis à proteção de tais direitos, como o acesso à justiça e as garantias do devido processo legal, estão incluídos no rol das normas imperativas do Direito Internacional, que obrigam todos os Estados a possuir eficácia normativa *erga omnes* e que, portanto, não podem ser derogadas, mesmo em situações excepcionais vividas pelo Estado (ver o artigo 27, (2), da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Nesse contexto, pode-se ainda aduzir o disposto no *Pacto de Direitos Civis e Políticos*, que reafirma o princípio de que ninguém poderá ser privado de sua liberdade, “salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela contidos”. Sobre o conceito de *jus cogens* e sua consagração pela jurisprudência internacional, ver Pereira (2003).

Esse caráter imperativo acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos em relação a terceiros, inclusive particulares. Esta é a afirmação que se pode ver no mesmo voto concordante supracitado (parágrafo 60):

Sobre este punto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y no-discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario. [...] No es mi propósito abundar, en este Voto Concurrente, sobre la jurisprudencia internacional al respecto [...] Me limito, pues, aquí a señalar en resumen que la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general, – al igual que la presente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana (párrs. 84 y 168) – en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados.²⁶

Argumentando que, geralmente, os imigrantes se encontram em uma situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos, comparativamente aos nacionais ou residentes nos países receptores, a CIDH sustenta que tal condição tem uma dimensão ideológica e é mantida por situações *de jure* (desigualdades entre nacionais e estrangeiros em relação às leis do país) e *de facto* (desigualdades estruturais). Tal fato leva ao estabelecimento de diferenças no acesso de uns e outros aos recursos públicos administrados pelo Estado (parágrafo 112). No parágrafo seguinte, a CIDH afirma:

Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales

²⁶ Ver Cançado Trindade (1999, p. 76-82). Para conhecimento da jurisprudência da Corte Européia relativa ao princípio da não-discriminação, ver os *Casos Lingüístico Belga*, 1968; *East African Asians versus Reino Unido*, 1973; e *Abdulziz, Cabales e Balkandali versus Reino Unido*, 1985, consultando o mesmo autor, às páginas 78-79.

como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

No contexto do princípio da igualdade e da não-discriminação, a CIDH deixa o entendimento na OC-18/03 de que, nem sempre, o direito de acesso à justiça, em toda a extensão do conceito, é assegurado ao imigrante, principalmente ao imigrante indocumentado. Em decorrência disso, afirma “que o devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independentemente do seu status migratório” (parágrafo 121). O acesso à Justiça nas esferas nacional e internacional é uma das mais eficientes formas de realização dos direitos humanos. A proteção judicial é fundamental nessa matéria e está consagrada em vários documentos internacionais, como a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, que, em seu artigo 25, estabelece que

toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.²⁷

A CIDH considera que o “amplo alcance da intangibilidade do devido processo legal se aplica não somente *ratione materiae* como também *ratione persone* sem discriminação alguma” (Parágrafo 122). Com referências aos *Casos Ivcher Bronstein, Baena Ricardo e outros* e *Tribunal Constitucional do Peru*, a Corte assinala que o elenco de garantias mínimas do devido processo legal se aplica na determinação de direitos e obrigações de qualquer espécie, não somente sobre o penal. Com referência ao imigrante ilegal, seu acesso às garantias e à proteção judicial é prejudicado pela vulnerabilidade de sua situação

²⁷ Nessa matéria devem ser citados também os artigos 8º da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*; 8º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*; 6º da *Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*; 2, 3 e 14 do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*; e 14 da *Convenção das Nações Unidas contra a Tortura*.

no país em que trabalha ilegalmente, uma vez que, por temer represálias de particulares ou das autoridades locais, como deportação, privação de liberdade e outras medidas coercitivas, o imigrante ilegal teme buscar a prestação jurisdicional. Além disso, fatores culturais, como desconhecimento do idioma e da legislação que rege as relações de trabalho no país receptor, bem como carência de recursos e existência de normas e práticas que dificultam o acesso à justiça, acabam impedindo a realização da prestação jurisdicional ao imigrante ilegal. A CIDH é de opinião que “o Estado deve garantir que o acesso à justiça seja não somente formal, mas, sobretudo, real. Os direitos derivados da relação trabalhista subsistem, apesar das medidas que forem adotadas” (Parágrafo 126).

As garantias do devido processo legal são fundamentais ao imigrante ilegal, na medida em que, por sua natureza, estabelecem o equilíbrio processual entre as partes, a “igualdade de armas” no contraditório, considerando a disparidade de recursos entre as partes, ou seja, de um lado, o estrangeiro inseguro, pobre e desprotegido, do outro, o empregador “dotado de direitos suficientes e eficientes”.²⁸

Com referência aos direitos do trabalhador migrante ilegal, antes de nomeá-los e discuti-los, a Corte, repetindo o que dispõe o artigo 2.1 da *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares*, define o trabalhador migrante como “toda pessoa que pretende realizar, realize, ou haja realizado uma atividade remunerada em um Estado do qual não é nacional” (Parágrafo 128). A CIDH começa destacando que os direitos dos trabalhadores migrantes não são, em geral, reconhecidos nos países receptores, e, no caso, os que estão em situação irregular são obviamente os mais prejudicados. Estes são obrigados a aceitar condições de trabalho desfavoráveis comparativamente com os trabalhadores nacionais que executam as mesmas funções. A CIDH esclarece:

133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho

²⁸ Ver voto concordante do Juiz Sergio Garcia Ramirez na aprovação da OC-18/03. Disponível em <<http://www.oas.org>>.

del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

A condición em que se encontra o traballador no mercado de traballo do país para o qual emigrou não pode constituir, de maneira nenhuma, justificativa para privá-lo do gozo e exercício de seus direitos humanos, entre estes, o direito ao traballo. O traballador inmigrante, legal ou ilegal, ao assumir uma relação de traballo, adquire direitos por ser traballador, que devem ser reconhecidos e garantidos pelo Estado em que traballa. Tais direitos derivam da relação laboral (Parágrafo 146).

Assim, deve-se observar que o Estado tem a obrigação de fazer respeitar e garantir os direitos do traballador inmigrante ilegal nas relações deste com os particulares. O Estado não pode permitir que empregadores privados violem os direitos dos traballadores e, da mesma forma, que a relação contratual possa contrariar os padrões mínimos internacionais de proteção dos direitos humanos. Vejamos o que diz a CIDH:

153. En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.

A CIDH esclarece, em relação aos trabalhadores imigrantes, que existem certos direitos de fundamental importância que não lhes são comumente assegurados pelos Estados receptores: a proibição do trabalho forçado ou obrigatório, a proibição do trabalho infantil, as atenções especiais que devem ser conferidas à mulher trabalhadora e os direitos correspondentes à associação e liberdade sindical, à negociação coletiva, ao salário justo por trabalho realizado, ao seguro social, às garantias judiciais e administrativas, à duração da jornada de trabalho, enfim, todos os outros direitos consagrados na legislação nacional e nos tratados ratificados pelo Estado em que trabalham. A salvaguarda desses direitos – diz ainda a CIDH –, considerando o princípio da inalienabilidade do qual são titulares todos os trabalhadores, independentemente de seu *status* migratório, deve ser plenamente assegurada pelo Estado, assim como o princípio da dignidade humana consagrado no artigo 1º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

CONCLUSÕES

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, partindo de uma interpretação plenamente evolutiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, considera que os trabalhadores imigrantes em situação ilegal nos países em que trabalham possuem os mesmos direitos laborais que são conferidos aos demais trabalhadores nesse Estado. Insta todos os países a que revisem ou modifiquem suas leis, políticas e procedimentos relativos à imigração, o que deve ser feito para eliminar todo elemento que possa se traduzir em discriminação de qualquer espécie, conforme os princípios e as normas estabelecidos nos tratados internacionais em que forem partes. Reafirma, ainda, que os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância dos princípios da igualdade perante a lei e da não-discriminação às suas políticas públicas, “quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório” (parágrafo 172).

O princípio fundamental da igualdade e da não-discriminação é parte do Direito Internacional Geral, sendo este aplicável a todos os Estados, independentemente de que sejam partes ou não de determinado tratado. Na atual etapa de evolução do direito internacional, o princípio da igualdade e da não-discriminação ingressou definitivamente no domínio do *jus cogens*. (Parágrafo 4 da OC-18/03)

A CIDH deixa claro que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas que devem ser asseguradas a todo imigrante, independentemente de sua situação legal ou ilegal no país em que trabalha. O amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma. Portanto, não é admissível que um Estado tolere a contratação de trabalhador imigrante ilegal por empregador que, prevalecendo-se das condições de vulnerabilidade do estrangeiro, o admita em suas empresas pagando-lhe salários em valores muito abaixo dos que seriam pagos normalmente aos nacionais e, ainda mais, negando-lhe o exercício de direitos laborais que decorrem exclusivamente da relação de trabalho. O Estado tem a obrigação de assegurar que tais direitos não sejam violados, não importando – repita-se – em que situação, perante as normas e as políticas migratórias do Estado, se encontre o imigrante.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.). *O Direito Internacional dos Refugiados – uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BÓGUS, Lucia Maria Machado. Globalização e Imigração Internacional: O que há de Novo Nesses Processos? In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octávio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da Globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. v. 2.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 3.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1999. v. 3 (Fim de Milênio).

ELIZONDO, Gonzalo; CASAFONT, Paola. Migración y Dinámica de los Derechos Humanos Hoy. In: *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos*.

Liber Amicorum Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. tomo IV.

IANNI, Octavio. *A Era do Globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KRSTICEVIC, Viviana. El papel de las ONG en el Sistema Americano de protección de los derechos humanos. Trámite de los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A Armadilha da Globalização*. São Paulo: Globo, 1999.

MELLO, Celso de Albuquerque D. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1.

NIKKEN, Pedro. La Competencia Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Normas Cogentes em Direito Internacional Público*. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. (Coord.). *Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TIBURCIO, Carmem. *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

RESUMO

O artigo discute a Opinião Consultiva OC-18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativa aos direitos do trabalhador imigrante indocumentado, à luz da normativa internacional

ABSTRACT

This article discusses the Consultative Opinion OC-18 of the Interamerican Commission of Human Rights relative to the rights of undocumented immigrant workers, based on the interna-

de proteção dos direitos humanos. O aumento do fluxo migratório em todo o mundo é um fenômeno social preocupante. Na América Latina, o tema está na ordem do dia, em razão das imensas dificuldades enfrentadas pelos imigrantes nos países receptores, especialmente nos Estados Unidos, sobretudo depois dos acontecimentos de 11 de setembro de 2001. A CIDH, examinando o conteúdo da solicitação do governo mexicano e os diversos documentos apresentados pelos Estados interessados, bem como as observações das pessoas e entidades que participaram dos procedimentos na qualidade de *amici curiae*, emitiu sua opinião, aprovada por unanimidade, afirmando, de início, que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais de todos os que se encontram sob sua jurisdição: nacionais e estrangeiros, indocumentados ou não. O princípio da igualdade e da não-discriminação e o direito de acesso possuem uma natureza essencial para a salvaguarda dos direitos humanos tanto no plano interno como na esfera internacional. Essa obrigatoriedade – sustenta ainda a CIDH – remete o princípio da igualdade e da não-discriminação para o domínio do *jus cogens*. A CIDH deixa claro que o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no marco das garantias mínimas que devem ser asseguradas a todo imigran-

tional normative of the protection of human rights. The elevation of the migratory flow around the world is a concerning social phenomenon. In Latin America, the theme is especially relevant due to the great difficulties that immigrants face in the receiving countries, especially in the United States, mainly after September 11. The ICHR, while examining the contents of the Mexican government's plea and of the many documents presented by the interested States, as well as the observations of people and entities that participated in the *amici curiae* quality procedures, gave their opinion, approved by unanimity, affirming at once that the States have the general obligation of respecting and guaranteeing the fundamental rights of all who are under their jurisdiction: whether national or foreign, undocumented or not. The principle of equality and non-discrimination and the right to access have an essential nature that can salvage human rights in the internal plain as well as the international sphere. This requirement – sustains the ICHR – takes the principle of equality and non-discrimination under the domain of *jus cogens*. The ICHR states clearly that the right to a rightful legal lawsuit must be recognized as a minimum guarantee to be assured to every immigrant, whether they are in a legal or illegal

te, independentemente de sua situação legal ou ilegal no país em que trabalha.

status in the country in which they work.

Palavras-chave: imigrante indocumentado, direito do trabalhador, Corte Internacional de Direitos Humanos.

Keywords: undocumented immigrant, workers' rights, International Commission of Human Rights.

Antônio Celso Alves Pereira é Doutor em Direito Público, Professor visitante do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Foi Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – sua relevância para a afirmação da tolerância e do pluralismo *

Celso Lafer

- | -

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Assembléia Geral da ONU por meio da Resolução nº 217-A (III) de 10 de dezembro de 1948. É um desdobramento da Carta da ONU que contemplou, entre os propósitos da organização, “conseguir uma cooperação internacional para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (Carta da ONU, artigos 1, 3).

A Carta, ao consagrar entre os seus propósitos a internacionalização sem discriminações dos Direitos Humanos, teve, como *vis directiva* do *pactum societatis*, nela institucionalizada, a “idéia da obra a realizar” – para falar com Hauriou¹ – da construção de uma sociedade internacional não só de Estados

* O trabalho foi elaborado para o livro *A Declaração Universal dos Direitos Humanos - Sessenta anos*. São Paulo: USP, 2008, p. 27-43, organizado por Maria Luiza Marcílio.

¹ Hauriou (1967, p. 14-15).

igualmente soberanos mas de indivíduos livres e iguais. É o que está dito, com clareza, no primeiro parágrafo do Preâmbulo da Carta, na reafirmação da “igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas”.

A Declaração Universal é a primeira grande e acabada expressão desta idéia da obra a realizar, pois na sua abrangência atribuiu, pela primeira vez em escala planetária, um relevante papel aos direitos humanos na convivência coletiva. Neste sentido pode ser considerada um evento inaugural de uma nova concepção da vida internacional. É, assim, um evento que guarda semelhança do que foi, a seu tempo, no plano interno dos Estados, com o início da era dos direitos no século XVIII, a passagem do dever dos súditos para os direitos dos cidadãos, para evocar a consagrada formulação de Norberto Bobbio².

Esta passagem tem como objetivo pôr em questão a desigualdade radical entre governantes e governados, caracterizadora de regimes autocráticos, como ensina Kelsen³. No plano mundial, está voltada para organizar e humanizar a relação governantes-governados por meio de normas de mútua colaboração delimitadoras do escopo das soberanias e voltadas para consagrar o valor do ser humano. É, desse modo, um meio de conter o solipsismo da soberania que elabora a ordem jurídica a partir do subjetivismo do “eu” dos governantes de um Estado⁴. Representa, dessa maneira, um marco na afirmação de uma plataforma emancipatória do ser humano na sua dignidade própria, que integra a humanidade e não se reduz ou se dilui no todo hierarquicamente definido de uma coletividade estatal. Tem, por isso mesmo, como um dos seus objetivos conter o arbítrio discricionário da “razão de estado” de governantes na condução do exercício das competências territoriais das soberanias estatais.

A contenção da discricionariedade é, por si só, expressão do pluralismo, que é uma negação do poder concebido monocraticamente⁵. Tem, como uma das suas vertentes, o combate à estatolatria, que caracterizou o fascismo. Importa lembrar que a incontida discricionariedade no trato de jurisdicionados gerou, com a dissociação entre os direitos humanos e os direitos dos povos,

² Bobbio (2004, p. 114).

³ Kelsen (1973, p. 100-101).

⁴ Ibid., p. 108.

⁵ Cf. Bobbio (1988, p. 28; passim).

refugiados, deslocados no mundo e atrocidades no primeiro pós-Guerra Mundial. Promoveu, com o Holocausto levado a cabo pelo racismo nazista, a descartabilidade do ser humano.

A dissociação entre os direitos humanos e os direitos dos povos e a deliberada promoção da descartabilidade do ser humano são, por excelência, paradigmas da denegação tanto do pluralismo que valoriza a diversidade dos grupos sociais que compõem uma sociedade quanto da tolerância que reconhece que a verdade não é uma mas múltipla e aceita a existência do diferente. A denegação em larga escala do pluralismo e da tolerância foi percebida por ocasião da elaboração da Carta da ONU e da redação da Declaração Universal, como uma das causas das tensões que levaram à Segunda Guerra Mundial. Esses fatos e percepções são fontes materiais da Carta da ONU e, muito especialmente, da Declaração Universal⁶.

A Declaração Universal, pela sua importância e significado que acabo de esboçar, comporta múltiplas abordagens. Neste texto vou cingir-me à exploração de duas perspectivas que permitem tratar do que ela representa como afirmação do pluralismo e da tolerância. A primeira é a do relacionamento da Declaração Universal com o tema da construção da paz. A segunda diz respeito ao por que a Declaração Universal não é uma agregada e qualificada soma de Declarações nacionais, pois trata de facetas dos Direitos Humanos que transcendem as jurisdições nacionais e exigem, por isso mesmo, tutela internacional.

- II -

A Carta da ONU, que é de 1945, considera a guerra um grande mal. Fala, no seu Preâmbulo, no “flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade”. Afirma, conseqüentemente, que a paz é um bem a ser buscado.

A tarefa de construção da paz transita pelo esforço em eliminar a guerra. É o que Bobbio denomina de pacifismo ativo, que se move em três direções no jogo da relação entre meios e fins⁷. Assim, pode-se falar num *pacifismo instrumental*, voltado para uma ação sobre os meios de se obter a paz, seja pelo estímulo às técnicas político-jurídicas da solução pacífica de controvérsias,

⁶ Cf. Lafer (2006; 2008).

⁷ Cf. Bobbio (2003, p. 93-115).

seja pelo esforço de reduzir ou eliminar os armamentos, que são os meios técnicos de conduzir a guerra. A Carta da ONU exprime as aspirações do pacifismo instrumental, tratando amplamente da solução pacífica de controvérsias (cf., por exemplo, o capítulo VI) e acenando, no trato dos princípios gerais de cooperação, direcionados à manutenção da paz, para o desarmamento e a regulamentação dos armamentos (artigo 11).

A Carta não se cinge, no entanto, ao pacifismo instrumental. É também uma expressão de um *pacifismo institucional*, em primeiro lugar porque a ONU como organização internacional de vocação universal representa, na vida política mundial, a abrangente inserção de um *tertius inter partes* em prol da paz, voltado para conter os riscos inerentes à anarquia que enseja a possibilidade da guerra. Em segundo lugar porque se preocupa com a desigualdade de condições econômico-sociais em escala planetária, favorecedoras das tensões propiciadoras das guerras. Nesta segunda vertente, a cooperação internacional econômica e social prevista no artigo 55, a e b, é a expressão de um pacifismo institucional de cunho social que se soma à primeira vertente, que é a de um pacifismo institucional de cunho político.

Cabe ainda agregar ao pacifismo instrumental e ao pacifismo institucional o que Bobbio qualifica de pacifismo de fins, preocupado em lidar com a conduta dos homens que criam as instituições e empregam ou não os meios da violência. É no âmbito de um pacifismo de fins que se insere, como um desdobramento da Carta da ONU, a Declaração Universal, pois teve e tem como objetivo consolidar uma visão do mundo caracterizada pelo respeito e reconhecimento do Outro, o que significa reconhecer o valor da tolerância e o pluralismo inerente à condição humana na sua concomitante igualdade e diversidade.

Em síntese, a afirmação dos Direitos Humanos no plano internacional significa, no campo dos valores, ou seja, no da concepção da vida na sociedade mundial, um meio de conter o conceito schmittiano da política como relação dicotômica amigo/inimigo, denegadora do pluralismo e da tolerância e, como tal, instigadora da guerra⁸. Não é assim, por acaso, que um dos considerandos da Declaração Universal realça o seu papel na promoção do “desenvolvimento das relações amistosas entre as nações”, e o primeiro dos considerandos afirma que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família

⁸ Schmitt (1972, p. 65 et seq.).

humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (grifos meus).

René Cassin, que foi um dos redatores da Declaração Universal, partiu do pressuposto, por ele já afirmado em Conferência proferida em Londres em 24 de setembro de 1941, em plena guerra, que seria impossível estabelecer uma paz internacional efetiva num mundo onde os direitos humanos fossem muito desigualmente desrespeitados. Cassin entendia que um dos fortes componentes axiológicos da guerra contra os países do Eixo tinha sido a batalha em prol da afirmação dos direitos humanos. Na articulação do seu raciocínio sobre o nexos paz e direitos humanos “protegidos pelo império da lei” (terceiro considerando do preâmbulo da Declaração Universal), evocava a sua experiência diplomática na Sociedade das Nações. Lembrava que a Alemanha de Hitler afirmara que o desrespeito aos direitos humanos dos que estavam na esfera da sua jurisdição territorial era um assunto interno de sua exclusiva competência soberana. Contestou, desse modo, a legalidade e a legitimidade de uma Resolução da Sociedade das Nações que convidava os Estados-membros a respeitar, no plano interno, os direitos humanos, ainda que estes não fossem tutelados por um tratado internacional. Poucos dias depois dessa tomada de posição, a Alemanha nazista retirava-se da Sociedade das Nações e da Conferência que estava sendo negociada no seu âmbito sobre limitações e redução de armamentos. Cassin identifica nessa postura, ocorrida em 1933, sobre direitos humanos o efetivo e significativo início da cadeia de eventos que provocaram a Segunda Guerra Mundial⁹.

Na origem do trato dos direitos humanos pela Carta da ONU e, subsequentemente, pela Declaração Universal, cabe realçar a importância afirmada em 6 de janeiro de 1941 pelo presidente Roosevelt dos EUA da prevalência de quatro liberdades que deveriam ser asseguradas para o futuro pacífico do mundo pós-Segunda Guerra Mundial. Estas quatro liberdades integram o segundo considerando da Declaração Universal e são: a liberdade da palavra; a de crença; a de viver a salvo da necessidade; a de viver a salvo do medo.

As liberdades da palavra e de crença são uma expressão do valor positivo atribuído, na esteira de Morus e Locke, à tolerância. Busca tutelar a convivência pacífica entre verdades contrapostas, seja de cunho religioso, seja de opiniões políticas. Parte do reconhecimento ético devido ao Outro e da relevância de

⁹ Cassin (1951, p. 241-242), Agi (1998, p. 222; 233-235).

se encontrar um *modus vivendi* que lide com a irreducibilidade das opiniões. Como diz Bobbio tratando do assunto: ou tolerância ou perseguição, *tertium non datur*¹⁰. A liberdade de viver a salvo da necessidade é uma expressão do pacifismo social supramencionado. Representa uma denegação do indiferentismo moral que aceita passivamente como um dado inalterável a miséria e pobreza. Por essa razão, a Declaração Universal consagrou os direitos econômicos, sociais e culturais (artigos XXII a XXVII), não identificando na tolerância a acepção negativa de uma passiva indulgência destituída de solidariedade humana. A liberdade de viver a salvo do medo, na formulação de Roosevelt em 1941, dava ênfase a uma redução mundial de armamentos para conter as agressões bélicas de países vizinhos. Nessa acepção, ela exprime o pacifismo instrumental de meios.

A tolerância religiosa e política que se expressa por meio da afirmação da liberdade de crença e de opinião dá combate à intolerância que provém da dificuldade de aceitar o pluralismo das verdades. Essas duas liberdades estão consagradas nos artigos XVIII e XIX da Declaração Universal.

A experiência política no período entre as duas grandes guerras e, em especial, a dissociação entre os direitos dos povos e os direitos humanos, introduziram na agenda um outro tipo de intolerância, qual seja, a que provém da dificuldade de aceitar o “diferente”, o “diverso”. Em outras palavras, a da convivência, numa sociedade, com o heterogêneo de minorias étnicas, linguísticas e raciais e em que medida esse tipo de intolerância deriva de preconceitos.

O preconceito promove a discriminação ao fazer um juízo do valor sobre a diferença, atribuindo a uns a condição de superior e a outros a condição de inferior, corroendo, dessa maneira, pela discriminação, o princípio da igualdade¹¹. É por essa razão que o ponto de partida da afirmação dos direitos humanos são, como diz René Cassin, a generalização do alcance geral do princípio da igualdade e o seu corolário lógico, o princípio da não-discriminação, que dá combate à intolerância em relação ao pluralismo do diferente. É por esse motivo que Cassin considera os artigos I e II da Declaração Universal o pórtico dos direitos humanos¹².

¹⁰ Bobbio (2004, p. 215).

¹¹ Id., 2002, p. 103-118.

¹² Cassin (1951, p. 277-279), Agi (1998, p. 232-239).

A igualdade em dignidade e direito de todos os membros da família humana é afirmada no artigo I da Declaração Universal. Diz o artigo I: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.” O artigo I retoma a formulação não apenas do valor da igualdade e da liberdade da Revolução Francesa, mas também do da fraternidade, que é a expressão da secularização do conceito cristão de filhos de Deus. Nesse sentido, o espírito de fraternidade consagrado no artigo I da Declaração Universal exprime uma postura que aprofunda a noção clássica da amizade – a de *filia* – a ela agregando a aspiração da solidariedade horizontal¹³. Assim, o espírito de fraternidade consagrado no artigo I contesta a relação política concebida como uma relação amigo/inimigo e é uma instigação ao “desenvolvimento das relações amistosas entre as nações”. É, igualmente, um dos fundamentos do pacifismo social consagrado nos direitos econômico-sociais e culturais previstos, como mencionado, na Declaração Universal.

O princípio da não-discriminação é asseverado no artigo II - 1 e 2 da Declaração Universal. O artigo II realça que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração “sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição” (artigo II - 1), registrando igualmente que:

Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (Artigo II - 2)

Como se vê, o artigo II da Declaração Universal, ao afirmar de maneira abrangente o princípio da não-discriminação como o corolário lógico do princípio de igualdade estabelecido no artigo I, dá combate à intolerância em relação ao diverso, o diferente. Esse combate se vê reforçado pelo artigo VII, que afirma: “Todos são iguais perante a lei e têm direitos, sem qualquer distinção, a

¹³ Panella (1989, p. 143-166).

igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Chamo a atenção para o fecho do artigo VII, que realça a importância de não haver incitamento à discriminação, pois os preconceitos nascem na cabeça dos seres humanos, como ensina Bobbio¹⁴. Por isso é preciso combatê-los na cabeça dos homens, proibindo o incitamento à discriminação preconceituosa, como prevê o artigo VII, e ao mesmo tempo estimulando, com a educação, a luta contra toda forma de sectarismo. Esse estímulo, voltado para atuar sobre a conduta humana, está previsto no artigo XXVI da Declaração Universal.

O artigo XXVI - I prevê o direito à instrução que é complementado no II com algumas diretrizes fundamentais, a saber:

A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (Grifos meus)

Como se verifica, o artigo XXVI - 2 dá conteúdo concreto à importância do ensino e da educação na promoção dos direitos humanos previsto na proclamação que antecede o texto da Declaração Universal. Nesse sentido, ao estabelecer o nexos com a educação, propiciadora da compreensão, da tolerância e da amizade, que tem como função coadjuvar as atividades da ONU em prol da manutenção da paz, o artigo XXVI - 2 da Declaração endossa o pacifismo ativo de fins voltado para construtivamente atuar sobre o ser humano pela pedagogia. A definição do caráter da educação direcionada para “combater o espírito de intolerância e ódio” dá um valor especial a esse artigo, como afirmou Austregésilo de Athayde na condição de delegado do Brasil na Terceira Comissão da Assembléia Geral da ONU, por ocasião da sua discussão em 1948¹⁵. Não é irrelevante lembrar, nesse contexto, que a instigação aos ódios públicos foi uma das características da dinâmica do totalitarismo, como

¹⁴ Bobbio (2002, p. 117).

¹⁵ Trindade (1984, p. 231-232).

mostrou Hannah Arendt, e que esses ódios não tinham como tônica apenas a mais circunscrita intolerância de *privata odia*. Objetivavam identificar, à maneira de Carl Schmitt, na antagônica relação política, o inimigo com quem se deveria travar a guerra pública¹⁶.

Em síntese, a Declaração, enquanto expressão de um pacifismo de fins, propôs kantianamente, lastreada na afirmação do artigo I de que as pessoas “são dotadas de razão e consciência”, uma “política da razão”. Esta tem, como idéia regulatória estratégica, as possibilidades de um futuro de paz baseado nos direitos humanos, tendo como tática as possibilidades de sua asserção enquanto plataforma emancipatória do ser humano. No campo de uma pedagogia dos direitos humanos direcionada para a conduta das pessoas, a própria Declaração considera que o seu texto, no seu articulado, contribuiu para o compromisso da observância dos direitos humanos, pois representa o padrão de uma “compreensão comum” dos direitos e liberdades. Aponta, assim, para a *vis directiva* do “ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”.

É importante registrar que, no trato dessa *vis directiva*, a Declaração Universal parte de uma concepção do papel positivo que, numa sociedade, o pluralismo deve ter na afirmação dos direitos humanos. É por esse motivo que a Assembléia Geral, ao proclamar a Declaração Universal, não confere responsabilidades apenas aos Estados, povos e nações, mas a “cada indivíduo e órgão da sociedade”. Daí o alcance do artigo XXX, o artigo final da Declaração, que diz:

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoas do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de qualquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Diria, para arrematar esta parte deste texto, que tratou da relação entre direitos humanos e paz: a Declaração Universal, como expressão do pacifismo de fins, tem como pressuposto que a afirmação dos direitos humanos pode contribuir de maneira relevante para uma ordem mundial de composição de

¹⁶ Cf. Ansart (2004), Schmitt (1972, p. 65-69; 200).

conflitos. Nessa composição é fundamental manter, sem a ocorrência de guerras, a integridade do tecido social da comunidade internacional. Esse tecido tem fios de diversas procedências – por isso é uma manifestação do pluralismo do *inter homines esse*. Daí a relevância da tolerância em relação aos fios dessas diversas procedências. A tolerância é, nesse sentido, um corolário do pluralismo. É uma virtude que se opõe ao fanatismo, ao sectarismo, ao autoritarismo, ou seja, à intolerância. Diz Comte-Sponville que a simplicidade é a virtude dos sábios e a sabedoria, a dos santos, observando que a tolerância é sabedoria e virtude para aqueles que, não sendo nem sábios nem santos, são a maioria. Desse modo, a tolerância é uma pequena virtude e uma pequena sabedoria, mas necessária e acessível¹⁷. A Declaração Universal, como se viu na análise de vários de seus artigos, é uma aposta político-pedagógica do pacifismo de fins nessa acessibilidade.

- III -

A Revolução Francesa e a concepção do papel dos Direitos Humanos na convivência coletiva que dela emanou postulavam uma convergência entre os direitos humanos e os direitos dos povos. Essa convergência se via corroída no pós-Primeira Guerra Mundial, daí advindo, como mencionado, uma histórica dissociação entre os direitos dos povos e os direitos humanos. Dessa dissociação resultou o surgimento em larga escala dos deslocados no mundo. São os *displaced people* – as minorias nacionais, lingüísticas, étnicas e religiosas –, que se viram expelidos, como mostrou Hannah Arendt, da trindade Povo-Estado-Território, por força de uma inédita denegação da tolerância e do pluralismo. Estes deslocados no mundo, ao se converterem em refugiados e apátridas, viram-se destituídos, com a perda efetiva da cidadania, dos benefícios da legalidade. Destarte, não puderam valer-se dos direitos humanos mesmo quando contemplados pelas legislações nacionais. Daí o drama daqueles cuja situação angustiante não resultava do fato de não serem iguais perante a lei, mas de não existirem mais leis para eles. Ademais, não encontrando lugar – qualquer lugar – num mundo como o do século XX, inteiramente organizado e ocupado politicamente, tornaram-se indesejáveis *erga omnes*. Essa situação se agravou tanto com a restrição à livre circulação das pessoas – seja por

¹⁷ Comte-Sponville (1995, p. 189).

motivações econômicas (a crise de 1920), seja pelo sectarismo do ímpeto xenófobo dos nacionalismos – quanto pela inauguração do cancelamento em massa, pela União Soviética e pela Alemanha nazista, da nacionalidade, pelo arbitrário e discricionário exercício de soberanias guiadas pela intolerância de motivações político-ideológicas e racistas.

De um juízo reflexivo sobre o alcance do sectarismo, do fanatismo, da xenofobia e do autoritarismo da intolerância de que foram vítimas os deslocados no mundo, que facilitou a descartabilidade dos seres humanos nos campos de concentração, concluiu Hannah Arendt que os direitos humanos não são um *dado*. São um *construído* político de convivência coletiva, baseado na pluralidade dos seres humanos que compartilham a terra com outros seres humanos. Desse modo elaborou, à sua maneira, o direito à hospitalidade universal como um direito comum à face da Terra, preconizado por Kant no *Projeto de Paz Perpétua* como um princípio do *jus cosmopoliticum*. Este diria respeito aos seres humanos e aos Estados no mundo e, como tal, teria, na conjectura kantiana, características próprias, distintas do *jus civitatis* dos direitos nacionais e do *jus gentium* do direito internacional público que rege as relações dos Estados entre si. Assim, para Hannah Arendt, o primeiro direito é o *direito a ter direitos*, ou seja, o acesso a uma ordem jurídica que tutele o princípio da igualdade e o seu corolário, o princípio da não-discriminação. O *direito a ter direitos*, como mostrou a experiência histórica dos refugiados e apátridas, discutido por Hannah Arendt em *Origens do Totalitarismo*, só começaria a se tornar viável mediante uma tutela internacional a ser construída por meio de uma política internacional dos direitos humanos voltada para conter a discricionariedade das soberanias e que pudesse, desse modo, assegurar a liberdade de viver a salvo do medo da denegação da tolerância e do pluralismo. Essa denegação se traduz no medo do ser humano que, ao perder a condição de sujeito do direito, é tido como supérfluo e como tal se converte num objeto destituído de valia e, por isso, no limite, descartável¹⁸.

A Declaração Universal é a expressão de um “direito novo”, sensível a esta realidade. Por isso ela é também, nesse sentido, um evento inaugural, e, por essa razão, como apontou Cassin na sua exegese, a Declaração de 1948 não é uma soma de Declarações nacionais, nem uma ampliação, em escala

¹⁸ Arendt (1989, p. 300-336; 1994, p. 73-77), Kant (1985, p. 37-42), Lafer (2006, p. 41-42, 45-49; 2008, p. 299-303).

mundial, dessas Declarações, por mais completas e aperfeiçoadas que possam ser. Ela inova ao formular, no plano universal, direitos humanos que não estão ao alcance de uma jurisdição nacional, pois leva em conta a tutela internacional de direitos que conferem, para falar com Hannah Arendt, o direito a ter direitos. Estes são os que, ao serem negados pelo arbítrio discricionário da soberania numa rejeição do pluralismo e da tolerância, desempossam seres humanos da condição de sujeitos do direito, destituindo-os do benefício do princípio da legalidade¹⁹.

Nessa linha, cabe destacar o artigo VI da Declaração: “Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”. Esse artigo afirma o indispensável laço de todo ser humano com a ordem jurídica, que é o núcleo duro de todo processo de positivação dos direitos humanos. O artigo VI dá combate ao aniquilamento jurídico da pessoa humana, que a condição de refugiado ou apátrida favorece e que exprime o drama dos *displaced people*.

Um desdobramento do artigo VI é o artigo XV - “1 – Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. 2 – Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”. Esse artigo é um passo importante na internacionalização dos direitos humanos, pois a prévia norma usual era consignar o tema da nacionalidade ao domínio reservado dos Estados. Foi com base nesse domínio reservado que, como visto, a União Soviética e a Alemanha nazista promoveram o cancelamento em massa da nacionalidade no arbitrário e intolerante exercício soberano do poder, motivado pelas discricionariedades político-ideológicas. Num mundo dividido em Estados, a apatridia é o equivalente, dizia Cassin, à supressão da água e do fogo na cidade antiga. Permite o aniquilamento jurídico da pessoa humana. Daí a relevância do artigo XV, que indica o caminho de uma ação coletiva voltada para impedir a apatridia e preservar, num sistema interestatal, a unidade da família humana.

O artigo XIII trata, no seu inciso 1, da liberdade de locomoção de toda pessoa – nacional ou estrangeiro – dentro das fronteiras de cada Estado e, no inciso 2, do direito de toda pessoa de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar. O artigo XIII tem como complemento o artigo XIV, que estabelece:

¹⁹ Cassin (1951, p. 281-282).

1 – Toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2 – Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

O artigo XIII e o artigo XIV inovam ao postular a livre circulação das pessoas no plano internacional. São a expressão da aspiração a um direito comum de todo ser humano à face da Terra e, nesse sentido, uma kantiana manifestação do direito à hospitalidade universal, articulada numa Declaração que almeja promover um *jus cosmopoliticum*.

A Declaração se contrapõe à xenofobia e busca conduzir a uma uniformidade do regime jurídico do nacional e do estrangeiro ao afirmar que, como pessoa, o estrangeiro goza de iguais direitos aos dos nacionais em matérias decisivas. Entre eles, como sublinha Cassin, o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo III); o da garantia de recurso efetivo à jurisdição do país onde reside, contra atos violadores de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei (artigo VIII); o direito ao casamento (artigo XVI - 1); o direito às liberdades de ordem espiritual e moral (artigos XVIII e XIX); o direito à propriedade (artigo XVII); o direito ao trabalho com igual remuneração (artigo XXIII - 2); o direito à instrução (artigo XXVI) e os direitos intelectuais de criação e inovação (artigo XXVII - 2).

A Declaração também consagra tanto a liberdade como não-intervenção quanto a liberdade como participação, ou seja, para lembrar Benjamin Constant, tanto a liberdade dos modernos quanto a liberdade dos antigos. Um dos importantes dispositivos sobre a liberdade como não-intervenção é o consagrado no artigo XII:

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

A Declaração é um dos primeiros textos jurídicos que trata do direito à vida privada e à intimidade. Penso que o dispositivo buscou dar uma expressão concreta à liberdade de viver sem medo, pois uma das características do

totalitarismo – experiência que lhe serviu de fonte material – havia sido justamente estender a ubiqüidade do poder à vida privada para alcançar uma dominação total.

O artigo XXVIII – “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados” – também não caberia numa Declaração nacional. Enuncia, no contexto dos demais dispositivos, o que pode ser qualificado como um princípio do *jus cosmopoliticum*. Postula a aspiração a uma nova ordem internacional que vá além do tradicional Direito Internacional Público. Encaminha a *vis directiva* de uma ordem na qual a interação entre os Estados e a ONU, como um *tertius inter-partes*, enseja a tutela da dignidade da pessoa humana.

Em síntese, para concluir a terceira parte deste texto, a Declaração Universal, ao abrir caminho para a internacionalização dos direitos humanos e, desse modo, reconhecer a relevância do arendtiano direito a ter direitos, tem como um dos seus antecedentes conceituais a abrangência do kantiano princípio de hospitalidade universal. Este, por sua vez, em função das condições históricas que levaram à elaboração e à proclamação da Declaração Universal, é, como foi visto, uma afirmação do valor para uma pacífica convivência coletiva, em escala planetária, da tolerância e do pluralismo.

- IV -

Uma palavra final para arrematar este texto. A Declaração Universal traçou uma política de direito. A Declaração de Viena de 1993, que emanou da grande, abrangente e representativa Conferência da ONU sobre Direitos Humanos, reconheceu, na linha de reiteradas manifestações da comunidade internacional, a importância da política do Direito traçada pela Declaração Universal. Nela identificou a fonte de inspiração e a base utilizada pela ONU para, no correr dos anos, ir promovendo uma crescente internacionalização dos direitos humanos. Daí um sem número de tratados de proteção geral e de proteção particularizada que não cabe aqui elencar, mas que, cabe lembrar, compõe a *hard-law* do direito internacional dos direitos humanos. Esta é, por sua vez, uma expressão da ambição normativa da agenda internacional contemporânea, instigada pela Declaração Universal, como um desdobramento axiológico da Carta da ONU.

Qual é a efetividade da ambição normativa proveniente do direito internacional dos direitos humanos? A relação entre o *dever ser* das normas e o *ser* da realidade na qual incidem é sempre problemática e mais ainda no sistema internacional no qual o Poder, que torna o direito realizável, está distribuído individual e desigualmente entre os seus protagonistas. Daí o desafio da efetividade que, em matéria de direitos humanos, provém das tradicionais suscetibilidades das soberanias diante da intrusiva ação que representam no campo dos valores; das conhecidas seletividades provenientes da “razão de estado” na condução das políticas externas; da multiplicação das difusas tensões internacionais de hegemonia e de equilíbrio; da dinâmica interação contemporânea entre as forças centrípetas da globalização e das forças centrífugas que alimentam a sublevação dos particularismos; do ímpeto intolerante dos fundamentalismos e dos ódios públicos; dos unilateralismos políticos denegadores do multilateralismo e do valor do pluralismo na sociedade internacional. É por esse motivo que, também no plano internacional, para recorrer a uma formulação de Danièle Lochak, o processo de afirmação em escala planetária dos direitos humanos não é nem uma marcha triunfal nem uma causa de antemão perdida. É a História de um combate que muda de acordo com os contextos e as circunstâncias mas que continua na ordem do dia para quem tem a crença no valor da dignidade humana²⁰. Na agenda internacional contemporânea, o tema da tutela da tolerância e do pluralismo, contemplado na Declaração Universal e discutido neste texto, retém sua plena atualidade.

Nesse sentido, a Declaração Universal, porque teve o mérito de não ser apenas uma reação aos problemas do passado – as fontes materiais que explicam a sua gênese – mas igualmente o de contribuir para projetar valorações fundamentais para modelar o futuro, conserva a qualidade de um evento inaugural – inclusive na afirmação da relevância da tolerância e do pluralismo. Por isso, neste aniversário dos 60 anos da sua proclamação, cabe celebrá-la, pois é de justiça registrar que ela é e continua sendo, à maneira do dito de Arquimedes, o grande ponto de apoio para alavancar a luta em prol dos direitos humanos no mundo.

²⁰ Lochak (2005, p. 116).

REFERÊNCIAS

AGI, Marc. *René Cassin – Prix Nobel de la Paix – 1887-1976 – Père de la Déclaration Universelle des droits de l’homme*. Mesnil-sur-l’Estrée: Perrin, 1998.

ANSART, Pierre. Hannah Arendt: a obscuridade dos ódios públicos. In: DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Marion Brepohl de. *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2004. p. 17-33.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo – Anti-semitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Polis, 1988.

_____. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002.

_____. *O Problema da Guerra e as vias da Paz*. São Paulo: Unesp, 2003.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2004.

CASSIN, René. La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l’homme. In: *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. [S.l.], 1951. Tome 79, II, p. 239-367.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

HAURIOU, Maurice. *Teoria dell’istituzione e della fondazione*. Milano: Giuffrè, 1967.

KANT, Immanuel. *Per la Pace Perpetua e altri scritti*, a cura di Nicolao Merker. Roma: Riuniti, 1985.

KELSEN, Hans. *Essays in Legal and Moral Philosophy* (selected and introduced by Ota Weinberger). Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Co., 1973.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: o desafio do direito a ter direitos. *Revista do Tribunal Regional Federal*, 3. Região, v. 75, p. 37-54, jan./fev. 2006.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio. (Org.). *História da Paz*, São Paulo: Contexto, 2008. p. 297-329.

LOCHAK, Danièle. *Les droits de l'homme*. Paris: La Découverte, 2005.

PANELLA, Giuseppe. Fraternità – semantica di un concetto. *Teoria Politica*, V, n. 2-3, p. 143-166, 1989.

SCHMITT, Carl. *La Notion de politique/Théorie du partisan*. Paris: Calmann-Lévy, 1972.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (período 1941-1960)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984.

RESUMO

O artigo examina a relevância da Declaração Universal dos Direitos Humanos para a contenção da discricionariedade, para a afirmação da tolerância e do pluralismo, ressaltando o papel positivo que, numa sociedade, tais valores têm na afirmação dos direitos humanos. Para tanto, analisa a Declaração como expressão do pacifismo, instrumental, institucional e de fins, tendo como pressuposto que a afirmação dos direitos humanos pode contribuir de maneira relevante para uma ordem mundial de composição de conflitos. Por fim, aponta que a Declaração Universal traça uma “política de direito”, e porque teve o mérito de não ser apenas uma reação aos problemas do passado, pode contribuir para projetar valorações funda-

ABSTRACT

This article examines the relevance of the Universal Declaration of Human Rights for the contempt of discretion, for the affirmation of tolerance and pluralism, pointing out the positive role that these values, in society, have in the affirmation of human rights. Therefore, it can be said that the Declaration is an expression of instrumental and institutional pacifism, with the purpose of achieving it, by presuming that the affirmation of human rights may contribute relevantly to a world ordering of conflict composition. Finally, it is pointed out that the Universal Declaration traces a “policy of rights”, and due to having the merit of not being a mere reaction to the problems of the past, it can contribute to the projection of fundamental

mentais para modelar o futuro. Assim, conclui no sentido de que passados mais de 60 anos de sua proclamação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos “é e continua sendo, à maneira do dito de Arquimedes, o grande ponto de apoio para alavancar a luta em prol dos direitos humanos no mundo”.

Palavras-chave: Declaração Universal dos Direitos do Homem, tolerância, pluralismo, política de direito.

valuations in order to shape the future. We can conclude that after 60 years since the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights “it is and continues to be, as Archimedes said, the great lever to set the struggle for human rights in the world forward.”

Keywords: Universal Declaration of Human Rights, tolerance, pluralism, policy.

Celso Lafer é Doutor em Direito, Professor Titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Presidente da Fapesp, Membro da Academia Brasileira de Letras e da Academia Brasileira de Ciências. Foi Ministro das Relações Exteriores, Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, Embaixador, Chefe da Missão Permanente do Brasil junto às Nações Unidas e à Organização Mundial do Comércio em Genebra.

Constituição e soberania: o caso brasileiro *

Fábio Konder Comparato

Para que possamos compreender, ou seja, apreender em sua totalidade, o sentido de Constituição, é indispensável enxergar o nascimento e a evolução do conceito ao longo da História. É mister saber quando, como, onde e por que as instituições a que ele se refere surgiram e se integraram, evolutivamente, na vida dos povos.

Sem esse indispensável trabalho de reflexão histórica, é impossível compreender a vida política de nosso país, nesses 20 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

O QUE É CONSTITUIÇÃO

Há dois momentos históricos decisivos a considerar: o do esplendor da filosofia grega, entre os séculos V e III a.C., e o da deflagração das Revoluções americana e francesa, ao final do século XVIII.

* Exposição apresentada à XX Conferência Nacional dos Advogados, realizada em Natal, Rio Grande do Norte, em novembro de 2008.

O sentido de constituição política até a época moderna

Para os pensadores gregos da época clássica, o vocábulo *politéia* tinha um duplo significado.¹ Ele designava, de um lado, o que poderíamos denominar *cidadania*, isto é, a participação ativa de alguém na vida da *polis*, e, de outro lado, a organização geral desta sob o ângulo do poder, isto é, os diferentes órgãos políticos.

Nessa última acepção, os pensadores gregos distinguiam duas realidades inter-relacionadas: o direito ou as leis (*nomói*) e o poder político assumido pelos governantes (*arkhói*). Uma sociedade em que os homens no poder não obedeciam à lei, mas seguiam unicamente a sua própria vontade, não era considerada *politéia*, e sim um regime despótico, pois *despótes* era o chefe de família que dispunha de poder absoluto sobre parentes e escravos.

As principais dessas leis, as mais veneráveis dentre todas, não eram tidas como produto da vontade humana, mas sim herança sagrada dos antepassados. Tratava-se das *agraphói nomói*, as leis não escritas, às quais se referiu Antígona, ao justificar a sua desobediência às ordens de Creonte. As normas ditadas pelos costumes tradicionais, afirmou Aristóteles, têm mais autoridade e dizem respeito a matérias mais importantes do que as leis escritas.² A legitimidade destas últimas, aliás, consistia justamente em sua conformidade com as outras, das quais eram simples especificações.

De qualquer modo, cada *pólis* tinha uma singularidade de território e de história; ou seja, de valores, costumes e tradições, os quais compunham um todo único e insubstituível. Foi nesse sentido que Isócrates definiu a *politéia* como *psykhê pólews*,³ a alma da *pólis*, ou seja, o que ela tem de mais íntimo e original.

Montesquieu retomou a mesma idéia, ao falar de *espírito das leis*. Logo no capítulo 3 do livro I de sua obra máxima, ele esclarece ao leitor que

as leis devem ser relativas ao *físico* do país; ao clima glacial, tórrido ou temperado; à qualidade do território, à sua situação, ao seu tamanho; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pas-

¹ Cf. Bordes (1982).

² *Política* 1287 b, 5-9.

³ *Aeropagita*, 14.

tores; elas devem se relacionar ao grau de liberdade que a constituição pode admitir; à religião dos habitantes, às suas inclinações, às suas riquezas, ao seu número, ao seu tipo de comércio, aos seus costumes, às suas maneiras de vida. Por fim, as leis se relacionam entre si; elas se vinculam à sua origem, ao objetivo do legislador, à ordem das coisas a respeito das quais elas foram estabelecidas. É em função de tudo isso que elas devem ser consideradas.

E conclui: “É o que pretendo fazer nesta obra. Examinarei todas essas relações: elas formam, todas juntas, o que chamo de *o espírito das leis*”.

Quanto a Rousseau, a sua concepção nesse particular harmoniza-se com a do mundo grego clássico. Embora aceite o postulado de um pacto fundador da sociedade política, tal como Hobbes, Locke e Montesquieu, o pensador genebrino empresta-lhe um sentido original e altamente simbólico: é uma espécie de batismo cívico, cujo efeito consiste em provocar a ressurreição do homem bom, do homem original do estado da natureza, pervertido pela sociedade moderna.

Não se trata, portanto, de criar uma sociedade nova, oposta às boas tradições, mas de recuperá-las. Nesse sentido, tal como os filósofos gregos, Rousseau sustenta que a mais importante de todas as leis é o conjunto dos usos e costumes. Trata-se de uma lei

que não se grava nem em mármore nem em bronze, mas nos corações dos cidadãos; a que faz a verdadeira constituição do Estado; que toma todos os dias novas formas; que, quando as demais leis envelhecem ou se apagam, as reanima ou as supre, conserva um povo no espírito de sua instituição e substitui, insensivelmente, a força do hábito à força da autoridade.⁴

Em suma, a noção de constituição política, desde a Grécia clássica até meados do século XVIII, apresentava três características bem marcadas: 1) seguia as tradições e os grandes valores éticos dos antepassados; 2) exprimia-se, por conseguinte, mais sob a forma de normas costumeiras do que de leis escritas; 3) ajustava-se como uma luva às especificidades físicas e culturais da sociedade

⁴ *O Contrato Social*, Livro II, capítulo XII.

assim organizada; isto é, não podia, de forma alguma, ser transplantada para outro meio social.

Modernamente, essa organização tradicional dos poderes políticos subsiste em um reduzido número de países, notadamente no Reino Unido. Bolingbroke, contemporâneo de Montesquieu, definiu a Constituição britânica como

o conglomerado de leis, instituições e costumes, que decorrem de certos princípios imutáveis da razão e tendem a certos elementos imutáveis do bem público, compondo o essencial de um sistema, segundo o qual convencionou-se que a comunidade deve ser governada.⁵

Foi contra essa concepção tradicional que se forjou, no ambiente revolucionário norte-americano e francês de fins do século XVIII, o conceito moderno de *Constituição*.

O sentido de Constituição nos tempos modernos

Desde a “crise da consciência européia”, na passagem do século XVII ao século XVIII,⁶ a cultura ocidental voltou as costas ao passado e passou a sustentar o dever geral de se reconstruir a vida social sobre novas bases, rumo a um futuro de progresso material e felicidade.

Essa confiança no porvir alcançou os Estados Unidos na segunda metade do “século das luzes” e preparou o caminho para a independência das 13 colônias britânicas. John Adams, por exemplo, um dos *Founding Fathers* da nação norte-americana, tinha plena convicção de que o mundo se encontrava no limiar de uma idade de ouro e que, portanto, abria-se a possibilidade de se construir uma nova sociedade política de alto a baixo. A esse ato solene de fundação, deu ele o nome de *Constitution* (com maiúscula).⁷

O termo não agradou a Thomas Jefferson, que seguia nesse particular a tradição jurídica britânica. A respeito do ato normativo, que os representantes do povo de Virgínia denominaram *Constitution*, observou ele: “In Juris-

⁵ *Dissertations on Parties*, em *Works*, ed. 1809, p. 157.

⁶ Refiro-me ao ensaio já clássico de Paul Hazard (1961).

⁷ Cf. Smith (1980, capítulo IV).

prudence, whenever it is applied to any act of the legislature, it invariably means a statute, law, or ordinance, which is the present case.” Por conseguinte, concluiu, os membros do poder legislativo de Virgínia, em vez de dizerem “We, the ordinary legislature, establish a *constitution*”, deveriam ter dito “We, the ordinary legislature, establish an act *above the power of ordinary legislature*”; o que bem mostraria a incongruência do procedimento.⁸

Na verdade, a *Common Law*, nesta como em muitas outras matérias, restaurou as instituições e a própria terminologia do direito romano. Ulpiano, em conhecida passagem do Digesto (I, 4, 1), reconhece o que chamaríamos hoje a soberania do imperador, ao afirmar sem rebuscos que “quod principi placet, legis habet vigorem”. Em conseqüência, prossegue, tudo o que o príncipe estatui por escrito, oralmente como decreto seu, ou por meio de edito “legem esse constat”. E conclui: “elas são o que vulgarmente denominamos constituições” (*haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus*).

De qualquer maneira, ao lembrar que um órgão legislador ordinário só tem competência para editar leis ordinárias, Jefferson pôs o dedo no ponto saliente do debate. Se a Constituição é uma *Magna Carta* fundadora de nova sociedade, ela só pode ser outorgada por aquele que exerce a soberania ou, pelo menos, deveria exercê-la. Sieyès dirá, alguns anos depois, às vésperas da Revolução Francesa, que a legitimidade de uma Constituição está estreitamente ligada à legitimidade daquele que exerce o poder soberano. “Seria ridículo supor”, escreveu ele,

a nação vinculada, ela própria, pelas formalidades ou pela constituição, às quais acham-se sujeitos os seus mandatários. Se lhe fosse necessário esperar, para tornar-se uma nação, uma maneira de ser *positiva*, ela jamais teria existido.⁹

Na França, aliás, os revolucionários estavam tão convencidos de que acabavam de inaugurar uma nova era histórica, que não hesitaram em abolir o calendário cristão e substituí-lo por um novo, cujo Ano I iniciou-se em 22 de setembro de 1792, dia seguinte à data da instalação dos trabalhos da Convenção, a Assembléia Constituinte que abriu o regime republicano.

⁸ Jefferson (1999, p. 329-330).

⁹ *Qu'est-ce que le Tiers état?*, capítulo V.

Antes disso, em agosto de 1789, quando a Assembléia Nacional reuniu-se para redigir uma declaração de direitos como espécie de Novo Decálogo, um deputado do *Tiers Etat*, Duquesnoy, frisou o seu caráter universal:

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos.

A reação dos tradicionalistas

Tais idéias suscitaram, desde logo, a reação irada dos tradicionalistas, de um e outro lado do Canal da Mancha.

Edmund Burke não poupou invectivas à Assembléia Nacional Francesa em sua louca pretensão de criar uma nova ordem jurídica, cortando todas as amarras com o passado.

Essa Assembléia, a partir do momento em que destruiu as ordens (*les Etats Généraux du Royaume*), já não conta com lei fundamental, convenção estrita, ou costume reconhecido algum para restringi-la. Em vez de se reconhecerem obrigados a respeitar uma constituição fixa, eles (os membros da Assembléia) têm o poder de fazer uma constituição conforme aos seus desígnios. Nada, no céu ou na terra, é capaz de controlá-los.¹⁰

Joseph de Maistre, no mesmo diapasão, repudiou acremente o atentado contra a natureza e o poder divino, perpetrado pelos revolucionários, ao votarem uma Constituição para a França. “Constituição alguma”, escreveu ele,

resulta de um ato de vontade (*une délibération*); os direitos dos povos não são jamais escritos, ou pelo menos os atos constitutivos ou as leis fundamentais escritas não passam de títulos declaratórios de

¹⁰ *Reflections on the Revolution in France*, Pelican Classics, p. 133.

direitos anteriores, dos quais não se pode dizer outra coisa, senão que eles existem porque existem.

Profiligando o caráter abstrato e universal das declarações de direitos nas Constituições francesas, ironizou:

A Constituição de 1795, tal como as suas irmãs mais velhas, é feita para o *homem*. Ora, não há *homem* no mundo. Em minha vida, vi franceses, italianos, russos etc. Sei até, graças a Montesquieu, *que se pode ser persa*¹¹: mas quanto ao homem, declaro que nunca o encontrei em toda a minha vida; se ele existe, eu o ignoro completamente (*“s’il existe, c’est bien à mon insu”*).

Da mesma forma,

uma constituição que é feita para todas as nações não é feita para nenhuma delas: é uma abstração, uma obra escolástica feita para exercer o espírito segundo uma hipótese ideal, e que é preciso dirigir ao *homem*, nos espaços imaginários onde ele habita.

E retomando o raciocínio de Montesquieu, conclui, peremptoriamente:

O que é uma constituição? Não é por acaso a solução do problema seguinte?

Considerando-se a população, os costumes, a religião, a situação geográfica, as relações políticas, as riquezas, as boas e as más qualidades de uma determinada nação, encontrar as leis que lhe convêm.¹²

Na verdade, o repúdio à idéia de refundação da sociedade política por um ato criador solene, denominado “Constituição”, continuou a alimentar

¹¹ Alusão às *Lettres Persanes* de Montesquieu, em que o narrador conta que a revelação de sua origem causava grande emoção entre os franceses: “Ah! ah! o senhor é persa? É algo muito extraordinário! Como se pode ser persa?” (*Oeuvres Complètes*, Gallimard, t. I, p. 176-177).

¹² Todas essas citações são extraídas do capítulo VI do opúsculo *Considérations sur la France*, que Joseph de Maistre fez publicar em 1797 em Moscou, onde se exilara.

uma boa parte do pensamento europeu, e encontrou, no início do século XIX, um defensor de peso: Hegel.

Para o grande filósofo, assim como o Estado é um organismo vivo, da mesma forma a sua Constituição não pode ser tida como algo artificial e, portanto, suscetível de ser feita e desfeita à vontade.

A questão: a quem, a que autoridade – e organizada de que modo – compete *fazer uma Constituição* é a mesma que esta: quem tem de fazer o Espírito de um povo. Se se separa a representação de uma Constituição da do Espírito, como se bem existisse ou tivesse existido sem possuir uma Constituição à sua medida, tal opinião prova somente a superficialidade do pensamento sobre a coerência do Espírito, de sua consciência a respeito de si e de sua efetividade. O que assim se chama *fazer uma Constituição*, em razão dessa inseparabilidade, nunca se encontrou na história, tampouco como *fazer* um Código de leis: uma Constituição *só se desenvolveu* a partir do Espírito, em identidade com o seu próprio desenvolvimento; e, ao mesmo tempo com ele, percorreu os graus necessários e as transformações através do Conceito.¹³ É pelo Espírito imanente e pela história – é na verdade pela história e somente pela *sua* história – que as Constituições são feitas e foram feitas (Es ist der inwohnende Geist und die Geschichte – und zwar ist die Geschichte nur *seine* Geschichte –, von welchen die Verfassungen gemacht worden sind und gemacht werden).¹⁴

A síntese necessária

Após séculos de interpretação unilateral do fenômeno societário e da cultura como criação humana, o pensamento contemporâneo parece encaminhar-se hoje, convergentemente, para uma visão integradora das sociedades e das civilizações.

¹³ O “conceito”, na filosofia hegeliana, indica o ser que atingiu a sua plenitude.

¹⁴ Hegel (1966, terceira parte, § 540, p. 417-418). Essa concepção hegeliana de Constituição e de Código identifica-se, integralmente, com a da chamada Escola Histórica, que vicejou na Alemanha na primeira metade do século XIX e teve como expoentes os juristas Gustav Hugo, Savigny e Puchta.

Prevaleceu, até o século XX, mesmo no campo das ciências sociais, o método cartesiano de decomposição do objeto do pensamento, ou seja, a divisão do todo em partes separadas, com o exame racional de cada uma delas de per si.

O método assim proposto adapta-se perfeitamente à análise de idéias abstratas, ou de realidades estáticas e inanimadas. Mas ele é inadequado à compreensão, isto é, ao ato de apreender conjuntamente (*cum prehendere*) a vida, em todas as suas modalidades. Os seres vivos e, em especial, os seres humanos, que são o que de mais complexo existe no universo, só podem ser compreendidos, na totalidade integradora do conjunto dos elementos que os compõem, mediante a consideração conjunta de sua dinâmica interna e sua funcionalidade externa. Em outras palavras, para que possamos entender qualquer elemento da biosfera, e em especial o homem e suas criações culturais, é indispensável enxergá-lo holisticamente (*holos*, na língua grega, é um advérbio que significa *em sua totalidade*); portanto, não apenas sob o aspecto estrutural, mas também funcional. Em vez de decompor as partes do todo e analisá-las separadamente, é preciso considerar a totalidade em sua organização completa, bem como entender o seu relacionamento com o mundo exterior; vale dizer, desvendar o seu organograma e o seu programa.

Uma vasta corrente de pensamento contemporânea propôs denominar *sistema* todo objeto que só pode ser apreendido pelo pensamento, conjuntamente, em sua estrutura holística e em sua realidade funcional. Num sistema, o todo é, em certo sentido, superior à soma de suas partes componentes, pois estas mantêm sempre, entre si, um relacionamento dinâmico, de tal sorte que, modificada qualquer das partes, modifica-se inevitavelmente o todo. Mas essa totalidade, assim organicamente estruturada, só cobra sentido quando vista, ela também, como parte de um todo maior, estruturado de modo orgânico, e dentro do qual ela exerce uma função determinada, e assim sucessivamente.

A teoria sistêmica foi concebida originalmente na biologia;¹⁵ passou em seguida, com a cibernética (neologismo cunhado por Norbert Wiener do

¹⁵ Cf. o ensaio pioneiro de Ludwig von Bertalanffy (1940, capítulo 5). Cf. também Bertalanffy (1949). Bertalanffy é autor de uma teoria geral dos sistemas, *General System Theory – foundations, development, applications*, cuja edição revista foi publicada por George Braziller, 1968.

étimo grego *kybernetes*, piloto),¹⁶ para o campo dos organismos animais e dos mecanismos auto-regulados,¹⁷ e, finalmente, para o ser humano, em toda a sua complexidade, individual e social.

Infelizmente, o método sistêmico de compreensão do Direito ainda não foi acolhido pela doutrina.

Essa carência teórica é bem sensível no campo do direito público, notadamente no ramo constitucional. O documento normativo denominado *Constituição* é interpretado como uma peça bastante em si mesma, sem ligação com a realidade política, e capaz de criar, por efeito de sua própria força iminente, um Estado de Direito perfeito e acabado.

Poucos dão-se conta de que, mesmo no país de origem das Constituições modernas – os Estados Unidos –, a Constituição é aquilo que a Corte Suprema reconhece como tal; e ninguém pode ignorar que a orientação política dos magistrados que a compõem varia conforme a sucessão dos momentos históricos, em função da opinião pública dominante. Assim foi em relação ao problema da discriminação contra os negros, em relação ao perigo comunista nos anos que imediatamente se seguiram à Segunda Guerra Mundial (o *macarthismo*) e agora, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.

Logo após a Revolução Francesa, Joseph de Maistre dizia que a França achava-se dividida em dois países, o legal e o real, sem comunicação um com o outro.

Sem aceitar o evidente exagero dessa análise dicotômica, podemos e devemos reconhecer que em vários países convivem, numa relação dialética de influência recíproca, uma Constituição formal e uma Constituição informal. Nenhuma consegue anular a outra, mas há sempre uma delas que predomina.¹⁸

¹⁶ Da mesma forma, em latim *gubernator* é o timoneiro ou piloto; *gubernatio* designa a pilotagem.

¹⁷ O seu livro fundamental *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine* foi publicado em 1948.

¹⁸ Em artigo pioneiro publicado em 1932 no *Archiv der öffentlichen Rechts*, N.F. 22, p. 27-53, *Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff*, o jurista chinês Hsu Dau-Lin salientou a grande omissão da doutrina alemã, anterior à Primeira Guerra Mundial, em analisar as Constituições informais, em razão do falso pressuposto de que o âmbito do direito constitucional restringe-se à Constituição escrita.

Os juristas só enxergam a Constituição formal, enquanto os cientistas políticos têm olhos, tão-só, para a Constituição informal.

A Constituição formal volta-se para o futuro e pretende, em geral, inaugurar uma nova ordem política. Ao lado dela, porém, há sempre uma organização efetiva de poderes não oficiais, de costumes e tradições,¹⁹ os quais evoluem sob o influxo da mentalidade social, isto é, do conjunto de valores éticos, das opiniões e da visão de mundo prevalecentes.

Essa organização política não oficial representa, comumente, um freio à aplicação completa e efetiva da Constituição formal,²⁰ mas tende a ser modificada por esta, se houver estabilidade política durante um tempo razoavelmente longo.

Pode também suceder – e é o caso do Reino Unido – que um país apresente, pelo menos em aparência, tão-só uma espécie de Constituição, formada de velhos costumes políticos, consagrados por longa tradição. Mas essa aparência é enganosa. Há sempre um movimento de transformação voltado para o futuro e tendente a alterar esta ou aquela tradição. No Reino Unido, aliás, já é bem clara atualmente uma duplicidade constitucional, com a progressiva incorporação, no ordenamento jurídico do país, das normas emanadas das instâncias superiores da União Européia, todas elas na linha da *Civil Law*.

Na verdade, as chances de longa vigência de uma Constituição formal dependem de um elevado grau de correspondência do seu texto com a organização real da sociedade, os valores e as visões do mundo que nela estão em vigor.²¹ A Constituição norte-americana pôde, assim, vigorar durante mais de dois séculos, porque correspondeu perfeitamente, quando de sua promulgação, ao caráter burguês predominante no meio social das 13 colônias britânicas em fins do século XVIII. Mas o seu ponto principal de conflito com a

¹⁹ Foi só recentemente que, nos países de Constituição formal, a doutrina e a jurisprudência admitiram a vigência de normas constitucionais consuetudinárias. Cf. Canotilho (2008, p. 861 et seq.); Hesse (1999, primeira parte, § 14); Stern (2000, p. 723-724); Avril (1997).

²⁰ Numa crônica de 1878, Machado de Assis (1994, p. 404) observa, a respeito do municipalismo no Brasil: “Os bons desejos de alguns ou de muitos não chegarão jamais a criar ou aviventar uma instituição, se esta não corresponder exatamente às condições morais e mentais da sociedade. Pode a instituição subsistir com as suas formas externas, mas a alma, essa não há criador que lha infunda.”

²¹ Cf. nota anterior.

organização real de poderes na sociedade – a afirmação das liberdades individuais contra a manutenção do instituto da escravidão – acabou por provocar a mais sangrenta guerra civil do século XIX e ameaçou seriamente cindir o país em dois. Em sentido contrário, a Revolução Francesa não logrou transformar rapidamente o caráter estamental da sociedade e o seu apego atávico aos costumes feudais. Em pouco mais de meio século, de 1791 a 1848, o país teve nove Constituições e oscilou várias vezes entre a monarquia e a república.

CONSTITUIÇÃO E SOBERANIA NO BRASIL

A permanente duplicidade constitucional

O problema central da organização do Estado brasileiro, segundo me parece, é que a síntese entre a Constituição formal e a informal jamais chegou a realizar-se de modo harmônico. Desde sempre, as Cartas Políticas têm desempenhado, entre nós, a função de encobrir, solenemente, a realidade efetiva do poder social.

O que agrava ainda mais esse quadro anômalo é que a duplicidade de ordenamentos constitucionais é raramente sentida e menos ainda denunciada.

Dois fatores explicam, a meu ver, esse resultado.

O primeiro deles é o traço marcadamente bovarista do caráter nacional. À semelhança da trágica personagem de Flaubert, procuramos fugir da realidade canhestra e atrasada em que estamos metidos, e que nos envergonha, de modo a sublimar na imaginação, para o país todo e cada um de nós em particular, uma identidade e condições ideais de vida, que fingimos possuir, mas que nos são de fato completamente estranhas. Ao longo de nossa história política, raríssimos têm sido os homens públicos, os movimentos ou as agremiações partidárias que ousam dizer-se de direita. Para nós, tal equivale a apresentar-se de modo abrutado e insolente numa recepção de alto nível. Se a moda em países civilizados é ser liberal, progressista ou democrata, não podemos deixar de copiar esse modelo.

O outro fator explicativo dessa situação quase esquizofrênica de nossa vida política é a tendência incoercível à ambigüidade. As palavras têm sempre, entre nós, um duplo sentido. Na linguagem política, todos sabem que os vocábulos empregados não devem ser interpretados em seu significado aparente e dicionarizado, mas indicam, costumeiramente, uma acepção encoberta.

Qualquer pessoa minimamente arguta percebe, de imediato, quando está diante de senhas de linguagem. “Faremos o possível para evitar a crise” quer dizer “já estamos nela afundados”. “O partido decidiu emprestar sua colaboração ao governo empenhado no desenvolvimento nacional” indica que ambas as partes concluíram o contrato sinalagmático: o partido recebeu vantagens apreciáveis do chefe do Poder Executivo, patrimoniais ou funcionais, e deu em troca a garantia de sempre votar com o governo.

Eis por que logramos a proeza de haver construído, desde a Independência, debaixo dos imprescindíveis ornamentos constitucionais, um liberalismo de senzala, uma república privatista e uma democracia sem povo.

Soberania de quem?

Aristóteles afirmou que as diferentes espécies de *politéia* distinguem-se, umas das outras, pelo titular do poder supremo (*kyrion*). Assim, uma *polis* é considerada democrática, quando o poder supremo pertence ao povo; oligárquica, quando, ao invés do *demos*, ou seja, da totalidade dos cidadãos, são apenas uns poucos (*oligói*) que comandam em última instância.²²

Se nos servirmos desse critério para caracterizar a Constituição Federal de 1988, teremos muita dificuldade de chegar a uma conclusão que espelhe a realidade. Se não, vejamos.

Repetimos, sem cessar, a declaração de princípio de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, nos termos da Constituição (Art. 1º, parágrafo único).

Tomemos, porém, a primeira forma e mais usual de exercício da soberania popular nos tempos modernos: a representativa. O representante, mesmo em direito público, age por conta do representado; vale dizer, os poderes que o representante exerce não lhe pertencem, mas lhe foram delegados pelo povo, a quem ele deve prestar contas do exercício do mandato.

Pergunta-se: A aprovação da Constituição, ou de suas alterações, faz parte ou não do poder soberano?

É óbvio que sim, pois alguém que não tivesse competência para aprovar ou modificar o ordenamento supremo do Estado não poderia se apresentar como soberano. Ele teria que se curvar, necessariamente, à supremacia de outrem.

²² *Política* 1278 b, 6-18.

Os autores modernos e contemporâneos, aqui e alhures, salvo raríssimas exceções, passam como gatos sobre brasas ao tratar do poder constituinte. A explicação mais cômoda e generalizada é que o órgão legislativo ordinário exerce um poder constituinte derivado, ficando o poder constituinte original sempre com o povo.

Sucedee, porém, que se o representante não recebe poderes especiais do soberano, ele não pode tocar na Constituição. “Em qualquer de suas partes”, acentuou Sieyès, “a constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar as condições de sua delegação”.²³

Ora, nenhuma das nossas Constituições foi referendada pelo povo, como condição para entrar em vigor legitimamente. Mais: em todas as Constituições republicanas, determinou-se que as emendas seriam aprovadas tão-somente pelo Congresso Nacional – com um procedimento mais exigente, é verdade, que o da aprovação de projetos de lei, mas nunca com referendo popular. A atual Constituição já foi emendada 62 vezes em 20 anos de vigência; o que perfaz a apreciável média de mais de três emendas por ano. Em nenhuma dessas ocasiões, o povo brasileiro foi convocado para dizer se aceitava ou não a alteração constitucional assim produzida.

Dir-se-á que, no caso das emendas, o povo delega esse poder, em cada legislatura, aos seus representantes eleitos. Mas afinal, cuidando-se do exercício de uma prerrogativa soberana, é porventura admissível uma implícita delegação de poderes? Alguém minimamente sensato afirmaria que o povo brasileiro tem plena consciência de que, a cada eleição, está outorgando plenos poderes ao Congresso Nacional para emendar a Constituição? Pois se o povo não tem nem mesmo o poder de iniciativa nessa matéria!

É importante lembrar que a Constituição de 24 de março de 1824, embora outorgada pelo Imperador depois de dissolvida a Assembléia Nacional, tinha, a propósito de alterações em seu texto, um procedimento coerente com o sistema representativo. Em seus artigos 174 e seguintes, dispunha aquela Carta que uma proposta de se alterar este ou aquele dispositivo da Constituição deveria ser preliminarmente aprovada pela Câmara dos Deputados. Com base nessa prévia e explícita aprovação, expedir-se-ia uma lei, “na qual se ordenará

²³ *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, capítulo V.

aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procurações lhes confiram especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma”.

Isto, quanto ao exercício da soberania por meio de representantes eleitos.

Se examinarmos agora a modalidade direta de o povo exercer a sua soberania, chegaremos ao mesmo resultado negativo.

O Art. 14 da Constituição Federal enumera como manifestações da soberania popular, além do sufrágio, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular legislativa.

Pois bem, em matéria de plebiscitos e referendos, a Constituição, em seu Art. 49, inciso XV, determina, contraditoriamente, que essas manifestações da soberania popular somente terão lugar mediante autorização ou convocação do Congresso Nacional; e este último entende que tal poder de convocar ou autorizar é uma prerrogativa indeclinável dele próprio. Ou seja, o mandante, tido como soberano, só pode manifestar sua vontade juridicamente eficaz, quando tem permissão do mandatário. Se tal autorização não tiver sido dada, haverá o povo de se contentar com abaixo-assinados, desfiles ou manifestações de protesto em praça pública, desde que, bem entendido, tais expressões da liberdade democrática sejam toleradas pelas forças policiais.

Infelizmente, as interpretações paralisantes do princípio constitucional da soberania popular não se limitam a essa matéria genérica, mas estendem-se também a casos específicos, como o da realização de plebiscitos e referendos em estados e municípios.

O Art. 14 da Constituição Federal, como lembrado, declara que plebiscitos e referendos são manifestações da soberania popular. Em 18 de novembro de 1998, foi promulgada a Lei n° 9.709, que regulamentou esse dispositivo constitucional.

Sucedo que, recentemente, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, a propósito da realização de um plebiscito aprovado pela Câmara Municipal de Santo André, declarou que a citada Lei n° 9.709 não se aplica no âmbito municipal.

Temos, pois, segundo essa interpretação pretoriana, uma das seguintes hipóteses: 1) o princípio fundamental da soberania popular, inscrito na Constituição, carece, em sua aplicação, de regulamentação legislativa; 2) o plebiscito não é uma manifestação da soberania popular; ou 3) os municípios não são unidades componentes da Federação brasileira, devendo-se entender, por conseguinte, que a soberania do povo só existe na esfera federal.

A lição conclusiva é que o regime oligárquico, que sempre vigeu entre nós, modela, desde a Independência, a nossa Constituição informal, e chega por vezes a penetrar, de contrabando, no sistema das próprias Constituições formais de aparência democrática, quebrando-lhes a coerência interna.

PROPOSTAS PARA A EFETIVA INSTAURAÇÃO DE UM REGIME DEMOCRÁTICO NO BRASIL

Para que o Estado Democrático de Direito possa enfim existir entre nós, não basta atuar no nível das instituições políticas. É preciso, também, desenvolver um amplo e prolongado trabalho de educação para a cidadania democrática.

Limitemo-nos aqui, no entanto, a discutir unicamente as propostas de reforma institucional.

A idéia central é uma só: tornar o povo brasileiro um soberano efetivo e não meramente simbólico.

Para tanto, parece-me indispensável introduzir os seguintes aperfeiçoamentos em nosso ordenamento constitucional.

A – Revisão geral da Constituição

É urgente criar em nosso sistema constitucional, mediante emenda regularmente votada, o instituto da revisão geral da Constituição, analogamente ao que dispõem a Constituição espanhola (Art. 168) e a da Confederação Helvética (artigos 118 e seguintes).

O processo de revisão geral deveria obedecer às seguintes regras:

a) Atribuição do poder de revisão a uma assembléia de representantes do povo, constituída exclusivamente para essa finalidade;

b) A revisão geral da Constituição não poderá enfraquecer nem, com maioria de razão, suprimir direitos, garantias e objetivos fundamentais da Constituição de 1988. Para tanto, os trabalhos de revisão serão acompanhados pelo Procurador-Geral da República, que poderá suscitar diretamente o julgamento do Supremo Tribunal Federal;

c) Lançamento do processo de revisão constitucional por decisão direta do povo, em plebiscito convocado pelo Tribunal Superior Eleitoral;

d) Previsão de um prazo improrrogável de funcionamento da Assem-

bléia Nacional Revisora, cujas decisões serão obrigatoriamente submetidas a referendo popular, no seu conjunto, sem prejuízo da possibilidade de destaque de determinadas matérias;

e) Possibilidade de apresentação de propostas de revisão constitucional, não só diretamente por um grupo de cidadãos, mas também por associações e órgãos de classe de âmbito nacional;

f) Fixação de um interregno não inferior a 10 anos para a convocação de novos plebiscitos sobre a revisão constitucional.

B – Emendas constitucionais

a) Criar a iniciativa popular nessa matéria, tal como proposto pelo eminente Professor Paulo Bonavides;

b) Instituir o referendo popular de emendas aprovadas pelo Congresso Nacional.

C – Plebiscitos e referendos

a) Regular essa matéria, tal como previsto nos projetos de lei nº 4.718/2004 da Câmara dos Deputados e nº 01/2006 do Senado Federal, ambos propostos pela Ordem dos Advogados do Brasil, determinando-se, entre outras medidas, que plebiscitos e referendos só possam ser realizados mediante iniciativa popular ou iniciativa de um terço dos membros de qualquer Casa do Congresso Nacional, excluindo-se expressamente o poder de iniciativa do presidente da República.

b) Revogar o Art. 49, XV, da Constituição Federal, determinando-se que plebiscitos e referendos sejam convocados pela Justiça Eleitoral.

D – Recall

Introduzir em nosso sistema constitucional o instituto da revogação popular de mandatos eletivos, tanto em relação a chefes do Poder Executivo quanto em relação a parlamentares, em todas as unidades da Federação. Já há, nesse sentido, a Proposta de Emenda Constitucional nº 73/2005, em tramitação no Senado Federal, cujo texto foi oferecido aos senadores pela Ordem dos Advogados do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Machado de. *Obra Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. 3.
- AVRIL, Pierre. *Les conventions de la Constitution*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- BERTALANFFY, Ludwig von. Der Organismus als physikalisches System betrachtet. *Die Naturwissenschaften*, 28, p. 521-531, 1940.
- _____. *Das biologische Weltbild*. Berna: A. Francke SG, 1949.
- BORDES, Jacqueline. *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*. Paris: Belles Lettres, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- HAZARD, Paul. *La crise de la conscience européenne – 1680-1715*. Paris: Fayard, 1961.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*. Berlin: Akademie-Verlag, 1966.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.
- JEFFERSON, Thomas. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. (Ed. Joyce Appleby & Terence Ball).
- SMITH, Page. *The Constitution – A Documentary and Narrative History*. Nova York: Morrow Quill Paperbacks, 1980.
- STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Munique: C. H. Beck Verlag, 2000. v. 1.

RESUMO

O artigo faz análise do sentido de constituição, sua construção histórica até a modernidade, e focaliza o caso brasileiro enfatizando as contradições

ABSTRACT

This article analyzes the meaning of constitution, its historical construction up to modernity and focuses on the Brazilian case emphasizing the

entre o texto constitucional e a organização real da sociedade, os valores e as visões do mundo que nela estão em vigor. Propõe a criação urgente, em nosso sistema constitucional, mediante emenda, do instituto da revisão geral da Constituição, analogamente ao que dispõem a Constituição espanhola (Art. 168) e a da Confederação Helvética (artigos 118 e seguintes), entre outras propostas para a efetivação de um regime democrático no Brasil, defendidas na XX Conferência Nacional dos Advogados em novembro de 2008.

Palavras-chave: democracia, constituição, soberania.

contradictions between the constitutional text and the actual organization of society, its values and world visions that are in vogue. It proposes the urgent creation, in our constitutional system, through an amendment, of an institute of general revision of the Constitution, similar to the Spanish Constitution (Art. 168) and the Helvetic Confederation (articles 118 and following), amongst other proposals for the effective implantation of a democratic regime in Brazil defended in the XX Conferência Nacional dos Advogados (20th National Conference of Lawyers) in November, 2008.

Keywords: democracy, constitution, sovereignty.

Fábio Konder Comparato é Doutor em Direito, Professor Titular de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professor Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo e Doutor *honoris causa* da Universidade de Coimbra.

Panorama da propriedade intelectual no Brasil*

Gabriel Francisco Leonardos

INTRODUÇÃO

No Brasil e em todo o mundo, a tensão que existe na propriedade intelectual desde o século XIX apenas veio a agravar-se no século XXI. Refiro-me aos interesses aparentemente conflitantes, de um lado, dos que propugnam uma proteção forte às criações imateriais, principalmente com o intuito de preservar os investimentos feitos pelos criadores e, de outro lado, dos que defendem que a liberdade de uso e reprodução das criações imateriais seja a mais ampla possível, a fim de que toda a sociedade possa beneficiar-se com as mesmas.

A rigor, o conflito é apenas aparente, pois o interesse da sociedade, ao meu ver, é apenas um: ter um sistema de proteção à propriedade intelectual suficientemente forte para *estimular* os criadores a produzir novas obras e invenções, ao mesmo tempo que *não tenha exageros*, para não tornar-se um obstáculo à criatividade e ao avanço tecnológico.

* Palestra proferida em 26 de agosto de 2008 no Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual.

Qualquer exagero, para um lado ou para o outro, poderá servir aos interesses de curto – ou curtíssimo – prazo de um determinado grupo de pressão, mas não atenderá à sociedade, e, a médio e longo prazos, estaremos todos nós mais pobres, mais incultos, mais atrasados tecnologicamente, inclusive os que possam ter se beneficiado em um primeiro momento.

É por isso que a discussão sobre o sistema ideal de proteção à propriedade intelectual não deve ser contaminada por visões ideológicas ou por preconceitos, sejam eles internacionalistas ou xenófobos. Essa discussão deve ser primordialmente informada por uma análise de eficiência econômica do sistema, notadamente quanto às suas repercussões para toda a sociedade, a curto, médio e longo prazos.

PATENTES

Inpi como ISA/Ipea

No dia 27 de setembro de 2007, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi) foi aceito pela Assembléia do Patent Cooperation Treaty (PCT) como Autoridade Internacional de Busca e Exame Preliminar de Patentes (ISA e Ipea, respectivamente, em inglês). Na carta enviada pelo governo brasileiro à Organização Mundial da Propriedade Intelectual (Ompi), destacou-se que o Inpi já possui infra-estrutura suficiente para atender à possível demanda de pedidos, além de possuir capacidade técnica para processá-los.

A respeito do recebimento dos pedidos em português, o Inpi será a Autoridade Internacional pioneira nesse aspecto. Inclusive, um dos objetivos que a candidatura do Inpi visa atingir é justamente estimular o depósito internacional de patentes por parte das empresas brasileiras.

Ainda que em curto prazo haja poucas perspectivas de um aumento significativo de pedidos de patentes brasileiras no exterior, parece-me que o principal efeito favorável do reconhecimento do Inpi como autoridade internacional será a melhor qualificação e treinamento dos examinadores de patentes do Inpi, o que beneficiará também a análise dos pedidos de patente nacionais, depositados fora da via do PCT.

Patentes de segundo uso

Entre julho e outubro de 2007, o Inpi empreendeu reuniões com um grupo de estudos eclético, reunindo várias entidades do governo e da iniciativa

privada, a fim de discutir em que medida devem ser concedidas, no Brasil, patentes para segundo uso médico (as chamadas reivindicações “de tipo suíço”). Tais patentes visam proteger um novo uso terapêutico de uma substância já conhecida, fenômeno que ocorre com alguma frequência na área médica, mas não sem que haja vultosos investimentos das empresas farmacêuticas no sentido de comprovar a eficácia e segurança do tratamento.

O Inpi ainda não finalizou as diretrizes de exame de pedidos de patente de segundo uso médico, mas entende que há, sim, invenções patenteáveis a serem protegidas dessa forma. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por seu turno, que tem competência concorrente com o Inpi para o exame de pedidos de patente na área médica, tem se manifestado no sentido de não reconhecer a existência de invenções patenteáveis dessa natureza, mas sim meras descobertas não sujeitas à proteção (cf. Art. 10, I, da Lei da Propriedade Industrial - LPI) ou, ainda, um simples método terapêutico igualmente não passível de proteção (Art. 10, VIII, da LPI).

Parece claro que, a ser mantida esta orientação da Anvisa, oportunamente a questão será resolvida por nossos tribunais.

Patentes para polimorfos

Entre junho e julho de 2007, o Inpi igualmente empreendeu reuniões com um grupo de estudos eclético, reunindo várias entidades do governo e da iniciativa privada, a fim de discutir em que medida devem ser concedidas, no Brasil, patentes para formas polimórficas. Polimorfismo é a habilidade de um material sólido de existir em mais de uma forma; no caso, trata-se de uma mesma substância química que possui várias estruturas cristalinas, diferenciadas umas das outras por parâmetros cristalográficos. Por exemplo, o diamante e o grafite têm a mesma composição química; o que os difere é a forma como os átomos de carbono se organizam.

A discussão reside em saber em que medida uma nova forma de uma substância pode ser protegida por patente, uma vez que ela já é conhecida, embora sob outra forma. Sabe-se que, para obtenção de uma nova forma, as empresas farmacêuticas despendem quantias vultosas, e por meio dessas empresas é possível obter avanços relevantes no tratamento de doenças.

O Inpi tem entendido que formas polimórficas podem ser protegidas e que as mesmas não são meras descobertas não sujeitas à proteção (cf. Art. 10, I, da LPI). A Anvisa ainda não se pronunciou oficialmente sobre a questão,

mas a expectativa é que ela venha igualmente a ser contrária à concessão de patentes para polimorfos, sendo possível, portanto, que também essa discussão eventualmente venha a ser resolvida por nossos tribunais.

MARCAS DE ALTO RENOME

Como sabemos, as marcas consideradas de alto renome gozam de exclusividade em todas as atividades, por força do Art. 125 da LPI, e não apenas com relação aos produtos e serviços para os quais ela foi registrada: “Art. 125 - À marca registrada no Brasil considerada de alto renome será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade.”

Trata-se de uma exceção ao princípio da especialidade das marcas, justificada pelo *status* especialíssimo das marcas de alto renome no que diz respeito à sua capacidade de atração de clientela.

Ocorre que, passados mais de 11 anos de aplicação da LPI, o tratamento adequado das marcas de alto renome ainda não está pacificado, inclusive porque o Inpi demorou longo tempo para regulamentar a matéria, tendo-o feito apenas em 2004, por meio da Resolução nº 110, posteriormente revogada pela Resolução nº 121/2005, atualmente em vigor.

A marca de alto renome não é objeto de um registro especial no Inpi, mas a autarquia simplesmente faz uma anotação, de caráter declaratório e precário, de que uma determinada marca é considerada de alto renome, sendo que tal anotação vigora pelo prazo máximo de cinco anos, podendo ser cancelada a qualquer momento mediante requerimento de qualquer interessado, caso seja comprovado que a marca perdeu a qualidade de alto renome.

Por não existir um registro especial, não é possível pedir ao Inpi a anotação de alto renome de forma abstrata, mas apenas de forma incidental em um procedimento concreto de impugnação administrativa (oposição ou processo administrativo de nulidade) contra um pedido de registro ou registro de marca de terceiro, no qual ocorra a imitação da marca original (alegadamente de alto renome), em atividade *diversa* daquela na qual a marca original foi registrada.

Recentemente, em 25 de agosto de 2007, foi julgado pela 2ª Turma Especializada do TRF-2 o primeiro caso judicial em que se analisou se as marcas formadas por palavras não inventadas, uma vez sendo reconhecidas como de alto renome, podem gozar de proteção em relação ao uso em todas as ativida-

des (proc. 2002.51.01.523951-8). Trata-se de ação relativa à marca Omega, para relógios.

A relatora original do acórdão foi a Des. Fed. Liliane Roriz, mas ela restou vencida, tendo sido designado relator para o acórdão o Des. Fed. André Fontes, que foi acompanhado pelo Des. Fed. Messod Azulay.

É interessante seguir a argumentação do voto vencedor, na medida em que ele reconhece expressamente o alto renome da marca Omega:

No caso dos autos, entretanto, a discussão de maior importância não é relativa ao alto renome da marca de relógios de titularidade da apelante, porquanto não se nega a fama internacional e o prestígio da marca perante os consumidores. A questão primordial para a resolução da lide, diversamente do afirmado nas razões recursais, diz respeito aos efeitos dessa qualidade ou, em outros termos, se essa fama é capaz, por si só, de impor a invalidação do registro de outras marcas ou denominações, sem que tenha havido qualquer demonstração de prática desleal ao regime de concorrência.

É indubitoso que não se deve dispensar, mesmo às marcas de alto renome, proteção absoluta, se compostas de termos triviais e de uso disseminado. O tratamento jurídico que se confere a marca de alto renome, que tem originalidade absoluta, é a proteção especial que se justifica pelos esforços e investimentos de seu titular para alcançar esse perfil. A fama da marca, nessas hipóteses, está indissociavelmente vinculada ao esforço econômico que o seu titular realiza para divulgá-la. A ausência de novidade do termo Omega, que nada mais é do que a vetusta denominação da última letra do alfabeto grego, reproduzida no alfabeto cirílico, impede que se atribua efeito transcendente à proteção marcária já deferida para classes específicas, diante do princípio da especialidade, sob pena de se constituir indesejável monopólio de expressão popular. Acrescente-se que a letra de um alfabeto é res extra commercium e, portanto, inapropriável. Recorra-se à analogia: assegurar à apelante o uso exclusivo do vocábulo Omega consubstanciaria o mesmo despropósito de se conferir exclusividade a empresa que por, exemplo, registrasse marca representada pelas letras “a”, ou “b”, ou quem sabe “z” do alfabeto arábico. As letras de um alfabeto, seja ele o arábico, o grego ou o

cirílico, não podem ser objeto de apropriação, capaz de excluir o seu uso por terceiros, porque integram o patrimônio cultural não só dos povos que adotam, mas também de toda a humanidade.

A famosa letra Omega – famosa porque integra o relevante alfabeto grego e não porque está estampada nos relógios da apelante há menos de dois séculos – é conhecida, utilizada e invocada por todos os povos cultos há muitos e muitos séculos. Segundo os historiadores, ela é conhecida desde a Antiguidade. E, por essa razão, não pode e não deve ser objeto de apropriação, com caráter de exclusividade, *ainda que notoriamente esteja vinculada a uma prestigiosa marca de relógios.*

De uso corrente, a letra Omega tem sido utilizada e invocada em vários segmentos. O carro Omega, fabricado pela General Motors nos anos 80, foi comercializado em diversos países. É, por outro lado, conhecida no mercado de livros a Omega Editora. E no mercado dos seguros, atua ativamente a Seguradora Omega. Todas essas marcas, relativas a produtos de diferentes segmentos, convivem harmonicamente, porque optaram pela utilização de vocábulo de uso disseminado, que, repita-se, reproduz letra de dois alfabetos mundialmente conhecidos.

Nesse contexto, não é porque a apelante fabrica relógios famosos, que se poderia conferir a ela a exclusividade do uso do termo que integra o patrimônio cultural de vários povos.

Some-se a esses argumentos o de que a utilização da famosa letra do alfabeto grego por empresa que tem atividade manifestamente distinta de fabricação de relógios não trará qualquer risco de induzir o consumidor a erro. Ninguém que compra móveis ou livros em empresa denominada Omega será levado a supor que estes produtos seriam fabricados pelos famosos fabricantes de relógios e vice-versa. A fama da notória Omega, que transcende a reputação de relógios fabricados pela apelante, exclui a possibilidade de dúvidas sobre a procedência comum de produtos tão diversos.

Assim, *a despeito do alto renome, é fraca a proteção que se pode conferir a marca mista da qual a apelante é titular, que reproduz vocábulo de uso corrente, em todo o mundo, há muitos séculos.* (Grifos meus)

Parece, assim, que se está sujeitando o reconhecimento da proteção em todas as atividades a que se verifique o *risco de confusão*, algo que é inadequado, segundo a doutrina amplamente dominante. As marcas de alto renome gozam de proteção especial, ampla, exatamente para evitar sua *diluição*, ou seja, para evitar que a reputação que é associada às mesmas seja vulgarizada, à medida que produtos diversos passem a utilizar a mesma marca.

Aliás, uma análise comparativa entre a LPI e o Código da Propriedade Industrial (CPI) de 1971 demonstra que uma das modificações importantes da LPI, ao abandonar o conceito de marca “notória” (que era prevista no Art. 67 do diploma legal anterior), foi exatamente a eliminação do requisito do CPI/71, segundo o qual somente existia a proteção especial da marca notória em todas as atividades, quando houvesse “possibilidade de confusão quanto à origem dos produtos, mercadorias ou serviços, ou ainda prejuízo para a reputação da marca”.

Tais condicionantes à proteção foram abandonadas pela LPI, na medida em que esta simplesmente dispõe em seu Art. 125 que a proteção às marcas de alto renome será “especial, em todos os ramos de atividade”. Ou seja, o Congresso Nacional fez uma opção legislativa no sentido de fortalecer o direito de propriedade sobre as marcas de alto renome, e, s.m.j., não cabe ao Judiciário reescrever a lei, impondo ao proprietário de uma marca dessa natureza condições adicionais para o gozo do direito, não previstas na lei.

Sem embargo de meu entendimento contrário, a ementa do acórdão é redigida em termos claros, e pela importância do precedente, vale a pena transcrever o trecho principal da mesma:

I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor.

II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizada pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente o de cooptar, sem esforço, a familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade.

III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal.

O caso ainda não transitou em julgado, pois há, ainda, recurso especial pendente de apreciação pelo tribunal de origem.

DIREITOS AUTORAIS

Limitações aos DAs e possível modificação do Art. 46 da LDA

O POSITION PAPER DO INSTITUTO MAX-PLANCK DE MUNIQUE E O ART. 46 DA LDA

O Instituto Max-Planck para o Direito de Propriedade Intelectual, da Concorrência e Tributário, de Munique (onde tive a alegria de trabalhar como pesquisador convidado de 1988 a 1989), recentemente, em julho de 2008, aprovou um *position paper* no qual propugna uma aplicação balanceada do teste de três fases contido no Art. 9º, § 2º, da Convenção de Berna:

- 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.
- 2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. (Conforme texto em vigor no Brasil, aprovado pelo Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975)

Esse teste serve para que se verifique se uma limitação ao direito de autor prevista em uma legislação nacional é compatível com a Convenção de Berna. A Convenção admite as limitações, desde que, cumulativamente: (i) elas ocorram em casos especiais; (ii) não afetem a exploração normal da obra; e (iii) não causem prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Essa recente declaração está aberta para assinatura no sítio <<http://www.intellecprop.mpg.de>>, por qualquer interessado, e foi redigida por um grupo de respeitados acadêmicos de todo o mundo, reunidos na Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property (Atrip). Assim dispõe um pequeno trecho da declaração, que, ao meu ver, resume a sua essência:

O interesse público não é bem servido se o direito autoral, ao estabelecer incentivos para os detentores de direitos, negligencia os interesses mais gerais de indivíduos e grupos na sociedade. Onde há fricção entre os interesses de detentores de direitos e o público em geral, um esforço deve ser feito para trazê-los a um equilíbrio. Este balanceamento de interesses é um objetivo geral da regulamentação da propriedade intelectual, conforme corporificado no Art. 7º do TRIPS e no Tratado de Direitos Autorais da OMPI, cujo preâmbulo enfatiza que “a necessidade de manter um balanceamento entre os direitos de autores e o interesse público em geral, particularmente quanto à educação, pesquisa e acesso à informação”.

Espero que a liderança internacional assumida pelo Instituto Max-Planck de Munique nesse assunto possa informar os vários projetos de lei atualmente em debate no Congresso Nacional que visam modernizar o Art. 46 da nossa Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998), a fim de ampliar o leque de exceções e limitações aos direitos autorais.

Parece-me que no Brasil, aos poucos, estamos nos dando conta da necessidade de uma aplicação dos DAs de forma que cumpram sua função social. Nesse sentido é a lição de Allan de Souza Rocha (*A Função Social dos Direitos Autorais*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes, 2006, p. 319):

27. Os interesses sociais da coletividade, constitucionalmente previstos, que refletem na utilização das obras autorais são principalmente de três ordens que consistindo nos direitos à informação, à educação e à cultura. [...]

28. A definição da função social dos direitos autorais é o reflexo da expressão dos direitos da coletividade na estrutura jurídica de pro-

teção aos direitos autorais. Devem guiar a configuração justa desta função social os seguintes critérios: ausência de fins lucrativos; finalidade instrucional, cultural ou informativa; não causar prejuízo relevante ou injustificado à exploração comercial da obra; aplicabilidade exclusiva sobre os direitos patrimoniais.

O ART. 46, VIII, E O ARGUMENTO CIRCULAR

O teste em três fases da Convenção de Berna é incorporado de forma modificada na legislação brasileira no Art. 46, VIII, da LDA, segundo o qual:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...]

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Seguindo a sistemática do teste de três fases, pode-se notar que a reprodução de uma obra protegida é, assim, permitida no Brasil, desde que, cumulativamente, sejam satisfeitas as seguintes condições:

- (i) que seja restrita a casos especiais (quais sejam: “*pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova*”);
 - (ii) que não afete a exploração normal da obra; e
 - (iii) não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.
- (Grifos meus)

A principal crítica que faço a esse dispositivo é que a lista de “casos especiais” é demasiadamente reduzida, de tal forma que a reprodução da obra é limitada a casos especialíssimos. Ou seja, ao incorporarmos o teste de três fases no Brasil, deixamos de atentar ao interesse público, cuidando apenas dos interesses dos detentores de direitos.

Não há razão legítima, ao meu ver, para que apenas possa haver a reprodução de “pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova”. Parece-me que uma nova definição de tais “casos especiais” – em que os mesmos sejam ampliados – deveria estar contida em uma modificação da LDA.

Mas a visão patrimonialista do direito autoral está tão arraigada que nem mesmo a tímida limitação da redação atual do Art. 46, VIII, é entendida corretamente pela doutrina ou aplicada corretamente pelo Poder Judiciário. Ocorre que há o entendimento de que sempre que o detentor do direito não for remunerado estaria havendo “um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”, que impediria a aplicação da exceção ao direito.

Ora, nada mais absurdo! O “prejuízo injustificado” do teste em três fases pode ser qualquer prejuízo, menos a perda da remuneração para autorizar a reprodução, pois, do contrário, jamais será possível aplicar o Art. 46, VIII. Por exemplo, haverá um “prejuízo injustificado” quando a reprodução em questão conspurcar a reputação do autor. O raciocínio circular, segundo o qual é *sempre* vedada a reprodução sem pagamento de remuneração na medida em que isso causa um “prejuízo injustificado” faz com que *jamais* ocorra um caso em que a reprodução da obra *não cause* um “prejuízo injustificado” ao autor. Ou seja, faz-se letra morta do Art. 46, VIII, e do teste de três fases previsto na Convenção de Berna.

É urgente no Brasil não apenas uma modernização do Art. 46, VIII, mas, acima disso, a conscientização da doutrina e do Poder Judiciário no sentido de promover uma interpretação da LDA de forma a balancear os direitos autorais com outros bens jurídicos protegidos pela Constituição Brasileira, como o direito à liberdade de expressão (CF, Art. 5º, IX), à informação (CF, Arts. 5º, XIV, e 220), à educação (CF, Art. 205 ss), à cultura (CF, Art. 215 ss), entre outros.

Uma compreensão equivocada dos direitos de personalidade

Como já tive oportunidade de expor em palestra na XXIII edição desse seminário anual da ABPI, em 2003 (publicada nos *Anais* daquele evento), entendo que deixou muito a desejar a regulamentação de tais direitos nos Arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002.

Com efeito, passados já mais de cinco anos de sua aplicação, estamos verificando que os direitos de personalidade estão sendo aplicados de tal forma

drástica entre nós, que já não é mais possível publicar biografias em nosso mercado editorial, a menos que elas sejam “chapa branca”, ou seja, endossadas pelos biografados ou seus herdeiros.

Um exemplo recente, em que a objeção partiu do próprio biografado, foi o caso da elogiada biografia de Roberto Carlos escrita pelo jornalista Paulo César Araújo, que não chegou a ser decidido judicialmente, pois a biografia foi retirada das livrarias após um acordo feito pelas partes em Juízo durante audiência realizada em 27 de abril de 2007, em seguida a fortes pressões psicológicas sofridas pelo escritor – segundo o mesmo declarou:

A decisão da Justiça foi de recolher a obra, o que provocou a reação de escritores e colunistas, que classificaram o caso como censura. Em entrevista, o jornalista e escritor Lira Neto avaliou que “provavelmente criou-se uma jurisprudência perigosa, contra o gênero biografia e contra o próprio exercício da historiografia. Se a gente depender do biografado e dos herdeiros para escrever sobre alguém, é simplesmente a falência do gênero”.

[...]

O autor [Paulo César Araújo] explicou que o que deveria ser avaliado era a Justiça. “O debate que está aqui é: até que ponto, no Brasil, a liberdade de expressão vai depender desse direito de privacidade?”. Segundo ele, o juiz e os dois promotores fizeram todo tipo de pressão para fazer o acordo nas condições que Roberto Carlos queria. “E acabaram conseguindo”, afirmando que o contexto estava favorável a Roberto Carlos.

[...]

Paulo César explicou que era lamentável ter de tentar uma reconciliação para tirar trechos do livro, mas que isso foi feito em virtude do contexto. “Entramos naquela audiência já com o livro indeferido”, disse. “Quando os advogados chegaram a um consenso, que era entregar o livro e retirar o processo, eu vi 15 anos de trabalho queimados em uma audiência de cinco horas”. (Roberto Carlos e a Biografia Não-autorizada: Um novo censor nas paradas. *Observatório da Imprensa*, São Paulo, 16 maio 2007. Disponível em: http://www.cultura.gov.br/foruns_de_cultura/cultura_digital/na_midia/index.php?p=26536&more=1&c=1&pb=1)

Ainda que se admita que o biografado, *em vida*, possa legitimamente objetar a publicação de uma biografia não autorizada, a fim de defender sua privacidade (outro direito de personalidade relevante), parece-me um absurdo desmesurado que os herdeiros do biografado possam fazer o mesmo, impedindo, simultaneamente, a liberdade de expressão do autor da biografia e o direito de acesso à informação da sociedade brasileira.

Note-se que, nesse caso, parece-me que a questão não é sequer reconhecer aos herdeiros um mero direito de remuneração, mas sim o de deixar de reconhecer a eles qualquer direito patrimonial sobre a biografia de uma pessoa pública da qual eles sejam descendentes.

Nesse sentido, como já disse no seminário de 2003, é equivocada, ao meu ver, a decisão do TJRJ (ainda sob a égide do Código Civil de 1916, que silenciava a respeito dos direitos de personalidade), segundo a qual o aclamado escritor Ruy Castro teria cometido um ato ilícito ao biografar o futebolista “Mané” Garrincha. Segundo a decisão do TJRJ,

o dano patrimonial [dos herdeiros] decorre do locupletamento da popularidade do biografado comercialmente explorada, sem a autorização de quem de direito, ou sem lhe dar a devida participação nos lucros. (Emb. Infr. na AC 2.270/01, j. 15.05.2002)

Note-se que, segundo tal decisão, existiria um direito imaterial cujo objeto é a “popularidade” de uma pessoa, algo que, ao meu ver, não encontra sustentação no direito positivo brasileiro.

Parafraseando o que acabo de mencionar em relação aos direitos autorais, é igualmente urgente no Brasil não apenas uma modernização dos Arts. 11 a 21 do Código Civil (sendo digno de nota que tais artigos foram redigidos no início da década de 1970, muito embora o Código Civil tenha sido aprovado apenas em 2002); mas, acima disso, deve haver a conscientização da doutrina e do Poder Judiciário no sentido de promover uma interpretação dos direitos de personalidade de forma a balanceá-los com outros bens jurídicos protegidos pela Constituição Brasileira, como o direito à liberdade de expressão (CF, Art. 5º, IX), à informação (CF, Arts. 5º, XIV e 220), à educação (CF, Art. 205 ss), à cultura (CF, Art. 215 ss), entre outros.

CONCLUSÃO

Como conclusão, posso dizer que a propriedade intelectual no Brasil vive um momento vibrante, que espelha a importância econômica da informação e da tecnologia no mundo moderno. Entendo que em vários setores há necessidade de melhora na proteção, enquanto em outros há necessidade de mitigar a proteção. Dos debates nacionais e internacionais ora sendo travados, haverá, certamente, nos próximos anos, mudanças no sistema brasileiro.

Cabe a todos nós contribuir para que as mudanças tragam o sistema para o *equilíbrio* a que me referi no começo, a fim de que o sistema de proteção à propriedade intelectual seja “calibrado” na medida exata para, simultaneamente, estimular os criadores e dar-lhes a liberdade necessária para criar.

Despidos de idéias preconcebidas e preconceitos ideológicos, estou convencido de que poderemos continuamente melhorar nosso sistema de proteção à propriedade intelectual, a fim de contribuir, de forma socialmente responsável e ecologicamente sustentável, para o desenvolvimento econômico de nosso país.

RESUMO

O artigo tem por objetivo traçar um breve painel sobre as principais polêmicas surgidas na área da propriedade intelectual. Destaca a aceitação do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) como Autoridade Internacional de Busca e Exame Preliminar de Patentes e atritos surgidos entre o INPI e a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) no que se refere à patenteabilidade das chamadas patentes para segundo uso médico e dos polimorfos. Ressalta, ainda, a incerteza que cerca a proteção das marcas de alto renome, concluindo que boa

ABSTRACT

This article aims at tracing a brief panorama of the main controversies that have come up in the intellectual property area. It emphasizes the acceptance of the INPI (National Institute of Industrial Property) as an International Authority of Preliminary Search and Examination of Patents, and the conflicts that have emerged between INPI and ANVISA (National Agency of Sanitary Vigilance) due to patentability of the so-called patents for medical and polymorphic use. It also points out the uncertainty that surrounds the protection of highly acclaimed brands, by

parte dessa incerteza pode ser atribuída à inércia do INPI em regulamentar a questão. Por fim, propugna que sejam realizadas alterações no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, a fim de estabelecer novas possibilidades de reprodução de obra protegida, em consonância com o *position paper* elaborado pelo Instituto Max-Planck de Munique, de forma a trazer um equilíbrio entre os interesses dos detentores de direitos e o público em geral.

Palavras-chave: propriedade intelectual, Instituto Nacional da Propriedade Intelectual, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, proteção das marcas.

concluding that a major part of this uncertainty can be attributed to inertia of the INPI in making a regulation on the issue. Finally, it defends that there should be alterations in the article 46 of the Authors' Rights Law, in order to establish new possibilities of reproduction of protected works, in consonance with the position paper elaborated by the Max-Planck Institute of Munich, and to bring about a balance between the interests of the keepers of the rights and the public in general.

Keywords: intellectual property, National Institute of Intellectual Property, National Agency of Sanitary Vigilance, protection of brands.

Gabriel Francisco Leonardos é Mestre em Direito, Professor da Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro, Presidente da Comissão de Propriedade Industrial e Pirataria - CPIP da Seccional do Estado do Rio de Janeiro da OAB e Conselheiro Seccional Efetivo da OABRJ (2007-2009).

Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras

Gustavo Tepedino

Em expressivo acórdão proferido, por maioria, pela segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 2005, sedimentou-se o entendimento de que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares”.¹ O reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua eficácia, independentemente de legislação infraconstitucional, nas relações jurídicas de direito privado, consolida-se, pouco a pouco, nos Tribunais brasileiros. Trata-se de resultado de longo processo evolutivo, que pode ser dividido em três fases distintas.

Em uma primeira etapa, prevalecia a rejeição da aplicação das normas constitucionais na solução de controvérsias entre particulares. Por longo período de tempo que acompanha a história constitucional brasileira até os anos 1990, já sob a égide da Constituição de 5 de outubro de 1988, as normas constitucionais foram consideradas mero programa de política legislativa, sem

¹ STF, RE 201819, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 11.10.2005.

qualquer conteúdo vinculante.² A ausência de eficácia normativa dos preceitos constitucionais refletia-se com maior intensidade no âmbito do direito privado, em virtude do radical afastamento entre o Código Civil e a Constituição. Em decorrência da separação dogmática profunda entre direito público e direito privado, tais fontes normativas não dialogavam entre si, de modo que não recorria o Supremo Tribunal Federal à Carta Constitucional para a resolução de conflitos entre particulares, considerados então circunscritos aos próprios interessados. Mostra-se significativo, por isso mesmo, o resultado do célebre julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2, pelo qual o Supremo Tribunal se eximiu do controle constitucional das normas infraconstitucionais anteriores a 5 de outubro de 1988. Ao adotar a teoria da não-recepção, repetida, ao longo dos anos, de maneira acrítica, como expressão de imperativo invencível da lógica jurídica, o Tribunal estabeleceu que toda a copiosa legislação infraconstitucional, aí incluindo o Código Civil de 1916, não poderia ter sua constitucionalidade apreciada por via de ação direta. A tese, defendida pela maioria dos Ministros, assentava que

sobrevindo uma Constituição, a legislação existente (a) ou com ela é compatível e continuará em vigor ou (b) com ela é incompatível e por ela será revogada. No segundo caso, em havendo incompatibilidade entre a legislação preexistente e a Constituição superveniente, quer dizer, quando a Constituição sucede à lei, não se pode falar em inconstitucionalidade desta, mas em sua revogação.³

A adoção dessa tese trouxe grandes obstáculos para o controle, pelo Supremo Tribunal Federal, da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais em face do novo ordenamento constitucional, já que elas somente poderiam ser revistas pela Corte em casos extremos de violação frontal do Texto Maior perpetrada por Tribunais inferiores, por meio da tortuosa via do Recurso Extraordinário, cuja decisão, em princípio, carece de eficácia *erga omnes*. A desvantagem da adoção da teoria, contudo, não passou despercebida no Plenário, tendo ressaltado o Ministro Sepúlveda Pertence que tal entendi-

² É farta a literatura que descreve essa fase. Confira-se, por exemplo, Sarmento (2004); Barroso (2000); Sarlet (2006).

³ STF, ADIn 2, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, julg. 6.2.1992.

mento em nada contribuiria para a busca de efetividade das normas constitucionais.⁴

A questão traduz dificuldades técnicas ainda maiores, pois, ao afirmar a não-recepção de determinado diploma legal, estabelece-se, em contrapartida, a inexistência da lei, por ausência de base de validade constitucional, na ordem jurídica. Ausente a legislação infraconstitucional – por não recepcionada – e estando a Corte impossibilitada de apreciá-la em sede de ação direta – por não ser dela objeto –, furtou-se o Supremo, em termos práticos, a definir, de modo uniforme, a interpretação dessas normas à luz da nova Constituição. Nesse contexto, o controle exercido de forma concentrada mostrou-se inteiramente insuficiente, por desatender aos pressupostos de segurança e uniformidade, transferindo-se para as Cortes inferiores a definição da interpretação sistemática da legislação e a harmonização das diversas fontes normativas, os quais assinalam, em última análise, a efetividade das normas constitucionais nas relações interprivadas.

⁴ De acordo com seu voto, no qual apresenta as soluções conferidas à matéria por diversas Cortes européias, ressalta o Ministro que a opção pelo sistema da inconstitucionalidade superveniente ou pelo sistema da não recepção deve se guiar pela busca da solução que vise a conferir maior eficácia às normas constitucionais. Assim conclui que “na decisão de abrir a via do controle direto e concentrado de constitucionalidade à aferição de compatibilidade com a nova ordem das leis anteriores, tem estado sempre presente a relativa à certeza e à segurança jurídicas, conseqüentes à eficácia *erga omnes* das sentenças da Justiça Constitucional, que, de sua vez, é instrumento da efetividade da Constituição. [...] *a mim me parece que, em relação ao direito ordinário pré-constitucional, é que as exigências da efetividade da nova ordem constitucional conspiram mais imperativamente no sentido do controle direto*” (grifou-se). O Ministro reafirmou, em outra sede, o prejuízo da adoção, pelo Supremo, da teoria da não-recepção: “o fechamento da via do controle abstrato para as leis ordinárias anteriores à Constituição [...] fez com que se demitisse ou liberou o Supremo Tribunal de viver uma fase fascinante de alguns tribunais constitucionais europeus que também surgiram a partir da superação de regimes autoritários. A sentença n° 1 da Corte Italiana é, precisamente – coroando a luta gigantesca de seu maior pregador, Calamandrei – a afirmação da submissão ao controle abstrato, pela Corte, das leis pré-constitucionais, o que viabilizou uma certa revisão histórica do resíduo legislativo do fascismo. E isso se repetiu, em termos, em Espanha, Portugal, e até na Alemanha, com certas distinções tipicamente germânicas.” (Pertence, 2001, p. 318)

Em um segundo momento, deflagra-se a discussão quanto à força normativa dos princípios constitucionais, refletindo-se nos tribunais a defesa, inaugurada em doutrina, da efetividade das normas constitucionais.⁵ Contudo, apesar das vozes doutrinárias contrárias à categoria das normas constitucionais “programáticas”,⁶ a ampliação de sua eficácia, entre os publicistas, não se estendeu ao Direito Civil, no âmbito do qual os dispositivos da Lei Maior permaneceram considerados como dotados de eficácia limitada, com sua aplicação pelo Judiciário subordinada à promulgação de normas infraconstitucionais. Dessa forma, o conteúdo dos diversos princípios consagrados pela Carta – dentre os quais se pode ressaltar o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) – acabou sendo preenchido por meio de casuísticas manifestações do legislador ordinário, considerando-se as normas constitucionais mero limite à legislação ordinária. Avaliava-se, assim, nos Tribunais Superiores, a constitucionalidade das regras de direito privado, afastando-as quando em confronto com a Constituição, mas negava-se a esta força normativa autônoma, a prescindir do legislador infraconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal expressa essa tendência interpretativa na discussão acerca da aplicação – direta ou não – do § 3º do Art. 192 do Texto Constitucional, assim redigido:

As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”⁷

⁵ Destacaram-se como pioneiras nesse processo as obras de Silva (1999) e Barroso (2000).

⁶ Confirma-se arguta crítica elaborada por Eros Roberto Grau (1985, p. 41-42): “As consequências da adoção do pensamento da doutrina acima apontada [...] são desastrosas. [...] A verdade é que, na atribuição de caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, o que se pretende é transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. [...] Assim, penso possamos afirmar que a construção que nos conduz à visualização das normas como tais – programáticas – no texto constitucional tem caráter reacionário. Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais.”

⁷ O artigo foi objeto de reforma pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, a qual suprimiu o parágrafo em análise.

Chamada a decidir sobre a eficácia do dispositivo logo após a elaboração da Constituição de 1988, a Corte Suprema afirmou, por maioria de seus membros, tratar-se de norma de eficácia limitada, nos seguintes termos:

Tendo a constituição federal, no único artigo em que trata do sistema financeiro nacional (Art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no *caput*, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados.⁸

Nota-se no excerto a prevalência da perspectiva de eficácia limitada do texto constitucional na atividade econômica privada. É certo, contudo, que o germe de uma nova fase já se encontrava presente no mesmo julgamento, no voto vencido do Ministro Carlos Velloso, que vaticinou:

As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias”⁹

Assim, nos dias atuais, o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça indica a terceira fase anteriormente aludida, em que, progressivamente, supera-se a dicotômica distinção entre o

⁸ STF, ADIn 4, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 7.3.1991. Tal posicionamento restou pacificado no Tribunal, sendo repetido em diversas decisões posteriores. É ver-se: “O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema ora debatido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu que o preceito inscrito no Art. 192, § 3º, da Carta Política – por qualificar-se como estrutura normativa aberta e incompleta – não se reveste de auto-aplicabilidade, o que impede o Poder Judiciário, sem que exista o ato de concretização legislativa reclamado pelo texto constitucional, de conferir executoriedade imediata a essa regra de nossa Carta” (RE 186.594, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. 28.4.1995). No mesmo sentido: RE 161.541, 2ª T., Rel. Min. Paulo Brossard, Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Rezek, julg. 22.2.1994; e RE 170.131, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. 8.2.1994.

⁹ STF, ADIn 4, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 7.3.1991, voto do Min. Carlos Velloso.

direito público e o direito privado, destacando-se a ampla admissão da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas.

Percebe-se essa transformação gradual a partir da análise de diversas decisões da Suprema Corte, as quais se utilizam de princípios constitucionais para a decisão de lides entre particulares. A primeira dessas decisões deu-se no julgamento do Recurso Extraordinário nº 160.222, em que se discutia a legitimidade de revista íntima efetuada por empresa produtora de peças íntimas femininas em suas empregadas, procedimento este previsto em cláusula contratual.¹⁰

Pouco tempo depois, o Tribunal foi instado a decidir sobre exclusão de associado de cooperativa ao arrepio de regras estatutárias. O Ministro Relator Marco Aurélio, ao julgar a questão, afirmou que o princípio do devido processo legal, consagrado no Art. 5º, inciso LIV, da Constituição, em conjunto com os princípios da legalidade (Art. 5º, II) e da ampla defesa (Art. 5º, LV), tornariam inválidos os atos da Assembléia que resultaram na exclusão do cooperativado. Ficou assentado, portanto, que, “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa”.¹¹

¹⁰ Na hipótese, não foi possível ao Relator apreciar o mérito da questão, em virtude da verificação da prescrição. Contudo, a incidência da norma constitucional na atividade econômica privada foi ressaltada: “Lamento que a irreversibilidade do tempo corrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana, que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado, e o exacerbado privatismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante”. Confirma-se a ementa do julgado em questão: “Recurso extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha –, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado à intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então” (STF, RE 160.222, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 1.9.1995).

¹¹ STF, RE 158.215, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 30.4.1996.

Em outra decisão relevante, o STF estendeu, em nome do princípio da igualdade, os direitos de trabalhadores estrangeiros aos brasileiros empregados na mesma companhia.¹² Na hipótese, ex-empregado brasileiro de empresa francesa alegava não ter recebido diversos benefícios concedidos pela empregadora a funcionários de nacionalidade francesa, por ser este requisito previsto no estatuto do pessoal da companhia para a concessão das benesses pleiteadas. O Supremo entendeu que a previsão afrontava o princípio constitucional da isonomia (Art. 5º, caput), pois “a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional”. Uma vez mais, fez incidir o Supremo norma de natureza constitucional a relação eminentemente privada.¹³

A argumentação utilizada pelos Ministros para fundamentar a linha adotada deixa nítida a compreensão da eficácia direta das normas constitucionais, vez que alude a uma interpretação sistemática do ordenamento, a prescindir a eficácia da Constituição de intervenção legislativa.¹⁴

¹² A doutrina, contudo, já anotava, com base nessas decisões, que o STF estava a aplicar diretamente tais normas constitucionais às relações privadas. Nesse sentido, confiram-se Daniel Sarmento (2004, p. 294): “Por estes acórdãos, infere-se que o STF aceita a aplicação de direitos fundamentais na resolução de conflitos interprivados, independentemente da mediação do legislador. Embora o Pretório Excelso não tenha chegado a discutir em seus julgados as diversas teorias sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos constitucionais, é possível extrair dos seus posicionamentos a adesão à tese mais progressista, da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.”

¹³ É o que se extrai do voto do Min. Maurício Corrêa: “Evidentemente, como o tom da nossa Constituição é o da igualdade de tratamento, não podendo haver desigualdade entre iguais, razão pela qual quem aqui se instala há que obedecer ao nosso ordenamento legal, máxime no que diz respeito aos ditames ordenados pela Constituição Federal. Tanto mais que essa discriminação que foi feita não se coaduna com a razoabilidade, e muito menos não se coaduna com o ordenamento constitucional brasileiro” (STF, RE 161.243, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 29.10.1996).

¹⁴ Tal perspectiva resta nítida no voto do Min. Néri da Silveira: “Mas, o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. Em consequência, não pode uma empresa, no Brasil, seja nacional ou estrangeira, desde que funcione, opere, no território nacional, estabelecer discriminação decorrente da nacionalidade para seus empregados, em regulamento de empresa, a tanto correspondendo o estatuto

Tal tendência consolidou-se com a apreciação do aludido Recurso Extraordinário nº 201.819, julgado em 11 de outubro de 2005, quando o Tribunal referiu-se expressamente à aplicação direta de normas constitucionais às relações privadas. Tratava-se de hipótese de exclusão de sócio através de procedimento no qual não lhe foi conferida a possibilidade de se defender das acusações que lhe eram imputadas e sequer de se manifestar antes de ser punido com a exclusão. O Tribunal, rejeitando o argumento de que o princípio da ampla defesa não se aplicaria aos procedimentos internos das instituições privadas, entendeu que, apesar de se regerem pelas normas do Código Civil,

a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais”. Concluiu, então, a Corte, em paradigmática passagem citada ao início, que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”¹⁵

Na esteira do voto do Relator, o Ministro Joaquim Barbosa enumerou os motivos pelos quais defendia a aplicabilidade direta do dispositivo constitucional:

O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada ‘constitucionalização do direito privado’, mais especificamente do direito civil. Noutras

dos servidores da empresa, tão-só pela circunstância de não ser um nacional francês. [...] Nosso sistema não admite essa forma de discriminação, quer em relação à empresa brasileira, quer em relação à empresa estrangeira”.

¹⁵ STF, RE 201819, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julg. 11.10.2005.

palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional”

Em conclusão ao julgamento, anotou o Ministro Celso de Mello o impacto dessa nova visão em um dos pilares do direito civil, qual seja, a autonomia privada que, segundo ele,

não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia de vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Assim, como consequência dessa percepção, decidi a questão afirmando que

a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.

Paralelamente a esse processo de reconhecimento da eficácia do texto constitucional nas relações privadas, tem-se verificado outra mudança relevante no posicionamento da Corte, também em relação ao mandado de injunção. Outrora utilizado tão-só para reconhecer a mora do legislador ordinário na elaboração de normas necessárias ao exercício de direitos constitucionalmente consagrados,¹⁶

¹⁶ “Mandado de injunção: ausência de regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no Art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para declarar a mora e comunicar

passou a solucioná-los o Supremo Tribunal Federal, ciente de sua vinculação à Constituição, independentemente da edição das normas infraconstitucionais.¹⁷ Reconhece-se, assim, a força normativa da Constituição, a vincular diretamente os responsáveis pela consecução de direitos previstos constitucionalmente, a prescindir de norma infraconstitucional específica.

Na mesma linha metodológica de crescente aplicação de normas constitucionais para a solução de conflitos entre particulares, o Superior Tribunal de Justiça entendeu discriminatória disposição de estatuto social de clube que impedia a inscrição como dependente do sócio titular o menor sob sua guarda, mas que não era seu filho. Assentou-se, naquele julgamento, que, apesar de se garantir “aos associados dispor, nos estatutos do clube, da forma que mais conveniente lhes parecer quanto ao acesso ao quadro social”, não se mostra constitucionalmente legítimo “estabelecer discriminação que a lei não admite”.¹⁸

Dentre os princípios constitucionais amplamente adotados pelo STJ, assume especial relevância o princípio da dignidade da pessoa humana. Recentemente, o princípio serviu de base para importante decisão em que, a despeito da regulamentação infraconstitucional, concedeu-se a portadores de HIV o benefício de tramitação especial de processos previsto pelo Art. 1.211-A do Código de Processo Civil para beneficiar pessoas com idade superior a sessenta e cinco anos.¹⁹ Reformando decisão do Tribunal *a quo*, que havia com-

a decisão ao Congresso Nacional para que a supra” (STF, MI 695, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 1.3.2007).

¹⁷ A nova orientação foi fixada no âmbito do Mandado de Injunção nº 721, julgado pelo Tribunal Pleno em 30.8.2007, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se assentou: “A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção –, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica”. A Corte, posteriormente, ratificou o entendimento no julgamento do Mandado de Injunção nº 758, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 1.7.2008.

¹⁸ REsp. 93634, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 24.8.1999.

¹⁹ Dispõe o artigo: “Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interviniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância”.

preendido que não se poderia usar de interpretação extensiva ou analógica na aplicação da norma em questão em razão de seu caráter excepcional, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que

não há necessidade de se adentrar a seara da interpretação extensiva ou da utilização da analogia de dispositivo legal infraconstitucional de cunho processual ou material, para se ter completamente assegurado o direito subjetivo pleiteado pelo recorrente. Basta buscar nos fundamentos da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua própria significância, impõe a celeridade necessária peculiar à tramitação prioritária do processo em que figura parte com enfermidade como o portador do vírus HIV, tudo isso pela particular condição do recorrente, em decorrência de sua moléstia.²⁰

No mesmo diapasão, construiu o Tribunal entendimento, ora sedimentado, de que, a despeito de regra infraconstitucional específica em sentido contrário, é possível o levantamento do saldo do FGTS mesmo no caso de doenças graves não previstas na lei, pois

o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no Art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.²¹

Ainda atendendo aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, decidiu o Tribunal aplicar o conceito de bem de família e, por conseguinte, a garantia de impenhorabilidade conferida pela Lei nº 8.009/90²²

²⁰ STJ, REsp 1026.899, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 17.4.2008.

²¹ REsp 853.002, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 19.9.2006. No mesmo sentido, v. STJ, 2ª T., REsp. 670027, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 16.11.2004.

²² Eis o teor do dispositivo: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial,

a imóvel sede de empresa familiar na qual residiam os membros da família. Ao assim decidir, ressaltou o Ministro Luiz Fux que “ao aplicar a lei, o julgador não pode, tão-somente, restringir-se à subsunção do fato à norma. Deve estar atento aos princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se dirige”. Tal perspectiva levou o julgador à conclusão de que

iluminado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 1º da Lei nº 8.009/90 precisa ser interpretado no sentido de que a proteção deve ser estendida à habitação familiar, ainda mais quando o imóvel onde reside a família é da propriedade de uma empresa pequena e familiar.²³

Na mesma linha de progressiva eficácia das normas constitucionais, o Plenário Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que a prevalência dos princípios da saúde e da integridade psicofísica dos trabalhadores autorizaria os Estados-Membros à emanção de normas que, para além da regulamentação federal em vigor, e a despeito da indiscutível competência da União Federal sobre a matéria, pudessem aprimorar a tutela da pessoa humana, restando, dessa maneira, a tradicional dogmática das competências complementar e supletiva dos Estados-Membros, associada ao Princípio do Federalismo.²⁴

Trata-se do julgamento em que se avaliou a constitucionalidade de norma elaborada pelo Estado de São Paulo que proibia o uso de determinada substância (crisotila) na composição de produtos, materiais e artefatos.²⁵ Ale-

fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

²³ STJ, REsp 621.399, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, julg. 19.4.2005.

²⁴ Confira-se o entendimento anterior da Corte: “Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei nº 9.055/95). Consequência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria” (STF, ADIn 2.656, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 8.5.2003).

²⁵ Eis o dispositivo impugnado: “Fica proibido, a partir de 1º de janeiro de 2008, o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto” (Art. 1º da Lei nº 12.684, de 26 de julho de 2007, do Estado de São Paulo).

gava-se, em ação direta de inconstitucionalidade, a incompatibilidade de tal dispositivo com o artigo 24, inciso V, da Constituição da República,²⁶ por entender exorbitada competência supletiva do Estado-Membro para legislar sobre produção e consumo.

Entendeu o Tribunal que os princípios invocados – atinentes ao direito à vida e à integridade psicofísica dos trabalhadores expostos ao produto – deveriam prevalecer em face da interpretação restritiva, assentada na dogmática constitucional, atinente à competência do Estado-Membro. Nos termos do voto vencedor do Ministro Joaquim Barbosa, a defesa da inconstitucionalidade da norma com base no exercício exorbitante da competência concorrente do Estado de São Paulo não se coaduna com os valores promovidos pela Constituição, em especial por visar a norma à eficaz proteção da pessoa humana.²⁷ Assim, a aplicação direta dos direitos constitucionais à saúde e à vida (integridade psicofísica) autoriza o legislador estadual, mesmo no âmbito de sua competência supletiva, a expandir e aperfeiçoar, progressivamente, a tutela dos valores constitucionais, não circunscrevendo sua atuação a suprir lacunas derivadas da omissão da legislação federal.²⁸

Infere-se, pois, da análise das decisões das Cortes Superiores brasileiras, a progressiva eficácia das normas constitucionais nas relações de direito privado, em consonância com a lição do professor Perlingieri, segundo a qual “a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”.²⁹ Não se trata, portanto, de simples aplicação corretiva de regras infraconstitucionais à luz da Constituição, mas, de maneira mais ampla e incisiva, percebe-se a aplicação dos princípios constitucionais como instrumento de remodelagem axiológica de todo o ordenamento, na interpretação e aplicação de toda e qualquer norma jurídica.

Diante de tais circunstâncias, já é hora de superar difusas concepções dogmáticas que, arraigadas na cultura jurídica dominante, constituem obstá-

²⁶ “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] V - produção e consumo”.

²⁷ O Acórdão ainda não se encontra publicado, mas é possível obter referências do julgado no Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 509, de 2 a 6 de junho de 2008.

²⁸ Sobre a importante decisão, confira-se Tepedino (2008, p. iii-iv).

²⁹ Perlingieri (2006, p. 11).

culos à plena eficácia interpretativa das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado.

Primeiramente, há que se observar que o conceito de ordenamento implica, necessariamente, rejeição à defesa dos chamados microssistemas, pois, enquanto estes pressupõem a existência de centros de gravidade autônomos entre si, aquele baseia-se na verificação do conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo determinado modo de vida historicamente determinado.³⁰ Para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado, ainda que composto por uma pluralidade de fontes normativas. Daí a importância de se entender a centralidade dos valores constitucionais no ordenamento: diante da pluralidade de fontes normativas que o compõem, o reconhecimento de que o sistema se funda nos preceitos constitucionais eleitos por toda a sociedade afigura-se a única metodologia capaz de assegurar a necessária unidade do ordenamento.³¹

Assim sendo, há de ser superada a discussão, por vezes vã e ociosa, quanto à aplicação direta ou indireta das normas constitucionais. Em um ordenamento unitário (como não pode deixar de ser), a norma constitucional há sempre que prevalecer, direta ou indiretamente, vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais,

³⁰ Ibid., p. 2.

³¹ Como observa Maria Celina Bodin de Moraes, são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. “Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização ao direito civil” (Moraes, 2003, p. 107). Nas palavras de Perlingieri (2005, p. 202; 209): “Se allora i modelli di validità degli atti devono confrontarsi col modello costituzionale di legittimità, questo primato non può non tradursi anche in centralità. La complessità, per divenire sistema, deve avere una centralità sulla quale fondarsi. [...] In un ordinamento complesso come quello vigente, caratterizzato dalla indiscussa supremazia delle norme costituzionali, queste non possono non avere una posizione centrale. Da tale centralità è doveroso partire per l’individuazione dei principi e dei valori sui quali costruire il sistema. La centralità non è cosa diversa dalla supremazia”.

de forma que sua aplicação representa a aplicação da própria Constituição.³² Consequentemente, não se mostra razoável afirmar a existência de diversas teorias setoriais de interpretação, uma para cada ramo do direito. Tal concepção supõe haver técnica de interpretação distinta da técnica de interpretação constitucional, o que não se mostra possível, sob pena de se esfacelar a unidade do ordenamento. Uma vez que toda norma deve ser interpretada à luz dos valores constitucionais, com estes imbricando-se, verifica-se tão-somente uma teoria da interpretação, qual seja, a interpretação constitucional.

Diante de tais conclusões, revela-se equivocada a chamada civilização do direito constitucional, que pretende indicar a suposta influência do direito civil e de suas categorias na interpretação constitucional: são os valores constitucionais que devem impregnar cada categoria do direito infraconstitucional, sob pena de se obstaculizar o projeto constitucional em nome de soluções legislativas oriundas da práxis judiciária ou do próprio mercado, incompatíveis com o sistema.

Assim sendo, não é dado ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao codificador, o papel de decifrar, com base em valorações setoriais, os princípios fundamentais do ordenamento. As normas infraconstitucionais, pelo fato de conterem maior densidade analítica, não devem servir de decodificadores ou tradutores dos valores constitucionais. Tal entendimento acaba por subverter a ordem hierárquica do ordenamento, aplicando-se os princípios fundamentais à luz de regras infraconstitucionais, a autorizar, por vezes, o aniquilamento das prioridades axiológicas estabelecidas constitucionalmente. Ao revés, como antes demonstrado, as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não

³² Esclarece o professor Perlingieri (2008, p. 2): “La stessa espressione ‘rilettura degli istituti del diritto civile alla luce della Costituzione’, pur se con una certa dose di ambiguità, intende sottolineare non già che oggetto dell’interpretazione a fini applicativi sia la disposizione ordinaria, regolatrice del singolo istituto, adeguata o conformata alla norma costituzionale, ma che oggetto dell’interpretazione sono le disposizioni di rango ordinario unitamente alle norme costituzionali: le une in funzione delle altre e viceversa, in coordinamento le une e le altre secondo la collaudata tecnica del combinato disposto. Tecnica, questa, volta ad evitare che la Costituzione sia letta e interpretata alla luce della legge ordinaria, in una sorta di bidirezionalità ermeneutica foriera di grosse ambiguità.”

fosse, o ordenamento restaria fragmentado, decompondo-se o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que substitui, no curso do tempo, o sistema monolítico da codificação oitocentista, esmorecendo ou aniquilando a aplicação direta das normas constitucionais. A pluralidade de fontes normativas, portanto, não pode perder de vista a unicidade do ordenamento, que, em sua complexidade, mantém-se em harmonia graças à rigidez da tábua de valores determinada pela ordem pública constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. *Revista de Direito Constitucional e Ciências Políticas*, n. 4, 1985.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Sarlet, Ingo. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, v. 1, 2005.

_____. *Perfis de direito civil: uma introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

PERTENCE, Sepúlveda. Diálogos com a doutrina: entrevista com o Ministro Sepúlveda Pertence. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 8, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A eficácia dos direitos fundamentais no diapasão do STF. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 33, 2008.

RESUMO

O ensaio tem por objetivo examinar a temática da aplicação das normas constitucionais no âmbito das relações privadas, na experiência das Cortes Superiores brasileiras. Traça o panorama dos entendimentos provenientes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em três momentos distintos, para concluir que nos dias atuais vivencia-se uma terceira fase na jurisprudência brasileira, na qual se supera a dicotômica distinção entre o direito público e o direito privado, de modo a se admitir amplamente a aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas. Ao final, o autor sustenta ser equivocada a chamada civilização do direito constitucional, posto que devem ser os valores constitucionais a impregnar as categorias do direito infraconstitucional, e não o contrário, na medida em que a pluralidade das fontes normativas não pode perder de vista que a unicidade do ordenamento, em sua complexidade, mantém-se em harmonia pela existência de uma adesão aos valores determinados pela ordem pública constitucional.

ABSTRACT

This essay aims at examining the theme of application of constitutional norms in the range of private relations, in the experience of Brazilian Supreme Courts. It traces the panorama of the understanding proceeding from the Federal Supreme Court and Supreme Court of Justice in three distinct moments, to conclude that nowadays we are in the third phase of Brazilian jurisprudence, in which the dichotomist distinction between public Law and private Law is overcome, in a way that widely permits direct application of constitutional norms in private relations. Finally, it sustains that the so-called civilization of constitutional Law is a misconception, that, actually, constitutional values are the ones to impregnate the categories of infra-constitutional Law, and not the contrary. This is because the plurality of the normative sources cannot ignore that the unity of the ordainment, in its complexity, is kept in harmony through the adhesion to values determined by the constitutional public order.

Palavras-chave: normas constitucionais, relações privadas, ordem pública, Cortes Superiores.

Keywords: constitutional norms, private relations, public order, Supreme Courts.

Gustavo Tepedino é Doutor em Direito Civil, Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Diretor da *Revista Trimestral de Direito Civil* e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa*

Ingo Wolfgang Sarlet

OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

A inserção do direito à moradia no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (doravante apenas referida como CF), além de algumas alterações na esfera legislativa – como dá conta, em especial, a edição do assim designado estatuto das cidades – foi sucedida por um número significativo de demandas e decisões judiciais invocando o direito à moradia, na sua condição de direito fundamental social. Assim, se mesmo antes da recepção expressa do direito à moradia este já era tido, por alguns representantes na doutrina e mesmo na esfera jurisprudencial, como implicitamente contemplado pela CF (embora

* Na elaboração do presente artigo, utilizamos parte substancial de trabalhos anteriores de nossa autoria, cuidando, em especial, de uma revisão, atualização e ampliação significativa de artigo versando especificamente sobre a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador, à luz da decisão do STF sobre o tema, ainda no prelo (*Revista da Ajuris*), mas que aqui foi aprofundada, além de vinculada a outras hipóteses que dizem respeito ao direito à moradia.

já expressamente consagrado em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil), após sua incorporação ao texto do artigo 6º passou a não ser mais possível refutar a consagração deste direito fundamental e, portanto, passou a ser cogente (pelo menos, assim o deveria ser!) a consideração das conseqüências jurídicas de tal reconhecimento. Todavia, tal não significa dizer que a respeito de tais conseqüências jurídicas não se verifique uma série de controvérsias, que principia já pela discussão em torno da própria fundamentalidade do direito à moradia, passando, além disso, pelo debate em torno do seu conteúdo e significado, especialmente, contudo, no que diz com sua possível eficácia e efetividade.

Dentre as aplicações correntes do direito à moradia, seja na esfera do direito internacional, seja na esfera jurídico-constitucional interna dos Estados, destaca-se a sua assim designada dimensão negativa, que diz com a tutela da moradia em face de ingerências oriundas do Estado ou de particulares. Nesta perspectiva e considerando de modo especial a experiência brasileira mais recente, acabou assumindo uma posição de destaque a discussão em torno da proteção da propriedade que serve de moradia ao seu titular ou para algum familiar. Com efeito, após uma série de decisões judiciais – inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – vedando a penhora do imóvel utilizado para fins de moradia por parte do devedor em diversas hipóteses, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por reconhecer, por ora no âmbito do controle incidental, a constitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel residencial do fiador de contrato de locação. Tal decisão – ainda mais se lhe for outorgada eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – diz respeito a um número expressivo de situações concretas e à vida de inúmeras pessoas, sem falar na sua conexão com casos semelhantes, como ocorre com a previsão legal da penhora em se cuidando de dívidas condominiais, assim como nos casos de execuções promovidas pela fazenda pública, dentre outros. Da mesma forma, a depender da força persuasiva da decisão e das suas razões subjacentes, mesmo em outras situações envolvendo a proteção da moradia poderemos vir a experimentar alguns reflexos importantes, sem que aqui nos estejamos a posicionar (ainda!) sobre as possíveis virtudes ou defeitos da decisão ora referida, bem como de algumas outras hipóteses envolvendo o direito à moradia no Brasil. Certo é que a problemática específica (penhora do imóvel residencial) ora referida em caráter exemplificativo se insere no contexto mais amplo dos deveres de proteção (não exclusivamente estatais) no âmbito do

direito à moradia, dizendo respeito também a todas as outras possibilidades vinculadas à condição do direito à moradia como direito de defesa (negativo), como é o caso da proteção da moradia contra despejos arbitrários ou qualquer outro modo de violação do direito à moradia por ação ou mesmo omissão.

Na esteira dessas considerações, descortina-se já o nosso propósito de enfocar o direito (fundamental!) à moradia na ordem constitucional brasileira, designadamente na sua condição de direito negativo (defesa), com o que não se está refutando nem a existência de uma dimensão positiva (prestacional) nem a sua relevância para a própria dimensão negativa (o dever de proteção estatal implica medidas positivas de cunho fático e normativo), mas apenas estabelecendo uma delimitação do objeto de nossa abordagem. Aliás, mesmo naquilo em que a moradia atua como direito negativo, qualquer pretensão de completude da abordagem seria fadada à frustração, ainda mais levando em conta os limites espaciais do presente artigo. Assim, o que se pretende é acima de tudo revisitar o tema¹ para efeitos de, no plano da dimensão negativa e à luz de alguns exemplos, embora com ênfase na avaliação crítica da referida decisão do STF sobre a penhorabilidade do imóvel do fiador, analisar a possível eficácia e efetividade do direito à moradia como direito fundamental (em sentido formal e material) no Brasil. Para que isto seja possível, iniciaremos com a caracterização do direito à moradia como um direito fundamental, especialmente abordando o seu conteúdo e a sua assim designada dupla dimensão (ou função) negativa e positiva. Na sequência, explorando já a condição do direito à moradia como direito negativo (ou de defesa), que constitui a preocupação central do presente estudo, passaremos a avaliar criticamente a questão da proteção da moradia contra a penhora tal qual enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal e algumas outras questões correlatas.

BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Muito embora o direito à moradia tenha sido incluído (expressamente) no rol dos direitos fundamentais sociais (Art. 6º, da CF) por meio de emenda

¹ Ver Sarlet (2002), em que também abordamos a dimensão positiva (prestacional) e outras questões vinculadas ao direito à moradia e aos direitos sociais em geral.

constitucional (EC nº 26, de 2000)², sua condição de direito fundamental, a despeito de alguma doutrina que refuta a fundamentalidade dos direitos sociais, tem sido amplamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal, a despeito de ter, por maioria, chancelado a legitimidade constitucional da penhora do imóvel residencial do fiador³ (decisão que será objeto de uma avaliação crítica logo adiante), reafirmou, em termos gerais, ser a moradia direito fundamental da pessoa humana. Por outro lado, mesmo que não se pretenda aqui aprofundar a questão, há que enfatizar a defesa intransigente da fundamentalidade de todos os direitos e garantias contidos no Título II da Constituição Brasileira, sem prejuízo da existência de outros direitos fundamentais, sejam decorrentes do regime e dos princípios (portanto, direitos expressa e implicitamente consagrados na Constituição, ainda que em outras partes de seu texto) e constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, tudo a teor do disposto no artigo 5º, § 2º, da nossa Constituição.

Embora se saiba (pelo menos é a nossa convicção) que nem todos os direitos e garantias fundamentais expressamente anunciados no elenco do Título II de nossa Constituição encontram seu fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana e que, de qualquer modo (mesmo que haja uma conexão direta com a dignidade da pessoa), diversa a intensidade do vínculo entre dignidade e direitos fundamentais, já que distinto o âmbito de proteção de cada direito em espécie, não poderíamos, por outro lado, deixar de reconhecer que é na dignidade da pessoa humana que reside o fundamento primeiro e principal e, de modo particular, o alicerce de um conceito material dos direitos fundamentais⁴, o que evidentemente também se aplica aos direitos

² O fato de a inclusão do direito à moradia no âmbito dos direitos sociais ter ocorrido por emenda constitucional apenas no ano 2000 não significa, contudo, que a moradia não tenha recebido já alguma tutela direta na Constituição e que, além disso, não poderia já ser considerada como direito fundamental social pelo menos implicitamente positivado. Nesse sentido, ver Sarlet (2002, p. 150 et seq.). A respeito do histórico do direito à moradia na ordem jurídica brasileira, ver também Inácio (2002, p. 38 et seq.); Souza (2004, p. 104 et seq.); Aina (2004, p. 84 et seq.) e, mais recentemente, Godoy (2006, p. 37 et seq.).

³ RE 407.688-8, Relator Ministro Cezar Peluso.

⁴ Ver, por todos, Andrade (2001, p. 79 et seq.). Entre nós, enfatizando a ausência de uma fundamentação direta na dignidade da pessoa humana de todos os direitos consagrados na Constituição de 1988, ver, em especial, Sarlet (2007a, p. 79 et seq.).

fundamentais sociais, econômicos e culturais em geral, bem como ao direito à moradia em particular.

Tais ponderações já deveriam, por si só, afastar qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que – equivocadamente – se afirma que sustentamos uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais⁵. Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais todos os direitos expressamente consagrados na Constituição com o rótulo de fundamentais não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se deve levar a sério a já referida cláusula de abertura (na condição de norma geral inclusiva⁶) contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. Convém lembrar, nessa mesma perspectiva, que sempre – mesmo antes da inclusão do polêmico § 3º no artigo 5º da Constituição – defendemos, acompanhando a melhor doutrina, a hierarquia constitucional e a fundamentalidade (neste caso material, vez que não incorporados ao texto constitucional) dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os direitos dos trabalhadores), por sua vez, implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias, ainda que possamos ter, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, razões para questionar tal fundamentalidade. Mesmo para os direitos do Título II (que, reitere-se, não excluem outros, tanto fundamentais em sentido formal e material, quanto fundamentais em sentido apenas material), a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que já de partida receberam no momento do pacto constitucional a proteção e força normativa reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos “pais” da Constituição (o que, aliás, aponta para uma legitimação também democrática!⁷),

⁵ Pelo menos esta a leitura da nossa obra, seguramente inadequada, realizada por Maurício Júnior (2005, p. 4 et seq.).

⁶ Como bem lembra Freitas (2002, p. 206 et seq.).

⁷ Discutindo, ainda que não exatamente sob este ângulo, a questão da fundamentação dos direitos sociais como direitos fundamentais pelo prisma democrático (no caso, democrático-deliberativo), ver, dentre outros, Neto Souza (2006, p. 225 et seq.), sustentando que os direitos sociais são (especialmente no campo do mínimo existencial) condições fundamentais para a democracia. Nesta mesma linha de abordagem

decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem assegurar a esses direitos sua eficácia e efetividade.

Aliás, não sendo o caso de aprofundar o debate, mas sim, espancando eventuais dúvidas, de enfatizar a nossa posição a respeito do tema, verifica-se que justamente o caso específico do direito à moradia, que não tinha sido como tal diretamente previsto no artigo 6º, demonstra inequivocamente que – justamente em função de parâmetros de ordem substantiva – estamos diante de um direito fundamental, ainda que se possa controverter a respeito de sua amplitude.

Com efeito, se as assim designadas “liberdades sociais” – com destaque para os direitos de greve e liberdade de associação sindical – assumiram e seguem exercendo papel relevante na contenção do exercício do poder econômico na esfera das relações sociais, os direitos fundamentais sociais em geral, notadamente na sua condição de direitos a prestações, objetivam, em primeira linha, uma compensação das desigualdades fáticas de modo a assegurar a proteção da pessoa (de qualquer pessoa) contra as necessidades de ordem material, garantindo uma existência com dignidade⁸. Por outro lado,

(embora uma série de divergências entre os pensamentos dos autores referidos e entre esses e a nossa concepção), ver, ainda, entre outros, a recente e indispensável coletânea de Catonni (2006) e, por último, a instigante contribuição de Cruz (2007), especialmente o capítulo 7, em que é discutida a questão dos direitos sociais. Como contraponto, professando uma concepção de cunho mais substancialista (adotando aqui a terminologia mais habitual), ver o referencial trabalho de Streck (2004a), especialmente capítulos I a V, e id. (2006), assim como Sampaio (2004). Embora a nossa resistência às abordagens de cunho prevalentemente procedimental, ainda mais quando fundadas na teoria discursiva de Habermas (o que não temos condições de desenvolver aqui), não há como desconsiderar a relevância da discussão e a qualidade da doutrina produzida no Brasil nos últimos anos a respeito do tema, contribuindo para uma qualificação substancial do debate sobre a legitimidade e fundamentação dos direitos fundamentais e da própria ordem constitucional, a atuação do Poder Judiciário na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, entre outros temas que têm integrado a pauta acadêmica.

⁸ Cf., dentre outros, Höfling (1996, p. 109-110), assim como Maunz e Zippelius (1994, p. 182). Na França, a íntima ligação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa encontra-se referida por Pavia (1997, p. 109-110), valendo-se do exemplo de um direito fundamental à moradia, a partir do reconhecimento da moradia como obje-

útil lembrar que a intensidade da vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais é diretamente proporcional em relação à importância destes para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época⁹.

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna e na medida em que a moradia cumpre essa função. Nessa perspectiva, talvez seja ao direito à moradia – bem mais do que ao direito de propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*)¹⁰. De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física e, portanto, o seu direito à vida. Aliás, não é por outra razão que o direito à moradia tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos

tivo e valor de matriz constitucional pelo Conselho Constitucional. Também na Bélgica, sustenta-se que o direito a uma existência com dignidade implica o reconhecimento de um direito aos meios de subsistência mínimos, especialmente no âmbito da assistência social. Nesse sentido, ver Delpérée (1999, p. 156 et seq.). Assim também, Miranda (1988, v. 4, p. 186) (ao menos é o que se infere da referência a diversos direitos sociais). Entre nós, ver, dentre tantos, Sarlet (2007b, p. 329 et seq.), assim como o pioneiro trabalho de Torres (1989) (apontando-se aqui a existência de desenvolvimentos posteriores), Nobre Júnior (2000), Barcellos (2002), Souza Neto (2003, especialmente p. 308 et seq.), Leivas (2006), todos apontando a vinculação do mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana, ainda que existam variações importantes sobre a fundamentação, conteúdo e eficácia do assim designado mínimo existencial, que podem ser encontradas tanto nos autores referidos em caráter ilustrativo quanto nos demais que têm dado atenção ao tema.

⁹ Cf. a oportuna menção de Moderne (1997, p. 220).

¹⁰ Cf. Hegel (1991, p. 102).

de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida¹¹, e, nessa perspectiva (bem como em função de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana), é sustentada a sua inclusão no rol dos direitos de personalidade¹².

A reforçar essa linha de pensamento, lembra-se também aqui a lição de José Reinaldo de Lima Lopes, no sentido de que o direito à moradia inclui o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como o direito às condições que tornam este espaço um local de moradia, de tal sorte que morar, de acordo com a correta acepção do autor, constitui um existencial humano¹³. Assim, o que se está a enfatizar, ao fim e ao cabo, é a direta vinculação do direito à moradia com a assim designada garantia (e direito) a um mínimo existencial, bem como com o que se tem chamado de um conteúdo existencial de outros direitos fundamentais¹⁴, como é o caso inclusive (a depender das circunstâncias) do direito de propriedade, assim como do direito à propriedade¹⁵.

¹¹ Cf. Cunha (1995). Também Viana (2000, p. 9) destaca a vinculação do direito à moradia com o direito à vida e uma existência digna. Registre-se, ainda quanto a esse ponto, que também pelo prisma do direito internacional, o que decorre inclusive de previsão expressa do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, incorporado pelo Brasil em 1992, o direito à moradia, assim como o direito à alimentação, integram o direito a um adequado padrão de vida. Nesse sentido, dentre tantos, ver Craven (1995, p. 330).

¹² Nesse sentido, destacando a vinculação com os direitos de personalidade, ver, entre nós, em especial Souza (2004, p. 145 et seq.) e, mais recentemente, também Godoy (2006, p. 48 et seq.).

¹³ Cf. Lopes (1993, p. 121), igualmente sinalando a direta conexão do direito à moradia com o direito à vida (p. 133).

¹⁴ Sobre o tema, ver, dentre outros, Sarlet (2007b, p. 329 et seq.). No que diz respeito à consideração do direito à moradia como vinculado a uma garantia do mínimo existencial, não se desenvolverão aqui as diversas possibilidades de fundamentação deste mínimo existencial e nem a sua conexão com as diversas teorias sobre as necessidades da pessoa humana, que também podem servir de fundamento para um direito à moradia. A respeito dessas questões, ver, por exemplo, Pisarello (2003, p. 23 et seq.). Entre nós, no que diz com o direito à moradia e explorando esta senda (designadamente a conexão com uma teoria das necessidades), confira-se especialmente Alfonsin (2003).

¹⁵ Cf., por todos, Fachin (2001).

Importa notar, ainda, que mesmo dentre os que, pelo menos em termos gerais, questionam a própria fundamentalidade dos direitos sociais, há quem admita o caráter fundamental (e, como tal, juridicamente exigível) de um direito à moradia, designadamente naquilo em que integra um direito às condições mínimas para uma existência humana digna, destacando-se, entre nós, o magistério de Ricardo Lobo Torres¹⁶. De qualquer sorte, não sendo o nosso intuito aprofundar a discussão a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais, reafirmamos nossas ponderações anteriores no sentido de que, a exemplo dos demais direitos sociais expressa e implicitamente consagrados na Constituição, o direito à moradia comunga do pleno estatuto jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, integra o elenco dos limites materiais à reforma constitucional e, na condição de norma de direito fundamental, é sempre diretamente aplicável, a teor do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da CF, muito embora se possa discutir a respeito das exatas dimensões de sua eficácia e efetividade¹⁷, o que precisamente irá ser objeto da nossa atenção nos próximos segmentos.

¹⁶ Cf. Torres (1989), que, em paradigmático e pioneiro estudo sobre o mínimo existencial, destaca que este carece de um conteúdo específico, já que pode abranger qualquer direito, ainda que não originariamente fundamental, desde que considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não obstante neste primeiro estudo o ilustre doutrinador fluminense não tenha feito menção expressa ao direito à moradia como exemplo de direito fundamental, tal veio a ocorrer, recentemente, em outro texto de crucial relevância para a discussão da problemática dos direitos fundamentais, admitindo que no concernente aos indigentes e às pessoas sem-teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória até mesmo a sua prestação pelo Estado (cf. Torres, 2001, p. 289). Por outro lado, nem todos os autores incluem (pelo menos não explicitamente e como dimensão autônoma) a moradia no âmbito do mínimo existencial, como é o caso, entre nós, de Barcellos (2002, p. 289 et seq.), embora a autora, ao sustentar a necessidade de uma assistência aos desamparados como concretização do mínimo existencial, ali tenha incluído a oferta pelo Estado de abrigos para passar a noite, o que em parte (mas apenas em parte!) contempla as exigências de um direito à moradia numa perspectiva mais alargada do que seja um mínimo existencial.

¹⁷ Para maiores desenvolvimentos, ver *ibid.*, p. 88 et seq.

O DIREITO À MORADIA COMO COMPLEXO HETEROGÊNEO DE DIREITOS (E DEVERES) NEGATIVOS E POSITIVOS

Ainda que se possa estabelecer, a depender dos critérios adotados, uma distinção entre o direito à moradia e o direito à habitação¹⁸, e iniciando a abordagem com algumas anotações sobre a questão terminológica, verifica-se que a nossa Constituição, ao referir-se ao direito à moradia no artigo 6º, o fez de forma genérica (que será também aqui seguida), desacompanhado de qualquer adjetivo. Tendo em conta a previsão, na esfera dos tratados internacionais, de um direito à moradia adequada (a exemplo do que ocorre com o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966), ou mesmo, como é o caso da Constituição da Bélgica, de um direito a uma moradia decente, entre outros muitos exemplos que poderiam ser colacionados, a ausência de qualquer adjetivação não autoriza que o direito à moradia tenha o seu conteúdo esvaziado, no sentido daquilo que se tem designado de um mínimo vital (ou meramente fisiológico), portanto, situado aquém das exigências da dignidade da pessoa humana e do correspondente mínimo existencial. De qualquer modo, convém levar em consideração que a adjetivação tem o mérito inquestionável de afastar interpretações demasiadamente restritivas que possam vir a reduzir excessivamente o objeto do direito à moradia ou (o que poderia dar no mesmo) deixá-lo na completa dependência do legislador infra-constitucional.

Na definição do conteúdo do direito à moradia, cumpre, ainda em caráter preliminar, traçar (dentre outras diferenciações possíveis) a sua distinção em relação ao direito de propriedade e ao direito à propriedade. Muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, além disso, a moradia acaba, por disposição constitucional expressa – e em determinadas circunstâncias – assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso do usucapião especial constitucional urbano e rural), atuando, ainda, como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade, o direito à moradia – convém frisá-

¹⁸ Nesse sentido, ver especialmente Souza (2004, p. 141 et seq.), destacando a vinculação entre ambos os institutos e, em termos gerais, compreendendo o direito de habitação (como o direito real de habitação, por exemplo) como uma possibilidade específica de assegurar a moradia, que assume contornos mais amplos.

lo – é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, o que não elide a sua maior ou menor vinculação com outros bens (e correspondentes direitos e deveres) fundamentais. Ademais, adiantando já aspectos da discussão a ser travada na última parte, em que será examinada, entre outras, especialmente a questão da penhora do imóvel que serve de moradia ao fiador, a conexão com o direito a uma existência digna implica (como se irá desenvolver mais adiante) que em diversas situações o direito à moradia ocupe uma posição preferencial em relação ao direito de propriedade ou mesmo outros direitos. No mínimo há que admitir como justificada uma série de restrições ao direito de propriedade, que, de resto (de acordo com previsão constitucional expressa!), encontra-se limitado pela sua função social, de tal sorte que já de há muito expressiva doutrina sustenta que apenas a propriedade socialmente útil é tutelada constitucionalmente¹⁹, o que evidentemente (especialmente naquilo em que estaria completamente afastada a tutela da propriedade que não cumpre uma determinada função social) é altamente controverso e não poderá aqui ser mais desenvolvido.

De outra parte, é preciso considerar, ainda mais levando em conta o direito constitucional positivo brasileiro, que se é verdade que mesmo sem a propriedade sobre um bem imóvel a pessoa, por si só, não estará necessariamente privada de uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente ocorrerá em não dispondo de uma moradia com padrões compatíveis com uma vida saudável, tal não significa que o direito de propriedade não assuma a condição de direito fundamental. Pelo menos não se poderá desconsiderar, a exemplo do que tem enfatizado Luiz Edson Fachin, que a propriedade, quando conectada com as exigências de uma vida digna, acaba sendo merecedora de uma tutela na medida em que cumpre precisamente uma função existencial e

¹⁹ Entre nós, convém lembrar a lição do saudoso Professor e Desembargador Gaúcho Ruy Ruben Ruschel (1997, p. 145-155), alertando para a necessidade de uma releitura (à luz da Constituição e do princípio da função social da posse da propriedade) do Art. 524 do Código Civil (de 1916) e da própria definição de posse, sustentando a necessidade do uso e gozo do bem *secundum beneficium societatis*. Também adotando esta linha de entendimento, convém lembrar, entre outros, os preciosos ensinamentos de Fachin (1999); Tepedino (1999); Aronne (2001); todos convergindo no sentido de uma necessária interpretação dos institutos jurídicos sobre a posse e propriedade à luz da Constituição, da dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais.

não meramente patrimonial²⁰. Tal enfoque, em verdade, acaba por remeter-nos novamente à discussão em torno do caráter fundamental do direito de propriedade, que, visto sob prisma eminentemente patrimonial, poderia ser – como há quem sugira – considerado direito fundamental em sentido apenas formal²¹. De qualquer sorte, independentemente da discussão a respeito de qual a extensão da tutela jurídico-constitucional da propriedade, não se poderá olvidar aqui a necessidade de levar a sério a concepção constitucional de direitos fundamentais vigente, que, como já apontado anteriormente, contempla todos (mas não apenas estes) os direitos e garantias do Título II.

Estabelecidas essas primeiras diretrizes, verifica-se que, especialmente em função do silêncio da nossa Constituição no que diz com uma definição direta e mínima do conteúdo do direito à moradia, há que construir tal definição a partir de outros parâmetros normativos contidos na própria Constituição e extraídos de outras fontes normativas, de tal sorte que também para este feito assumem lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados ao direito interno. Com efeito, naquilo em que versam sobre direitos fundamentais da pessoa humana, os tratados internacionais – pelo menos de acordo com a doutrina majoritária – possuem hierarquia constitucional, na condição de direitos fundamentais pelo menos (naquilo que não são contemplados no texto constitucional) em sentido material, integrando o que se costuma também

²⁰ Cf. a notável contribuição de Fachin (2001).

²¹ A respeito de uma possível distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, ver a interessante contribuição de Ferrajoli (1999, p. 45-50). Desde logo, para não quedarmos omissos, destacamos que – compreendida pela perspectiva de seu conteúdo socialmente útil e de sua possível dimensão existencial – a propriedade constitui direito fundamental na sua dupla vertente formal e material, não apresentando necessariamente caráter exclusivamente patrimonial. De qualquer modo, considerando a ausência de hierarquia formal entre as normas constitucionais e tendo em conta a conhecida e prestigiada tese de Jorge Miranda (1988, v. 2, p. 40 et seq.), no sentido de que, pelo menos em princípio, as normas constitucionais em sentido formal são também materialmente constitucionais, de tal sorte que eventual decisão em prol da relativização da propriedade deverá ocorrer mediante uma cuidadosa ponderação de bens e levar em conta a maior ou menor conexão da propriedade com outros valores essenciais, notadamente, com a dignidade da pessoa humana.

denominar – com inspiração na tradição jurídico-constitucional francesa – de um bloco de constitucionalidade²². Mesmo que assim não fosse, pelo menos – o que já seria de extrema utilidade em diversas circunstâncias – os tratados de direitos humanos devidamente incorporados são equivalentes à legislação ordinária federal e como tal devem ser aplicados.

Além disso, em face da sua íntima conexão com a dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida, verifica-se, desde logo, que na identificação (construção) do conteúdo de um direito à moradia há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de um completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita à mera existência e sobrevivência física²³. O que se constata, portanto, é que o conteúdo do direito à moradia (em outras palavras, o seu âmbito de proteção ou de aplicação) há de ser identificado também mediante uma interpretação simultaneamente tópica e sistemática²⁴, que, além de observar a necessidade de um diálogo entre as diversas fontes do Direito (interno e internacional²⁵), dialogue com os diversos direitos e deveres fundamentais

²² Cf., por todos, Piovesan (2006, p. 43 et seq.).

²³ Tal entendimento guarda coerência com a conceituação da dignidade da pessoa humana por nós apresentada em trabalho anterior, sustentando que “a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (Cf. Sarlet, 2007a, p. 62)

²⁴ Sobre o tema, remetemos ao já clássico Freitas (2004).

²⁵ Também ao direito à moradia, como de resto a todos os direitos humanos e fundamentais, aplica-se, portanto, a noção da observância necessária de uma juridicidade em rede, marcada por uma interpenetração normativa crescente e cada vez mais inclusiva das normas internacionais, mas também do recurso ao direito comparado. Nesse sentido, explorando a questão em relação ao direito à saúde, ver a recente manifestação de Loureiro (2006, p. 667 et seq.).

que com ele guardam conexão. É que também o direito à moradia, da mesma forma como ocorre com o direito à saúde e uma série de outros direitos (e bens) fundamentais, embora seja sempre um direito autônomo, encontra-se “marcado por zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”²⁶, como é o caso, dentre outras, da vida, da alimentação, da saúde, da privacidade e intimidade, do meio ambiente e da propriedade, tudo a reforçar a idéia de que o Estado Democrático de Direito contemporâneo deve ser compreendido como sendo sempre um Estado Socioambiental, o que aqui não será explorado.

Nesse contexto, complementando e iluminando os critérios já veiculados pelo direito (constitucional, legal e jurisprudencial) interno, há que ter presente os padrões internacionais desenvolvidos e difundidos pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, naquilo que enunciam uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia²⁷:

a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem, incluindo um conjunto de garantias legais e judiciais contra despejos forçados;

b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso a água potável, a energia para o preparo da alimentação, a iluminação, a saneamento básico etc.).

²⁶ Cf., novamente, *ibid.*, p. 666. Especificamente cuidando da relação entre o direito à moradia e outros direitos humanos e fundamentais, ver Pisarello (2003, p. 25 et seq.). Entre nós, ver Souza (2004, p. 198 et seq.), explorando a relação do direito à moradia com os direitos de personalidade.

²⁷ Tal como disposto no parágrafo 8º do Comentário-Geral nº 4 a respeito de um direito à moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. A síntese ora efetuada foi extraída do relatório elaborado por Sachar (1993, p. 17-18), à época relator da ONU para o direito à moradia. No âmbito da literatura especializada, confirma-se, ainda e de modo especial, Pisarello (2003, p. 81 et seq.), aprofundando a problemática do conteúdo normativo do direito à moradia também tendo em conta os parâmetros construídos no âmbito das relatorias especiais da ONU, bem como, mais recentemente, a relação de critérios apresentada por Tedeschi (2006, p. 216 et seq.), reproduzindo, em termos gerais, a listagem referida acima, mas com importantes comentários e acréscimos.

c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.

d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitação, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.

e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.

f) Localização que permita o acesso ao emprego, aos serviços de saúde, educação, e a outros serviços sociais essenciais.

g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

Tais diretrizes, que não são exaustivas e que também desafiam uma exegese adequada e contextualizada, desnudam de modo emblemático o que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos. Que a efetivação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma exegese afinada com as peculiaridades de cada país e de cada região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde se mora que é possível aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna), por sua vez, constitui premissa igualmente já destacada.

De outra parte, resulta evidente a conexão do direito à moradia (na sua dimensão compreensiva e complexa já indiciada) com o que já se tem designado de um direito à cidade, visto que, como bem averba Gerardo Pisarello, quando se abandona o âmbito restrito da unidade habitacional concreta, a vinculação da moradia com seu entorno e com o desenho urbanístico em geral é cogente²⁸. Tal premissa, por sua vez, inequivocamente inspirou o legislador brasileiro na elaboração da Lei nº 10.257/2001 (o assim designado *Estatuto*

²⁸ Cf. Pisarello (2003, p. 84 et seq.). Importa registrar que também no Brasil tem crescido o número dos que discutem a noção de um direito (humano e fundamental) à cidade, em especial no que diz respeito à concepção de uma “cidade sustentável”, o que apenas reforça a já apontada necessidade de ampliar os horizontes e inserir a questão do direito à moradia no contexto mais amplo e afinado com as exigências do conjunto dos direitos humanos e fundamentais, na perspectiva de um Estado Socioambiental de Direito. Dentre os diversos títulos que poderiam ser colacionados e que se inserem nessa perspectiva, destacamos aqui a recente coletânea de Prestes (2006).

da Cidade), que contempla todo um conjunto de princípios e diretrizes, além de prever uma série de instrumentos específicos, que não apenas objetivam a promoção e tutela da moradia das pessoas individualmente consideradas, mas busca avançar no que diz com uma inserção da moradia no espaço urbano como um todo, na perspectiva de um desenvolvimento sustentável²⁹.

Assim, já a partir do exposto e de modo especial considerando o conjunto de obrigações que têm sido vinculadas à tutela e promoção da moradia no plano internacional e nacional, verifica-se também que são múltiplas as formas pelas quais podem os Estados efetivar o direito à moradia, aspecto que guarda conexão com o próximo segmento e que voltará a ser objeto de menção. Portanto, como bem demonstra o elenco de diretrizes que concretizam o conteúdo do direito à moradia, também a este se aplica a noção de que se cuida de um direito fundamental com um todo, de cunho compreensivo, e que, como já de há muito demonstrou Robert Alexy³⁰, abrange um conjunto complexo e heterogêneo de posições (direitos e deveres) fundamentais, o que, por sua vez, guarda relação com a já consagrada lição de que o texto (dispositivo=enunciado semântico) não se confunde com a norma e nem esta, com os direitos (e deveres) que possa vir a atribuir³¹. Assim, sem que aqui se vá aprofundar esse aspecto, importa ter presente que também o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas, visto exercer simultaneamente a função de direito de defesa e de direito a prestações (de cunho normativo e/ou material), e que, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, sem que se pretenda aqui discutir se a eficácia nas relações entre particulares opera de forma exclusivamente indireta ou se há como aderir (como é o nosso caso e o da maioria

²⁹ Apenas em caráter exemplificativo, considerando já o expressivo número de publicações produzidas nos últimos anos, ver Alfonsin e Fernandes (2004).

³⁰ Cf. Alexy (1997, p. 240 et seq.).

³¹ Nesse sentido, ver novamente *ibid.*, p. 47 et seq. (especialmente p. 62 et seq.); entre nós, notadamente no que diz com a distinção entre texto e norma, vale lembrar o já clássico texto de Grau (1997, p. 164 et seq.), assim como a relevante contribuição de Streck (1999, p. 16), que, dialogando com autores como José Joaquim Gomes Canotilho, Friedrich Müller e outros, acabaram influenciando toda a evolução doutrinária brasileira subsequente.

da doutrina nacional e ao que parece do próprio Supremo Tribunal Federal) a uma eficácia em princípio direta³².

Muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação (seja em relação aos órgãos estatais, seja em relação a particulares), assim como das possíveis consequências jurídicas a serem extraídas a partir de cada manifestação do direito à moradia, o que importa, por ora e para efeitos deste estudo, é que ciente da dupla dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos assim designados direitos sociais), tal circunstância não altera o fato (e nem as consequências que disso se pode e se deve extrair!) de que na sua condição de direito (subjeto) de defesa o direito à moradia tem por objeto em primeira linha a sua não-afetação por parte do Estado, ao passo que na sua condição de direito a prestações, o direito à moradia terá por objeto a criação e a estruturação de órgãos, a edição de normas que estabeleçam procedimentos de tutela e promoção dos direitos, o fornecimento de bens e serviços ou outras ações comissivas³³.

É também nessa perspectiva que optamos por utilizar a expressão direito à moradia no seu sentido mais amplo possível, abarcando todo o conjunto de posições jurídicas e garantias que – mesmo que tenham alguma autonomia quando consideradas individualmente – são todas vinculadas à garantia (positiva e negativa) de uma moradia digna para a pessoa humana. É por essa razão que, mesmo que se possa sempre falar genericamente do direito à moradia, este abrange um conjunto de direitos de e à moradia (de tutela e promoção da moradia) ou de direitos habitacionais como também já tem sido referido, com o que não se está a excluir a existência de deveres

³² Sobre o tema, ver Sarlet (2000), em que se sustenta a tese de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas. Na sequência, limitando-nos aqui às monografias exclusivamente dedicadas ao tema, especialmente as teses de doutoramento de Sarmento (2003) e de Steinmetz (2004). Especificamente versando sobre a eficácia dos direitos sociais nas relações privadas (tema abordado também em algumas das monografias citadas), ver Sarlet (2007c). No âmbito jurisprudencial, refere-se aqui à paradigmática decisão proferida pelo STF no RE 2201818-RJ, com destaque para o voto do Ministro Gilmar Mendes. Refutando a posição majoritária em prol de uma eficácia direta (embora não absoluta) e sustentando uma eficácia indireta, ver, entre nós, a despeito de se tratar apenas de um tópico da obra, Dimoulis e Martins (2007, p. 108 et seq.).

³³ Desenvolvendo o tópico, ver especialmente Sarlet (2007b, p. 182 et seq.).

fundamentais (conexos e autônomos) em matéria de moradia, que, por sua vez, não se confundem com os assim chamados deveres de proteção (ou imperativos de tutela) que incumbem aos órgãos estatais.

Cientes, portanto, desta dupla dimensão positiva e negativa do direito à moradia e levando em conta os propósitos do presente trabalho, passamos a explorar um pouco mais a assim designada dimensão negativa, já que é nessa perspectiva que também se irá, na última parte, priorizar a análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da penhora do imóvel residencial do fiador, ainda que tal questão também guarde conexão com a dimensão positiva do direito à moradia e de outros direitos fundamentais. Aliás, justamente no caso da penhora é que se percebe claramente a conexão entre a dimensão negativa e positiva, visto que em primeira linha o que está em causa é se tanto o legislador (ao prever a possibilidade da penhora do imóvel do fiador) quanto o Supremo Tribunal Federal (ao decidir pela legitimidade constitucional da opção legislativa) desincumbiram-se do seu dever de tutela em relação ao direito à moradia e se o fiador que teve o imóvel penhorado possui um direito subjetivo (negativo) de impugnar com eficácia esta medida, por se tratar de uma ingerência constitucionalmente insustentável.

O DIREITO À MORADIA NA CONDIÇÃO DE DIREITO DE DEFESA: ALGUMAS POSSÍVEIS MANIFESTAÇÕES

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou do que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado assim como os particulares têm o dever jurídico de respeitar e de não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada também pela via judicial. É precisamente esta a dimensão – a função defensiva do direito à moradia – a que se referem as diretrizes internacionais supramencionadas, quando utilizam os termos “respeitar” e “proteger”,³⁴ embora a proteção também envolva

³⁴ Fica o registro de que o dever de proteção do Estado, para além da imposição de um dever de respeito e não-violação (dimensão negativa propriamente dita), abrange a

ações concretas (normativas e fáticas) de tutela da moradia contra ingerências oriundas do Estado ou de particulares, tudo a reforçar a nunca suficientemente lembrada conexão entre a dimensão negativa e a positiva dos direitos fundamentais.

Na sua condição de direito (subjetivo) negativo ou de defesa, também ao direito à moradia é aplicável, em termos gerais, a lição de Robert Alexy, especialmente quando demonstra que a dimensão negativa abrange: a) direitos ao não-impedimento de ações; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações (em suma, não-afetação de determinados bens jurídicos); c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas³⁵. Da mesma forma, assume destaque a assim designada proibição de retrocesso em matéria de concretização dos direitos sociais, que igualmente acaba sendo referida à dimensão negativa, não sendo o caso aqui de analisar se há ou não uma equivalência entre a proibição de retrocesso e as situações mencionadas por Alexy, especialmente quando se cuida de direitos à não-eliminação de posições jurídicas, em que também melhor se insere a figura do direito adquirido, apenas para citar um possível exemplo adicional³⁶.

Sem que se pretenda neste estudo explorar todas as possíveis facetas de cada uma dessas manifestações da dimensão ou função negativa, percebe-se, desde logo, que mesmo como direito de defesa (negativo) há todo um complexo, a ser levado em conta, de situações que não podem ser pura e simplesmente equiparadas. De outra parte, resulta evidente que a dimensão negativa (com as posições jurídico-fundamentais que lhe são inerentes) atua visivelmente como indispensável meio de tutela da própria dimensão positiva, pois de nada adiantará assegurar (positivamente) o acesso a uma moradia digna, se esta

necessidade de praticar atos concretos no sentido de alcançar uma proteção minimamente eficaz do direito à moradia, que, por sua vez, pode ocorrer pela edição de atos normativos ou mesmo outros atos concretos destinados a salvaguardar a moradia (direitos a prestações normativas e fáticas), aspecto este que será considerado logo a seguir e que diz com a dimensão prestacional (positiva).

³⁵ Cf. Alexy (1997, p. 186 et seq.).

³⁶ A respeito da proibição de retrocesso, ver especialmente Sarlet (2007b, p. 442 et seq.), assim como a recente monografia de Derbli (2007). No âmbito da doutrina estrangeira, ver, por último, a coletânea de Courtis (2006), com contribuições de vários autores sobre as experiências de diversos países e também a aplicação da proibição de retrocesso na esfera internacional.

moradia não estiver protegida (negativamente) contra ações do Estado e de terceiros.

Importa frisar, nesta quadra, que justamente aos direitos fundamentais considerados na sua dimensão negativa não se costuma refutar sua direta aplicabilidade e o correspondente reconhecimento de posições subjetivas, o que, como bem se sabe, não é exatamente incontroverso quando se trata da dimensão positiva. Tendo por objeto ações negativas (exigindo o respeito e a não-ingrência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental), não se verifica, em regra, a dependência direta (vale enfatizar este aspecto!) da realização desses direitos subjetivos negativos de prestações fáticas ou normativas por parte do sujeito passivo, o que, como já frisado, não afasta a dupla dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais. Com efeito, a posição subjetiva (direito subjetivo) negativa tem por objeto imediato a resistência a uma intervenção, portanto, uma exigência de não-intervenção, ao passo que o direito subjetivo positivo tem por objeto direto um exigência de atuação, de prestação fática ou normativa.

Nessa linha de entendimento, vale a pena consignar o ensinamento de Vieira de Andrade, para quem, em se cuidando de direitos, liberdades e garantias (direitos de defesa, em última análise, há que acrescentar) e em ocorrendo a falta ou insuficiência de lei,

o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui, incluídos o dever dos Juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.³⁷

Ainda que a dimensão negativa dos direitos fundamentais não exclua a existência de conceitos mais ou menos indeterminados – como é o caso justamente do direito à moradia –, nada impede (ainda mais em se levando a sério o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988) que tais conceitos não possam ter seu conteúdo definido pela via da intervenção judi-

³⁷ Cf. Vieira de Andrade (1987, p. 256-257).

cial, quando for o caso, não podendo sua aplicação ser pura e simplesmente colocada na dependência de uma intermediação pelo legislador.

Que todos os direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais) desencadeiam efeitos diretos e que não podem estar condicionados à prévia regulação legal, pelo menos no sentido de que geram para seu titular um direito subjetivo de cunho negativo, no sentido de situações prontamente desfrutáveis que são, em primeira linha, dependentes apenas de uma abstenção por parte do sujeito passivo, também entre nós já tem sido sustentado há muito³⁸. Sintetizando, podemos afirmar que, especialmente em se tratando de direitos de defesa (posições subjetivas negativas), a lei não se revela indispensável à fruição do direito, já que, de acordo com a concepção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, correspondem às situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto (como também refere Luís Roberto Barroso), uma abstenção por parte do destinatário da norma³⁹. Por outro lado, resulta evidente que, para além de uma posição jurídico-subjetiva (que, consoante já demonstrado, pode manifestar-se de formas diferenciadas), as normas constitucionais definidoras de direitos de defesa podem gerar uma série de outros efeitos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, efeitos que, de resto, são comuns a todas as normas de direitos fundamentais⁴⁰.

Que com o exposto não estamos a recusar uma eficácia plena e aplicabilidade direta aos direitos fundamentais na sua dimensão positiva (de direitos subjetivos a prestações) é bom fique registrado e apenas não será objeto de

³⁸ É o que, de há muito, advoga Barroso (2001, p. 106).

³⁹ Cf. Mello (1981).

⁴⁰ É nesse contexto, entre outros aspectos que poderiam ser citados, que a doutrina e jurisprudência germânicas passaram a reconhecer uma assim designada (e a terminologia não restou imune a críticas) eficácia irradiante dos direitos fundamentais, considerados também elementos integrantes de uma ordem de valores objetiva, sobre o restante do ordenamento jurídico. Para uma compreensão da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, ver, dentre outros, Hesse (1995, p. 133 et seq.). Entre nós, ver, a respeito da dimensão objetiva e seus desdobramentos, Sarlet (2007b, p. 167 et seq.), bem como Branco (2000, p. 152 et seq.), Sarmento (2002) e, mais recentemente, Dimoulis (2007, p. 116 et seq.).

desenvolvimento em virtude do enfoque do presente trabalho⁴¹. Por outro lado, dizer que o direito à moradia (em outras palavras, o conjunto de posições jurídicas que lhe são inerentes) é, no plano normativo, diretamente aplicável, não significa dizer, a exemplo dos demais direitos fundamentais, que o direito à moradia possa ser considerado (mesmo na sua dimensão negativa) um direito absoluto, no sentido de completamente imune a restrições⁴². Assim, apenas para mencionar um entre tantos exemplos que poderiam ser referidos, a desocupação de área de proteção ambiental, estribada, portanto, em outro valor constitucional fundamental, poderá levar à desocupação e afetar o direito à moradia não apenas de uma pessoa ou família, mas de uma coletividade inteira, sem que tais objetivos possam ser alcançados de modo arbitrário, de tal sorte a impor um sacrifício do direito à moradia dos atingidos pelas medidas, já que haverá de se assegurar uma realocação das pessoas e um acesso a uma moradia digna. É também por essa razão que a normativa internacional (de modo especial a Agenda Habitat) e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle impõem aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal, assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados⁴³.

Nas relações entre particulares, em que o direito à moradia, notadamente (mas não exclusivamente) na sua dimensão defensiva, também alcança eficácia e aplicabilidade, igualmente são comuns as situações de conflito entre o direito à moradia e outros bens fundamentais salvaguardados pela Constituição, destacando-se o direito de propriedade, como pode ocorrer precisa-

⁴¹ Sobre o problema da eficácia e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais em geral, mas explorando com detalhes a questão dos direitos a prestações como direitos subjetivos, remetemos a Sarlet (2007b, p. 268 et seq.).

⁴² Com efeito, o fato de estarmos diante de normas de eficácia plena, capazes de gerarem todos os seus efeitos, inclusive na esfera subjetiva, não afasta a potencial restringibilidade desses efeitos, notadamente no que diz com o exercício dos direitos subjetivos, de tal sorte que a possibilidade de sofrer restrições não se constitui, em absoluto, um “privilegio” das assim denominadas normas de eficácia contida, consagradas no direito pátrio pela obra de José Afonso da Silva.

⁴³ Cf. Craven (1995, p. 335 et seq.), consignando que o direito à moradia inclui o direito a não ser privado arbitrariamente da moradia.

mente numa ação movida pelo locador proprietário contra o inquilino. Justamente nessa perspectiva (embora a ressalva de que se trata também e mesmo em primeira linha de uma hipótese de vinculação do Estado) se enquadra, por exemplo, a discussão em torno da possibilidade (ou não) da penhora do imóvel que serve de moradia para o devedor e/ou sua família, que constitui justamente o tópico principal a ser enfrentado no próximo e último segmento.

A DISCUSSÃO DE ALGUNS EXEMPLOS, COM DESTAQUE PARA O PROBLEMA DA POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE PENHORA DO IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR

A despeito da evolução jurisprudencial precedente, que, especialmente a partir da inclusão do direito à moradia no artigo 6º da Constituição, passou a tutelar cada vez mais a moradia na condição de bem fundamental, notadamente nas hipóteses em que estava em causa a proteção da propriedade imobiliária utilizada para fins de moradia contra uma penhora (seja ampliando o âmbito de proteção do assim chamado bem de família, seja por aplicação direta do direito à moradia, hipótese, todavia, menos comum), o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 08 de fevereiro de 2006 (Recurso Extraordinário nº 407.688-8, relator Min. Cezar Peluso), acabou por considerar constitucionalmente legítima a penhora do imóvel residencial do fiador, tal qual autorizada pela legislação que excepcionou a regra geral da impenhorabilidade do bem de família (Art. 3º, inciso VII, da Lei Federal nº 8009/90, na versão que lhe deu a Lei Federal nº 8.245/91). Considerando que a penhora do imóvel residencial constitui uma possível forma de violação do direito à moradia (pois se cuida de uma afetação do bem constitucionalmente tutelado e, portanto, de uma restrição e não mera regulamentação), coloca-se a questão do acerto da posição atualmente vencedora no Supremo Tribunal Federal, especialmente no que diz com a penhora do imóvel residencial do fiador, inclusive pela sua relevância em relação às demais exceções estabelecidas pela legislação que têm sido objeto de maior ou menor dissídio doutrinário e jurisprudencial.

Embora não se pretenda adentrar todos os possíveis aspectos ventilados na decisão sobre a penhora do imóvel do fiador, alguns pontos chamam particularmente a atenção e reclamam uma avaliação crítica. Para tanto, faz-se necessária uma breve resenha dos principais argumentos colacionados tanto

no voto do relator, Ministro Cezar Peluso, quanto nos demais votos proferidos. Iniciando pelo que disse o ilustre relator na sua fundamentação, verifica-se que boa parte das premissas que sustentam as conclusões pode ser facilmente ratificada. Com efeito, após ter reconhecido que o direito à moradia é direito social e que constitui direito subjetivo que “compõe o espaço existencial da pessoa humana”, o relator, igualmente com acerto, averbou serem “várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia”. Mais adiante, na esteira da doutrina e dos parâmetros normativos supracitados, destaca o voto vencedor que o direito à moradia não se confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de bem imóvel, salientando, todavia (e nesse passo já principia o encaminhamento da conclusão), que o direito à moradia pode,

sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

Na seqüência, ao afirmar que a *ratio legis* da exceção legal à regra da impenhorabilidade reside justamente na garantia do acesso à moradia pela via da locação de imóveis, obstaculizada pela falta, insuficiência ou onerosidade de garantias contratuais lícitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel, o Ministro relator lança sua conclusão, no sentido de que a salvaguarda da exceção legal, por assegurar o acesso à moradia de uma classe ampla de pessoas interessadas na locação, há de prevalecer em face do dano menor resultante para os fiadores proprietários de um só imóvel, ainda mais não sendo estes obrigados a prestar fiança. Para finalizar, averba o relator que

castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

Em face do arcabouço argumentativo esgrimido no voto condutor da decisão, impõe-se uma série de considerações, parte delas ventilada no bojo dos outros votos proferidos, muito embora em boa parte sem maior desenvolvimento.

Desde logo, como bem lembrou o Ministro Eros Grau, autor de um dos três votos divergentes, é preciso considerar que a penhora recaiu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador, no caso, o imóvel que lhe serve de moradia, recordando, ainda, que a impenhorabilidade do imóvel residencial “instrumenta a proteção do indivíduo e de sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência”. Além disso, após enfatizar o vínculo entre a tutela do imóvel residencial e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, evoca simultânea violação do princípio isonômico, visto que o afiançado, que não pagou os alugueres, estaria beneficiado pela impenhorabilidade, ao passo que ao fiador estaria subtraído o benefício. Mais adiante, já no embate direto com o Ministro-Relator, refuta o caráter programático das normas constitucionais, afirmando o seu efeito vinculante, bem como afastando o argumento de que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações, já que políticas públicas deverão assegurar este mercado de modo apropriado.

Muito embora não se possa imputar ao Ministro-Relator ter outorgado ao direito à moradia a condição de norma programática e a despeito de ter aquele esclarecido que a intenção é justamente proteger os que não são proprietários, já que estes constituem uma minoria no Brasil, seguem em aberto algumas questões vinculadas à argumentação do Ministro Eros Grau que merecem reflexão mais detida.

A primeira diz respeito ao fato de que em se cuidando do único imóvel do fiador e servindo este de residência para ele e/ou sua família, em princípio, não se pode simplesmente admitir o sacrifício do direito fundamental (e, no caso, possivelmente até mesmo uma violação da própria dignidade da pessoa humana) por conta de uma alegação genérica e ainda por cima desacompanhada até mesmo de dados comprobatórios, de uma tutela do direito à moradia de um conjunto maior de pessoas. A dignidade da pessoa humana assim como o núcleo essencial dos direitos fundamentais de um modo geral não podem ser pura e simplesmente funcionalizados em prol do interesse público, mesmo que este seja compreendido como interesse socialmente relevante de uma comunidade de pessoas. Importa recordar, nesta quadra, que embora

legítimas, em determinadas circunstâncias, restrições a direitos fundamentais, estas devem respeitar os critérios da proporcionalidade e, acima de tudo, preservar o núcleo essencial do direito restringido. Aliás, é justamente no exame dos critérios da proporcionalidade que reside uma das lacunas da decisão ora comentada. Se aos órgãos estatais incumbe um permanente dever de proteção de todos os bens fundamentais e a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se, de qualquer modo, sempre a observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla acepção, pois está vedado ao Estado tanto intervir excessivamente na esfera de proteção de bens fundamentais quanto atuar de modo manifestamente insuficiente (ou, o que é pior, sequer atuar) na tutela do mesmo ou de outros bens fundamentais⁴⁴.

Mesmo que aqui não se vá adentrar nas possíveis distinções entre os institutos da proibição de excesso e de proteção insuficiente, importa pelo menos lançar algumas indagações em relação a essa perspectiva de abordagem do problema ora discutido. Assim, se de fato é plausível aceitar, a exemplo do que argumentou o Ministro-Relator, que a possibilidade da penhora do imóvel do fiador, por constituir garantia do contrato de locação, acaba também sendo um meio de assegurar o acesso à locação e, portanto, à moradia para quem não é proprietário, já no que diz com o critério da necessidade, as coisas não parecem tão simples, pois, em havendo outros meios disponíveis, a opção deveria recair no meio menos gravoso, considerado como tal o que menos restringe o direito fundamental colidente, no caso, o direito à moradia do fiador e de sua família, pois sequer se está aqui argumentando com a tutela da propriedade na sua dimensão meramente patrimonial. O argumento de que não existem outras garantias para o crédito em execução é evidentemente falho, visto que não foi examinada a possibilidade de se lançar mão de outros meios, como, por exemplo, a exigência de fiador proprietário de imóvel que não seja residencial ou mesmo a utilização do seguro fiança, que, se fosse mais difundido e submetido a controle rigoroso, poderia inclusive gerar a total

⁴⁴ A respeito dessa dupla perspectiva (proibição de excessos e de proteção insuficiente ou deficiente), ver, entre nós, especialmente Sarlet (2004) assim como Streck (2004b, p. 243 et seq.). Dentre a literatura estrangeira, notadamente no que diz com a aplicação da proibição de insuficiência e dos imperativos de tutela no âmbito do Direito Privado, ver o pioneiro e paradigmático Canaris (2003), tradução da edição alemã de 1999, em que o autor retoma e desenvolve seus estudos sobre o tema, que remontam já ao início dos anos 1980.

desnecessidade da utilização de garantias reais⁴⁵. A não-utilização das alternativas referidas (ou mesmo de outras, que, de resto, também incumbe ao Estado disponibilizar no âmbito dos seus deveres de proteção!) não significa que não estejam disponíveis e que, portanto, não possam ser levadas em conta. Assim, vista a questão sob esse viés, no mínimo haverá de se considerar a possibilidade de considerar, nas circunstâncias do caso, a penhora do imóvel residencial (único imóvel do fiador) como violação da proporcionalidade. De outra parte, mesmo superado o exame do critério da necessidade, haveria de se avaliar a violação da assim designada proporcionalidade em sentido estrito ou, para quem assim o preferir, a ingerência no núcleo essencial do direito fundamental, que, quando detectada, implica a manifesta inconstitucionalidade do ato. Sem que se vá aqui avançar mais nesse exame, inclusive para fins de análise do atendimento das exigências também da proibição de proteção deficiente, a crítica mais contundente que possivelmente poderá ser direcionada é que tais questões, a despeito de sua relevância (pois inequivocamente está em causa uma restrição de direito fundamental), não chegaram a ser minimamente desenvolvidas na decisão.

Seguindo já outra linha de raciocínio, tanto o Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (este alegando que se poderia estar até mesmo chancelando a incapacidade civil do fiador!), enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente afiançou, portanto, no pleno exercício da sua autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais. A própria alienação voluntária da integralidade do patrimônio, em havendo herdeiros necessários ou eventualmente outros interesses a serem tutelados, encontra limites em determinadas circunstâncias, sendo, de resto, no mínimo parcialmente equivocada a apontada identidade entre a venda e a prestação

⁴⁵ Ver também as referências de Aina (2004, p. 127 et seq.), embora a necessidade de maior desenvolvimento do assunto.

de fiança⁴⁶, tal como afirmou o Ministro Cezar Peluso ao intervir no voto do Ministro Carlos Britto, que justamente invocou a indisponibilidade do direito à moradia. Se de fato é correta a tese, de resto sufragada por expressiva doutrina e inclusive acatada pelo voto do Relator, de que a moradia constitui um existencial humano, sendo, pelo menos naquilo em que revela uma conexão com a dignidade da pessoa humana, um direito de personalidade, não se pode deixar de reconhecer também a existência de um dever de proteção da pessoa contra si mesma, pelo menos no âmbito em que prevalece a indisponibilidade do direito, o que ocorre justamente no plano da sua dimensão existencial⁴⁷.

Da mesma forma, se em princípio se poderá afastar a existência de coação, também é correto que em muitas hipóteses resulta praticamente inexigível a negativa da prestação da fiança, especialmente nos casos de garantias prestadas por familiares próximos. Embora as hipóteses não sejam idênticas, a referência à difundida decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha⁴⁸, que versava justamente sobre a liberação da responsabilidade por parte da filha (na fase da execução) que havia “espontaneamente” afiançado um contrato de mútuo bancário do pai, não nos parece impertinente. De outra parte, resulta evidente que a invocação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial como fundamento para impedir a penhora do imóvel residencial deve ser aferida cuidadosamente à luz das circunstâncias do caso concreto, evitando-se uma utilização meramente retórica do argumento da dignidade e afastando-se a sua banalização, inclusive para que se evite uma equiparação

⁴⁶ No mínimo, há que levar em conta que a venda do patrimônio resulta em benefício patrimonial para o próprio vendedor (alienante) e que tal situação não pode ser pura e simplesmente equiparada à dação em garantia que poderá resultar na expropriação do imóvel!

⁴⁷ A respeito do tópico, ver Sarlet (2007a, p.115 et seq.). Sobre as possibilidades e limites das renúncias em matéria de direitos fundamentais, no âmbito da literatura em língua portuguesa, ver especialmente Novais (1996). Cuidando da temática na perspectiva dos direitos de personalidade, ver, dentre outros, Mota Pinto (2000). Entre nós, ver, por exemplo, Mello (2006, p. 92 et seq.).

⁴⁸ Cf. BVerfGE, v. 89, p. 214 et seq., em que prevaleceu justamente a tese de que a autonomia privada não pode ser entendida apenas num sentido formal, de tal sorte que, em determinadas circunstâncias, a pessoa pode e deve ser tutelada em face de disposições contratuais que lhe são desvantajosas.

entre a tutela da propriedade na sua dimensão eminentemente patrimonial e na sua dimensão existencial ⁴⁹.

Mesmo que seja, para efeitos de argumentação, possível aceitar o argumento de que, em princípio, houve livre (e informada?!) concordância com a disposição do imóvel residencial dado em garantia, também aqui não houve maior consideração das circunstâncias do caso concreto, pelo menos para investigar o efetivo caráter existencial da moradia ou mesmo a existência de alternativas viáveis de acesso a uma moradia decente para o fiador e sua família (por exemplo, pelo menos um trabalho com certa estabilidade e com remuneração compatível com o aluguel de uma moradia adequada), já que, convém sempre reiterar este aspecto, o direito à moradia não se confunde necessariamente com o direito de propriedade, o que não significa que este (ainda que não comprovada uma violação do direito à moradia) não possa merecer tutela jusfundamental autônoma, a depender da hipótese. O que importa nesta quadra é que não tendo sido efetuada uma avaliação mais detida do caso (para discutir os limites da renúncia), e em se tratando do único imóvel do fiador e sendo este utilizado para fins residenciais, haveria, por certo, de prevalecer pelo menos uma presunção (ainda que relativa) em favor da indisponibilidade e, portanto, também em prol da impenhorabilidade, no sentido de uma vedação *prima facie* da penhora.

Às ponderações tecidas, soma-se o argumento – também ventilado na decisão do STF (especialmente no voto do Ministro Celso de Mello) ora comentada – de que a possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador o coloca numa situação de desvantagem em face do devedor principal (locatário), pois este, caso titular de um bem de família, não poderia ter seu imóvel penhorado, visto que não abrangido pelas exceções à regra geral da impenhorabilidade estabelecida pela Lei n° 8.009/90, de tal sorte que verificada também uma ofensa ao princípio isonômico, tal como, aliás, já vinha sendo sustentado por alguma jurisprudência e doutrina ⁵⁰. Nesse sentido, aliás, já se posicionara o Ministro Carlos Velloso, relator de decisão anterior contrária à penhora, ⁵¹ cuidando-se, portanto, de mais um aspecto a ser cuidadosamente

⁴⁹ Nesse sentido, referindo-se precisamente ao caso da penhora do imóvel residencial, as ponderações de Andrade (2006, p. 106 et seq.).

⁵⁰ Nesse sentido, ver Aina (2004, p. 126).

⁵¹ Ver RE n° 352.940-SP.

ponderado. Com efeito, embora as hipóteses não sejam idênticas (devedor e fiador), um tratamento distinto, ainda mais levando em conta as consequências da penhora, reclama justificação racional e razoável. Por outro lado, mesmo que se possa partir da premissa de que não sendo idênticas as hipóteses, legítima, em princípio, a distinção no tratamento (é possível, por exemplo, alegar que o fiador, ciente da exceção legal, livremente deu o imóvel em garantia), a superação do argumento fundado na violação do princípio da isonomia não afasta a necessária discussão em torno da violação direta e autônoma do direito à moradia do fiador ou mesmo da violação de sua dignidade da pessoa humana.

Ainda no que diz com a legitimidade da penhora do único imóvel residencial, embora as razões não sejam exatamente idênticas, visto haver outras variáveis a ponderar, assume relevo a discussão em torno da legitimidade constitucional das demais exceções previstas no artigo 3º (incisos I a VI) da Lei nº 8009/90. Como bem apontou o Ministro Gilmar Mendes, “cada uma dessas exceções contém uma valoração, uma ponderação realizada pelo legislador”, colocando-se a questão se em relação à opção legislativa efetuada em cada uma das hipóteses podem ser aplicadas as ponderações ora tecidas no que diz com a penhora do imóvel do fiador. Embora não seja o nosso intento adentrar a discussão de cada um dos casos, certo é que não se poderá, em face do demonstrado conteúdo existencial da propriedade sujeita à constrição e alienação forçada, pura e simplesmente cancelar uma presunção absoluta em favor da legitimidade constitucional da opção legislativa, já que esta – notadamente quando resultar em restrição de direito fundamental – há de ser testada à luz de cada hipótese e das circunstâncias do caso ao qual se refere.

Registre-se, nesta quadra, que a blindagem (absoluta ou relativa) contra uma penhora ou outra forma de constrição que resulte em expropriação do imóvel residencial constitui apenas uma das modalidades de tutela da moradia, no caso, da propriedade que serve à moradia. Com efeito, ainda que se possa admitir – em alguns casos e bem sopesadas as circunstâncias – a legitimidade da penhora e da conseqüente alienação forçada, isto não significa que não se deva ainda assim lançar mão de outra forma de proteção da moradia, por exemplo, suspendendo-se a execução até que tenha sido assegurada a colocação do devedor (ou fiador) em outro local, compatível com as exigências mínimas estabelecidas pelos parâmetros internacionais anteriormente referidos. Não se deve olvidar que propriedade e moradia não se confundem

necessariamente e que também a moradia fundada em posse aparentemente obtida sem justo título (e aqui não se poderá discutir o que significa justo título) pode resultar em posições jusfundamentais que exigem tutela e promoção. Que tal linha de raciocínio se aplica também a outras hipóteses em que esteja em causa a tutela da moradia, resulta evidente e não poderia pura e simplesmente ser desconsiderado.

Justamente nessa perspectiva assume relevo a discussão da proteção da moradia (mesmo que não vinculada a um título de propriedade) contra despejos e desapossamentos arbitrários, igualmente objeto de acirrado debate doutrinário e jurisprudencial, além dos inúmeros projetos legislativos versando sobre o tema. Aqui se verifica que está em causa uma confluência da dimensão positiva e da dimensão negativa do direito à moradia, visto que é em primeira linha o Estado o principal responsável (no âmbito dos seus deveres de tutela) de editar um conjunto de atos normativos e outras medidas eficientes que possam resultar em efetiva proteção da moradia, contra ingerências tanto por parte do próprio Estado quanto por parte de particulares. Assim, para ilustrar algumas questões polêmicas e relevantes nessa seara, seguem alguns exemplos que, embora não possam ser individualmente discutidos de modo pormenorizado, somam-se às considerações precedentes.

Na esfera jurisprudencial, vale colacionar decisão proferida pela 2ª Câmara Cível do TJRS na Apelação Cível nº 7000757571813, relatada pelo Des. Roque Volkweiss (27.09.2006), no bojo de demanda em que, embora reconhecida a irregularidade da edificação promovida pelo requerido em ação demolitória, a execução da demolição (que foi reconhecida como necessária) somente poderia ocorrer se o município, na condição de autor da demanda, garantisse às famílias ali residentes a colocação em outro local, assegurando-lhes moradia digna na mesma localidade. Dentre os argumentos manejados pelos julgadores, assume relevo a alegação de que houve também uma violação dos requisitos da proporcionalidade, notadamente por afetação do núcleo essencial do direito à moradia, especialmente em função de sua vinculação com a própria dignidade da pessoa humana. Embora não isolada, tal decisão certamente não corresponde à prática majoritária, mas guarda sintonia com os objetivos estipulados pela agenda internacional dos direitos humanos na seara da moradia, que reclama um determinado nível de segurança na posse e o acesso a meios alternativos de assegurar uma moradia digna, preocupação também presente em diversas propostas legislativas em trâmite atualmente

no Brasil e que constitui elemento nuclear do direito à moradia como direito fundamental.

Nesse sentido, destacam-se os estudos sobre eventuais alterações na legislação processual vigente, que, no campo da proteção da posse socialmente útil e da moradia, encontra-se em flagrante descompasso, ainda mais considerando a evolução normativa na esfera internacional, a Constituição Federal de 1988 e até mesmo o Código Civil de 2002. Nesse sentido, dentre outras propostas apresentadas, refere-se aqui a sugestão da ouvidoria agrária no sentido de condicionar a concessão de mandado de reintegração de posse à prova do cumprimento da função social do imóvel rural ou urbano no caso de litígios coletivos (inclusão desse requisito no inciso IV do artigo 927 do Código de Processo Civil) ou a necessária intervenção do Ministério Público e intimação da Defensoria Pública nos litígios coletivos sobre imóveis rurais e urbanos (§ 2º do artigo 928 do Código de Processo Civil). Da mesma forma, como, aliás, vem sendo discutido há muito tempo, necessários ajustes legislativos na seara da proteção da moradia nas ações de despejo residencial, especialmente para o efeito de limitar de algum modo a própria possibilidade da propositura da demanda, mas especialmente no que diz com a execução do mandado de despejo compulsório⁵².

Seguindo com a referência a alguns exemplos extraídos da jurisprudência, constata-se a existência tanto de avanços quanto de retrocessos. Assim, se é correta a exigência da prova segura de que o imóvel efetivamente serve de moradia à entidade familiar, não bastando a mera alegação como matéria de defesa⁵³, é de se refutar o entendimento de que, uma vez confessado o inadimplemento dos locativos, pobreza e direito à moradia não são argumentos idôneos a justificarem uma modificação da sentença de procedência de ação de despejo⁵⁴. Com efeito, neste último caso, embora se possa até admitir

⁵² Sobre o tema, convém consultar as diversas propostas disponibilizadas e discutidas pelo Cohre (Centre of Housing Rights and Evictions), com representação bastante ativa no Brasil.

⁵³ Cf., por exemplo, a decisão prolatada na Apelação Cível nº 70012124871, julgada pela nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (24.08.2005), relatadora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi.

⁵⁴ Nesse sentido, ver decisão na Apelação Cível nº 70005724158, julgada pela segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (18.03.2003), relatada pela Juíza Cláudia Maria Hardt.

a procedência da ação, a depender das circunstâncias (embora não se possa concordar com a ausência de idoneidade dos argumentos fundados na pobreza e no direito à moradia), no mínimo deveria haver uma preocupação com a execução da sentença e a eventual garantia de uma moradia alternativa para a pessoa ou família despejada, tal como ocorreu no exemplo supramencionado. Igualmente desconsiderando as exigências de tutela vinculadas ao direito à moradia como direito fundamental e, o que é ainda mais preocupante, afirmando a sua dimensão eminentemente programática, registram-se decisões que, além de atribuírem às exceções legais a regra da impenhorabilidade do bem de família natureza processual (sob o argumento de que apenas se aplica em demanda judicial), considerando-as aplicáveis aos contratos de locação prorrogados por prazo indeterminado, sustentam que mesmo a previsão constitucional expressa do direito à moradia não enseja o afastamento da previsão legal⁵⁵.

Que a atribuição de caráter meramente programático ao direito à moradia, refutando até mesmo uma eficácia negativa da norma constitucional, representa um flagrante retrocesso em relação ao entendimento atualmente majoritário de que qualquer norma constitucional (mesmo quanto de cunho programático) é apta a gerar efeitos diretamente aplicáveis, dentre os quais o efeito negativo de impedir atos que lhe sejam manifestamente contrários. Aliás, convém frisar que nem o Supremo Tribunal Federal (do que dá conta o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso), mesmo chancelando a legitimidade constitucional da penhora, o fez invocando o caráter programático do direito à moradia, visto que a sua condição de direito fundamental e direito subjetivo

⁵⁵ Este o caso, por exemplo, da decisão na Apelação Cível nº 70017188434, julgada pela 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (14.02.2007), relatada pelo Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos, em que, de resto, houve adesão à orientação do Supremo Tribunal Federal, no que diz com a legitimidade constitucional da penhora do imóvel residencial do fiador. Da mesma Câmara Cível, aliás, colaciona-se outra decisão que, além de afirmar o caráter programático do direito à moradia, nega-lhe a condição de direito individual (direito subjetivo), afastando inclusive a sua condição de direito subjetivo negativo, como se a moradia não correspondesse a uma necessidade concreta da pessoa individualmente considerada e a dignidade da pessoa humana não implicasse em direitos subjetivos individuais (ver Apelação Cível nº 70017624842, julgada em 14.02.2007, igualmente relatada pelo Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos).

foi sempre ressalvada, e a decisão, como já demonstrado, não se pautou por esta linha argumentativa, mas em função especialmente da necessidade (já questionada) de tutela da moradia em um contexto mais amplo e da livre disposição do imóvel por parte do fiador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que se possa avançar na discussão e avaliar outros argumentos, tenham sido, ou não, ventilados na decisão do Supremo Tribunal Federal e demais decisões referidas e comentadas, já é possível perceber o quanto uma solução constitucionalmente adequada em termos de tutela do direito à moradia, não só, mas especialmente nos casos de penhora do imóvel residencial do devedor ou fiador, reclama maior investimento argumentativo. Da mesma forma, verifica-se que se está apenas diante de mais uma dentre tantas questões decididas pelos Tribunais Superiores em que resta escancarado o quão falaciosa (ou, pelo menos, artificial) é a distinção entre matéria de fato e matéria de Direito. Além disso, a desconsideração de importantes dimensões do caso concreto aponta para a possibilidade de equívocos significativos no processo decisório e, o que é pior, de um resultado que pode implicar flagrante violação de princípios fundamentais e do próprio núcleo essencial de direito fundamental, somente evitáveis mediante uma exegese simultaneamente tópica e sistemática, como necessariamente há de ser toda a interpretação⁵⁶.

A situação, todavia, acaba sendo ainda mais grave se à decisão do Supremo Tribunal Federal em favor da legitimidade constitucional da penhora do único imóvel residencial for outorgada eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mormente se impeditiva pelo menos de uma divergência justificável à luz das circunstâncias do caso concreto, sem que se possa aqui adentrar a discussão em torno da legitimidade constitucional do efeito vinculante em decisões que sequer respeitam a maioria qualificada de votos exigida para a edição de uma súmula vinculante, sob o equivocado pretexto de uma mutação constitucional. Tão fundado é o receio, que já se verifica uma tendência, mesmo por parte de órgãos judicantes que antes consideravam inconstitucional a exceção legal permissiva da penhora, de, sem qualquer reflexão adicional (se-

⁵⁶ Sobre o tema, ver as indispensáveis lições de Freitas (2004) bem como de Pasqualini (1999).

quer para justificar minimamente as razões da alteração de seu convencimento e mesmo sem qualquer olhar para as circunstâncias do caso concreto), pura e simplesmente alterarem o seu posicionamento, afinando-o com a orientação ora imprimida pelo Supremo Tribunal Federal.

Importa enfatizar, nesta quadra, que não se trata aqui de fazer coro com os que pregam uma espécie de resistência teimosa e irrefletida às decisões do Supremo Tribunal Federal ou mesmo do Superior Tribunal de Justiça, pois a crítica que aqui se formula também abarca decisões que, igualmente sem maior reflexão e conexão com as circunstâncias do caso concreto (e da dignidade concreta das pessoas às quais dizem respeito os casos!), em várias hipóteses transformaram o discurso legítimo em prol do direito à moradia em instrumento de tutela de propriedades de luxo, como se propriedade e moradia fossem direitos idênticos e como se fossem direitos absolutamente blindados a qualquer limite ou restrição.

O que se buscou problematizar neste ensaio foi justamente a necessidade de se exercer uma resistência em relação a soluções simplistas e generalizadas, e que a busca da melhor resposta implica avaliação criteriosa não apenas de algumas questões de ordem normativa e formal e não se coaduna com argumentos fixados de modo prévio e absoluto. O que se espera é que o Supremo Tribunal Federal, assim como já o fez em matéria de saúde e até mesmo em relação a possíveis temperamentos do efeito vinculante na hipótese da vedação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, siga de portas abertas, se não para uma reformulação radical do seu entendimento expresso pelo voto da maioria dos seus Ministros, pelo menos para uma possível flexibilização à luz das circunstâncias do caso concreto, pena de, no limite, acabar cancelando situações de extrema injustiça, postura que também se espera seja adotada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, pela doutrina e também pelo legislador, na busca de parâmetros normativos constitucionalmente adequados e afinados com os deveres de proteção dos direitos fundamentais.

Tendo em conta todo o exposto e a despeito das críticas que se podem endereçar ao julgado do STF sobre a penhorabilidade do único imóvel residencial do fiador, parece correto afirmar que transcorridos 20 anos da promulgação da nossa CF, as questões que envolvem a garantia de uma moradia digna passaram a ser cada vez mais discutidas na doutrina e na jurisprudência, isto sem falar em alguns desenvolvimentos importantes na esfera legislativa, como dá conta o assim designado Estatuto da Cidade, que, embora ainda distante

de ser considerado na extensão desejável, igualmente tem sido fator propulsor para um conjunto de medidas da mais diversa natureza e que, no seu conjunto, permite que se adote uma postura mais otimista em relação ao futuro do direito à moradia no Brasil.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Fiador e o Direito à Moradia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. (Org.). *Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade. Diretrizes, Instrumentos e Processos de Gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos e fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CATONNI, Marcelo. (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COURTIS, Christian. (Comp.). *Ni Un Paso Atrás. La Prohibición de Regresividad en Materia de Derechos Sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

CRAVEN, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – A Perspective on its Development*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito à Moradia. *Revista de Informação Legislativa*, 127:49, 1995.

DELPÉRÉE, Francis. O Direito à Dignidade Humana. In: BARROS, Sérgio R.; ZILVETI, Fernando A. (Coord.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do Espaço Privado à Função Social. *Revista de Direito da Universidade de Santa Catarina*, n. 11, p. 33-46, 1999.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo Imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991. v. 7.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

HÖFLING, Wolfram. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz. In: SACHS, Michael. (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C. H. Beck, 1996.

INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & Efetividade do Processo. Contratos do Sistema Financeiro de Habitação*. Curitiba: Juruá, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia. *Revista de Direito Alternativo*, 1993.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (Protecção) da Saúde. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. (Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29. ed. München: C. H. Beck, 1994.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. Direitos Prestacionais, Concepções de Direitos Fundamentais e Modelos de Estado. In: MELLO, Celso D. de; TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 7.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, 1981.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MODERNE, Frank. La Dignité de la Personne Comme Principe Constitutionnel dans les Constitutions Portugaise et Française. In: MIRANDA, Jorge. (Org.).

Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.

MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-84.

NETO SOUZA, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Direito Administrativo*, n. 219, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. (Org.). *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I, p. 263-335.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico – Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PAVIA, Marie-Luce. Le Principe de Dignité de la Personne Humaine: um Nouveau Principe Constitutionnel. In: CABRILLAC, Rémy; ROCHE-FRISON, Marie-Aenne; REVET, Thierry. *Droits et Libertés Fondamenteaux*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria, 2003.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. (Org.). *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito Constitucional em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997.

SACHAR, Rajindar. *The Right to Adequate Housing: The Realization of Economic, Social and Cultural Rights*. Relatório apresentado para o Comitê

de Direitos Humanos da ONU, 1993. Disponível em: <<http://www.undp.org/um/habitat/rights/s2-93-15.html>> .

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____. (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 107-163.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. In: MELLO, Celso D. de; TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4, p. 137-193.

_____. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

_____. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007c.

SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In: MELLO, Celso Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. IV, p. 63-102.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à Moradia e de Habitação. Análise Comparativa e Suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos de Personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004a.

_____. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 2, 2004b.

_____. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEDESCHI, Sebastián. El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. t. II, v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 20-49, 1989.

_____. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: _____. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O Direito à Moradia. *Revista de Direito Privado*, abr./jun. 2000.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

RESUMO

O texto analisa o direito à moradia na sua condição de direito fundamental

ABSTRACT

This text analyzes housing rights in their condition as fundamental rights

na ordem jurídica brasileira, buscando delimitar os principais aspectos do seu regime jurídico-constitucional, para, mais adiante, estudar com maior profundidade a sua eficácia e possível efetividade como direito de defesa, ou seja, como direito subjetivo negativo, especialmente com base no exame da atuação do Poder Judiciário, com destaque para a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: eficácia e efetividade, direito à moradia, direito subjetivo negativo, direito de defesa, direito fundamental.

in the Brazilian judicial order, by pursuing to set limits on the main aspects of its judicial-constitutional regime, in order to, further on, analyze its efficacy and possibly its effectiveness more profoundly as a right of defense. In other words, analyze housing rights as a negative subjective right, especially if basing it on the examination of Judicial Power performance, focusing on recent jurisprudence of the Federal Supreme Court.

Keywords: efficacy and effectiveness, housing rights, negative subjective rights, right of defense, fundamental rights.

Ingo Wolfgang Sarlet é Doutor em Direito, Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Professor da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha), Professor de Direito Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais da Escola Superior da Magistratura (Ajuris), e Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

Uma reforma muito além do Judiciário*

Joaquim Falcão

INTERESSE NACIONAL

Poucas instituições nacionais mudaram tanto nestes primeiros 20 anos da Constituição de 1988 quanto o Poder Judiciário. Os indicadores são palpáveis. Primeiro, reconquistou, exerceu e consolidou a independência política perdida no regime militar. Sem ela, como a secular experiência nacional – e internacional também – demonstra, inexistem Estado de Direito e democracia. A independência se concentra no Supremo Tribunal Federal e tem tido nele seu maior símbolo.

Nos dois mandatos do atual presidente da República, sete novos ministros ingressaram no STF. Não se concretizou, porém, o receio – como, de resto, parece querer se concretizar agora nos Estados Unidos – de que, diante das

* Agradeço a Marcelo Lennertz, que comandou a pesquisa e revisão deste artigo. Não poderia deixar de expressar, também, minha gratidão às colaborações, críticas e sugestões de Pablo Cerdeira, Fernando Penteado e dos pesquisadores Antônio José M. Porto, Daniela Barcellos, Leslie Ferraz, Paula Almeida e Rômulo Sampaio.

novas nomeações, o Supremo tendesse a uma “partidarização” política. Não nos tem faltado Supremo “apartidário”.

Segundo, o debate sobre a reforma da administração da Justiça extrapolou o círculo restrito dos especialistas em Direito processual, dos desarticulados interesses dos usuários da Justiça e dos articulados interesses corporativos dos profissionais e de alguns setores econômicos. A evidência de que, numa democracia, o Poder Judiciário detém a palavra final no cotidiano das instituições, empresas, comunidades e cidadãos, despertou e mobilizou a opinião pública. Os dados são eloqüentes. A experiência judicial atinge a cada dia um número maior de brasileiros. Kazuo Watanabe lembra, por exemplo, que no ano de 2004, enquanto a população de São Paulo cresceu 1,14%, o número de processos cresceu 12,49%. Ou seja, mais de dez vezes. Mais ainda. Para cada grupo de 10 habitantes já existem três processos. A reforma da administração da Justiça é, hoje, tarefa prioritária de interesse nacional, tanto quanto – talvez até mais – as reformas fiscal ou trabalhista.

A consequência da crescente massificação da experiência judicial foram as crescentes atenção e pressão da mídia em favor da reforma. De, quase sempre amarga, experiência dos cidadãos para prioridade na agenda nacional e, daí, para prioridade na pauta das redações. E vice-versa. Por isto assistimos, nestes 20 anos, à intensa mudança nas relações entre o Judiciário e os meios de comunicação. Mudança decisiva para a expressão do interesse nacional.

Terceiro, o Poder Judiciário, de parceria com o Congresso, iniciou intensa reforma institucional interna. Dois exemplos apenas. Paralelamente à consolidação democrática, a Justiça eleitoral surgiu como das melhores do mundo. Ainda que restem problemas não solucionados, partilhados por importantes países, como o difícil controle do financiamento eleitoral, trata-se de Justiça pioneiramente informatizada, crível, realmente de âmbito nacional, não corrupta, capaz de assegurar legitimidade e estabilidade a eleitores e eleitos. Capaz, inclusive, de ousar ocupar o vácuo legislativo, fruto de paralisia congressual diante de propostas de mudanças no sistema eleitoral de que o país carece.

Em matéria eleitoral, nosso déficit está mais nas hesitações do legislativo em forjar um novo regime partidário e eleitoral do que na eficiência e independência judicial.

Outro exemplo é a criação de inédito órgão de fiscalização, controle e planejamento de magistrados e tribunais: o Conselho Nacional de Justiça. Já

implantado e com bom acervo de decisões que modernizam a infra-estrutura ética e gerencial do Judiciário. Tais como: término do nepotismo; estabelecimento de tetos salariais para magistrados e eliminação dos adicionais (ainda que não de todo domados); informatização do processo judicial por meio de *software* livre; criação de estatísticas judiciais nacionais, inclusive da corregedoria, sem as quais políticas judiciais realistas não podem ser feitas; e muito mais. Mas falta muito. Pelo mandato que recebeu do Congresso e da sociedade, faltam, ainda, mais decisivo combate à corrupção e à lentidão, e a ampliação do acesso à Justiça às classes e comunidades mais carentes.

A questão que então se apresenta é: estando em curso esses processos de independência política e reforma administrativa, como prosseguir? A resposta é óbvia. Trata-se, antes de tudo, de consolidar e aprofundar essas conquistas iniciais. Não estou certo, porém, que se consolidem por si só.

Como na vida pessoal, a vigilância sobre os objetivos que traçamos para nós mesmos deve ser permanente. Receio retrocessos se não transformarmos o ideal de amplo acesso a uma Justiça ágil em agenda e vontade política nacional permanentes. E se não traduzirmos essa vontade em inovação institucional e realização efetiva. Não há que esconder. O atual modelo se sustenta por meio de uma, às vezes articulada, às vezes simplesmente caótica, teia de interesses setoriais *intra* e *extra* Judiciário. Teia de interesses e antigüidades que retira da ineficiência operacional e da exclusão do acesso à Justiça seu pão e sua água. Sua vida ou sobrevida. Como desfazê-la?

Paulo Daflon Barrozo diz que interesses nacionais que não se concretizam se transformam em ilusões nacionais. Iludem e paralisam mais do que estimulam e mobilizam. O risco é este.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DÉFICIT PÚBLICO

Este texto chama a atenção sobre uma hipótese que, latente, começa a ficar evidente. Trata-se de “hipótese-diagnóstico” quase óbvia, mas que não tem recebido a devida relevância na mídia, nem entre as lideranças dos próprios magistrados, que seriam seus principais beneficiados. Nem nas universidades, nem no Congresso Nacional. Nem estimulou a imaginação institucional inovadora, sem a qual não se transforma, diria Bernard-Henry Levy em sua obra *American Vertigo*, a permanente censura – no caso, a magistrados e tribunais – em permanente proposta de todos.

O interesse nacional não vive apenas na excelência da crítica, por mais justa e precisa que seja. Assim como o paciente não sobrevive apenas de diagnósticos. A repetição exaustiva da crítica não é capaz de, por si só, substituir a realidade existente, diria Carlos Alberto Direito, Ministro do Supremo.

A consolidação e o aprofundamento das conquistas não ocorrerão sem que se crie um consenso fundamentado em um entendimento básico, a saber: a reforma do Judiciário é “multitarefa” de muitos atores e diferentes responsabilidades. Em outras palavras, a solidão, às vezes acuada, outras, agressiva, do Poder Judiciário nem é um entendimento correto da crise nem é do interesse nacional.

A responsabilidade pelo atual modelo é tanto do Judiciário, como, ao mesmo tempo, do Congresso e do Poder Executivo, das entidades representativas das empresas e dos trabalhadores, dos profissionais jurídicos, das universidades, das associações da sociedade civil, sobretudo dos usuários da Justiça.

Ou seja, a reforma da administração da Justiça não é questão exclusivamente interna ao Poder Judiciário. Mas referente ao conjunto dos interesses e relações sociais políticas, econômicas e culturais que, a partir daí, se formam e se entrelaçam, se legalizam e se institucionalizam. Na reinvenção desse entrelaçar, se escondem os novos e mais amplos limites e possibilidades do sistema judicial na democracia.

Se o foco da mudança for apenas um aperfeiçoar, conservar, reformar ou mesmo revolucionar o Poder Judiciário (leitor, escolha sua alternativa), ela será sempre insuficiente. Há que mudar, também, a natureza e a forma de suas relações com a sociedade, os profissionais jurídicos, os demais Poderes da República.

A “multilateralidade” da tarefa, poderia dizer Rubem Barbosa, é evidente. Basta perguntarmos: Até que ponto o excesso de recursos, que provoca a lentidão das sentenças, responde à demanda corporativa dos advogados? Até que ponto a interpretação judicial de primeira instância – para muitos, excessivamente ativista – é consequência de um déficit de representação político-democrática das leis ou, como diria, numa feliz síntese, Henrique Fábio Pierre, consequência de uma confusão entre “Estado de Direito” e “Estado de normas”? Entre *Rule of Law* e *Rule of Laws*? Até que ponto a lentidão processual é manipulada pela inevitável análise econômica de custo e benefício de interesse dos litigantes? Até que ponto o acesso à Justiça – excesso e exclusão –

apenas reflete a desigual distribuição de renda nacional? Até que ponto a estruturação processual, administrativa e financeira dos tribunais subsidia e encobre uma ineficiência administrativa e financeira do Poder Executivo?

As respostas a essas questões transformam os tribunais e magistrados, de protagonistas únicos e autônomos, de responsáveis exclusivos, em arenas interdependentes e abertas a múltiplos interesses “extra-Judiciário”. O foco de uma nova estratégia de reforma devem ser os anéis, poderia dizer Fernando Henrique Cardoso, ou seja, as alianças intra e extra Judiciário. Debitar as dificuldades da administração da Justiça à exclusiva culpa e responsabilidade de tribunais e magistrados não consolida as iniciais conquistas. Fácil perceber.

De uma perspectiva econômica, o acesso à Justiça e a agilidade dos processos judiciais são variáveis consideradas pelos agentes como “custos transacionais endógenos ao Poder Judiciário”, como lembra Antonio José Maristrello Porto. São custos atribuídos ao Poder Judiciário que afetam diretamente os incentivos para as trocas entre os agentes. Trocas que buscam maximizar a riqueza na sociedade. À medida que a percepção dos agentes é negativamente afetada pelos altos custos transacionais associados, hoje, ao Judiciário brasileiro, ocorre uma diminuição dos incentivos para a realização de trocas, o que prejudica a sociedade e o mercado como um todo. No entanto, reconhecer a existência de “custos transacionais endógenos” não significa dizer que a redução de tais custos independe de fatores externos ao Poder Judiciário. Parte importante deles depende, sim. Esta é a nossa hipótese. E queremos, hoje, lançar luz sobre apenas um desses fatores exógenos.

Trata-se da prática, aliás, mais do que prática, verdadeira cultura, cada vez mais freqüente, do Poder Executivo em tentar diminuir seus próprios custos transacionais ou operacionais, transferindo-os ao Poder Judiciário. Trata-se, no fundo, da cultura de judicialização do déficit público. O atual modelo permite ao Poder Executivo fazer o que denomino “uso patológico” da administração da Justiça. Este uso patológico acaba por impor ao Judiciário pelo menos dois tipos de custos que não são seus. São do Executivo. Por um lado, velados custos financeiros. Por outro, deslegitimadores ônus políticos. Pretendo, daqui em diante, agrupar alguns indicadores já visíveis e consensuais que exemplificam esses custos, fundamentam minha argumentação e confirmam a hipótese diagnóstico.

O primeiro indicador denomino “estatização da pauta do Judiciário”, o que sobrecarrega, indevidamente, a administração de Justiça. Transcreveremos,

a seguir, alguns exemplos empíricos e consensuais – reconhecidos pelo próprio Poder Executivo – de como essa estatização constitui verdadeiro subsídio orçamentário de um Poder para o outro. Iluminar e enfrentar essas transferências “*deguisées*”, extingui-las, ou, pelo menos, criar um sistema contábil de apropriação de custos mais verdadeiro, é indispensável para a harmonia e independência dos Poderes. Que não deve ser um princípio apenas político. Deve ser contábil também.

O segundo indicador são os financiamentos compulsórios que o Judiciário e as partes são obrigados a conceder ao Tesouro Nacional para fortalecer um sempre insuficiente fluxo de caixa. Esses financiamentos compulsórios, às vezes quase até subsídios, além de transferirem renda do Judiciário e dos usuários da Justiça para o Executivo, impõem ônus de deslegitimação política.

Trata-se de reação em cadeia. O uso patológico do Judiciário pelo Executivo aumenta-lhe a ineficiência operacional e o faz perder legitimidade diante dos cidadãos. Um poder que não funciona. O mínimo que ocorre são o aumento da insegurança jurídica e a criação de um vácuo potencialmente desestabilizador das instituições democráticas: a descrença na Justiça.

Ambos os mecanismos – a estatização da pauta e o financiamento compulsório – vicejam há décadas na história jurídica, política e financeira da administração da Justiça. Não são de responsabilidade deste ou daquele governo. Todos os governos, de qualquer partido, deles se beneficiam. Mais do que um ato, é uma cultura. São práticas e crenças institucionais que precisam ser mudadas. Modelo a se recriar em nome do interesse nacional.

O PRIMEIRO INDICADOR: A ESTATIZAÇÃO DA PAUTA DO JUDICIÁRIO

Nem mesmo o Supremo detém, tecnicamente, o controle total de sua pauta decisória. Quem o detém são os litigantes. O Executivo é o principal deles. Estes, quando propõem uma ação, detêm a exclusiva iniciativa de fazer o Judiciário decidir. Acionam o sistema. O que está certo. Trata-se de mecanismo indispensável ao equilíbrio de Poderes. Diante do imenso poder que o Judiciário tem, uma das maneiras de contê-lo, para que não invada os limites dos outros poderes, é respeitar o princípio da inércia judicial: o Judiciário não age, reage. É ser, como muitos – radicalmente – dizem, um poder sem iniciativas.

Se assim é e deve ser, o Judiciário não controla, ao menos de início, nem a quantidade nem a qualidade de sua demanda. O que ocorre, então, se

essa demanda for inadequada? Temerária? De má-fé? O que ocorre se o Judiciário estiver sendo usado patologicamente? Esse não-controle de sua demanda acaba abrindo a possibilidade para que o Poder Executivo, para reduzir seus custos internos, em algumas situações – não todas, evidentemente – se aproprie, inadequadamente, do direito de peticionar e da ampla defesa.

Darei dois exemplos de estatização da pauta. O primeiro, de estatização da pauta de primeira instância. O segundo, da pauta do próprio Supremo.

Atentemos, inicialmente, para a prática corriqueira e usual nas Fazendas nacional, estadual e municipal que agora descrevo. E para suas conseqüências também. Ao exercer a competência-dever de fiscalizar o pagamento de impostos e defender o Erário Público, a Receita Federal e as Secretarias de Fazenda acompanham as declarações dos contribuintes. Havendo qualquer indício de irregularidade, abrem procedimentos internos. O que leva tempo. Havendo infração ou suspeita de infração, abrem-se processos administrativos. O que também leva tempo. A duração dessas tarefas fiscalizatórias tem, no entanto, um limite. Não podem ser eternas. A necessidade do limite temporal, do prazo prescricional, tem sentido democrático: impedir que o contribuinte e sua liberdade fiquem, vida inteira, sob uma espada de Dâmocles. Presos “*on a string*”.

O prazo prescricional, nesse sentido, tem várias funções: (a) estabelece um prazo gerencial para que a tarefa seja completa com eficiência; (b) limita o poder discricionário da autoridade fazendária diante da liberdade do contribuinte; e, por fim, (c) consolida a segurança jurídica administrativa – como gosto de qualificar¹ – do sistema. Se assim não fosse, inúmeras transações negociais jamais poderiam ser completadas. Nem o comprador nem o vendedor poderiam estimar, com um mínimo de segurança, o valor da transação. A eventual desconhecida dívida fiscal seria um enigma, se não paralisante, pelo menos altamente dificultador da transação. Nem a declaração do vendedor, nem a das autoridades bastariam. O atual prazo prescricional para cobrança tributária é de cinco anos (Art. 174 do CTN).

Mas o que ocorre hoje em muitos casos? Se procedimentos e processos administrativos da administração fiscal não terminam dentro do período legal, muitos procuradores ajuízam ações nas vésperas do encerramento do prazo prescricional para evitar que a prescrição ocorra. Nesta sua prática diária,

¹ Ver, a respeito, Falcão, Schuartz e Arguelhes (2006).

propõem milhares de novas ações. Judicializam a fiscalização de todo inacabada. Mantêm o contribuinte subordinado e inseguro diante de futuro irrazoavelmente imprevisível.

Excelente estudo recente do Ministério da Justiça, encomendado por Pierpaolo Bottini, então Secretário da Reforma do Judiciário, sobre execuções fiscais no Brasil conclui:

[...] essa prática – da qual não escapam o Executivo municipal, estadual e federal – é explicada em parte pela demora do processo administrativo, mas também pela desorganização de determinados órgãos [...].²

Duas conseqüências daí decorrem: o Poder Executivo ajuíza ação fiscal sem uma avaliação mais rigorosa das efetivas chances de satisfação do débito; e isenta-se o órgão público (no caso, do Poder Executivo) de responsabilidade.

Não nos faltam propostas para resolver, ou minimizar, esse problema: legalizar o sistema de compensação de dívidas entre Estado e contribuinte, estimular a conciliação administrativa e pré-judicial, desburocratizar e racionalizar o processo administrativo, criar um contencioso administrativo custeado pelo Executivo mas dele independente etc.

A dificuldade é que essas mudanças não somente interferem nos custos financeiros do Executivo como exigem nova formação e mentalidade dos advogados públicos. Exigem, também, uma nova legislação sobre a responsabilização civil do funcionário público. Em meu entender, mover ações fiscais contra o contribuinte sem rigorosa avaliação das chances de êxito e com a intenção de procrastinar o prazo prescricional é, no mínimo, lide temerária. Ocorre que a penalidade para lide temerária ou ações claramente protelatórias é imposta pelo juiz à parte litigante: ao Poder Executivo. Dificilmente chega a seus profissionais e agentes.

Em matéria fiscal, têm faltado mais eficiência, limites e transparência da Administração Pública do que imparcialidade e presteza do Poder Judiciário. O resultado líquido é que, muita vez, se transferem ao Judiciário os custos e o risco das fiscalizações inacabadas do Executivo. Judicializa-se. Sem falar

² Cf. Brasil (2007a, p. 63).

nos efeitos colaterais, como o agravamento do engarrafamento processual dentro do Judiciário. Custos transacionais internos adicionais.

O segundo exemplo de estatização da pauta diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, mesmo quando já se avizinham dois novos instrumentos criados pelo Congresso, capazes de reduzir o número de casos – mais de 100 mil (ver, a respeito, Estatísticas do STF, disponíveis em <<http://www.stf.gov.br>>) – que lhe chegam todos os anos: a súmula vinculante e a repercussão geral. De agora em diante, tal como nos Estados Unidos, onde se julgam cerca de apenas 100 processos por ano, o Supremo pode escolher os casos que têm repercussão geral e, a partir deles, dar maior densidade institucional ao seu caráter de Corte político-constitucional que é. E deveria ser exclusivamente.

Recentíssimo e excelente estudo estatístico do próprio Supremo sobre os Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento – ao todo, 3.991 – que nele chegaram entre julho e novembro de 2007, já distribuídos aos ministros com a preliminar de repercussão geral por assunto, demonstra que, de cada 100 casos, cerca de 70 são de interesse direto do Poder Executivo. Interesses inicialmente constitucionalizados e, depois, judicializados. Sem mudar a natureza dessa demanda geneticamente estatizada, pouco pode ser feito. O quadro a seguir é bastante ilustrativo.

Matéria	%
Servidores Públicos e Militares	20,32
Execução e Questões fiscais	20,17
Regulação de telefonia	11,60
Previdência	7,64
Contribuição Social	5,28
Precatórios	3,86
Ordem Social – Saúde	0,47
Execuções contra a Fazenda Pública	0,40
Responsabilidade Civil do Estado	0,32
FGTS – Correção Monetária (Planos Econômicos)	0,17
Desapropriação (Indenização)	0,07
Outros*	29,68
Total	100,00

* Casos que não envolvem entidades estatais.

Fonte: Brasil (2007b).

Os dados são claros: a estatização é fruto da demanda exógena oriunda dos problemas da Administração Pública e legalizada pelo Legislativo. O sistema judicial não precisa ser assim. Basta comparar a presença mínima de questões fiscais e sobre servidores na Suprema Corte norte-americana.

Vejam só: a primeira maior demanda que chega ao Supremo, 20,32% dos Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento, diz respeito aos interesses dos servidores públicos. Falta pesquisa mais extensa, mas ousaria dizer que o Brasil é um dos únicos – se não o único – países do Ocidente onde a Constituição trata de servidor público em tantos dispositivos – são 62 (!), entre títulos, artigos, parágrafos, incisos e alíneas, que contêm as palavras “servidor” ou “servidores”³. Na França, ao contrário, a Constituição especificamente determina que se trata de matéria infraconstitucional. Esta constitucionalização do serviço público nem assegurou o que o país necessita – uma burocracia altamente profissional, apartidária e estável – nem tranqüilizou os próprios servidores. Ao contrário, atua como estímulo ao permanente conflito, à mobilização judicial e à insegurança jurídico-administrativa. Aumenta os custos globais da administração da Justiça, mesmo diante de improvável vitória corporativa.

A comparação é inevitável. Enquanto o Supremo é compelido a gastar tempo e recursos para resolver conflitos entre a Administração Pública e seus servidores, nada, ou quase nada, lhe chega sobre os conflitos entre empregados e empregadores. O número de empregados no Brasil, hoje, ultrapassa a casa dos 54,7 milhões. Já o total de servidores públicos e militares é de algo em torno de 5,5 milhões⁴. O desequilíbrio é evidente. Na pauta do Supremo, o, socialmente, “menos” quer ser, e tem sido, o, judicialmente, “mais”. Um vale mais do que dez. Em matéria de relações de trabalho, a constitucionalização dos interesses dos servidores públicos impõe, proporcionalmente, ao Supremo mais custos do que a atual legislação trabalhista.

Esses dados, recentíssimos, não inovam. Ao contrário, se acumulam. O Estudo sobre Execuções Fiscais do Ministério da Justiça, supramencionado, demonstra que, em 2005, 51% de todas as ações em tramitação no Tribunal

³ Na Constituição dos EUA, por exemplo, não há menção aos servidores, enquanto na Constituição da França, há apenas um dispositivo cujo texto deixa bem claro que a matéria deve ser tratada no âmbito infraconstitucional.

⁴ Ver, a respeito, IBGE (2005).

de Justiça de São Paulo eram de execução fiscal – correspondentes a cerca de 8 milhões de processos. No Rio de Janeiro, esse percentual era de 56%. Porém, na medida em que na Justiça Federal, no primeiro trimestre de 2006, as execuções fiscais equivaliam a 36,8% do total de ações em tramitação e no Rio Grande do Sul, a 24% – ou seja, bem menos –, fica claro que essa estatização da pauta não é um destino. É muito mais uma *policy* judicializante imaginada para superar eventuais ineficiências administrativas do Executivo, ou eventuais leis fiscais temerárias, que pode ser contornada.

A contrapartida é que os conflitos decorrentes de relações familiares, comunitárias e negociais são equacionados em outras instâncias. Ou nem mesmo judicializados. A pauta do Judiciário precisa de mais mercado, comunidades e sociedade civil, e de menos Estado.

O SEGUNDO INDICADOR: O FINANCIAMENTO E SUBSÍDIOS COMPULSÓRIOS

O financiamento compulsório pode ser apreendido por uma pequena história. Em outubro de 2005, coube ao Congresso votar a Medida Provisória nº 252/05, que propunha uma série de estímulos fiscais, conhecida como a “MP do Bem”. Às vésperas de sua apreciação pelo Congresso Nacional, foi inserida a Emenda Parlamentar nº 27, que nada tinha a ver com a finalidade da MP. Discretamente, ela alterava o artigo 17 da Lei dos juizados especiais federais – Lei nº 10.259/01 –, permitindo não apenas o atraso e a não correção do pagamento das decisões judiciais de até 60 salários mínimos favoráveis a aposentados, contra o Governo, como também que o pagamento só fosse feito se o orçamento do ano seguinte tivesse previsão para o gasto. Por quê? Qual a razão de ser desta discreta emenda?

A história foi a seguinte: Em 2000, o Supremo decidira que as contas do FGTS dos trabalhadores deveriam ser corrigidas de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor (IPC), e não com base nos rendimentos da Letra Financeira do Tesouro Nacional (LFT), como pretendia o Governo nos planos “Verão” e “Collor I” (ver a respeito: RE 226855-RS - Rel. Min. Moreira Alves - DJ 13-10-2000). Vitoriosos depois de quase uma década na Justiça, os trabalhadores recorreram em massa aos Juizados Federais, nas causas até 60 salários mínimos, para recuperar o direito até então negado pelo Governo. Essa decisão representava um custo financeiro enorme para o Tesouro Nacional. Em outras

palavras, por anos o Tesouro Nacional se financiara por meio da diferença de índices aplicados nos fundos dos trabalhadores. Agora, tinha que pagar. Os credores correram em massa ao Judiciário.

Aí vem a surpresa: os Juizados Especiais foram tremendamente eficientes, como os idealizaram Beltrão e Piquet Carneiro no livro *Desburocratização: Idéias Fundamentais*. Milhares de casos foram decididos em pouco tempo. Condenava-se, de acordo com a jurisprudência do Supremo, a União. As condenações superaram em muito as provisões, quase sempre insuficientes, do Orçamento da União. O governo federal se viu diante da tarefa de estancar essa judicial justa sangria do Tesouro. Mas como fazê-lo contra o Supremo? Como fazê-lo diante do reconhecimento de um direito legal e legítimo que, até então, fora negado a milhões de trabalhadores?

Se o Executivo não paga as condenações dos Juizados, os juízes têm competência para decretar o seqüestro das receitas estatais (Art. 17, § 2º, da Lei nº 10.259/01). Ou seja, seqüestrar recursos do Poder Executivo, onde quer que estejam depositados. Nesse caso, não cabem precatórios. Para tanto, seria necessário mudar a legislação. A opção do Tesouro Nacional foi, então, imediata. Lançou mão da cultura do uso patológico do Judiciário. Tentou mudar a legislação e transformar uma dívida de curto prazo num financiamento subsidiado de longo prazo. Optou por usar a força da lei para, compulsoriamente, se financiar com o dinheiro dos trabalhadores mediante a decisão do Judiciário.

Essa tentativa de usar patologicamente a Justiça não era, no entanto, caso isolado. Em 2000, a Emenda Constitucional nº 30 alongara o prazo para pagamento dos precatórios pendentes de pagamento para 10 anos. Assim, aliviava pressão sobre o caixa dos tesouros. Em 2001, por meio da Medida Provisória nº 2.180-35, proibira o uso da ação civil pública em matéria fiscal e previdenciária. Por quê? Por razão simples. Trata-se de uma estratégia de fragmentação processual capaz de impedir que todos os credores cobrem de uma só vez, através da ação civil pública, seus créditos dos Tesouros Nacional, estadual e municipal. O fulcro dessa estratégia é ampliar a lentidão do julgar em benefício do Executivo. Em vez de julgar uma ação só, o Judiciário terá que julgar milhares. Aumentam-se seus custos operacionais para prolongar um financiamento que o Supremo julgou ilegal. Aumenta-se o engarrafamento processual.

É nesse contexto que se insere a tentativa, em 2005, de ampliar o sistema de precatórios para incluir os Juizados Especiais. Daí a emenda parlamentar

mencionada. Nesse caso, porém, a estratégia não funcionou. O Judiciário se mobilizou, e o Conselho Nacional de Justiça emitiu Nota Técnica ao Congresso Nacional contrária à sua aprovação. Os congressistas não aprovaram a emenda proposta pelo Poder Executivo.

Precatórios nada mais são do que um financiamento obrigatório com dinheiro de propriedade do vencedor da lide. Estima-se que, hoje, existam cerca de 72 bilhões de reais em precatórios a pagar⁵. Só que é um financiamento sem prazo certo. Pois os governos não pagam nos prazos como a lei manda. Os custos endógenos que foram transferidos do Executivo para o Judiciário, ainda que temporários, são, para o vencedor da lide, fatores externos a provocar insegurança jurídica, a desestimular as trocas na economia através do Judiciário.

Há que se considerar, também, que a contabilização de sua dívida judicial não entra para o cálculo do déficit público nem para a lei de responsabilidade fiscal. Distorcem-se as contas públicas. O dano ao Poder Judiciário é visível. Na medida em que a cobrança foi feita através do Judiciário, ele aparece para a população como um Poder ineficaz. Incapaz de fazer valer suas decisões. A população, como sabemos, não distingue que a responsabilidade é do Poder Executivo. O custo da “deslegitimação institucional” acaba recaindo nos magistrados e no Judiciário.

O segundo exemplo de financiamento compulsório, que é também um subsídio compulsório invisível, pode ser facilmente percebido na remuneração legal dos depósitos que as partes são obrigadas a fazer por decisão dos juízes em conta bancária específica, em determinados momentos do processo, como, por exemplo, para garantir o juízo no processo de execução ou para interpor embargos (Art. 8º, *in fine*, da Lei nº 6.830/30 e Art. 621 do CPC). Esses depósitos serão levantados no final da lide pelos vencedores. São os depósitos judiciais.

Como as lides levam anos, tais depósitos são alvo do interesse dos bancos. Não somente por sua expressão – só no estado do Rio de Janeiro, no início de 2008, estimava-se que os depósitos chegassem à casa dos 6 bilhões de reais – mas também por sua alta lucratividade para eles.

A Lei nº 11.429, de 2006, estabelece, em seu artigo 1º, que esses depósitos sejam feitos apenas “em instituição financeira oficial da União ou do

⁵ Ver, a respeito, Jobim (2006).

Estado”. Na Justiça Estadual do Rio de Janeiro e também na de São Paulo, a remuneração de tais depósitos nos bancos oficiais é dada pela TR + 6% ao ano, o que significa uma remuneração de aproximadamente 7,5% ao ano. Já na Justiça Federal, a remuneração dos depósitos é determinada pela taxa Selic linear mensal, resultando em algo em torno de 10,48% ao ano. Se um banco tivesse um saldo médio de 6 bilhões ao ano, pagasse aos depositantes 7,5% ao ano e emprestasse pela taxa Selic capitalizada, hoje em torno de 11,25% ao ano, teria um ganho de 225 milhões. Se pagasse aos depositantes 10,48%, o ganho seria de 46,2 milhões. Este seria o montante mínimo da renda transferida compulsoriamente dos depositantes, partes judiciais, para os bancos do Poder Executivo. Mais uma vez, através do Judiciário, que aparece como agente responsável por essa transferência de renda.

A prerrogativa legal para os bancos oficiais controlados pelo Poder Executivo impede que o Judiciário, como qualquer instituição, maximize a competição entre os bancos públicos e privados de modo a melhor remunerar os depositantes e a si próprio, como gestor que é dessas contas. A prerrogativa legal dada aos bancos oficiais viabiliza indiretamente e encoberta a transferência de rentabilidade dos depósitos das partes para o Poder Executivo, aumentando o custo da litigância. Custos endógenos e fatores externos. Além de transferência da remuneração dos custos de captação do Poder Judiciário para o Poder Executivo.

CONCLUSÃO

Os avanços obtidos até agora com a Constituição de 1988 em relação à independência política e eficiência operacional do Poder Judiciário, para serem consolidados, necessitam que se inaugure um novo entendimento sobre a reforma do Poder Judiciário. Um entendimento que focalize tanto reformas internas como reformas extrajudiciais. Que necessitam ocorrer em outros setores profissionais, interesses sociais e Poderes da República que participem direta ou indiretamente da administração da Justiça.

É do interesse nacional que um dos campos para a reforma da administração da Justiça, além do próprio Poder Judiciário, seja, justamente, o Poder Executivo – municipal, estadual ou federal. O atual modelo permite que os Executivos transfiram custos orçamentários e custos de legitimidade política para e por meio do Poder Judiciário. Estimula uma cultura de judicialização

do déficit público. A estatização da pauta do Judiciário, o financiamento compulsório invisível dos tesouros, verdadeiros impostos recônditos, através dos depósitos judiciais e dos precatórios, são alguns dos exemplos dessas práticas. Necessitam ser corrigidos. Mais do que uma estratégia processual do Executivo, trata-se de verdadeira cultura antidemocrática de veladas transferências de ineficiências. Necessita-se, pois, de mobilização política e imaginação institucional para corrigir esses rumos. Sem o que o interesse nacional não progride. As possibilidades estão ao alcance das mãos, como diria Gilberto Freyre. É só agarrá-las com determinação e firmeza democráticas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Estudo sobre Execuções Fiscais no Brasil*. São Paulo, 2007a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Gabinete Extraordinário de Assuntos Institucionais. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. Brasília, 2007b. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussãoGeral/arquivo/estudoRepercussãoGeral.pdf>>.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís F.; ARGUELHES, Diego. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, São Paulo: Atlas, n. 243, p. 79-112, set./dez. 2006.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD*. Rio de Janeiro: IBGE, 2005.

JOBIM, Nelson. Precatórios: O Caminho do “Meio”. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, São Paulo: Atlas, n. 243, p. 132-147, set./dez. 2006.

RESUMO

O artigo aborda o tema da reforma do Poder Judiciário a partir de uma nova perspectiva. A tese aqui sustentada é que uma reforma rumo a uma Justiça rápida e eficiente não é questão exclu-

ABSTRACT

This article is about the reform of the Judicial Power through a new perspective. The thesis defended herein is that a reform that aims at quick and efficient Justice is not an exclusively

sivamente interna ao Poder Judiciário, mas uma “multitarefa” de muitos atores e diferentes responsabilidades. Nesse sentido, são identificadas e analisadas duas estratégias patológicas através das quais o Poder Executivo tem interferido negativamente no funcionamento do Poder Judiciário.

Palavras-chave: reforma; Poder Judiciário; Poder Executivo; Justiça eficiente.

internal issue of the Judicial Power, but a “multitask” composed of many actors and different responsibilities. Consequently, two pathological strategies through which the Executive Power has interfered negatively in the Judicial Power are identified and analyzed.

Keywords: reform, Judicial Power, Executive Power, efficient Justice.

Joaquim Falcão é Doutor, Professor de Teoria do Direito Constitucional e Diretor da Escola de Direito do Rio de Janeiro - FGV Direito Rio, e Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Foi Presidente da Fundação Nacional Pró-Memória.

Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional *

Luís Roberto Barroso

PREMISSAS METODOLÓGICAS DA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação da Constituição, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional e, mais especialmente,

* Texto adaptado do livro *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

do direito civil¹. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No Direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.

A norma, o problema e o intérprete

A interpretação tradicional punha ênfase quase integral no sistema jurídico, na *norma* jurídica que deveria ser interpretada e aplicada ao caso concreto. Nela estaria contida, em caráter geral e abstrato, a prescrição que deveria reger a hipótese. O *problema*, por sua vez, deveria oferecer os elementos fáticos sobre os quais incidiria a norma, o material que nela se subsumiria. E o *intérprete*, por fim, desempenharia a função técnica de identificar a norma aplicável, de revelar o seu sentido e fazê-la incidir sobre os fatos do caso levado a sua apreciação. Nesse ambiente, que se pode identificar como liberal-positivista, acreditava-se piamente na objetividade da atividade interpretativa e na neutralidade do intérprete. Para bem e para mal, a vida não é assim.

Na interpretação constitucional contemporânea, a *norma* jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização, freqüente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais (v. *infra*). E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos –, sendo, na verdade, o produto da interação texto-realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada.

¹ Tais princípios instrumentais compreendem os da supremacia, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade.

Nesse cenário, o *problema* deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito. Em múltiplas situações, não será possível construir qualquer solução jurídica sem nela integrar o problema a ser resolvido e testar os sentidos e resultados possíveis. Esse modo de lidar com o Direito é mais típico dos países da tradição do *common law*, onde o raciocínio jurídico é estruturado a partir dos fatos, indutivamente, e não a partir da norma, dedutivamente. No entanto, em países da família romano-germânica, essa perspectiva recebeu o impulso da Tópica, cuja aplicação ao Direito beneficiou-se da obra seminal de Theodor Viehweg e de seu método de formulação da solução juridicamente adequada a partir do problema concreto² (v. *supra*). Embora não tenha sido vitoriosa como método autônomo, a Tópica contribuiu de maneira decisiva para a percepção de que fato e realidade são elementos decisivos para a atribuição de sentido à norma, mitigando o poder da norma abstrata e o apego exagerado a uma visão sistemática do Direito³.

² Ver Canaris (2002, p. 277). Embora o pensamento do autor seja, em princípio, infenso à tópica, reconhece ele que a positivação de normas de textura aberta dá espaço à utilização do referido método, sem perder de vista, contudo, a primazia das conexões sistemáticas que conferem legitimidade à interpretação jurídica. Textualmente: “Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes – assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em setores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito constitucional ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso como o Direito internacional privado do que, por exemplo, no Direito imobiliário ou no Direito dos títulos de crédito.” Sobre a tópica, especificamente, ver Viehweg (1979).

³ Na doutrina nacional, ver Mendonça (2003), que na conclusão de seu trabalho averbou (p. 387): “[O] imperativo de ordem sistemática, aplicado ao direito a partir da Era Moderna, pode ser harmonizado com raciocínios que levem em consideração o papel da casuística na construção do sistema jurídico. [...] A motivação das decisões judiciais é uma expressão da faceta argumentativa do direito, sendo inclusive um importante fator de legitimação dos tribunais superiores no Estado democrático de direito. Por um lado, a motivação traz fundamentos de ordem técnica para a decisão, dirigidos à comunidade jurídica; por outro, representa um discurso voltado a persuadir a sociedade como um todo da adequação da linha decisória adotada. Assim, ao fundamentar a sua decisão, o juiz faz uma costura entre o arcabouço conceitual e principiológico existente no sistema normativo e as peculiaridades do

Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do *intérprete* não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável, sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões. Registre-se que juízes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais⁴.

Algumas categorias jurídicas utilizadas pela nova interpretação constitucional

Esses novos papéis reconhecidos à norma, ao problema e ao intérprete decorrem de fatores diversos, dentre os quais se podem assinalar: (i) a melhor compreensão de fenômenos que sempre existiram, mas não eram adequadamente elaborados; (ii) a maior complexidade da vida moderna, assinalada pela pluralidade de projetos existenciais e de visões de mundo, que comprometem as sistematizações abrangentes e as soluções unívocas para os problemas. Em razão dessas circunstâncias, a nova interpretação precisou desenvolver, reavivar ou aprofundar categorias específicas de trabalho, que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

caso sob exame, o que traduz uma clara harmonização entre os pensamentos tópico e sistemático no direito.”

⁴ Häberle (1997, p. 13): “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”

Os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, por vezes referidos como cláusulas gerais⁵, constituem manifestação de uma técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementada pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social ou calamidade pública, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá se limitar à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.

O reconhecimento de *normatividade aos princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais⁶, passou a ser percebida como um fenômeno

⁵ A rigor, a expressão *cláusula geral* designa o gênero, do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Conceito jurídico indeterminado identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma idéia de valor, um conteúdo axiológico. Por essa razão, calamidade pública é um conceito jurídico indeterminado; solidariedade é um princípio.

⁶ Note-se que os direitos fundamentais podem assumir a forma de princípios (liberdade, igualdade) ou de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não correspondem a direitos fundamentais, embora possam promovê-los de forma indireta (livre-iniciativa).

natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor, para citar dois exemplos bastante rotineiros. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Também pouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Esses são os *casos difíceis*, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões, especialmente as proferidas mediante ponderação. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limitar-se-ia a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fun-

damento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos⁷.

Cada uma dessas categorias é estudada de modo mais analítico nos tópicos seguintes.

OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A técnica de legislar por via de cláusulas gerais não constitui, a rigor, uma novidade do Direito contemporâneo, embora o seu uso tenha se expandido ao longo da segunda metade do século XX. O recurso a essa forma de enunciação das normas jurídicas não é privativo do direito constitucional, encontrando-se disseminado pelos diferentes ramos jurídicos. A característica essencial das cláusulas gerais é o emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto⁸. Na categoria ampla das cláusulas gerais situam-se os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Estes últimos se singularizam, dentre outros fatores, por sua carga axiológica e pela possibilidade de colisão. Aos princípios se dedicará o tópico seguinte.

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis,

⁷ Sobre o tema, ver Barcellos (2005). Ver também MacCormick (1978), que sistematiza como requisitos justificadores de uma decisão: a) o requisito da universalidade; b) o requisito da coerência e da consistência; c) o requisito conseqüencialista, que diz respeito aos efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo. Sobre o princípio da coerência, ver Gaensly (2005).

⁸ Ver Martins-Costa (1998, p. 8): “[A] cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, *crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema*” (grifos no original). Ainda sobre cláusulas gerais, especialmente em sua utilização pelo novo Código Civil, ver Gondinho (2000); Wambier (2005); Tepedino (2006).

no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva. O exemplo abaixo serve para ilustrar o argumento.

No final do ano de 2001, faleceu precocemente uma cantora popular de sucesso. Ela vivia com outra mulher uma relação homoafetiva estável de longa duração e possuía um filho de oito anos, cujo pai não era vivo. Com sua morte, disputaram a guarda do menino o avô materno, de um lado, e a companheira da cantora, de outro. Posta a questão em juízo, cumpria indagar qual o critério normativo apontado pelo ordenamento jurídico para a solução do litígio. A Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a jurisprudência dos tribunais eram unívocos: a guarda deveria ser entregue ao postulante que satisfizesse *o melhor interesse do menor*. Indaga-se: isso significava deferir o pedido ao avô ou à companheira? Esta pergunta, como intuitivo, não comportava resposta em tese. A atribuição de sentido a essa cláusula aberta – melhor interesse do menor – só poderia ser feita à luz dos elementos da realidade, que revelariam com quem a criança tinha relação afetiva mais intensa e qual das partes tinha maiores condições pessoais de desincumbir-se da missão⁹.

Não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com poder discricionário. Ambos têm em comum a impossibilidade de o Direito, em múltiplas situações, antecipar todas as hipóteses de incidência da norma e disciplinar em detalhe a conduta a ser seguida. Daí a necessidade de delegar parte da competência de formulação da norma ao seu intérprete e aplicador. No entanto, o papel que este irá desempenhar varia significativamente conforme se trate de um ou outro caso. Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve uma atuação predominan-

⁹ A cantora era Cássia Eller e a ação tramitou perante a 2ª. Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. As partes se compuseram, ficando a guarda e tutela com a companheira da cantora falecida.

temente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito. Já o exercício de competência discricionária compreende a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação¹⁰.

Em suporte da distinção, cabe rememorar aqui a estrutura binária típica de uma norma de conduta, que contém (i) a previsão de um fato e (ii) a atribuição a ele de uma consequência jurídica. Pois bem: os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que os juízos discricionários situam-se no plano das consequências jurídicas^{11 12}. A não distinção entre as duas situações tem levado alguns tribunais a considerar que conceitos constitucionais, como, *e.g.*, os de idoneidade moral e de reputação ilibada

¹⁰ Sobre o tema, ver Enterría (1998, p. 134 et seq.). Ver também Grau (2003, p. 203): “É certo, contudo, não se operar no campo da discricionariedade da Administração o preenchimento dos ‘conceitos jurídicos indeterminados’. [...] São distintas as técnicas da *discricionariedade* e da *inserção*, nos *textos* das normas, de ‘conceitos indeterminados’. [...] A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração –, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei.”

¹¹ Ver Moreira (1988, p. 66), em que averbou: “Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador.”

¹² Veja-se um exemplo. A Constituição prevê a possibilidade de desapropriação de uma propriedade rural improdutiva, para fins de reforma agrária (CF, Arts. 184 e 185, II). Se a propriedade, por um critério razoável, for de fato improdutiva, o ato da União que vier a desapropriá-la não poderá ser impugnado judicialmente com sucesso. Por outro lado, mesmo a propriedade sendo improdutiva, o administrador público pode optar por não desapropriá-la, por ter outras prioridades para aqueles recursos. *Propriedade improdutiva* é um conceito jurídico indeterminado: uma vez presentes os requisitos para caracterizá-lo, os efeitos se produzem (no caso, a validade da desapropriação). *Desapropriação* é uma competência discricionária: mesmo presentes os requisitos para sua prática, o administrador pode optar por não efetivá-la.

não são suscetíveis de controle judicial¹³. Na verdade, conceitos indeterminados têm áreas de certeza positiva, de certeza negativa e zonas de penumbra. Somente nesse último caso é que o Judiciário deve se abster de intervir. Feitos todos esses registros, deve-se reconhecer, no entanto, que em certas situações a diferenciação pode não ser tão simples e que pode haver superposição entre os dois conceitos¹⁴.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não apenas admite a sindicabilidade judicial dos conceitos jurídicos indeterminados como, ademais, já se pronunciou incontáveis vezes acerca do sentido e alcance que deve ser dado a eles¹⁵. Nessa linha se inclui a aferição da presença da “relevância e urgência” para fins de edição de medida provisória (CF, Art. 62)¹⁶, a verificação

¹³ E.g., TJRJ, Embargos Infringentes 1998.005.00011, j. 13 maio 1998, Rel. Des. Laerson Mauro: “Idoneidade moral e reputação ilibada, dois dos requisitos exigidos para a escolha e a nomeação do Conselheiro do Tribunal de Contas. Expressões de conceito indeterminado cuja valoração pertence exclusivamente ao legislativo, em relação ao preenchimento das vagas que lhe são constitucionalmente destinadas. Vale dizer, os critérios para aferição de idoneidade moral e reputação ilibada, ‘in casu’, são políticos e pertencem privativamente à Assembléia, apresentando conotação subjetiva. Trata-se de atuação ‘interna corporis’. Logo, por serem critérios políticos, subjetivos e privativos da Assembléia, são, por lógica e técnica, conceitualmente discricionários, insuscetíveis, dessarte, ao controle do Poder Judiciário, pena de quebra daquele postulado insculpido no Art. 3. da Carta da República. Inconcebível que o Judiciário substitua, na escolha, os critérios políticos do Legislativo pelos seus, sabidamente técnicos”.

¹⁴ Ver Krell (2004, p. 33 et seq.). O autor procura demonstrar que a distinção rígida entre conceitos jurídicos indeterminados e poder discricionário, que se tornou dominante na doutrina alemã nos anos 50 do século XX, já não desfruta da mesma aceitação entre os autores alemães mais modernos.

¹⁵ STF, *DJU*, 1º jul. 2005, RMS 24.699/DF, Rel. Min. Eros Grau: “A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.”

¹⁶ STF, *DJU*, 23 abr. 2004, ADInMC 2.213/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, Art. 62, “caput”). - Os pressupostos da

da ocorrência de “excepcional interesse social” para negar efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade de lei (Lei nº 9.868/99, Art. 27) ¹⁷ ou a fixação do sentido da expressão “crime político”, para fins de determinação da competência da Justiça Federal (CF, Art. 109, IV) ¹⁸. Tudo isso demonstra

urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República.”

¹⁷ STF, *DJU*, 15 abr. 2004, MC na AC 189/SP, Decisão monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes: “Nesses termos, resta evidente que a norma contida no Art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. [...] [N]o caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito ex tunc ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados. Anoto que, a despeito do caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o Art. 282 (4), da Constituição portuguesa, a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio de proporcionalidade.”

¹⁸ STF, *DJU*, 22 set. 1995, RE 160.841/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “Crime político: conceituação para o fim de verificar a competência da Justiça Federal, segundo a Constituição (Art. 109, IV); dimensões constitucionais do tema. Quando, para a inteligência de uma norma constitucional, for necessário precisar um conceito indeterminado, a que ela mesma remeteu – como é o caso da noção de crime político, para a definição da competência dos juízes federais –, é imperativo admitir-se, no recurso extraordinário, indagar se, a pretexto de concretizá-lo, não terá, o legislador ou o juiz de mérito das instâncias ordinárias, ultrapassado as raias do âmbito possível de compreensão da noção, posto que relativamente imprecisa, de que se haja valido a Lei Fundamental.”

que a atividade de integração do sentido dessas cláusulas gerais é suscetível de controle judicial, que será mais forte nas áreas de certeza positiva e negativa e mais deferente nas zonas de penumbra.

A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS ¹⁹

Recapitulando os conceitos fundamentais

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto ²⁰.

¹⁹ Dworkin (1997); Alexy (1997); Esser (1961); Canotilho (2003, p. 1.159 et seq.); Bonavides (2004, p. 243 et seq.); Larenz (1997); Grau (1996, p. 92 et seq.); Barroso (2006); Barcellos (2002, p. 40 et seq.; 2005, p. 166 et seq.); Vigo (2000, p. 9-20); Sanchis (1992); Coelho (1997, p. 79 et seq.); Ávila, H. (2003), Espíndola (1999). Oliveira (2003, p. 17 et seq.); Rothenburg (1999); Dantas (2005, p. 41 et seq.).

²⁰ Ver Barcellos (2005, p. 186-187): “É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à idéia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a *justiça* possa ser alcançada.” (Texto ligeiramente editado)

Como já assinalado, os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico. Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica, distinguindo-se uns dos outros por critérios variados, dentre os quais foram destacados no presente estudo os seguintes (v. *supra*):

a) Quanto ao *conteúdo*: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados;²¹

b) Quanto à *estrutura normativa*: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico. Princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas²²;

c) Quanto ao *modo de aplicação*: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante *subsunção*; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante *ponderação*²³.

Do ponto de vista material, os princípios constitucionais podem ser classificados em fundamentais, gerais e setoriais. Os princípios constitucionais

²¹ Isonomia, moralidade, solidariedade são valores; justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades são fins públicos. Princípios, portanto, são valorativos ou finalísticos, ao passo que regras são descritivas de conduta.

²² Normalmente, somente a conduta especificada resultará no cumprimento de uma regra. Já o princípio poderá ser realizado de diferentes maneiras, cabendo ao intérprete imediato – seja o particular seja a Administração Pública – a escolha de uma das condutas possíveis. Tais escolhas são passíveis de controle judicial.

²³ Regras expressam comandos objetivos, definitivos, aplicáveis no que se convencionou denominar modalidade *tudo ou nada*: ocorrendo a sua hipótese de incidência, a norma deverá ser aplicada, a menos que inválida ou excepcionada por outra. Se não for aplicada, estará sendo descumprida. Já os princípios são mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior intensidade possível, levando em conta os elementos fáticos e jurídicos presentes na hipótese.

fundamentais expressam as decisões políticas mais importantes – Estado democrático de direito, dignidade da pessoa humana – e são os de maior grau de abstração. Os princípios constitucionais *gerais* são pressupostos ou especificações dessas decisões – isonomia, legalidade – tendo maior densidade jurídica e aplicabilidade concreta. E, por fim, os princípios constitucionais *setoriais* regem determinados subsistemas abrigados na Constituição, consubstanciando normas como a livre-concorrência ou a moralidade da Administração Pública²⁴.

Modalidades de eficácia dos princípios constitucionais

Toda norma destina-se à produção de algum efeito jurídico. Como consequência, a eficácia jurídica – isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade – é atributo das normas de Direito. A consumação desses efeitos, a coincidência entre o dever-ser normativo e o ser da realidade, é identificada como *efetividade* da norma (v. *supra*). O descumprimento de uma norma jurídica, que equivale à não produção dos efeitos a que se destina, é passível de sanção judicial. O Poder Público, de uma maneira geral, e o particular, quando afetado em algum direito seu, podem exigir, judicialmente quando seja o caso, a observância das normas que tutelam seus interesses. Modernamente, já não é controvertida a tese de que não apenas as regras, mas também os princípios são dotados de eficácia jurídica.

Princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento direto de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de uma determinada regra ou paralisando sua eficácia. Relembre-se que entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição, embora alguns autores se refiram a uma hierarquia axiológica²⁵, devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses, poderem afastar sua incidência. A seguir uma anotação sobre três modalidades de eficácia: direta, interpretativa e negativa.

²⁴ Para uma exposição mais analítica acerca dessa classificação e dos princípios em espécie, ver Barroso (2004, p. 151 et seq.).

²⁵ Ver Moreira Neto (1990).

EFICÁCIA DIRETA

Pela eficácia *direta*, já referida, também, como positiva ou simétrica²⁶, o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida. Muito comumente, um princípio constitucional servirá de fundamento para a edição de uma regra legal. Por exemplo: com base no princípio da isonomia, uma lei institui e disciplina determinada modalidade de ação afirmativa. Porém, a hipótese que aqui interessa especialmente é a da incidência do princípio sem essa intermediação legislativa. Por ilustração: com base no princípio da isonomia, alguém postula uma equiparação salarial ou remuneratória; ou alguém se exonera do pagamento de um tributo, sob o fundamento da inobservância do princípio da reserva legal. Portanto, e em primeiro lugar, um princípio opera no sentido de reger a situação da vida sobre a qual incide, servindo como fundamento para a tutela do bem jurídico abrigado em seu relato²⁷.

EFICÁCIA INTERPRETATIVA

A eficácia *interpretativa* consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. Entre duas soluções plausíveis, deve-se prestigiar a que mais adequadamente realize o princípio federativo, ou a que melhor promova igualdade ou a que resguarde mais intensamente a liberdade de expressão. Note-se que a eficácia interpretativa poderá operar dentro da própria Constituição: é que cabe aos princípios dar unidade e harmonia ao

²⁶ Barcellos (2002, p. 60); Barroso e Barcellos (2006, p. 42).

²⁷ Nesses casos de eficácia direta, o princípio atua no sentido de reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. Ou seja: se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou por omissão –, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário.

sistema, “costurando” as diferentes partes do texto constitucional²⁸. Em suma: a eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente²⁹.

EFICÁCIA NEGATIVA

A eficácia *negativa* implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta – com sua retirada do sistema –, seja em controle incidental de constitucionalidade – com sua não incidência no caso concreto. Também outros atos jurídicos, administrativos ou privados, estão sujeitos a tais efeitos negativos. Se, por exemplo, o edital de um concurso limitar a inscrição a candidatos com menos de 45 anos de idade, qualquer interessado legítimo poderá postular a superação do dispositivo, por violar o princípio da isonomia. Se uma empresa rural firma contrato de trabalho com seus empregados prevendo penas corporais ou de privação de alimentos, tais cláusulas serão inválidas por contrastar com o princípio da dignidade da pessoa humana^{30 31}.

²⁸ Barroso (2004, p. 151 et seq.); Silva (1998, p. 157 et seq.).

²⁹ É o caso do exemplo, já citado, do regime jurídico das relações homoafetivas. À falta de lei específica, era possível considerar duas soluções: aplicação da teoria da sociedade de fato ou extensão das regras da união estável. Esta segunda hipótese realiza mais adequadamente o princípio da isonomia, ao evitar o tratamento desigual em razão da orientação sexual das pessoas, considerando-se que a desequiparação com base nesse elemento seja incompatível com o projeto constitucional de uma sociedade pluralista.

³⁰ É claro que para identificar se uma norma ou ato viola ou contraria os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional é preciso saber que efeitos são esses. Como já referido, os efeitos pretendidos pelos princípios podem ser relativamente indeterminados a partir de um certo núcleo; é a existência desse núcleo, entretanto, que torna plenamente viável a modalidade de eficácia jurídica negativa.

³¹ Alguns autores procuram radicar na eficácia negativa uma derivação específica, referida como *vedaçãõ do retrocesso*. Ver Barcellos (2002, p. 68 et seq.). O tema é

Algumas aplicações concretas dos princípios

Não é o caso, aqui, de se percorrerem as múltiplas incidências práticas dos princípios, seja nas hipóteses em que atuam diretamente com a aplicação do seu núcleo essencial – à feição de regras – seja naquelas em que operam mediante ponderação. É ilustrativa, no entanto, a análise de alguns precedentes colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a demonstrar a generalização do uso dos princípios fundamentais, gerais e setoriais na experiência jurídica contemporânea.

Os princípios fundamentais expressam, como visto, as principais decisões políticas no âmbito do Estado, assim como seus valores mais elevados. Confirmam-se alguns excertos jurisprudenciais acerca da República, da separação de Poderes e da dignidade da pessoa humana:

a) *Princípio republicano*. A jurisprudência extrai como corolário do princípio republicano a responsabilidade política, penal e administrativa dos governantes³² e nele tem procurado fundamentar a interpretação restritiva das hipóteses de tratamento especial conferido a agentes públicos, inclusive e notadamente as relativas ao foro por prerrogativa de função³³;

de grande importância e sujeito a controvérsias, não sendo possível sua investigação neste trabalho. Sobre o tema, ver Derbli (2006), Sarlet (2004) e Mendonça (2000).

³² STF, *DJU*, 14 set. 2001, HC 80.511/MG, Rel. Min. Celso de Mello: “A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal. O princípio republicano exprime, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos – os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular – são igualmente responsáveis perante a lei.” No mesmo sentido, ver *RTJ* 162:462, ADIn 978/PB, Rel. Min. Celso de Mello.

³³ Em decisão proferida em 2001, o STF cancelou a Súmula nº 394, que tinha a seguinte dicção: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.” Em suas razões de decidir, o Tribunal registrou que, por força do *princípio republicano*, “as prerrogativas de foro, pelo privilégio que de certa forma conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos”. O novo entendimento, asentado sobre tal premissa, passou a ser o de que o órgão competente para julgar a ação penal proposta contra ex-exercentes dos cargos e mandatos em questão é o juízo de 1º grau. STF, *DJU*, 9 nov. 2001, QO no Inq. 687/SP, Rel. Min. Sydney Sanches.

b) *Separação de Poderes*. As decisões do STF têm procurado preservar o núcleo essencial do princípio, dispensando o chefe do Executivo³⁴ e o presidente do Tribunal de Justiça³⁵ de terem de comparecer pessoalmente ao Legislativo para prestar informações; resguardar o espaço constitucionalmente reservado à lei³⁶

³⁴ STF, *RDA 178:78*, 1989, ADInMC 111/BA, Rel. Min. Carlos Madeira: “Dispositivo da Constituição do Estado da Bahia que prevê a convocação, pela Assembléia Legislativa, do Governador do Estado, para prestar pessoalmente informações sobre assunto determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada. ‘fumus boni iuris’ que se demonstra com a afronta ao princípio de separação e harmonia dos Poderes, consagrado na Constituição Federal. ‘periculum in mora’ evidenciado no justo receio do conflito entre Poderes, em face de injunções políticas. medida cautelar concedida.”

³⁵ STF, *DJU*, 2 fev. 2007, ADI 2.911/ES, Rel. Min. Carlos Britto: “Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembléia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o Art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos – cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica – e maculando o Princípio da Separação de Poderes. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘Presidente do Tribunal de Justiça’, inserta no § 2º e no caput do Art. 57 da Constituição do Estado do Espírito Santo.”

³⁶ STF, *DJU*, 7 dez. 2006, MS 22.690/CE, Rel. Min. Celso de Mello: “Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (*RTJ* 126/48 – *RTJ* 143/57 – *RTJ* 146/461-462 – *RTJ* 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.” Nada obstante isso, o STF já entendeu, também, que, em caráter excepcional, pode o Judiciário determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição. V. *DJU*, 3 fev. 2006, RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas

e assegurar a independência do Judiciário no desempenho de função materialmente jurisdicional”³⁷.

c) *Dignidade da pessoa humana*. Trata-se de um dos fundamentos do Estado democrático de direito, que deve iluminar a interpretação da lei ordinária³⁸. O princípio da dignidade da pessoa humana tem servido de fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público³⁹, a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar⁴⁰, a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos⁴¹, dentre muitas outras. Curiosamente, no tocante à sujeição do réu em ação de investigação de paternidade ao exame compulsório de DNA, há decisões em um sentido⁴² e noutro⁴³, com invocação do princípio da dignidade humana.

públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão é pertinente à ‘reserva do possível’.”

³⁷ Comissão Parlamentar de Inquérito não tem o poder de convocar magistrado para depor, tendo por objeto a investigação de decisões judiciais por ele proferidas, e não atos administrativos (STF, *Inf. STF 172*:1, HC 79.441/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti); a criação do Conselho Nacional de Justiça é legítima, por ter ele natureza administrativa e não interferir com a função jurisdicional (STF, *DJU*, 22 set. 2006, ADIn 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso).

³⁸ STJ, *DJU*, 26 mar. 2001, HC 9.892/RJ, Rel. orig. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. para o acórdão Min. Fontes de Alencar.

³⁹ STJ, *DJU*, 4 set. 2000, ROMS 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado.

⁴⁰ TJSP, AC 110.772-4/4-00, ADV 40-01/636, nº 98859, Rel. Des. O. Breviglieri.

⁴¹ STJ, *DJU*, 12 fev. 2001, HC 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

⁴² STF, *DJU*, 10 nov. 1994, HC 71.373/RS, Rel. Min. Marco Aurélio: “Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório *debaixo de vara* para coleta do material indispensável à feitura do exame do DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”

⁴³ TJSP, AC 191.290-4/7-0, ADV 37-01/587, nº 98580, Rel. Des. A. Germano: “Caracte-

Os princípios constitucionais gerais são especificações dos princípios fundamentais e, por seu menor grau de abstração, prestam-se mais facilmente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam. A seguir, alguns registros sobre os princípios da isonomia, da segurança jurídica e do devido processo legal:

a) *Isonomia*. A Constituição aboliu inúmeras situações de tratamento discriminatório, *e.g.*, prevendo que homens e mulheres exercem igualmente os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, vedando o tratamento desigual entre filhos havidos no casamento e fora dele e reconhecendo a união estável como entidade familiar. Algumas aplicações específicas do princípio da isonomia deverão ser objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, como a constitucionalidade da adoção de cotas raciais nas universidades públicas e a legitimidade da extensão do regime da união estável às uniões homoafetivas;

b) *Segurança jurídica*⁴⁴. Uma manifestação do princípio da segurança jurídica que se desenvolveu na doutrina e na jurisprudência recentes foi a proteção da confiança, destinada a tutelar expectativas legítimas e a preservar efeitos de atos inválidos, presentes determinadas circunstâncias. Com base nela, o STF tem admitido não dar efeito retroativo à declaração de inconstitu-

rizar-se uma simples picada de agulha e retirada de uma pequena porção de sangue como ato invasivo, vexatório e humilhante constitui exagero tão manifesto que insinua as verdadeiras razões da recusa: o temor ou a certeza de que essa prova com certeza científica absoluta quase certamente confirmará a paternidade em questão.”

⁴⁴ A idéia de segurança jurídica envolve três planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo. Do ponto de vista *institucional*, a segurança refere-se à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantias, aptas a fazer funcionar o Estado de direito, impondo a supremacia da lei e sujeitando-se a ela. Do ponto de vista *objetivo*, a segurança refere-se à *anterioridade* das normas jurídicas em relação às situações às quais se dirigem, à *estabilidade* do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e continuidade das normas e a *não-retroatividade* das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos. E, do ponto de vista subjetivo, a segurança jurídica refere-se à *proteção da confiança* do administrado, impondo à Administração o dever de agir com coerência, lealdade e respeitando as legítimas expectativas do administrado. Essa idéia, sobretudo no campo das relações obrigacionais e contratuais, compreende também a boa-fé objetiva, a lisura do comportamento, a vedação do locupletamento. Sobre o tema, ver Couto e Silva (2005).

cionalidade, bem como tem preservado os efeitos de atos que, ainda quando inválidos, permaneceram em vigor por tempo suficiente para tornar irrazoável o seu desfazimento⁴⁵.

c) *Devido processo legal*. O princípio foi invocado para considerar inválido o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial⁴⁶, entender ilegítima a anulação de processo administrativo que repercutia sobre interesses individuais sem observância do contraditório⁴⁷, reconhecer a ocorrência de constrangimento ilegal no uso de algemas quando as condições do réu não ofereciam perigo⁴⁸,

⁴⁵ Assim se passou no caso em que estudante de direito obteve liminar para se transferir da Universidade Federal de Pelotas para a UFRS, em Porto Alegre, por haver sido aprovado em concurso para a empresa pública ECT. A sentença de 1º grau, favorável, veio a ser reformada quando ele já estava prestes a se formar. O STF deu efeito suspensivo ao RE e ele pôde concluir o curso (*DJU*, 4 jun. 2003, QO na Pet 2.900/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes); também assim o caso de servidores da Infraero, contratados sem concurso público, ao tempo em que havia dúvida se tal exigência se aplicava ou não aos servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista. O STF considerou que o tempo decorrido estabilizara esta situação que, em nome da segurança jurídica, não deveria mais ser desfeita (*DJU*, 5 nov. 2004, MS 22.357/DF, Rel. Gilmar Mendes).

⁴⁶ STJ, *RT*, 755:569, 1998, HC 6.802/RJ, Rel. Min. Vicente Leal. O acórdão considerou atentar contra o princípio do Promotor Natural e a garantia do devido processo legal o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior pedido de arquivamento do inquérito policial, sem que se tenha adotado o procedimento previsto no Art. 28 do CPP, impondo-se, em consequência, a anulação da peça de acusação.

⁴⁷ STF, *DJU*, 14 ago. 1997, AI 199.620-55. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, não prescinde ela da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que permita a audiência daqueles que terão modificada situação já alcançada. O ato administrativo tem presunção de legitimidade, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.

⁴⁸ TJRS, *RT*, 785:692, 2001, HC 70.001.561.562, Rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres: “Há constrangimento ilegal, no uso de algemas, quando as condições do réu não oferecem situação de efetiva periculosidade, estando escoltado, existindo policiais fazendo o serviço de revista nas demais pessoas que ingressam no local de julgamento, não se constatando qualquer animosidade por parte do público, inclusive havendo possibilidade de ser requisitado reforço policial.”

negar extradição à vista da perspectiva de inobservância do devido processo legal no país requerente⁴⁹ e determinar fosse ouvida a parte contrária na hipótese de embargos de declaração opostos com pedido de efeitos modificativos, a despeito de não haver previsão nesse sentido na legislação⁵⁰.

Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Há princípios setoriais tributários, como o da anterioridade da lei que institua ou aumente tributo⁵¹; da Administração Pública, como os da moralidade e impessoalidade⁵²; da ordem econômica, como o da livre-concorrência⁵³; e da ordem social, como o da autonomia universitária⁵⁴, em meio a muitos outros.

⁴⁹ STF, *DJU*, 6 abr. 2001, Ext. 633-China, Rel. Min. Celso de Mello: “O Supremo Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao *fair trial* atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição.”

⁵⁰ STF, *DJU*, 19 dez. 2001, AgRg no AI 327.728/SP, Rel. Min. Nelson Jobim: “Constitucional. Processual. Julgamento de embargos declaratórios com efeitos modificativos sem a manifestação da parte embargada. Ofensa ao princípio do contraditório. Precedente (RE 250936).” No mesmo sentido: STJ, *DJU*, 7 maio 2001, REsp 296.836/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

⁵¹ O STF considerou que este princípio, inscrito no Art. 150, III, *b* da Constituição é garantia individual do contribuinte e, como tal, cláusula pétrea. Com esse fundamento, declarou inconstitucional dispositivo da EC nº 3, de 17.03.93, que ao instituir o IPMF pretendeu exonerá-lo da observância ao princípio da anterioridade. STF, *DJU*, 18 mar. 1994, ADIn 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.

⁵² Com base nesses e em outros princípios, o STF declarou constitucional a Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. STF, *DJU*, 1º nov. 2006, MC na ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

⁵³ Assim dispõe a Súmula nº 646 do STF: “Ofende o princípio da livre-concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

⁵⁴ STF, *DJU*, 18 maio 2001, ADInMC 1.599/UF, Rel. Min. Maurício Corrêa: “O princípio da autonomia das universidades (CF, Art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não

Por fim, merece uma nota especial o princípio da *razoabilidade* (v. *supra*), que tem sido fundamento de decidir em um conjunto abrangente de situações, por parte de juízes e tribunais, inclusive e especialmente o Supremo Tribunal Federal. Com base nele, tem-se feito o controle de legitimidade das desequilibradas entre pessoas, de vantagens concedidas a servidores públicos⁵⁵, de exigências desmesuradas formuladas pelo Poder Público⁵⁶ ou de privilégios concedidos à Fazenda Pública⁵⁷. O princípio, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou razoabilidade (v. *supra*), é por vezes utilizado como um parâmetro de justiça – e, nesses casos, assume uma dimensão material –, porém, mais comumente, desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas. Confirma-se a demonstração do argumento.

O princípio da razoabilidade faz parte do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas, ou seja, de outros princípios e regras. Por exemplo: ao aplicar uma regra que sanciona determinada conduta com uma penalidade

se cuida de soberania ou de independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (Art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (Art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (Art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização.”

⁵⁵ STF, *DJU*, 26 maio 1995, ADIn 1.158/AM, Rel. Min. Celso de Mello. A norma legal que concede ao servidor vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (gratificação de férias) ofende o princípio da razoabilidade.

⁵⁶ STF, *DJU*, 1º out. 1993, ADIn 855/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor.

⁵⁷ STF, *DJU*, 12 jun. 1998, ADInMC 1.753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, têm sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.”

administrativa, o intérprete deverá agir com proporcionalidade, levando em conta a natureza e a gravidade da falta. O que se estará aplicando é a norma sancionadora, sendo o princípio da razoabilidade um instrumento de medida. O mesmo se passa quando ele é auxiliar do processo de ponderação. Ao admitir o estabelecimento de uma idade máxima ou de uma estatura mínima para alguém prestar concurso para determinado cargo público⁵⁸, o que o Judiciário faz é interpretar o princípio da isonomia, de acordo com a razoabilidade: se o meio for adequado, necessário e proporcional para realizar um fim legítimo, deve ser considerado válido. Nesses casos, como se percebe intuitivamente, a razoabilidade é o meio de aferição do cumprimento ou não de outras normas⁵⁹.

Uma observação final. Alguns dos exemplos supramencionados envolveram a não aplicação de determinadas normas infraconstitucionais porque importariam em contrariedade a um princípio ou a um fim constitucional. Essa situação – aquela em que uma lei não é em si inconstitucional, mas em uma determinada incidência produz resultado inconstitucional – começa a despertar interesse da doutrina⁶⁰. O fato de uma norma ser constitucional

⁵⁸ STF, *DJU*, 15 dez. 2000, RE 140.889/MS, Rel. Min. Marco Aurélio: “Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência. Recurso extraordinário não conhecido.” *Mas*: STF, DJ 07.05.99, p. 12, RE 150.455-MS, Rel. Min. Marco Aurélio: “Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado.”

⁵⁹ No mesmo sentido, ver Ávila, H. (2003, p. 71): “[N]o caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre-iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. Rigorosamente, não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da livre-iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente.”

⁶⁰ Note-se que a hipótese, aqui, não será propriamente de ponderação, diante da hierarquia superior do princípio constitucional sobre a norma infraconstitucional. Nesse caso, o princípio paralisa a regra. Diferente será a hipótese de aparente contraposição entre um princípio constitucional e uma regra igualmente constitucional. Nesse caso, dever-se-á considerar que a regra excepciona o princípio.

em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha⁶¹.

Veja-se um exemplo do que se vem de afirmar, colhido em precedente do Supremo Tribunal Federal. Em ação direta de inconstitucionalidade, pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 173/90, por afronta ao princípio do acesso à justiça e/ou da inafastabilidade do controle judicial. É que ela vedava a concessão de liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de um conjunto de dez outras medidas provisórias, bem como proibia a execução das sentenças proferidas em tais ações antes de seu trânsito em julgado. O tribunal julgou improcedente o pedido. Vale dizer: considerou constitucional em tese a vedação. Nada obstante, o acórdão fez a ressalva de que tal pronunciamento não impedia o juiz do caso concreto de conceder a liminar, se em relação à situação que lhe competisse julgar não fosse razoável a aplicação da norma proibitiva⁶². O raciocínio subjacente é o de que uma norma pode ser constitucional em tese e inconstitucional em concreto, à vista das circunstâncias de fato sobre as quais deverá incidir.

A COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS⁶³

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade

⁶¹ Barroso (2004). Para uma importante reflexão sobre o tema, ver Ávila, A. (2003).

⁶² STF, *DJU*, 29 jun. 1990, ADInMC 223/DF, Rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence: “Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, afinal, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada.”

⁶³ Alexy (1997; 1998); Farias (2000); Sarmiento (2000); Andrade (2001); Steinmetz (2001); Novais (2003); Barcellos (2005); Pereira (2006); Silva (2005). Sobre a

e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Os critérios tradicionais de solução dos conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação (v. *supra*), uma vez que tais antinomias não se apresentam quer no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas. O entrechoque de normas constitucionais são de três tipos:

- a) colisão entre princípios constitucionais;
- b) colisão entre direitos fundamentais;
- c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

A *colisão entre princípios constitucionais* decorre, como anteriormente assinalado, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto⁶⁴. Os exemplos se multiplicam. Em razão de sua soberania, os Estados estrangeiros desfrutam de imunidade de jurisdição nacional, mas por um princípio de justiça podem ser demandados no Brasil em determinadas situações⁶⁵. O desenvolvimento nacional guarda tensão constante com a preservação do

temática específica da colisão entre a liberdade de expressão em sentido amplo e outros direitos fundamentais, sobretudo os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, ver Souza (2000); Carvalho (1999); Castro (2002); Barroso e Tavalera (1998); Gardó, (2000); Martinez (1997); Guerra (1999); Caldas (1997).

⁶⁴ Ver Alexy (1997, p. 89): “Cuando dos principios entran en colisión, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferentes pesos y que prima el principio con mayor peso.” (Texto ligeiramente editado)

⁶⁵ STF, *RTJ* 133:159, AC 9.696/SP, Rel. Min. Sydney Sanches: “Estado estrangeiro. Imunidade judiciária. Causa trabalhista. Não há imunidade judiciária para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista”; STJ, *DJU* 20 jun. 2006, RO 33/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi: “A imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro não alcança litígios de ordem trabalhista decorrentes de relação laboral prestada em território nacional e tendo por reclamante cidadão brasileiro aqui domiciliado.”

meio ambiente. A livre-iniciativa pode ser contraposta pelos princípios que legitimam a repressão ao abuso do poder econômico. A recorrência de colisões dessa natureza apenas revela que os valores tutelados pela Constituição não são absolutos e devem coexistir.

A *colisão entre direitos fundamentais* não deixa de ser, de certa forma, uma particularização dos conflitos descritos acima. É que, a rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto. A matéria tem precedentes emblemáticos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão⁶⁶ e vem sendo crescentemente objeto de debate doutrinário e judicial no Brasil. Vejam-se alguns exemplos desse tipo de colisão:

Exemplo 1. Liberdade de religião versus direito de privacidade (na modalidade direito ao repouso domiciliar). O caso da Rua Inhangá.

Todos os domingos, às 7 horas da manhã, um pregador religioso ligava sua aparelhagem de som em uma pequena praça de Copacabana, um bairro residencial populoso e simpático do Rio de Janeiro. Em altos brados, anunciava os caminhos a serem percorridos para ingressar no reino dos céus, lendo passagens bíblicas e cantando hinos. Moradores das redondezas procuraram proibir tal manifestação.

Exemplo 2. Direito à honra versus direito à intimidade. O caso da cantora mexicana Glória Trevi.

A cantora mexicana Glória Trevi teve sua extradição requerida pelo governo de seu país e foi presa na Polícia Federal em Brasília. Tendo engravidado na prisão, acusou de estupro os policiais em serviço. Às vésperas do nascimento, os policiais requereram que fosse feito exame de DNA na criança,

⁶⁶ Citam-se aqui três casos bem conhecidos. No *caso do crucifixo* (BVerfGE 93:1, 1995), o Tribunal proibiu a colocação de cruzeiros ou crucifixos nas salas de aula das escolas públicas. No *caso Lebach*, o Tribunal impediu a exibição de um documentário televisivo sobre um episódio criminoso, sob o fundamento de que já não atendia a interesses atuais de informação e punha em risco a ressocialização do condenado, em vias de ser libertado (BVerfGE 93:266, 1973). E, por fim, no *caso Mephisto*, o Tribunal proibiu a distribuição de livro que narrava a história de um ator que abrisse mão de suas convicções políticas para associar-se ao nazismo (BVerfGE 30:173, 1971). As três decisões podem ser encontradas em Schwabe (2003, p. 118 et seq.; p. 148 et seq.; p. 174 et seq., respectivamente).

visando a excluir a paternidade e, conseqüentemente, desmoralizar a acusação de estupro. Invocando jurisprudência do próprio STF, a cantora recusou-se a fornecer material para exame, em nome do direito à intimidade.

Exemplo 3. Liberdade de expressão versus direito à própria honra e imagem:

a) Uma jovem faz *topless* na Praia Mole, em Florianópolis, Santa Catarina. Jornal de grande circulação publica uma foto do episódio. Tem ela direito a indenização por uso indevido de sua imagem?

b) A Princesa Caroline de Mônaco ingressa em juízo na Alemanha, visando a proibir os órgãos de imprensa de publicar fotos suas, mesmo que em público, quando estivesse em atividades de sua vida privada;

c) Doca Street foi protagonista de um crime passionai que marcou época no Rio de Janeiro. Quando uma grande emissora de televisão decidiu realizar um programa romaneando o episódio, após o réu haver cumprido a pena e já estar ressocializado, procurou ele impedir a exibição.

Por fim, a *colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais*, voltados para a proteção do interesse público ou do interesse coletivo. Este será o caso, por exemplo, de uma demarcação de terras indígenas que, por sua extensão, possa pôr em risco a perspectiva de desenvolvimento econômico de um estado da Federação. Ambiente bastante típico dessa modalidade de colisão é o da preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridos no domínio mais amplo da segurança pública. Vejam-se alguns exemplos colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

a) *Caso Ellwanger*. A liberdade de expressão não protege a incitação ao racismo. Caracteriza este crime a publicação de livros de caráter anti-semita, depreciativos ao povo judeu e que procuram negar a ocorrência do holocausto. A imprescritibilidade do crime de racismo, prevista na Constituição, justifica-se como alerta para as novas gerações⁶⁷;

b) *Crime hediondo e progressão de regime*. A progressão de regime no cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como maior razão a ressocialização do preso. Conflita com o princípio constitucional da individualização da pena (CF, Art. 5º, XLVI) a norma legal que impõe o

⁶⁷ STF, *DJU*, 19 mar. 2003, HC 82.424/RS, Rel. p/ ac. Min. Maurício Corrêa.

cumprimento da pena em regime integralmente fechado no caso de crimes hediondos⁶⁸;

c) *Delação anônima*. Comunicação de fatos que teriam sido praticados no âmbito da Administração Pública. A vedação constitucional do anonimato em confronto com o dever do Estado de apurar condutas funcionais desviantes. Legitimidade da instauração de procedimento investigatório pelo Tribunal de Contas da União⁶⁹.

Características comuns de todas as três modalidades de colisões expostas e exemplificadas acima são (i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los, (ii) a inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado. A ponderação será objeto do tópico seguinte. Cabe apenas o registro de que, apesar de disseminada como técnica indispensável para solução dos conflitos normativos, não é ela objeto de unanimidade absoluta na doutrina. Há correntes que negam, total ou parcialmente, a realidade dos conflitos normativos, como o denominado conceptualismo; e há os que reconhecem a existência de conflitos, mas têm a pretensão de oferecer outras alternativas para seu equacionamento, como é o caso da hierarquização dos elementos normativos em conflito⁷⁰.

Antes de encerrar este tópico, um último registro importante. Foram assentadas até aqui algumas premissas essenciais, dentre as quais: direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas⁷¹,

⁶⁸ STF, *DJU*, 9 fev. 2007, HC 90.049/RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁶⁹ STF, *DJU*, 4 jun. 2004, MS 24.369/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

⁷⁰ Para uma análise desses mecanismos alternativos à ponderação, ver Barcellos (2005, p. 57 et seq.).

⁷¹ Direitos fundamentais podem ser restringidos, em primeiro lugar, pela própria Constituição, seja em nome de outros direitos fundamentais (a liberdade de expressão não inclui o direito de caluniar alguém – cf. Art. 5º, IV e X) seja para promover

bem como de fornecer parâmetros ao intérprete judicial⁷². O tema da restrição aos direitos fundamentais é um dos mais ricos e complexos da moderna dogmática constitucional⁷³.

A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO⁷⁴

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico,

valores e interesses coletivos (a liberdade de ir e vir pode ser limitada no estado de sítio – Art. 139, I). Podem ser restringidos, também, pela lei, tanto em hipóteses nas quais a Constituição expressamente preveja a limitação (a inviolabilidade das comunicações telefônicas pode ser excepcionada por lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal – Art. 5º, XII –, e a liberdade de trabalho pode estar sujeita a qualificações impostas por lei) quanto com base nos limites imanescentes.

⁷² Como regra geral, colisões de direitos fundamentais devem ser resolvidas em concreto, e não em abstrato. A lei pode procurar oferecer parâmetros para a ponderação, mas dificilmente será válida se ela própria realizar, de modo absoluto, a ponderação, hierarquizando de maneira permanente os direitos em jogo e privando o juiz de proceder ao sopesamento à luz dos elementos do caso concreto. Por essa razão, o Art. 20 do Código Civil, ao cercear drasticamente a liberdade de expressão em favor do direito de imagem, não resiste, em sua literalidade, ao teste de constitucionalidade, exigindo um difícil esforço de interpretação conforme a Constituição. Ver Barroso (2005, p. 79 et seq.).

⁷³ A natureza da presente obra limita a possibilidade de aprofundamento dessa questão particular. No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, no entanto, discutem-se aspectos de grande especulação teórica e alcance prático, como a própria possibilidade lógica de restrição aos direitos fundamentais e concepções que procuram lidar com o problema, como as teorias interna e externa, a doutrina dos limites imanescentes e a preservação do núcleo essencial. Vejam-se, na doutrina estrangeira, em meio a muitos estudos, Alexy (1998, p. 267 et seq.) e Borowski (2003, p. 65 et seq.). E, na doutrina nacional, Pereira (2006, p. 131 et seq.); Silva (2005, p. 163 et seq.) e Barcellos (2005, p. 142 et seq.).

⁷⁴ Este tópico foi escrito com a colaboração de Ana Paula de Barcellos. Sobre o tema, vejam-se: Dworkin (1997); Alexy (1997); Alexy (1998; 2002), textos gentilmente cedidos por Margarida Lacombe Camargo; Larenz (1997); Sarmento (2000); Torres (2000, p. 643 et seq.); Santiago (2000); Barak (2002); Gouvêa (2003); Ávila, H. (2003); Barcelos (2005, p. 91 et seq.); Barroso e Barcellos (2006, p. 3 et seq.).

no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos –, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.

De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior $\Rightarrow$ premissa menor $\Rightarrow$ conclusão), somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais.

Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.

Esse relato expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar de ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do STF, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos⁷⁵.

⁷⁵ De fato, o emprego da ponderação tornou-se corriqueiro na argumentação do Supremo Tribunal Federal, com referências frequentes a essa técnica, à razoabilidade-proporcionalidade e ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Confira-se, e.g.: *DJU*, 19 mar. 2004, HC 82.424/RS, voto do Min. Celso de Mello: “Entendo que

De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, descritas a seguir.

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Relembre-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma⁷⁶. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é: as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que já foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado e nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos

a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, ‘hic et nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.”

⁷⁶ Sobre o tema, ver Ávila, H. (2003, p. 13).

fáceis ou difíceis. É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade⁷⁷. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* (v. *supra*).

Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica⁷⁸. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências⁷⁹.

⁷⁷ Essa estrutura em geral não se repete com as regras, de modo que a ponderação de regras será um fenômeno muito mais complexo e excepcional.

⁷⁸ Há, na verdade, quem critique essa necessidade e a própria conveniência de aplicar-se a ponderação a temas constitucionais que, por seu caráter fundamental, não deveriam estar sujeitos a avaliações tão subjetivas como as que ocorrem em um processo de ponderação: ver Aleinikoff (1987).

⁷⁹ Para o exame de algumas situações concretas de ponderação na nossa perspectiva, ver Barroso (2002, p. 243 et seq.): Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro (sobre liberdade de expressão e informação *versus* políticas públicas de proteção à saúde); Barroso (2002, p. 341 et seq.): Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988 (sobre liberdade de expressão *versus* proteção aos valores éticos e sociais da pessoa e da família). E em Barroso (2003, p. 47 et seq.): A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços (sobre livre-iniciativa e

É interessante observar que alguns grandes temas da atualidade constitucional no Brasil têm seu equacionamento posto em termos de ponderação de valores, podendo-se destacar:

a) o debate acerca da relativização da coisa julgada, em que se contrapõem o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos da personalidade e outros⁸⁰;

b) o debate acerca da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais⁸¹;

c) o debate acerca do papel da imprensa, da liberdade de expressão e do direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada.

Algumas observações finais sobre o tema. A metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações. Embora tenha merecido ênfase recente, por força da teoria dos princípios, constitui uma idéia que vem de longe⁸². Há quem a situe como um componente do princípio mais abrangente da proporcionalidade⁸³ e outros que já a vislumbram como um princípio próprio, autônomo: o princípio da ponderação⁸⁴. É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo,

livre-concorrência *versus* proteção do consumidor); e Barroso (2003, p. 539 et seq.): Banco Central e Receita Federal. Comunicação ao Ministério Público para fins penais. Obrigatoriedade da conclusão prévia do processo administrativo (sobre proteção da honra, imagem e privacidade *versus* repressão de ilícitos).

⁸⁰ Ver Dinamarco (2002, p. 33 et seq.).

⁸¹ Sarlet (2000, p. 107 et seq.).

⁸² Pound (1923) é citado como grande impulsionador da moderna técnica de ponderação, no âmbito da “jurisprudência sociológica”. Ver Murphy, Fleming e Harris (1986, p. 309).

⁸³ Alexy (2002, p. 6).

⁸⁴ Torres (2000, p. 643 et seq.).

presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto⁸⁵.

Para evitar ou minimizar esse risco identificado, a doutrina tem se empenhado em desenvolver alguns elementos de segurança, alguns vetores interpretativos. De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deve o intérprete:

a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador;

b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;

c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos^{86 87}.

⁸⁵ Silva (2002), em monografia significativamente denominada de *Colisão de princípios e ponderação de interesses*: solução ruim para problema inexistente, faz densa crítica à idéia de ponderação em si e, considerando artificiais as distinções entre regra e princípio, conclui: “a) a distinção entre regra e princípio é inócua do ponto de vista funcional, uma vez que o princípio não pode operar por si só, mas apenas através de uma regra que dele se extraia; b) a ‘colisão de princípios’ é, na verdade, um conflito de regras extraídas de princípios, que pode ou não ser solucionável pelos critérios tradicionais de superação de antinomias.”

⁸⁶ Ver Barcellos (2005, p. 125 et seq.). A autora procura delinear, ainda, dois parâmetros gerais para a ponderação, expostos analiticamente no desenvolvimento de sua tese e assim resumidos na conclusão do trabalho: “Ao longo do processo ponderativo o intérprete pode lançar mão de dois parâmetros gerais: (i) os enunciados com estrutura de regra (dentre os quais os núcleos dos princípios que possam ser descritos dessa forma) têm preferência sobre aqueles com estrutura de princípios; e (ii) as normas que promovem diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos e a dignidade humana têm preferência sobre aquelas que apenas indiretamente contribuem para esse resultado.”

⁸⁷ O conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais é objeto de diversas teorias. Tem conquistado adesões a idéia de uma íntima relação entre os conceitos de conteúdo essencial e proporcionalidade, para concluir que *as restrições a direitos fundamentais que passem no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos*. Ver Silva (2005, p. 259-260; 272), em que resumiu tal

A ponderação, como estabelecida anteriormente, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer *concessões recíprocas* entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer *escolhas*, determinando, *in concreto*, o princípio ou direito que irá prevalecer.

Tomem-se dois dos exemplos citados no tópico anterior. No *caso da Rua Inhangá*, em que um pregador religioso iniciava sua atividade às sete horas da manhã de domingo, há uma solução relativamente simples capaz de harmonizar, mediante concessões recíprocas, a liberdade religiosa e o direito ao repouso: a fixação do horário das dez horas da manhã para o início da pregação⁸⁸. Porém, no *caso Glória Trevi*, o Supremo Tribunal Federal fez uma escolha: optando pelo direito à honra sobre o direito de privacidade, determinou a realização do exame de DNA na placenta que envolvia o bebê, levado a efeito logo em seguida ao parto⁸⁹. Naturalmente, nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o intérprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio. Daí a necessidade de se resgatar a argumentação jurídica.

raciocínio no seguinte silogismo: “Restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais; restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais; restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial.” (Texto ligeiramente editado)

⁸⁸ Este caso não gerou uma demanda judicial, tendo sido solucionado por composição amigável entre os moradores da rua e o pregador religioso.

⁸⁹ STF, *DJU*, 27 jun. 2003, Rcl 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira: “Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do Art. 5º, da CF/88. [...] 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do ‘prontuário médico’ da reclamante.”

A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA⁹⁰***Algumas anotações teóricas***

A argumentação faz parte do mundo jurídico, que é feito de linguagem, racionalidade e convencimento. Todos os participantes do processo apresentam argumentos, e a fundamentação é requisito essencial da decisão judicial⁹¹. No entanto, como já assinalado, a interpretação jurídica lida com casos fáceis e com casos difíceis. Os casos fáceis podem ser decididos com base na lógica formal, dedutiva, aplicando-se a norma pertinente aos fatos, mediante subsunção. Nos casos difíceis, porém, a solução precisa ser construída tendo em conta elementos que não estão integralmente contidos nos enunciados normativos aplicáveis. Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o ambiente típico da argumentação jurídica⁹².

Argumentação é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de uma determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem; (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão⁹³. A necessidade da argumentação se potencializa com a substituição da lógica

⁹⁰ Sobre o tema, ver Perelman e Olbrechts-Tyteca (1996); Toulmin (1958); McCormick (1978); Alexy (2001); Atienza (2002); Maia (1999); Atienza (2000); Maia (2006); Maia e Bustamante (2006); e Bonaldo e Beneduzi (2006).

⁹¹ CPC, Art. 458, II.

⁹² Típico, mas não exclusivo. De fato, embora a lógica formal dedutiva não possa dar conta de todos os problemas da interpretação e aplicação do Direito, ainda assim ela desempenha um papel importante e, freqüentemente, estará presente na argumentação jurídica. Por essa razão, ao se referir aos autores pioneiros da teoria da argumentação, anotou Atienza (2000, p. 233): “En lo que se equivocaron es en llevar demasiado lejos su crítica y en sostener que la lógica formal deductiva no tiene praticamente nada que decir sobre la argumentación jurídica.”

⁹³ Ver Maia (2006, p. 60).

formal ou dedutiva pela razão prática⁹⁴ e tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais.

A *argumentação jurídica* desenvolveu-se, especialmente, no quarto final do século passado⁹⁵. Liga-se ela à idéia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas. As diferentes teorias da argumentação jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais⁹⁶.

⁹⁴ A razão teórica busca a verdade, o conhecimento, e tem por conduta típica a contemplação. A razão prática busca a produção do bom e do justo, e realiza-se pela ação. Através de um uso teórico da razão, o sujeito do conhecimento examina a realidade e busca descrevê-la com objetividade. No campo da teoria do Direito, esse uso da razão caracteriza aquelas concepções que se dispõem a dizer o que o Direito é, sem julgá-lo. É o caso, em especial, da teoria pura do direito, de Kelsen. Um uso prático da razão, por seu turno, é voltado para o estabelecimento de padrões de comportamento, caracterizados como justos. É através de um uso prático da razão que são construídos princípios de justiça a partir dos quais é possível julgar os preceitos de um ordenamento jurídico concreto. A razão prática é o direcionamento da vontade à consecução daqueles valores éticos. Sobre o tema, vejamos: Bonaldo e Beneduzi (2006, p. 690-695); Souza Neto (2006a) e Atienza (2002, p. 200): “A exigência mais fundamental da racionalidade prática é que, a favor de uma ação, deve-se apresentar algum tipo de razão, seja avaliativa (valorativa) ou finalista.”

⁹⁵ Uma primeira fase, no período que se seguiu ao término da Segunda Guerra, congregou autores distintos e distantes, reunidos na rejeição à lógica formal, à lógica dedutiva, com destaque para a *Tópica*, de Viehweg (1953), a *Lógica do razoável*, de Recaséns Siches, a *Nova retórica*, de Perelman (1958) e a *Lógica não formal*, de Toulmin (1958). Todavia, assinala Atienza (2000, p. 234), “o mérito de elaborar verdadeiras teorias da argumentação jurídica corresponde a diversos autores de décadas posteriores, como Aarnio (1987), Alexy (1978), McCormick (1978), Peczenik (1984) e Wróblewsky (1974)”.

⁹⁶ Maia e Bustamante (2006, p. 66) registram o que identificam como uma *definição comum* às diferentes propostas: “Teorias da argumentação jurídica são teorias sobre o emprego dos argumentos e o valor de cada um deles nos discursos de justificação de uma decisão jurídica, visando a um incremento de racionalidade na fundamentação e aplicação prática do Direito, na máxima medida possível.”

O crescimento da importância da argumentação jurídica na hermenêutica e na filosofia do Direito tem motivações associadas à filosofia política e à filosofia moral. No plano político, o debate se reconduz à onipresente questão da legitimidade democrática da atividade judicial: na medida em que se reconhece que o juiz participa criativamente da construção da norma, o fundamento de sua atuação já não pode repousar exclusivamente no princípio da separação de Poderes. A argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do *auditório*⁹⁷ passa a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão. No plano moral, já não se aceita, sem objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais se exige sua justificação racional e moral, vale dizer, sua justiça intrínseca⁹⁸.

A argumentação jurídica é um caso especial da teoria da argumentação. Como tal, deve obedecer às regras do discurso racional: as conclusões devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não contradição, o debate deve estar aberto a todos, dentre outras⁹⁹. Paralelamente, outras regras específicas do discurso jurídico deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, o respeito às possibilidades semânticas dos textos legais, a deferência para com as deliberações majoritárias válidas e a observância dos precedentes, para citar alguns exemplos.

⁹⁷ A idéia de auditório está em Perelman e Tyteca, significando “o conjunto que o orador quer influenciar com sua argumentação”. Existe o auditório *particular*, que é o público que compartilha de determinado conjunto de valores e pré-compreensões, como, por exemplo, a comunidade jurídica; e o auditório *universal*, que se caracteriza pela pluralidade de pontos de vista, só podendo ser convencido por argumentos tendentes à universalização. Ver Perelman e Olbrechts-Tyteca (1996, p. 22-39).

⁹⁸ Atienza (2000, p. 231-232): “En el contexto de las sociedades contemporáneas, existe cada vez más la idea de que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por haber sido adoptadas por órganos que directa o indirectamente reflejan las opiniones de las mayorías. Es también necesario que las decisiones estén racionalmente justificadas, es decir, que en favor de las mismas se aporten argumentos que hagan que la decisión pueda ser discutida y controlada.”

⁹⁹ Sobre a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, bem como sobre uma sistematização das regras e formas do discurso prático em geral, ver Alexy (2001, p. 186 et seq.; p. 212).

Alguns aspectos práticos

Após um primeiro momento de perplexidade, os iniciantes no estudo do Direito passam a encarar com naturalidade um fenômeno que causa estranheza a uma pessoa leiga: a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até mesmo votos conflitantes em um mesmo julgado¹⁰⁰. Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela chamada *teoria da argumentação* pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, ainda que não se possa falar de *uma* decisão correta¹⁰¹, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se um determinado argumento é melhor do que outro?

Existem incontáveis propostas de critérios para orientar a argumentação jurídica. Não é o caso de investigá-los aqui. A matéria, por suas implicações e complexidades, transformou-se em um domínio autônomo e altamente espe-

¹⁰⁰ O HC 73.662/MG (STF, DJU, 20 set. 1996, Rel. Min. Marco Aurélio) é um exemplo interessante e emblemático do que se afirma. A discussão envolvia a interpretação dos Arts. 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal, e, em particular, da presunção de violência nos casos de relação sexual com menor de 14 anos, para o fim de se considerar caracterizada a ocorrência do crime de estupro. O voto do Relator defendeu que a presunção deveria ser compreendida como relativa, sendo afastada tanto pelas circunstâncias do caso concreto (a menor levava vida promíscua, aparentava maior idade e consentiu com a relação sexual), como por força da norma constitucional que prevê deva ser conferida especial proteção à família (Art. 226). Isso porque, segundo o Ministro Relator, 5 (cinco) anos já se haviam passado do evento e, nesse ínterim, o paciente no *habeas corpus*, condenado por estupro, havia casado e constituído família. Os votos vencidos, por outro lado, e afora outros argumentos, defendiam a presunção absoluta de violência no caso com fundamento no Art. 227, § 4º, da Constituição, pelo qual “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

¹⁰¹ Com efeito, praticamente todas as teorias que se têm desenvolvido sobre os parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida reconhecem que, muitas vezes, não haverá *uma* resposta certa, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis. Ver Atienza (2002, p. 40 et seq.).

cializado. Por ilustração, são estudados brevemente três parâmetros que se consideram pertinentes e recomendáveis: a) a necessidade de fundamentação normativa; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.

Em *primeiro lugar*, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar *fundamentos normativos* (implícitos que sejam) que lhe dêem sustentação. O intérprete deve respeito às normas jurídicas – *i.e.*, às deliberações majoritárias positivadas em um texto normativo –, à dogmática jurídica – *i.e.*, aos conceitos e categorias compartilhados pela doutrina e pela jurisprudência, que, mesmo não sendo unívocos, têm sentidos mínimos –, e deve abster-se de voluntarismos. Não bastam, portanto, o senso comum e o sentido pessoal de justiça: é necessário que juízes e tribunais apresentem elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão. Em suma: a argumentação jurídica deve preservar exatamente o seu caráter *jurídico* – não se trata de uma argumentação que possa ser estritamente lógica, moral ou política.

Em *segundo lugar*, a argumentação jurídica deve preservar a *integridade* do sistema¹⁰². Isso significa que o intérprete deve ter compromisso com a unidade, com a continuidade e com a coerência da ordem jurídica. Suas decisões, portanto, não devem ser casuísticas ou idiossincráticas, mas *universalizáveis*

¹⁰² A idéia de *law as integrity* é um dos conceitos-chave do pensamento de Ronald Dworkin, tendo sido desenvolvido no capítulo VII de sua obra *Law's empire*, de 1986 (Dworkin, 1999, p. 271 et seq.). Em outra obra, intitulada *Freedom's law* (Dworkin, 1996), o autor volta ao tema, ao afirmar que a *leitura moral da Constituição*, por ele preconizada, é limitada pela exigência de *integridade* constitucional, afirmando: “Judges may not read their own convictions into the Constitution. They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much that judgment appeals to them, unless they find it consistent in principle with the structural design of the Constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges.” (Tradução livre: Os juízes não devem ler suas próprias convicções na Constituição. Não devem ler cláusulas morais abstratas como se expressassem algum juízo moral particular, não importa quão adequado esse juízo lhes pareça, a menos que o considerem consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional assentadas pelos juízes que os antecederam).

¹⁰³ Naturalmente, a idéia de integridade não se confunde com a de uniformidade nem importa em vedação ao eventual temperamento da lei à vista do caso concreto.

a todos os casos em que estejam presentes as mesmas circunstâncias, bem como inspiradas pela razão pública¹⁰³. Além disso, o intérprete deve procurar observar os *precedentes* e impedir variações não fundamentadas de entendimento. De fato, o respeito à jurisprudência é uma forma de promover segurança jurídica e de resguardar a isonomia¹⁰⁴. O juiz não pode ignorar a história, as sinalizações pretéritas e as expectativas legítimas dos jurisdicionados. Na boa imagem de Ronald Dworkin, a prática judicial é como um “romance em cadeia”, escrito em vários capítulos, em épocas diferentes¹⁰⁵. É possível exercer a própria criatividade, mas sem romper com a integridade do Direito. Guinadas no enredo serão sempre possíveis – para fazer frente a novas realidades ou mesmo para corrigir um juízo anterior que se reputa equivocado – mas deverão ser cuidadosamente justificadas e poderão ter seus efeitos limitados ou adiados para evitar injustiças flagrantes.

Em *terceiro lugar*, o intérprete constitucional não pode se perder no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das conseqüências práticas de sua atuação. Sua atividade envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (conseqüencialismo)¹⁰⁶. Por certo, juízes e tribunais não podem

¹⁰⁴ Ver Barroso (2006, p. 269): “A observância dos precedentes liga-se a valores essenciais em um Estado de direito democrático, como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia. Essa circunstância deve ser levada em conta no processo de ponderação a ser empreendido para determinação da retroatividade ou não de determinada decisão judicial.”

¹⁰⁵ Ver Dworkin (1999, p. 275 et seq.).

¹⁰⁶ A idéia de conseqüencialismo aqui adotada não coincide com a perspectiva de Maquiavel – “os fins justificam os meios” –, nem com a tradição utilitarista de Bentham e Mill, nem tampouco com o pragmatismo da análise econômica do Direito. Mais próxima da concepção aqui exposta é a doutrina de Neil MacCormick, assim sintetizada por Atienza (2002, p. 196): “[A] concepção conseqüencialista de MacCormick pode ser compatível com a idéia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior). De certo modo, a orientação de acordo com fins e a orientação segundo um critério de correção são duas faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, os *fins corretos* de acordo com o ramo do Direito de que se trate.”

lançar mão de uma argumentação inspirada exclusivamente pelas consequências práticas de suas decisões. Pelo contrário, devem ser fiéis, acima de tudo, aos valores e princípios constitucionais que lhes cabe concretizar. Nada obstante isto, o juiz constitucional não pode ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, sobre a vida das instituições, do Estado e das pessoas.

Até porque tais consequências não serão indiferentes aos valores normativos vigentes. Um exemplo ajudará a elucidar o ponto: sendo possível prever, com razoável segurança, que determinada decisão irá produzir danos à igualdade entre homens e mulheres, parece evidente que essa circunstância não poderá ser ignorada por juízes e tribunais¹⁰⁷. A consideração das consequências prováveis pode consubstanciar-se em um imperativo de boa aplicação do Direito considerado em seu conjunto, e não em uma indagação inteiramente

¹⁰⁷ O STF, em interessante precedente, declarou que a Emenda Constitucional nº 20/98 deveria receber interpretação conforme para excluir de sua incidência a licença à gestante, justamente para evitar uma provável consequência prática negativa para a igualdade da mulher no mercado de trabalho. Confira-se: STF, *DJU* 16 maio 2003, ADIn 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches: “Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará, sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (Art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do Art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. [...] 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao Art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o Art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.”

metajurídica¹⁰⁸. Coisa diversa, e ilegítima, seria a produção de um verdadeiro juízo de conveniência e oportunidade políticas – típico dos agentes públicos eleitos – ocultado sob a forma de decisão judicial¹⁰⁹.

Aqui vale fazer uma nota. Os três parâmetros de argumentação supra-mencionados estão relacionados com *um* dos problemas suscitados pela teoria da argumentação, talvez o principal deles: a verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas determinadas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto. Isto é: cuida-se aqui do momento final da aplicação do Direito, quando os fatos já foram identificados e as normas pertinentes selecionadas. Isso não significa, porém, que esses dois momentos anteriores – seleção de fatos e de enunciados normativos – sejam auto-evidentes. Ao contrário.

¹⁰⁸ Pelo contrário, a consideração das consequências prováveis legitima-se justamente por ser reconduzida a argumentos normativos, por se orientar à promoção dos fins tutelados pela ordem jurídica. Como não se trata de ruptura com o Direito posto, o espaço para avaliações consequencialistas tende a crescer nos chamados casos difíceis, quando o ordenamento não fornece solução unívoca para o problema sob exame. Diante de opções possíveis e razoáveis de solução, parece natural que a preferência recaia sobre aquela que, num juízo probabilístico, melhor atenda aos fins constitucionalmente protegidos ou, quando menos, deixe de constituir ameaça aos mesmos. Em linha semelhante, ver MacCormick (2006, p. 192-193): “Considerando-se que a concepção que se tem das leis é racional e deliberada, parece de fato essencial que a justificação de qualquer decisão numa área não comandada por uma norma expressa que envolva obrigação, ou quando uma norma semelhante for ambígua ou incompleta, prossiga pela verificação das decisões propostas à luz de suas consequências.” Para uma interessante discussão sobre o uso de argumentos consequencialistas e sua compatibilização com uma *leitura moral* da Constituição, com referência a julgados do STF, ver Souza Neto (2006b).

¹⁰⁹ Imagine-se que determinado juiz, tendo preferência pessoal por um modelo intervencionista de Estado, declare a existência de um regime de monopólio ou privilégio estatal sobre determinada atividade, embora os elementos normativos envolvidos apontem a prevalência do regime da livre-iniciativa. Ou então que declare inconstitucional uma eventual nova lei de locações que confira proteção reforçada contra o despejo, apenas por considerar que a dinâmica do mercado seria mais eficiente para assegurar uma melhor oferta de imóveis a médio prazo. Esse tipo de avaliação não compete aos juízes, e sim aos agentes eleitos, respeitadas as balizas constitucionais. Ainda nessa temática, ver Arguelles (2006).

Desse modo, fica apenas o registro de que, além da referida questão, outros dois problemas que têm ocupado os estudiosos da argumentação jurídica envolvem exatamente a seleção das normas e dos fatos que serão consideradas em uma determinada situação. Com efeito, não é incomum, diante de um caso, que alguns fatos sejam considerados relevantes e outros ignorados. Que critérios levam o intérprete a dar relevância jurídica a alguns eventos e preterir outros ¹¹⁰? Também a seleção da norma ou normas aplicáveis, isto é, o estabelecimento da premissa normativa, nem sempre é um evento simples. A pergunta aqui, que muitas vezes não terá uma resposta unívoca, pode ser formulada nos seguintes termos: que normas são pertinentes ou aplicáveis ao caso ¹¹¹?

Em suma, o controle da racionalidade, correção e justiça do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que envolvem a compreensão

¹¹⁰ Um exemplo dessa espécie de problema pode ser observado na decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou legítima a aplicação de aumento da alíquota do imposto de renda, publicado ao longo de determinado ano, ao fato gerador que se consolidou em 31 de dezembro daquele mesmo ano. Na hipótese, era possível considerar ao menos duas circunstâncias aparentemente relevantes: (i) o fato gerador já estava em curso quando do incremento da alíquota; e (ii) o fato gerador se consolida no dia 31 de dezembro. O intérprete que tomasse em consideração apenas o primeiro fato poderia concluir pela inconstitucionalidade do aumento, tendo em conta o princípio constitucional da anterioridade tributária. Por outro lado, aquele que apenas considerasse relevante o segundo, como fez o STF, entenderia constitucional a incidência do aumento desde logo. Confira-se: “Tratava-se, nesse precedente, como nos da súmula, de Lei editada no final do ano-base, que atingiu a renda apurada durante todo o ano, já que o fato gerador somente se completa e se caracteriza, ao final do respectivo período, ou seja, a 31 de dezembro” (STF, *DJU*, 8 maio 1998, RE 194.612/SC, Rel. Min. Sydney Sanches).

¹¹¹ Nos casos, *e.g.*, em que o conteúdo de matérias jornalísticas se pode opor à honra e à privacidade, há autores que procuram solucionar o problema afirmando que a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente é aplicável apenas às pessoas naturais, individualmente consideradas, e não às empresas que exploram meios de comunicação. Estas gozariam apenas da liberdade de empresa e de iniciativa, direitos também assegurados pela Constituição, mas que poderiam ser restringidos com muito maior facilidade que a liberdade de expressão, prevista, afinal, como uma cláusula pétrea. Esta é a posição do professor Fábio Konder Comparato (2001). Ora, o fato de a liberdade de expressão ser ou não um elemento normativo relevante no caso é fundamental para sua solução.

do Direito, a seleção dos fatos e o exame das diversas soluções possíveis. Desnecessário dizer que se vive um tempo de perda na objetividade e na previsibilidade da interpretação em geral, com redução da segurança jurídica (ou da antiga percepção de segurança jurídica, que talvez fosse superestimada). Atente-se, porém, que as diferentes categorias da *nova interpretação*, aqui estudadas, não são a causa da insegurança. Justamente ao contrário, procuram elas lidar racionalmente com as incertezas e angústias da pós-modernidade – marcada pelo pluralismo de concepções e pela velocidade das transformações – e de uma sociedade de massas, de riscos e de medos.

No ambiente da colisão, da ponderação e da argumentação, freqüentemente não será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos postos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. A legitimação da decisão virá de sua capacidade de convencimento, da demonstração lógica de que ela é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto*. Não é incomum a ocorrência de idas e vindas durante a tramitação processual, com reconsiderações e reformas dos pronunciamentos judiciais. Para confirmar essa assertiva, tomem-se os exemplos utilizados anteriormente (v. *supra*) para ilustrar a colisão dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação com os direitos da personalidade à privacidade, à honra e à imagem.

No primeiro caso, uma jovem fizera *topless* em uma praia de Santa Catarina. Tendo sido sua foto divulgada em um jornal de grande circulação local, postulou ela indenização por danos morais. O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a imagem fora exposta voluntariamente em lugar público. Em apelação, uma das Câmaras do Tribunal de Justiça reformou a decisão, entendendo que o uso da imagem de qualquer pessoa não pode jamais prescindir de autorização. Em embargos infringentes, contudo, o Tribunal reformou o acórdão anterior, baseado no argumento de que a própria autora da ação expusera sua intimidade numa praia lotada e em pleno feriado. Esta última decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹².

¹¹² STJ, DJU, 13 set. 2004, REsp 595.600/SC, Rel. Min. César Rocha: “Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.”

O segundo caso passou-se na Alemanha. A princesa Caroline de Mônaco ingressou em juízo solicitando uma ordem para impedir que determinada revista de variedades expusesse fotos suas e de sua família em atividades relativas à sua vida privada. A demanda percorreu diferentes instâncias e chegou ao Tribunal Constitucional Federal. A decisão da corte constitucional foi no sentido de interditar a divulgação de fotos dos filhos menores da autora, bem como dela própria quando se encontrasse em lugares não-públicos (“secluded places”). Todavia, entendeu o Tribunal que uma pessoa pública, em locais públicos, não podia ter a pretensão legítima de impedir a divulgação da sua imagem¹¹³. Levada a matéria à Corte Europeia de Direitos Humanos, decidiu ela, por unanimidade, que a decisão alemã estava em desconformidade com a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, por violar o direito à vida privada da autora em nome da divulgação de matéria desprovida de interesse público¹¹⁴.

¹¹³ A decisão foi proferida em 1999 (1 BvR 653/96).

¹¹⁴ A decisão da CEDH, sediada em Estrasburgo, foi proferida em 24.06.2004. Não se está aqui de acordo com os seus fundamentos, que foram sintetizados no julgado da seguinte forma: “76. Nesses termos, a Corte entende que o elemento decisivo na ponderação entre a proteção dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão reside na contribuição das fotos e matérias publicadas para uma discussão de interesse coletivo. Neste caso, ficou claramente demonstrado que elas não trazem tal contribuição, uma vez que a autora não exerce nenhuma função pública, e que as fotos e matérias estão exclusivamente relacionadas a detalhes de sua vida pessoal. 77. Além disso, a Corte entende que o público em geral não tem interesse legítimo em saber que lugares a autora frequenta e de que maneira ela se comporta em sua vida particular, ainda que a autora esteja em algum lugar que não seja propriamente recluso, e ainda que seja ela uma figura pública. Mesmo que tal interesse exista, assim como existe o interesse econômico da revista em publicar as fotos e as matérias, no presente caso, o entendimento da Corte é de que esses interesses devem ceder ao direito da autora de proteger sua vida privada. [...] 79. Levando-se em conta os elementos acima descritos, e apesar da margem de apreciação conferida ao Estado nessa região, a Corte considera que os tribunais alemães não lograram justa ponderação nessa situação. 80. Houve uma brecha no artigo 8º da convenção.” Nossa posição na matéria é no sentido de que se presume o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro, ocorrido no espaço público, ainda mais quando envolva pessoas públicas. Com efeito, o interesse público, no caso, reside na própria liberdade de expressão e informação, essenciais ao funcionamento do regime democrático, a despeito do conteúdo veiculado (que pode ou não se revestir de interesse público autônomo).

O terceiro e último caso envolveu o protagonista de um crime passionnal ocorrido em Búzios, no Estado do Rio de Janeiro, na segunda metade da década de 70 do século passado. O autor do crime fora absolvido em um primeiro julgamento, tendo prevalecido a tese de “legítima defesa da honra”. Em um segundo julgamento, foi condenado pelo Tribunal do Júri e cumpriu pena. Quando uma emissora de televisão decidiu encenar o episódio, anos depois, insurgiu-se o ex-condenado, sob o fundamento de violação de sua honra, imagem e privacidade, afirmando que havia se submetido às penas da lei e que já estava ressocializado. O juiz de primeiro grau concedeu-lhe liminar para impedir a exibição do programa. O Tribunal de Justiça revogou a liminar. No julgamento do pedido de reparação de danos, após a exibição do programa, entendeu, por dois votos a um, ser indevida qualquer indenização¹¹⁵.

Tome-se este último exemplo para, em desfecho do tópico, fazer-se um exercício singelo de ponderação e argumentação. As normas em colisão são, de um lado, os Arts. 5º, IV, IX, XIV e 220, da Constituição, que tutelam a liberdade de expressão e de informação; e, de outro, o Art. 5º, X, que resguarda a inviolabilidade da privacidade, da honra e da imagem das pessoas. Os fatos relevantes parecem ser: natureza descritiva do programa a ser exibido, sem juízos de valor sobre o crime ou seu autor; relato baseado em registros históricos confiáveis, inclusive de natureza pública; evento criminoso ocorrido no passado; autor condenado e pena cumprida, extinta há diversos anos; autor já ressocializado, tendo inclusive esposa e filhos. As soluções possíveis, à primeira vista, eram: impedir ou autorizar a exibição.

Não se trata de um caso fácil, por envolver um conflito de direitos fundamentais, sem que o ordenamento forneça, em tese, a solução constitucionalmente adequada. O juiz, portanto, terá de realizar a ponderação entre os valores em conflito, fazendo concessões recíprocas e/ou escolhas. E, reconheça-se, pessoas esclarecidas e de boa-fé poderão produzir soluções diferentes para o problema. Veja-se, a seguir, a demonstração argumentativa de uma delas, começando por identificar alguns dos elementos a serem ponde-

¹¹⁵ TJRJ, *DORJ*, 3 abr. 2006, AC 2005.001.54774, Rel. Min. Milton Fernandes de Souza: “Nesse contexto, o relato de acontecimento relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lhe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza afronta a honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com seu passado.”

rados no conflito entre liberdade de expressão/informação e direitos da personalidade, dentre os quais se incluem os seguintes¹¹⁶:

- a) a veracidade do fato¹¹⁷;
- b) a licitude do meio empregado na obtenção da informação¹¹⁸;
- c) a personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia¹¹⁹;
- d) o local do fato¹²⁰;
- e) a natureza do fato¹²¹;
- f) a existência de interesse público na divulgação da tese¹²².

¹¹⁶ Esta questão é explorada com maior detalhe e com remissão a farta bibliografia em Barroso (2005, p. 113 et seq. Parâmetros constitucionais para a ponderação na hipótese de colisão).

¹¹⁷ Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade.

¹¹⁸ Se a notícia tiver sido obtida mediante interceptação telefônica clandestina, invasão de domicílio ou violação de segredo de justiça, sua divulgação não será legítima.

¹¹⁹ Em nome da transparência democrática, pessoas que ocupam cargo público têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda. Da mesma forma, pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento, pela exposição pública de sua atividade, estão sujeitas a critério menos rígido do que pessoas de vida estritamente privada. Evidentemente, menor proteção não significa supressão do direito.

¹²⁰ Os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos. Eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos. Será diferente, em princípio, se ocorrerem na rua, em praça pública ou em lugar de acesso ao público, como um restaurante ou o saguão de um hotel.

¹²¹ Há fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (tremor de terra, enchente), acidentes (automobilístico, incêndio, desabamento), assim como crimes em geral, são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidas.

¹²² O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de idéias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação.

Da aplicação de tais elementos ao caso concreto, o juiz/tribunal pode estruturar sua decisão de considerar legítima a exibição do programa com base nos seguintes fundamentos: a) o fato é verdadeiro, conforme reconhecido por decisão transitada em julgado; b) o conhecimento do fato foi obtido por meio lícito, inclusive constando os dados de registros e arquivos públicos; c) o autor da ação era uma pessoa de vida privada, mas que participou de um evento de repercussão pública e grande visibilidade; d) por sua natureza, crime não é fato da vida privada; e) o interesse público na divulgação de um fato verdadeiro se presume e, *in casu*, a sociedade brasileira tem o interesse legítimo de saber que no país, em outros tempos, já se aceitou a tese de que um homem podia matar uma mulher em defesa da sua honra.

A solução exposta, que se afigura a melhor a nosso ver, não é, todavia, a única logicamente possível. O domínio da colisão dos direitos fundamentais, da ponderação e da construção argumentativa da norma concreta não é feito de verdades plenas ou de certezas absolutas. Ele é influenciado não apenas pela maior ou menor complexidade das normas e dos fatos envolvidos, como também pela pré-compreensão do intérprete e pelos valores morais e políticos da sociedade. O que se pode dizer é que a argumentação desenvolvida é dotada de lógica e racionalidade suficientes para disputar a adesão do auditório, isto é, da comunidade jurídica e da sociedade em geral. Este é o mínimo e o máximo que se pode pretender na busca da solução constitucionalmente adequada para os casos difíceis.

CONCLUSÃO

O método tradicional de interpretação jurídica – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – continua válido para a solução de boa quantidade de problemas, mas não é suficiente para o equacionamento de inúmeras situações envolvidas na interpretação constitucional. No Direito contemporâneo, mudou o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete. Para acudir às novas demandas, decorrentes da maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas sobretudo para a interpretação constitucional, que incluem: os conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, a colisão de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. Nesse ambiente, nem sempre será possível falar em resposta correta para os

problemas jurídicos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. A legitimidade da decisão virá de sua capacidade de convencer e conquistar adesão, mediante demonstração lógica de ser a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto*.

REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, T. Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 96, p. 943, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. 1998. Mimeografado.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. (Original: *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978).

_____. *Constitutional rights, balancing, and rationality*, 2002. Mimeografado.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ARGUELLES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais*. Rio de Janeiro, 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Mimeografado.

ATIENZA, Manuel. Argumentación jurídica. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta, 2000.

_____. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 86, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARAK, Aaron. Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 116, 2002.

_____. Constitutional interpretation. In: MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. (Org.). *L'interprétation constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. t. 1.

_____. _____. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3.

_____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 3.

BARROSO, Porfírio; TAVALERA, María del Mar López. *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*. Madrid: Fragua, 1998.

BEATTY, David. The forms and limits of constitutional interpretation. *American Journal of Comparative Law*, n. 49, 2001.

BOBBIT, Philip. The modalities of constitutional argument. In: *Constitutional interpretation*. Oxford: Blackwell, 1991.

BONALDO, Frederico; BENEDUZI, Renato Resende. Razão prática e razão teórica. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHRISTIE, George C.; MARTIN, Patrick H. *Jurisprudence: text and reading on the philosophy of law*. Saint Paul: West Publishing Co., 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coord.). *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos: o prazo decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo*, São Paulo: Madras, 2005.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas, 1998.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y norma en elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FALLON JR., Richard H. How to choose a constitutional theory. *California Law Review*, Berkeley, n. 85, 1999.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos fundamentais: a honra, a intimidade e a vida privada versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2000.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Realismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

GAENSLY, Marina. *O princípio da coerência: reflexões de teoria geral do Direito contemporânea*. Rio de Janeiro, 2005. Monografia (Pós-graduação em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

GARDÓ, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

GERHARDT, M. et al. *Constitutional theory: arguments and perspectives*. New York: Lexis Law, 2000.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 2, 2000.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Interpretação. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. (Original: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*, 1975).

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

_____. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. Notas sobre direito, argumentação e democracia. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Argumentação. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MARTÍNEZ, Miguel Ángel Alegre. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Tecnos, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 135, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XII, 2000.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988. (Segunda série).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A ordem econômica na Constituição de 1988. *RPGERJ*, Rio de Janeiro, n. 42, 1990.

MURPHY, Walter F.; FLEMING, James; HARRIS, William F. *American constitutional interpretation*. Mineola: Foundation Press, 1986.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Escola do direito livre. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Original: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, 1958).

POUND, Roscoe. *Interpretations of legal history*. Nova York: The Macmillan Company, 1923.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SALDANHA, Nelson. Escola da Exegese. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada. Construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

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

SCHAUER, Frederick; WISE, Virginia J. *The distinctiveness of constitutional interpretation*. 2006, Mimeografado.

SCHWABE, Jürgen. (Org.). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

SILVA, Antônio Henrique Corrêa da. *Colisão de princípios e ponderação de interesses: solução ruim para problema inexistente*. Rio de Janeiro, 2002. Monografia (Pós-graduação em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. Mimeografado.

SOUZA, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos fundamentais. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 1, 2006a.

_____. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 37, 2006b.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio. Hermenêutica jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrain. *Interpretation and institutions*. 2006. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>>. (Working paper n. 28).

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: ZILLES, Urbano. (Coord.). *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

TROPER, Michel. L'interprétation constitutionnelle. In: *L'interprétation constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Original: *Topik und Jurisprudenz*, 1953).

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da emprei-

tada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIGO, Rodolfo L. *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1999.

_____. *Los principios jurídicos – Perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 831, 2005.

WOLCHER, Louis E. A philosophical investigation into methods of constitutional interpretation in the United States and the United Kingdom. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, Charlottesville, n. 13, 2006.

RESUMO

O artigo examina os novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. Apresenta as premissas metodológicas, pesquisa sobre o papel do intérprete que não se reduz a uma função técnica e recapitula os conceitos fundamentais relativos à normatividade dos princípios. A partir da compreensão sobre as modalidades de eficácia dos princípios constitucionais – eficácia direta, eficácia interpretativa e eficácia negativa –, estuda o problema da colisão de normas constitucionais, a técnica da ponderação e a argumentação jurídica.

Palavras-chave: interpretação constitucional, normatividade dos princípios, eficácia interpretativa.

ABSTRACT

This article examines the new paradigms and categories of constitutional interpretation. It presents the methodological premises, a research on the role of the interpreter that is not reduced to a technical function and recapitulates the fundamental concepts relative to the normative of principles. Parting from the comprehension of the efficacy modalities of constitutional principles, direct efficacy, interpretative efficacy and negative efficacy – we can study the problem of collision of constitutional norms; the technique of judicial pondering and argumentation.

Keywords: constitutional interpretation, normative of principles, interpretative efficacy.

Luís Roberto Barroso é Doutor em Direito, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Livre-Docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Diretor-Geral da *Revista de Direito do Estado*.

O futuro do Direito e o direito ao futuro *

Luiz Edson Fachin

Permitam-me narrar-lhes o seguinte.

Imaginemos que a dois transeuntes reflexivos tenham sido, no dia 1º de janeiro deste ano que principia, dirigidas as seguintes questões: *como será o direito no futuro que se avizinha e como se realizará o direito de todas as gentes a um futuro digno e justo?*

Após um longo silêncio eloquente, o primeiro deles pediu para responder e apresentou a seguinte reflexão que me permito sintetizar.

Foram suas palavras, iniciando por dizer: não é possível pensar no futuro, olvidando-se do presente e apagando o passado. O ser humano, individual e coletivamente, se faz na história de seus caminhos e na vida em sociedade à luz dos valores que elege, por ação ou omissão, para viver e conviver.

* Este texto retoma, com ajustes, mudanças e acréscimo, a exposição feita no VII Encontro Cainã, realizado em Portugal de 21 a 23 de janeiro de 2008, e utiliza, como título (e com a devida autorização do Professor António José Avelãs Nunes, coordenador do evento e Vice-Reitor da Universidade de Coimbra), a denominação dada ao evento.

E prosseguiu:

Um dos tempos verbais que explicitam os impasses no desassossego¹ inspirador de versos e paradoxos é o futuro do pretérito, e nele se expressam hipóteses aporéticas de incerteza². O indicativo do que *seria* o Brasil contemporâneo no Legislativo, no Judiciário e no Executivo, pode caminhar por aí, pelo porvir que reflete, como pesadelo, sonhos de outrora.

Não se trata tão-só de haurir dos fatos e da história o *direito que foi tomado pelo avesso*, e sim, ao início de novo milênio, de também refletir sobre a construção do discurso jurídico a partir da terra brasileira, fornecendo alguns elementos de compreensão do presente e de prospecção ao futuro do Direito e ao Direito que se terá como ventura e fado.

Ambos os respondentes se sentaram, ao lado do argüidor, eis que a *prosa* se evidenciava, desde logo, caminhar longe. E o primeiro respondente, sisudo e tez fechada, continuou:

Algumas premissas informam esse caminho. De um lado, debater o pretérito dos direitos civis que se projetaram em parcela saliente da jurisprudência como direitos constitucionalizados (à vida, à saúde, à proteção dos riscos e assim por diante) corresponde ao reconhecimento de um *telos* que não se esgota na dogmática jurídica; de outra parte, expor a trajetória do Direito e da Justiça impõe hoje dialogar com o cenário mundial contemporâneo, plural e complexo.

A desinência que indica o futuro do pretérito espelharia, outrossim, uma colossal clivagem nesse contexto entre a realidade e a respectiva análise de possibilidades. Esse *espaço de intermediação analítica* é mesmo ocupado, dentre outros fenômenos, pelo discurso jurídico (quer doutrinário, quer normativo), pelos *corpos intermediários* e por um feixe de interesses e de poder que tem mantido o Brasil sob permanente *estado social de exceção*.

É desse *futuro do pretérito*, enfatizou o primeiro respondente, que passo a me ocupar, animando-se, ainda mais, com a pergunta, embora a resposta viesse carregada do sentimento inverso.

¹ Fernando Pessoa fornece o mote da aporia que permeia o presente ensaio, pois “inventou o *Livro do Desassossego*, que nunca existiu, propriamente falando, e que nunca poderá existir” (Pessoa, 1999. p. 13).

² Sobre o tema, ver Costa (2003).

Tratar do direito e do futuro tomando a alavanca exemplificativa aqui apreendida para fins metodológicos de exposição do fio condutor que nela se contém, mas ali não principia nem por aí se completa, passa, preambularmente, por um reconhecimento histórico, pela retomada de dados e informações, bem como por questionamentos. Daí perguntou retoricamente a si mesmo: a codificação civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 e as leis infraconstitucionais teriam levado a efeito mudança de fundo na estrutura social, econômica e cultural brasileira?

A rigor, não teriam desenvolvido uma espécie de “teologia” legitimadora do discurso jurídico, exposto nos depósitos da barbárie, que não são meros avatares de uma história dissimulada? Prometeram, enfim, dignidade à vida humana, obediência à boa-fé, à lealdade, à função social do contrato, à supremacia do interesse público, ao funcionamento regular dos poderes constituídos, com quais meios, recursos e instrumentos?

E sem espaço no discurso, na voz e na respiração, continuou:

O intento de alterar as condições materiais da vida social por meio do discurso jurídico normativo não é novo, apresentando-se, nesse cenário, o discurso jurídico como imagem especular invertida.

Como se vê, as relações de poder se instalam a partir da sociedade no âmbito do Estado, para fazerem, por meio das políticas públicas e do discurso jurídico, uma espécie de nova “teologia”, fenômeno histórico e social já observado na apropriação de significados, como se fez com a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, outorgada na Inglaterra em favor do baronato, súditos do denominado Rei João Sem-Terra.

Trata-se do mesmo patamar que representaram as cartas de franquia, as sesmarias e os forais no legado português e espanhol na terra brasileira.

Na ausência de práxis que representasse ruptura de modelos, como fruto da *estrutura da consciência* (como escreve o Habermas do materialismo histórico³), há, por assim dizer, o renascimento do revide cínico dado por Platão ao perguntar se era *deus* ou *um homem* o autor das leis, cuja resposta teocêntrica revela o lugar legitimador que tem ocupado o discurso jurídico no Brasil.

Gerou-se, assim, o cativo perfeito do passado, arrematou o primeiro respondente.

³ Habermas (1990. p. 206).

Fez-se, nesse momento, um silêncio entre o outro argüido, que, pensativo, ouvia, e o argüente que de tudo tomava nota, oportunisticamente pensando em utilizar tais argumentos em futura palestra.

Não se fez de rogado, nada obstante, o primeiro respondente, que, retomando o fôlego da crítica, continuou:

Produto de conflitos endógenos na formação nacional, o Brasil se afeiçoou, assim, à *história lenta do atraso*, surpreendendo até mesmo a *golden rule* do liberalismo. Interesses e poderes se uniram para compor, de geração em geração, uma *hierarquia axiológica intersubjetiva* que arrosta até mesmo as análises que têm perspectiva liberal e se fundam em autores contemporâneos como John Rawls e Ronald Dworkin.

Nas perdas e danos, e para ficar no período que vai até a metade do século XX, o balanço resta por argüir sobre o futuro de um Estado que não chegou, substancial e efetivamente, sequer às promessas da Constituição mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar.

E após breve pausa, ele sentenciou: mantêm-se, pois, a exclusão social, a pobreza e as desigualdades.

Quando o segundo argüido quis iniciar sua resposta às intrincadas e complexas questões sobre o futuro do Direito e o direito ao futuro, o primeiro respondente continuou, dizendo:

O tempo presente não arrostou esses desafios.

Se o presente tem essa coloração que parece mofo imemorial, uma legítima irresignação interroga em outro campo as promessas de então.

E, como olhando para um lugar inatingível ao longe, perguntou, quiçá a si mesmo: seria outro o Brasil caso já houvesse enfrentado os *males que nos afligem*?

Nesse momento, o segundo respondente, já exausto do mutismo a que fora tacitamente compelido, tomou a palavra e replicou:

Podemos ver essa realidade por outro prisma.

E assim sintetizou sua resposta e manifestação:

A Constituição Federal vigente propicia conferir ao Direito Civil patrimonial a superação do estatuto jurídico das coisas, bens e direitos, beneplacitando a “despatrimonialização” e a “repersonalização”. Dessa saudável crise resultou a renovação do sistema clássico de apropriação de bens. Deu-se, assim, a travessia na jurisprudência do Código Civil de 1916 à Constituição de 1988, alcançando até mesmo, no âmbito do novo Código Civil brasileiro, a função

social da propriedade e do contrato, ao controle das atuações públicas e privadas.

Contém o ordenamento regras constitucionais sobre o cumprimento integral da função da propriedade e mecanismos de desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária, para valorizar o trabalho, a empresa e a livre iniciativa.

Vivemos uma democracia política, com liberdade e responsabilidade.

Tem o País um Poder Judiciário claramente estruturado, com sofisticada divisão formal de competências: duas justiças comuns (federal e estadual) e três justiças especiais (trabalhista, eleitoral e militar). São 91 (noventa e um) tribunais no território nacional.

No topo da estrutura, está o Supremo Tribunal Federal, tendo em seguida o Superior Tribunal de Justiça e mais três tribunais superiores: trabalhista, militar e eleitoral. Há cinco tribunais regionais federais, 27 tribunais de justiça, e funciona, em Brasília, o novel Conselho Nacional de Justiça.

Tem o Brasil⁴ aproximadamente 15 mil juízes, sendo a média 5,3 juízes por 100 mil habitantes. Em cada estado da Federação há, em média, 390 juízes na Justiça Estadual e 263 juízes na estrutura da Justiça Federal de primeiro grau.

E o segundo respondente, como tinha algumas anotações consigo, passou a destacar alguns dados:

Anualmente, em média, cada juiz estadual decide 1.400 processos, e cada juiz federal, 700 processos.

Ao seu turno, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 2007, 81.332 processos; de 2000 a 2007, o STF recebeu 818.744 e julgou 783.800. Já o Superior Tribunal de Justiça, em 2007, julgou 131.023; de 2000 a 2007, o STJ recebeu 1.537.277 processos e julgou 1.647.859.

Tal síntese, acrescentou, revela altos índices de *produtividade*, com recursos de automação cada vez mais elevados. Segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros e de acordo com relatório do Banco Mundial,

⁴ Fonte: *O Judiciário Brasileiro em Perspectiva*: análise da Associação dos Magistrados Brasileiros baseada em relatórios do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e do Banco Mundial. Publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), sob a coordenação de Rodrigo Formiga Sabino de Freitas. Brasília, DF, 2007.

a média de ações ajuizadas no Brasil é alta para a América Latina, e a carga de trabalho apreciada por alguns tribunais está acima das médias internacionais. Os níveis de produtividade são significativamente altos, e uma possível explicação reside na aplicação criativa da automação.⁵

Sem embargo de alguns pontos de estrangulamento e de relevantes questões locais e regionais, a estrutura nacional do funcionamento formal da magistratura não poderia ser, por si só, apontada como empecilho para atuação eficaz nos feitos relativos ao interesse público e social.

E tem mais, aduziu o segundo respondente, impugnando o realismo crítico do primeiro:

Tomemos o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 como exemplo. Embora o julgamento desse recurso extraordinário esteja ainda pendente de conclusão, tal feito revela a renovação constante do Poder Judiciário brasileiro, valendo como exemplo do muito que tem sido feito a partir de 1988, mirando-se para o futuro. Esse processo promoveu uma mudança no entendimento do STF.

O tema, como se sabe, foi a prisão civil em caso de alienação fiduciária, e conformou-se uma nova maioria no STF, que considera que os tratados internacionais de direitos humanos encontram-se acima da legislação interna, ainda que abaixo da Constituição. Mudou o STF. Na sessão já levada a efeito, colhem-se as palavras do Ministro Gilmar Mendes:

O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o Art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/1969, assim como em relação ao Art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Ademais, não é possível esquecer do compromisso que todos (como cidadãos, individual e coletivamente) assumimos, a partir de 1988, para tornar a Carta Magna da jovem nação brasileira redemocratizada algo mais que a

⁵ Ibid.

Constituição de papel como Ferdinand Lassale desenhara nos idos do século XIX. Setores inteiros da sociedade civil foram chamados a participar ativamente do projeto da Constituição da República, num esforço bastante considerável num país com proporções continentais como o nosso.

Temas relevantes foram colocados na pauta legislativa, como a seguridade social, de elevada envergadura no combate às disparidades sociais, e a reforma tributária, que transferiu mais recursos aos estados e municípios. Ulysses Guimarães, no inolvidável discurso proferido na tribuna, cunhou e não por acaso, então, a expressão “Constituição Cidadã”, para fazer alusão à Constituição de 1988.

Para o Direito Privado, a “publicização” que já dimanava desde o pós-II Guerra Mundial, a Constituição-cidadã salientava-o de maneira dramática, afetando frontalmente os pilares das Codificações Oitocentistas Privadas, fazendo com que o Código Civil perdesse a centralidade de outrora para o texto constitucional.⁶

As fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado ficam cada vez menos claras, de difícil precisão, pois se emaranham sobremaneira⁷, como registra a melhor doutrina:

Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado.⁸

Paulatinamente, o texto maior passou a ser incorporado na práxis jurídica, notadamente na seara privada. O influxo constitucional é tão acentuado que, ao se tratar das implicações da Carta no Direito Privado, em especial no Direito Civil, restou cunhada a consagrada expressão “Constitucionalização

⁶ Perlingieri (1999, p. 6).

⁷ Exemplo saliente é o teor do parágrafo único do Art. 2.035 do novo Código Civil: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

⁸ Tepedino (2004, p. 19).

do Direito Civil”⁹, que demonstra justamente a força que a Carta constitucional emprestou a distintos institutos tipicamente de Direito Privado.

Consolidada a Carta Política, partes inteiras do Direito Privado são nela petrificadas, instituindo novo arcabouço num plano, agora, hierarquicamente superior na normatividade nacional. Diversas leis – *lato sensu* – vieram a ser declaradas inconstitucionais e, por outro sentido, tantas outras são abraçadas pela nova Lei Maior. Efervescem, assim, trabalhos acerca daquilo que a nova Constituição tornou constitucional, com produção técnico-jurídica copiosa, superabundante.

O contrato, a propriedade, a família, a função social, a boa-fé, a ordem econômica, os direitos civis individuais, todos eles passam agora pelo crivo constitucional. Ademais, o princípio da interpretação conforme a Constituição¹⁰ – segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com o comando constitucional – passou a ser amplamente adotado pela jurisprudência.

Nesse momento, o argüente, que tinha dificuldade para acompanhar o ritmo das reflexões em suas anotações, interrompeu-o indagando: afinal, fiz uma singela pergunta, mas quem são os senhores?

E justificou a pergunta dizendo: não se pode deixar de reconhecer que todo aquele que pergunta insere implicitamente nas suas questões os seus próprios limites (ao perguntar, é a si mesmo que indaga!) e todos aqueles que respondem (emitem *legal opinio*, pareceres, decisões, acórdãos e assim por diante) se posicionam no que dizem (dizendo de si mesmos ao afirmarem o que intentam dizer, dizendo-o ou omitindo-o, neste caso expressando-se pela omissão, pela *fala muda*), até porque, como se sabe a partir de Gadamer, *texto e contexto interagem no conjunto das possibilidades do círculo hermenêutico*.¹¹

E acrescentou o perguntador:

Saberiam os senhores nos informar o que resultou das construções teóricas da efetividade constitucional e dos direitos humanos e fundamentais,

⁹ Para análise mais profunda sobre o tema, vide o artigo que transcreve a aula inaugural proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 12 de março de 1992, intitulada “Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”, do Prof. Gustavo Tepedino (ibid., p. 1-22).

¹⁰ Hesse (1998. p. 70).

¹¹ Construções teóricas de Gadamer (1997).

especialmente com a adoção teórica das políticas de inclusão, da não-discriminação, da igualdade substancial e assim por diante? Teria sido apenas um “endemic challenge”¹² para a democracia liberal?

Se, do ponto de vista hegeliano, a história é a *realização da idéia de liberdade*, teria o Brasil abraçado a concepção nietzscheniana de que *a humanidade dirige-se para seu próprio fim*?

A ponte que une esse salto pode ter explicação, aduziu o argüente, agora se transformando, também, em falante. É que, de algum modo, no Direito Civil Moderno, associa-se à liberdade a propriedade. E assim se faz a partir, ao menos, de John Locke, sem desconsiderar-se, por certo, o poder *le plus absolu* dado à titularidade pelo artigo 544 do Código napoleônico.

Eis aí uma singela revelação da função das codificações civis nos séculos XIX e XX, presas a uma racionalidade universalizadora, com a pretensão de construir tanto um sistema jurídico quanto um modo de pensar juridicamente a partir da segurança e da completude, servindo a sujeitos abstratamente iguais e livres formalmente. Dá-se ali ao sujeito formal uma espécie de *soberania individual*, um espaço de auto-regulamento de interesses, blindados da coerção estatal.

Refletir sobre o Brasil que se formou como o País que *é* ou que *poderia ser* também compreende problematizar o modo de pensar a racionalidade que informou e conforma a formulação doutrinária e a estrutura do pensamento brasileiro.

Intentou-se, sem dúvida, promover divórcio entre o legado reprodutor da adaptação e a contemporaneidade.

O *status quo* histórico resultante desse repto enfrentou a funcionalização dos institutos de base: a propriedade, o contrato¹³ e a família. No que concerne à propriedade, especialmente, os textos constitucionais chamaram para si, no século passado, a imposição de funções ao exercício da *liberdade proprietária*, buscando superar o Direito Civil Moderno, de matriz liberal, espelhado nas codificações oitocentistas. À liberdade negativa dos sujeitos seguiu-se a função promocional do Estado.

¹² Como escreveu Gutman (1994, p. 2).

¹³ Inserem-se a boa-fé e seus desdobramentos, *exempli gratia*, bem como (ao reverso) a crítica à máxima da eficiência na análise econômica do contrato com todo o arsenal do desenvolvimento sobre o cumprimento eficiente.

Nesse momento, olhando para ambos os respondentes, tornou a perguntar: restou, porém, inacabada a ponte que uniria as margens entre o País das diferenças e a Nação prenhe de desigualdades¹⁴?

Foi então que o primeiro respondente retomou a palavra, no mesmo tom preambular, afirmando: a rigor, o que se denota, materialmente, no País do presente, é um incremento de necessidades, especialmente vinculadas à desconcentração de terra e de renda. O Direito e seus discursos, bem como sua teoria, ainda que crítica, têm trabalhado com universais, como se os conceitos fossem entes acima da história aptos a produzir, por si só, sua própria realidade.

Um feixe de poderes econômicos, sociais e históricos onipresentes tem gerado a permanência do passado, limitando possibilidades e adestrando definições e ensinamentos. Entre o Brasil real e o discurso jurídico criou-se, por assim dizer, um *terceiro setor argumentativo*, recheado de cultos, intermediações quase sacerdotais, *mitos-conceitos*, um *corpo intermediário* entre o ser e a terra.

O “ser-no-mundo” de Heidegger¹⁵ se fez aí sob um paradoxo: de um lado, a construção teórica da quinta dimensão dos direitos humanos e fundamentais, pertinente ao desenvolvimento social, incluindo-se terra e moradia, como escreveu Zagrebelsky¹⁶; de outro, a legião dos *novos apátridas*, não apenas *displaced persons*, mas também aqueles que não têm o fundamental da vida digna, aqui ou acolá, *homeless*, *roofless*, *houseless*, ou SDF, *sans domicile fixe*: *sans abri, la rue t’appartient*.

Quiçá por essa razão que se diferenciou¹⁷ *les droits de l’homme* e *les droits du citoyen*, para atacar duramente o *egoísmo do homem* e a *arbitrariedade*. Daí por que ver no futuro do pretérito alguma *pós-modernidade*, com certa *fusão de horizontes*¹⁸, corresponde a ver demais diante de séculos de exclusão, nos quais a regra se tornou *estado de exceção*¹⁹ *permanente*.

¹⁴ O texto trata de uma aporia, daí por que assume paradoxos e reconhece, no tema, complexa teia de poder político nacional, regional e local.

¹⁵ Heidegger (1997, p. 236).

¹⁶ Zagrebelsky (1999).

¹⁷ Marx (2005, p. 32).

¹⁸ Expressão de Gadamer (1997, p. 289-290).

¹⁹ Agamben (2002).

E como que revelando sua identidade, o primeiro respondente arrematou: Eis o desafio de ensinar, no Direito Civil dos cursos jurídicos no Brasil, a estrutura da tipicidade dos Direitos Reais, *jura in re propria* ou *jura in re alieno*, bem como no Direito Constitucional da função social da propriedade e da ordem econômica, sem deixar de lembrar o índice de Gini. Tal índice, como se sabe, é parâmetro internacional para medir a concentração de renda.

Cumpre, então, indagar se tem algum sentido, nesse contexto, uma *nova ordem mundial* que estaria sendo edificada, segundo Huntington²⁰, pelos quase 200 Estados ou nacionalidades, povos, tribos e grupos étnicos.

Melhor, quem sabe, optar pela recuperação do *século de Péricles*, isto é, necessita-se menos de realizar verdes bravatas teóricas argumentativas, e mais de ousadia do exercício da crítica racional da realidade, como escreveu Comparato²¹.

Foi, de inopino, interrompido pelo segundo respondente, que, parcialmente, o contrariou:

Ora, a fim de pensar sobre o direito e o futuro no Brasil de hoje, é inafastável um complexo e plural labor teórico-prático de construção; *é preciso inovar a vida*, lembrando poeta português maior, e ainda mais: “é um imperativo deontológico, um imperativo categórico de cidadania enraizar nos seus alunos a esperança”²².

Nesse instante, sobre a cabeça dos três vinha *flanando* ao sabor do vento uma folha de papel que pousou à frente deles, e todos se puseram de pronto a ler o que nela se continha. Era Mário Quintana que falava:

Lá bem no alto do décimo segundo andar do Ano
Vive uma louca chamada Esperança
E ela pensa que quando todas as sirenas
Todas as buzinas
Todos os reco-recos tocarem
Atira-se
E
— ó delicioso vôo!

²⁰ Huntington (2003).

²¹ Comparato (2004, p. 9).

²² Palavras de Avelãs Nunes proferidas em conferência de 2002 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR.

Ela será encontrada miraculosamente incólume na calçada,
 Outra vez criança...
 E em torno dela indagará o povo:
 — Como é teu nome, meninazinha de olhos verdes?
 E ela lhes dirá
 (É preciso dizer-lhes tudo de novo!)
 Ela lhes dirá bem devagarinho, para que não esqueçam:
 — O meu nome é ES-PE-RAN-ÇA ...²³

Ao fim dessa leitura conjunta e silenciosa que os três fizeram do texto, rapidamente se despediram, fraternal e singelamente, certos da inexistência de uma *resposta única*, levando consigo uma missão: a insubmissão do presente ainda conclama a *dizer tudo de novo* para que o futuro assegure as possibilidades que emergem mesmo dos limites que arrostando os afazeres de todos os dias e de todas as questões que nos irmanam na busca de paz e de justiça.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o Poder Soberano e a Vida Nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COSTA, Ana Lúcia dos Prazeres. *O futuro do pretérito e suas variantes no português do Rio de Janeiro: um estudo diacrônico*. Rio de Janeiro, 2003. Tese (Doutorado em Lingüística) – Faculdade de Letras, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.
- GADAMER, H. G. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GUTMAN, Amy. Prefácio. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Para a construção do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

²³ Quintana (1998, p. 118).

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HUNTINGTON, Samuel. *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster, 2003.

MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*, composto por Bernardo Soares, ajudante de Guarda-Livros na cidade de Lisboa. Organização Richard Zenith. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

QUINTANA, Mário. *Nova Antologia Poética*. São Paulo: Globo, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

RESUMO

Trata-se de versão ampliada da Conferência proferida em Portugal, por ocasião do evento o futuro do Direito e o direito ao futuro, estruturada em torno da indagação sobre “como será o direito no futuro que se avizinha e como se realizará o direito de todas as gentes a um futuro digno e justo.” Reflete sobre a construção do discurso jurídico no Brasil diante da constatação de que a Constituição Federal vigente buscou conferir ao Direito Civil patrimonial a superação do estatuto jurídico das coisas, bens e direitos,

ABSTRACT

This paper is about the extended version of a Conference held in Portugal, in the event *O futuro do Direito e o direito ao future* (“The future of Law and the right to the future”), which was based on the issue of “*how will rights be in the future to come and how will the rights of all peoples to a righteous and just future be.*” The author reflects on the construction of judicial discourse in Brazil parting from the affirmation that the Federal Constitution in vogue has pursued to confer to patrimonial Civil Rights the

com ênfase na sua “despatrimonialização” e “repersonalização”. Para tanto, o artigo não só debate o pretérito dos direitos civis que se projetaram em parcela da jurisprudência como direitos constitucionalizados mas também se propõe a dialogar com o cenário mundial contemporâneo, plural e complexo, tendo como fio condutor o questionamento sobre se a codificação civil de 2002, a Constituição Federal de 1988 e as leis infraconstitucionais teriam levado a efeito mudança de fundo na estrutura social, econômica e cultural brasileira.

Palavras-chave: discurso jurídico, futuro, despatrimonialização, repersonalização, Direito Civil.

overcoming of juridical statutory of things, goods and rights, emphasizing “depatrimonialization” and “repersonalization”. Notwithstanding, the article debates not only the deference of civil rights that have been projected on part of the jurisprudence as constitutionalized rights, but also proposes to dialogue with the contemporary, plural and complex world scenario, based on the questioning of whether the Civil Code of 2002, the Federal Constitution of 1988 and the infra-constitutional laws have actually changed the base of Brazilian social, economic, and cultural structure.

Keywords: judicial discourse, future, depatrimonialization, repersonalization, Civil Rights.

Luiz Edson Fachin é Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professor convidado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Unesa e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha), e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

A *occasio legis* do Código Civil de 1916 e a *occasio legis* do Código Civil de 2002

Ricardo-César Pereira Lira

1.

Os códigos são leis ordinárias com tramitação idêntica à prevista para quaisquer outras, salvo quando provenientes de casas legislativas que contenham regras regimentais específicas, *interna corporis*, para a elaboração de codificações.

O Código Civil brasileiro é uma lei ordinária, embora tenha percorrido normas especiais de tramitação dentro do parlamento, podendo qualquer de suas disposições ser revogada por lei ordinária superveniente.

A lei é a norma jurídica, genérica e abstrata, emanada do poder competente e provida de sanção. Atualmente, não são leis, mas têm força de lei, as medidas provisórias baixadas pelo titular do Poder Executivo Federal, em casos de urgência e relevância.

Preceitua o *caput* do artigo 62, da Constituição da República Federativa do Brasil, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, que: “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

A lei e o provimento legislativo da medida provisória supõem uma *occasio*, ou seja, uma razão pela qual a primeira foi promulgada e o segundo, editado.

Dilucida Carlos Maximiliano, em seu sempre clássico *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 148 et seq.), que a *occasio legis* tem a mais estreita conexão com os elementos histórico e teleológico de interpretação, a ponto de com eles se confundir. Por força dessa razão, inúmeros escritores de hermenêutica não tratam da *occasio legis* como elemento especial de exegese.

Prescreviam os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, hoje considerados clássicos em toda a extensão da palavra:

Dar-lhes-á a conhecer (o professor aos discípulos) qual é, e em que consiste, o verdadeiro espírito das leis; e qual é o melhor meio de indagá-lo, e de compreendê-lo, mostrando consistir o dito espírito no complexo de todas as determinações individuais; de todas as circunstâncias específicas, em que o legislador concebeu a lei, e quis que ela obrigasse. (Estatutos cit., livr. 2, tit. 6, § 19)

Ensinará que, para se evitar o engano, que pode haver nesses casos, se não devem seguir e abraçar cegamente as razões indicadas na lei; antes pelo contrário se deve sempre trabalhar por descobrir a verdadeira razão dela [...] na ocasião, e conjuntura da mesma lei; e no exame de todos os fatos e sucessos históricos, que contribuíram para ela. (Estatutos, livr. 2, tit.6, § 23)

Observa Carlos Maximiliano que nas palavras transcritas já está caracterizada a *occasio legis*: complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanação do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim, o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente.

2.

Vejamos a *occasio legis*, as razões determinantes do Código Civil de 1916.

Portugal teve até a edição do seu primeiro Código Civil, em 1866, basicamente três ordenamentos jurídicos, consubstanciados nas Ordenações Afonsinas, de 1446, nas Ordenações Manuelinas, de 1514, e nas Ordenações Filipinas, de 1603.

3.

À época do descobrimento do Brasil, regulavam as relações jurídicas do povo português as Ordenações Afonsinas, mandadas organizar por D. João I. Recebeu a incumbência João Fernandes de Aregas, celebrizado com o nome de João das Regras, que, falecido em 1404, deixou o trabalho inacabado. João Mendes foi encarregado de prosseguir na elaboração do código, que era de suma importância para a nacionalidade portuguesa, por isso que significava uma lei puramente nacional, valendo também como consolidação de sua independência. Mais uma vez, a morte do jurista designado não permitiu se levasse a termo a obra. D. Duarte, sucessor de seu pai D. João I, cometeu a uma comissão chefiada pelo Conselheiro Rui Fernandes a feitura do código nacional, que, finalmente, em 1446, reinando em Portugal D. Afonso V, sob a regência de seu tio D. Pedro, foi promulgado, sob a denominação de Ordenações Afonsinas.

3.1. Essas ordenações consolidaram as leis editadas desde Afonso II, as resoluções das cortes desde Afonso IV, as concordatas de D. Dinis, de D. Pedro e de D. João, adotaram disposições completas do direito romano e do direito canônico, aproveitaram disposições do *Código das Sete Partidas* e converteram em regras escritas costumes e estilos do povo português. Após 50 anos de vigência, o código afonsino já estava mutilado, com vários de seus institutos modificados por leis especiais, a título de melhor interpretação dos costumes.

4.

Assim, no reinado de D. Manuel I, por carta régia de 9 de fevereiro de 1506, foi constituída uma comissão composta pelo chanceler-mor do Reino – Rui Boto –, pelo desembargador Rui da Grã e pelo Corregedor da Corte João Cotrim, para realizar a reforma, com recomendação de estabelecer a unidade sistemática do direito a consolidar. O trabalho, concluído em sete anos, foi publicado sob a revisão de Rui Boto. Pouco depois, em 1514, procedeu-se à publicação de outra edição, corrigida e aumentada. A pressa da nova publicação

impôs a necessidade da composição de uma nova comissão revisora, integrada pelos desembargadores João Cotrim, Pedro Jorge, João de Farias e Cristovão Esteves. Finalmente, em 11 de março de 1521, foram promulgadas as Ordenações Manuelinas, em substituição às Afonsinas.

4.1. Convém salientar que, quando D. João III, em 1532, resolveu dividir o Brasil em capitanias, as cartas de doação e forais continham disposições que relegavam preceitos contidos nas Ordenações Manuelinas, sob o argumento de que a defesa e o povoamento da colônia impunham um regime especial. Dessa forma, ditas cartas de doação e ditos forais foram a primeira legislação especial que teve o Brasil.

5.

Filipe II, de Espanha, declarado Rei de Portugal em 19 de abril de 1581 como Filipe I, realizou profunda reforma no direito português, editando inclusive a lei de 27 de julho de 1582, que deu nova organização à justiça e disciplinou o processo civil e o criminal.

5.1. As Ordenações Manuelinas se encontravam enfraquecidas, em razão do predomínio das leis da Igreja, o que trazia preocupações aos civilistas da Corte. Receando desgostar a cúria romana, somente depois de 14 anos de reinado é que Filipe I, através do alvará de 5 de junho de 1595, determinou a revisão, reforma e codificação de toda a legislação portuguesa em um só corpo de lei.

Foram encarregados da reforma os desembargadores Pedro Barbosa e Paulo Alonso, auxiliados por Damião de Aguiar e Jorge de Cabedo.

Falecendo o monarca, seu sucessor e filho, Filipe III, de Espanha, e Filipe II, de Portugal, deu prosseguimento aos trabalhos da reforma, constituindo, porém, outra comissão, para revisão do trabalho já feito, integrada por Melchior de Amaral, Diogo da Fonseca e Henrique de Souza. Através da lei datada de 11 de janeiro de 1603, foram mandadas observar em toda a monarquia portuguesa as novas ordenações, confirmadas por lei de 29 de janeiro de 1643.

As Ordenações Filipinas vigoraram em Portugal até a entrada em vigor do primeiro Código Civil português, de 1866. Interessante anotar que, no Brasil, persistiram elas em vigor, naturalmente no que não foram modificadas por leis supervenientes, até 1º de janeiro de 1917, quando passou a ter vigência o primeiro Código Civil brasileiro, de 1916.

6.

Outro marco importante na história do direito português e, portanto, do direito brasileiro da época colonial é a lei de 18 de agosto de 1769, inter-

pretativa das Ordenações Filipinas e chamada “*Lei da Boa Razão*”. Essa lei – que fazia parte do programa de reformas do Marquês de Pombal – retirou do direito romano, do direito canônico e das glosas de Acúrsio e Bártolo a qualidade de direito subsidiário, que lhes era conferida pelas Ordenações, estabelecendo que só poderiam ser invocados nos casos omissos, quando fossem conformes à boa razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes, à exceção das matérias econômicas, mercantis e marítimas, em que eram exclusivamente subsidiárias as leis das nações modernas.

7.

Proclamada a independência do Brasil, era evidente a necessidade de uma codificação nacional.

8.

A lei de 20 de outubro de 1823 adotou provisoriamente, como legislação do Império, “as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal e pelos quais o Brasil se governara até o dia 25 de abril de 1821”, enquanto não se organizasse um novo Código Civil.

9.

Pedro I convocou uma Assembléia Constituinte em 1823, que terminou por ele dissolvida, porque os trabalhos não se desenvolveram da maneira como ele almejava.

Outorgou ele a primeira e única constituição imperial, que foi jurada a 25 de março de 1824.

Essa Constituição, no artigo 179, § 18, continha previsão de uma codificação civil e penal, nos seguintes termos: “Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e equidade.”

O Código Criminal sobreveio em 1830.

O Código Civil, somente muitos anos depois, em 1916, com vigor a 1º de janeiro de 1917.

Em 1850, veio a ser codificada parte especial do direito privado, relativa aos comerciantes: o Código Comercial, promulgado pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

10.

Faziam-se constantes os reclamos de uma codificação do direito civil. Tais reclamos partiam sobretudo dos eminentes juristas que, em 1843, haviam dado vida ao Instituto dos Advogados Brasileiros. Francisco Gê Acaiaba de

Montezuma, Visconde de Jequitinhonha, primeiro presidente do Instituto (1843-1851), afirmava: “O país não tem legislação própria, tal o seu estado de confusão”.

Francisco Inácio Carvalho Moreira, Barão de Penedo, segundo presidente do Instituto (1851-1852), em 1845, referindo-se à situação brasileira, dizia: “um tal sistema, fundado nas necessidades da ocasião, facilmente se presta ao casuísmo”. O país estava servido de uma legislação anacrônica, recebida da Metrópole, cujas modificações eram ditadas pelas conveniências de momento.

11.

Várias foram as tentativas de codificação do direito civil brasileiro, consubstanciadas nos projetos Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues. O Projeto Clóvis Beviláqua, depois de longa tramitação no Congresso, se convolou no Código Civil brasileiro de 1916.

11.1. Em 22 de dezembro de 1858, o Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo, que, em 1851, recusara convite para se incumbir do preparo de um projeto de código civil, foi autorizado a contratar um jurisconsulto de sua escolha para fazê-lo. Recaindo a escolha na pessoa do eminente civilista Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), foi celebrado o contrato em 11 de janeiro de 1859. Teixeira de Freitas já se encarregara anteriormente (1855) de elaborar a Consolidação das Leis Civis, que apresentou em 1858, constituindo essa obra ciclópica vasto repositório da legislação vigente e valioso ponto de partida para a codificação.

11.2. Estava praticamente pronto o projeto, de grandes proporções (4.908 artigos), quando o autor se convenceu da necessidade de modificar profundamente o plano inicial, sugerindo ao Governo a elaboração de um Código Geral, dividido em dois livros. O primeiro deles abrangendo as causas jurídicas, o segundo focalizando os efeitos jurídicos. O segundo segmento do projeto consubstanciaria propriamente um Código Civil, regulando os efeitos civis, os direitos pessoais e os direitos reais. A nova concepção recebeu parecer favorável da seção de justiça, mas a proposta, ao final, não foi aceita, e o contrato foi rescindido.

11.3. Apesar de não convertida em lei, a obra monumental de Teixeira de Freitas veio a constituir-se no célebre Esboço (Código Civil - Esboço), que inspirou decisivamente a codificação civil argentina, como registra Vellez Sarsfield nas notas de pé de página do Código Civil argentino.

11.4. A distribuição da matéria no Esboço é a seguinte: Título Preliminar – “Do Lugar e do Tempo”; Parte Geral – “Dos Elementos do Direito: pessoas, coisas e fatos”; Parte Especial - I – “Dos Direitos Pessoais: Dos Direitos Pessoais em Geral, direitos pessoais nas relações de família, direitos pessoais nas relações civis” - II – “Dos Direitos Reais: Dos Direitos Reais em Geral, direitos reais sobre coisas próprias, direitos reais sobre coisas alheias; Disposições comuns aos direitos reais e pessoais: herança, concurso de credores, prescrição”.

11.5. A tarefa de realizar o projeto de código civil, por contrato celebrado com o Governo em 3 de dezembro de 1872, passou a José Tomás Nabuco de Araújo (1813-1878), que, sem abandonar as atividades políticas, se dedicou ao trabalho até 1878, quando faleceu. Já havia preparado vasto e rico manancial e estavam redigidos definitivamente 118 artigos do título preliminar, que constava de quatro capítulos, existindo ainda sem redação última 182 artigos do Livro I, Título I, da parte geral. São freqüentes as remissões ao Esboço de Teixeira de Freitas.

11.6. Quando do falecimento de Nabuco de Araújo, Joaquim Felício dos Santos (1828-1895) se ofereceu ao Governo para prosseguir o trabalho interrompido. Três anos passados, apresentou os seus Apontamentos para o Projeto de Código Civil Brasileiro, com 2.692 artigos, nos quais a matéria está assim distribuída: Título Preliminar – publicação, efeitos e aplicação das leis em geral; Parte Geral – três livros, referentes às pessoas em geral, coisas em geral, atos jurídicos em geral; Parte Especial – tratando das pessoas, coisas e atos jurídicos em especial.

Foi nomeada uma comissão para emitir parecer sobre o projeto de Felício dos Santos, constituída por Lafayette Rodrigues Pereira, Antônio Joaquim Ribas, Francisco Justino de Andrade, Antonio Coelho Rodrigues e Antônio Ferreira Viana, sob a presidência do primeiro. A 27 de setembro de 1881, a comissão opinava, sustentando que os Apontamentos consubstanciavam obra de mérito, valendo como trabalho preparatório capaz de ensejar um projeto revisionista. O Governo transformou em permanente a comissão, nela integrando o próprio Felício dos Santos. Em 1882, retiraram-se dois membros da comissão. O próprio autor dos Apontamentos também dela se afastou, apresentando em 16 de março de 1882 um projeto de código civil à Câmara dos Deputados, que não se pronunciou sobre a matéria. Em 1886, foi dissolvida a comissão permanente, sem o oferecimento de qualquer projeto.

11.7. O Gabinete de 7 de outubro de 1889, presidido pelo Visconde de Ouro Preto, preocupou-se com a elaboração urgente de um código civil. Em 1º de julho de 1889 foi nomeada uma comissão para esse fim. Dita comissão já havia iniciado os seus trabalhos, quando sobreveio a República.

11.8. Com a proclamação da República, suscitaram-se dúvidas quanto à competência da União Federal para baixar uma codificação. Daí haver o Ministro Campos Sales dissolvido a comissão nomeada em 1º de julho de 1889. Posteriormente, por contrato de 15 de julho de 1890, foi entregue a Antonio Coelho Rodrigues (1846-1912 ou 1919) o trabalho de elaboração de um projeto de código civil. O trabalho foi realizado em Genebra e veio a ser rejeitado pelo Governo, com fundamento em parecer de uma comissão tríplice, da qual foi relator Torres Neto.

11.9. Em 1896, o Senado Federal nomeou uma comissão especial, com a incumbência de indicar qual o projeto que deveria servir de base ao código civil brasileiro. A 6 de novembro de 1896, a comissão opinou no sentido de que se autorizasse o Governo a contratar um jurisconsulto ou uma comissão de jurisconsultos para a revisão do projeto organizado por Coelho Rodrigues. A Câmara dos Deputados não deu andamento à matéria.

11.10. O projeto Coelho Rodrigues é inspirado no Código de Zurique e nos princípios dominantes na Alemanha. Constitui-se de uma proposta de lei preliminar, relativa à publicação da lei e seus efeitos em relação ao tempo, ao espaço e ao objeto; de uma parte geral regulando as pessoas, os bens e os fatos jurídicos; de uma parte especial disciplinando as obrigações, a posse, a propriedade e os outros direitos reais, o direito de família e o direito das sucessões.

12.

Vejamos agora os fatos referentes ao Projeto Clóvis Beviláqua.

Em princípios de 1899, Clóvis Beviláqua, professor catedrático de legislação comparada na Faculdade de Direito do Recife, foi convidado pelo Governo para a elaboração de um projeto de código civil. O trabalho, iniciado em abril de 1899 e concluído em novembro do mesmo ano, foi submetido à consideração de uma comissão revisora, que ultimou seus estudos em agosto de 1900, após a realização de 51 sessões. Considerou conveniente o Governo a realização de uma segunda revisão, já agora com a audiência do autor do projeto, o que se fez em 15 sessões. Em 17 de novembro de 1900, com as modificações da comissão revisora, o projeto foi enviado à análise do Congresso.

12.1. Na Câmara dos Deputados, a matéria foi encaminhada a uma comissão especial de 21 membros, em que estavam representados todos os estados e o Distrito Federal. Resolveu-se fossem ouvidos os tribunais federais, estaduais, as faculdades de direito, os governadores, o Instituto da Ordem dos Advogados e jurisconsultos eminentes. Após a realização de 65 reuniões, a comissão especial, em 18 de janeiro de 1902, emitiu parecer, redigido por Silvio Romero, aprovando o projeto, com muitas modificações. Nessa fase tiveram papel destacado nos debates o autor do projeto e o conselheiro Domingos de Andrade Figueira, cujas idéias prevaleceram inúmeras vezes.

12.2. Aprovada pela Câmara dos Deputados, a matéria foi enviada ao Senado Federal, tendo essa Casa constituído uma comissão sob a presidência do Conselheiro Ruy Barbosa. O eminente jurista emitiu seu parecer em 3 de abril de 1902, fazendo severas críticas ao projeto, sobretudo do ponto de vista da redação.

Acorreram em defesa do projeto o próprio autor e o filólogo Carneiro Ribeiro, a quem, por alguns dias, como gramático de nota, fora entregue a revisão do projeto.

Em 1912, o Senado concluiu sua apreciação, restituindo o projeto à Câmara dos Deputados em 31 de dezembro, com grande número de emendas, em sua maioria pertinentes ao aspecto formal.

De volta à Câmara o projeto, a matéria foi encaminhada a uma comissão de 21 membros para estudo das emendas. Por decreto de 6 de fevereiro de 1913, o Congresso foi extraordinariamente convocado, especialmente para os trabalhos do Código. A aludida comissão apresentou seu parecer em 2 de abril de 1913, sendo que as emendas não foram inteiramente votadas, seja na sessão extraordinária, seja nas sessões legislativas ordinárias de 1913 e 1914. Em 1915, a Câmara deliberou aprovar a maior parte das emendas do Senado, rejeitando 94 delas.

Restituída a proposição ao Senado, este manteve 24 emendas que haviam sido recusadas. Novamente submetido o assunto à Câmara, esta insistiu em recusar 9 das emendas que o Senado mantivera. Finalmente, comissões reunidas do Senado e da Câmara dos Deputados prepararam a redação final, aprovando o projeto em dezembro de 1915, o qual veio a ser sancionado e promulgado a 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor o primeiro Código Civil brasileiro em 1º de janeiro de 1917, em virtude da *vacatio legis* ânua.

O Art. 1.807, do Código Civil de 1916, assim dispunha: “Ficam revogadas

as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes a matérias de direito civil reguladas neste Código”.

13.

Assim, em face do que ficou deduzido, pode ver-se, com clareza, que a *occasio legis*, o contexto histórico, determinantes da edição do Código Civil brasileiro de 1916, foram, em primeira mão, a necessidade de ter-se uma legislação nacional, afirmando-se-lhe a soberania através de um Código Civil próprio, que revogasse, inclusive, a legislação colonial, cuja vigência ainda persistia entre nós, quando em Portugal ela já saíra de vigência com o primeiro Código Civil português, promulgado em 1866.

Era uma imposição da nossa soberania mesma, da nossa própria nacionalidade.

De outro lado era preciso ordenar-se a legislação pátria, que se ressentia da falta de uma sistemática e coerência lógica.

Clóvis Beviláqua, nas “Preliminares” aos seus Comentários ao Código Civil, dizia:

2. No Brasil, além das condições gerais, que, em toda a parte, solicitam as codificações, havia condições próprias, que as reclamavam insistentemente. Proclamada a independência, em 1822, já no ano seguinte, a lei de 20 de outubro de 1823, mandando vigorar, no Império, as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos Reis de Portugal, até 25 de abril de 1821, lhes dava uma autoridade provisória: *enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas*. A Constituição do Império, mandada cumprir por lei de 25 de março de 1824, no nº XVIII, do art. 179, solenemente declarou: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da Justiça e da equidade”.

3. São manifestações de uma necessidade sentida, e da intenção de dar-lhe provimento. Esses bons desejos, porém, se não puderam realizar senão agora, depois de grandes e continuados esforços. E durante esses estirados noventa e quatro anos¹, depois de nossa independência política, permanecemos sob o domínio das Ordena-

¹ Clóvis Beviláqua, nas ditas “Preliminares” aos seus Comentários, ora parcialmente transcritas, registra que estava escrevendo o respectivo texto em 1916.

ções do Reino, já revogadas no país de origem, e a respeito das quais dizia Teixeira de Freitas serem *pobríssimas* e reclamarem *copioso suplemento*.² “Seus colaboradores, acrescentava, ou pela escassez de luzes, de que têm sido acusados, ou, por fugirem a maior trabalho, reportaram-se, muitas vezes, ao direito romano e, mesmo, geralmente, o autorizaram, mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais doutores”.

Prossegue Clóvis em continuação à transcrição que faz da assertiva de Teixeira de Freitas:

Sobre essa base mal construída vieram acumular-se no decurso de três séculos, as leis extravagantes, promulgadas sob a pressão de necessidades diversas, obedecendo a impulsos diferentes, e consagrando preceitos divergentes. Era forçoso sair desse emaranhado cipoal, que mais servia para desenvolver o espírito de chicana do que para resguardar as possibilidades jurídicas.

Temos, então, que havia uma necessidade premente de trazer ordem ao ordenamento jurídico civil, que estava completamente desbaratado, trazendo uma perplexidade enorme. Teixeira de Freitas, com a sua Consolidação das Leis Civis, trouxera alguma ordem àquele desatavio, mas era preciso que tivéssemos, como nação soberana, um Código Civil, como determinara a Constituição Imperial de 1824.

Assim adveio o Código Civil de 1916.

A *occasio legis* do Código de 2002

14.

Sabemos que o projeto que deu origem ao texto definitivo do Código Civil de 1916 foi elaborado basicamente no último semestre do século XIX. Era, portanto, um código voltado inteiramente para um Brasil rural, sendo certo que naquele momento ainda predominava fortemente a população assentada no campo, pois, comparativamente, era mínima a quantidade de pessoas que estavam fixadas na área urbana.

² Consolidação das Leis Civis, 3. ed.

Promulgado o Código Civil, em 1916, foi nascendo a necessidade de adaptação de algumas de suas disposições à nova realidade. Assim, em 1919, várias de suas regras foram modernizadas.

Nos anos 20 do século passado, registram-se três acontecimentos que são de rara importância na tentativa de alteração dos nossos costumes, da nossa estrutura sociocultural.

O primeiro deles, em 1922, a Semana de Arte Moderna, que representou não apenas um movimento de irresignação e afirmação artística, mas também de posituação da nossa cultura em geral.

Desponta também o Tenentismo, que é, sobretudo, a busca da pureza dos nossos costumes políticos, e nessa linha de intenções a Coluna Prestes, com a qual o capitão Luiz Carlos Prestes percorreu quase todo o País, até ser derrotado pelas tropas regulares, exilando-se na Bolívia. Luiz Carlos Prestes, a esse tempo, não era comunista, o que só veio a acontecer na Bolívia, quando pela primeira vez leu *O Capital*, de Karl Marx. Dali partiu para a Rússia, onde foi preparado para a militância radical, aprestando-se para tentar a bolchevização do Brasil, através da Intentona Comunista de 1935.

É interessante conhecer o ideário da Coluna Prestes, concebido pelo chefe supremo da revolução, general Isidoro Lopes, e as principais lideranças militares do movimento, explicitadas nas condições impostas pelos rebeldes para depor as armas:

Entrega imediata do Governo da União a um Governo provisório composto de nomes nacionais de reconhecida probidade e da confiança dos revolucionários. Exemplo: Dr. Venceslau Brás.

O Governo Provisório convocará, quando julgar oportuno, uma Constituição que manterá obrigatoriamente:

- 1- forma de Governo republicana federativa;
- 2- as atuais fronteiras dos estados, em tudo o que disser respeito aos interesses regionais, com a possível diminuição do número de unidades na Federação, a fim de torná-las mais equilibradas;
- 3- a separação da Igreja do Estado, firmados o princípio da liberdade religiosa e a defesa da maioria católica nos seus direitos constitucionais contra as intolerâncias da religiosidade;
- 4- atribuição da Justiça de conhecer da legalidade dos atos legislativos;
- 5- a proibição dos impostos interestaduais;

6- tudo o que se refere à declaração dos direitos aos brasileiros, não se admitindo modificação alguma, senão ampliativa;

7- proibição de reeleição do Presidente da República e dos Presidentes dos Estados. Do mesmo modo, proibida a reeleição de deputados federais e estaduais, senadores, salvo se alcançarem o sufrágio de dois terços do eleitorado comparecente;

O Governo Provisório se obrigará, logo que possível:

1- no que diz respeito às relações internacionais, será mantida a política tradicional do Brasil, de liquidar pacificamente os conflitos internacionais;

2- a manter, rigorosamente, todos os compromissos atuais da União, dos Estados e dos Municípios;

3- a decretar o voto secreto;

4- a realizar a unificação da magistratura e do processo;

5- a realizar as reformas tributária e aduaneira, sendo que será proibida a participação dos agentes fiscais e alfandegários no lucro das multas e das apreensões;

Em relação às classes armadas, será exigido um absoluto respeito da administração aos direitos legais dos Militares e da legislatura aos seus direitos constitucionais³.

Tudo isso era uma resposta institucional e armada ao Governo Arthur Bernardes, que governou praticamente todo o seu mandato sob regímen de estado de sítio.

Verifica-se que os anos 20 do século passado foram anos turbulentos e de acendrada vontade de mudanças socioculturais e políticas.

A Revolução de 30, apesar das questões nimamente políticas que a determinaram, representava também o desejo de um país novo.

Os anos 1930 testemunharam mudanças legislativas relevantes, com o Código de Minas, tornando as jazidas minerais de propriedade da União Federal, como propriedade distinta da do solo, da mesma forma que o Código de Águas, convolvando as quedas de água também em domínio da União, separadas da titularidade do dono do solo, para fins de geração de energia elétrica.

³ Apud Meirelles, Domingos. *As Noites das Grandes Fogueiras*. São Paulo: Record, 2002. p. 139-140.

O Código Florestal já antecipava proteções ambientais. Decreto governamental instituiu a repressão à usura nos contratos de mútuo. Outro decreto governamental estabeleceu o curso forçado do mil réis, repudiando contratações em moeda estrangeira. Já em 1934, o Decreto nº 24.150 possibilitava, nas condições que estabelecia, a renovação compulsória das locações comerciais e industriais contra o locador, reconhecendo que o fundo de comércio agregava valor ao imóvel, e o proprietário só poderia reaver o bem locado se dele necessitasse para uso próprio, mesmo assim sem poder exercer no mesmo imóvel idêntica mercancia ou indústria. Em 1937, o Decreto-lei nº 58 trouxe importantes mutações na execução das obrigações de fazer, criando para os imóveis loteados em favor do adquirente final a possibilidade de haver o bem de vida pleiteado, o lote, resolvendo-se a recusa do empreendedor não em simples perdas e danos, mas na execução específica da obrigação de fazer consubstanciada na promessa de venda do lote. Em 1937, sobreveio o relevante Decreto-lei nº 25 dispondo sobre tombamento. Por força da Constituição de 1934, tivemos em 1939 a federalização do processo, com a promulgação do Código de Processo Civil, que não deixava de conter também direito material, como, por exemplo, as regras sobre arrolamento e inventário, e normas sobre as execuções das obrigações de fazer, relativamente às promessas de contratar. Tudo isso eram novidades não contempladas no Código Civil, que sucessivamente vinha sendo revogado, em temas importantes, por leis extravagantes. E isso sem contar o trabalho construtivo que a jurisprudência veio exercendo ao longo do tempo, como por exemplo ampliando a possibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos e a responsabilidade civil objetiva do preponente por atos do preposto, contra a letra do próprio Código Civil.

Tivemos um fenômeno interessantíssimo ao longo dos anos 1930, com desfecho em 1943. Sabemos todos nós, sobretudo com autoridade maior aqueles especializados no Direito do Trabalho, que houve, sob a inspiração de Lindolfo Collor e de Evaristo de Moraes, a promulgação de leis esparsas regulando as relações entre o capital e o trabalho, quando a preocupação com a dignidade da pessoa humana já se fazia presente. A *locatio operarum* foi se emancipando do Direito Civil, pela via de leis extravagantes, até que essa emancipação se consumou, em 1943, com a Consolidação das Leis Trabalhistas.

No início dos anos 1940, evidenciou-se o embrião primeiro de um fenômeno importantíssimo que é a industrialização. Esse fato foi o aporte que o presidente Getúlio Vargas conseguiu, como uma contraprestação pela cessão,

no Nordeste, em favor dos americanos de espaços necessários à implantação de bases aéreas, para que os aviões americanos, naquele tempo com autonomia de vôo relativa, pudessem alcançar Dakar, na África, para auxiliar o marechal britânico Montgomery na sua luta contra o general alemão Von Rommel.

Os americanos não se permitiam conceder que o Brasil tivesse uma indústria de aciaria, pois desejavam que continuássemos importando deles o aço necessário à nossa industrialização incipiente. Roosevelt veio ao Brasil formular a proposta da cessão dos espaços para a instalação das bases aéreas. Nosso presidente, que fora ao Rio Grande do Norte para as negociações, habilmente impôs duas condições para a cessão: aporte de recursos norte-americanos para a instalação de uma siderúrgica no Brasil e aporte tecnológico para essa instalação. E assim constituiu-se a Companhia Siderúrgica Nacional, e dessa forma marcou-se o primeiro passo decisivo da industrialização brasileira. Posteriormente, houve alguns surtos de industrialização, como a constituição da Companhia Vale do Rio Doce e a Petrobrás, mas essa industrialização assumiu rumos marcantes com o Plano de Metas do presidente Juscelino Kubitschek.

A partir daí começou a configurar-se de maneira bem mais significativa a industrialização brasileira. Sabemos – e isso é um fenômeno universal – que a toda industrialização corresponde uma urbanização acentuada.

Começou a ocorrer a virada da base do cone, com a sucessiva e progressiva migração do campo para as cidades. Houve o êxodo rural, com a falta de apoio dos governos aos homens do campo. Segundo o último censo do IBGE, cerca de 83% da população brasileira está assentada nas cidades, com uma densidade demográfica urbana imensa, o que determina esse país urbano, que nos torna perplexos diante da realidade das grandes metrópoles em que se vão tornando os centros populacionais brasileiros.

Com essa industrialização/urbanização começa a surgir uma nova realidade, com a correspondente necessidade de uma nova ordenação jurídica. Com a industrialização e a conseqüente urbanização, há uma mudança nos parâmetros jurídicos, há uma nova concepção da propriedade, da posse, do contrato, da Cidade, da empresa e da própria família.

Na família, por exemplo, com a industrialização nos anos 1950, a mulher deixa a estreiteza do lar e passa a ocupar posição significativa na força de trabalho, o que a obriga a uma segunda jornada, obtendo, conseqüentemente, uma posição mais democrática na sociedade conjugal. Pouco depois dos meados

dos anos 1950, viemos a ter o Estatuto Civil da Mulher Casada, promulgado com a Lei nº 4.121, de 1962. A mulher casada deixa de ser relativamente incapaz, não necessita de autorização do marido para trabalhar fora do lar e para praticar vários outros negócios jurídicos relativamente aos quais era necessária essa outorga.

A economia de massa, como dissemos, gera uma nova concepção de propriedade, uma nova formatação da posse, uma nova feição de contrato, novas configurações de família (a família matrimonial e a união estável, que nada mais é que uma família sem matrimônio), uma nova Cidade e uma nova empresa, todos institutos e instituições dominados pela função social. De outro lado, o Código Civil não é mais um esquema fechado, mas um conjunto de regras em que várias delas são cláusulas gerais, em que a norma, a *fattispecie*, se completa pela decisão judicial.

Esses novos problemas surgiram emblematicamente na Constituição de 1988, refletindo-se posteriormente na legislação infraconstitucional, nos vários códigos de acordo com a pertinência da matéria, inclusive no Código Civil de 2002.

A *occasio legis* do Código Civil de 2002 se explica pela necessidade de a ordem jurídica regulamentar essa nova realidade socioeconômica, utilizando-se inclusive da nova concepção de novos institutos e instituições, funcionalizados, em nome da justiça social.

RESUMO

O artigo apresenta uma análise da *occasio legis* do Código Civil de 1916 e de 2002. Com esse fim, apresenta aspectos históricos do contexto social e político brasileiro partindo do primeiro Código Civil português, que foi aplicado no Brasil na época colonial, até a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916, explicitando a necessidade de uma legislação nacional após a inde-

ABSTRACT

This article presents an analysis of the *occasio legis* of the 1916 Civil Code and the 2002 Civil Code. For this reason, it presents historical aspects of the social and political context of Brazil, starting with the first Portuguese Civil Code, which was applied in Brazil in colonial times, up to the promulgation of the Brazilian Civil Code of 1916, by explicating the need of a national legislation

pendência como imposição da soberania nacional. O autor apresenta as mudanças na realidade socioeconômica brasileira e a promulgação da Constituição de 1988 como fatores determinantes para a definição da *occasio legis* do código Civil.

Palavras-chave: *occasio legis*, Constituição de 1988, Código Civil de 1916, Código Civil de 2002.

after independence in order to impose national sovereignty. The author presents the changes in the Brazilian social-economic reality and the promulgation of the Constitution of 1988 as determining factors for the definition of the *occasio legis* of the Civil Code.

Keywords: *occasio legis*, Constitution of 1988, Civil Code of 1916, Civil Code of 2002.

Ricardo-César Pereira Lira é Doutor em Direito, Professor Titular e Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e Diretor da Escola Superior da Advocacia da OABRJ.

Constituição social e direitos efetivos

Tarso Genro

- | -

Os direitos sociais da Constituição de 1988, principalmente nos seus artigos 6º e 7º, elevaram ao nível de norma constitucional os direitos originários de legislação infraconstitucional já contidos na velha CLT. Abrangeram alguns direitos da legislação esparsa ordinária, aprimoraram direitos preexistentes e também criaram novos direitos para os trabalhadores, alguns já perseguidos ou conseguidos em dissídios coletivos, acordos ou convenções coletivas do trabalho. A inscrição ampla dos “direitos sociais” na Constituição de 1988 criou a ilusão de que foram promovidos “grandes avanços sociais” para os assalariados brasileiros. A impressão decorreu do porte constitucional, aliás, desnecessário, que alguns direitos adquiriram.

Refiro-me aqui à “ilusão”, não como engodo proporcionado por má-fé, mas como narrativa política que se reporta à existência formal de “direitos sociais”, que não se convertem, necessariamente, em vantagens econômicas reais. São direitos que, segundo as visões macroeconômicas dominantes, podem ser “compensados” com o rebaixamento do valor real da massa salarial. O

mecanismo comum é o uso de políticas econômicas perversas, surtos inflacionários ou revisão “negativa” de dissídios ou convenções coletivas, subtraindo conquistas remuneratórias obtidas pelos setores organizados do mundo do trabalho.

Ocorreram, é certo, alguns avanços na Constituição de 1988, mas nenhum deles foi capaz de mudar significativamente a situação de inferioridade brutal das classes trabalhadoras perante o poder empresarial de grande porte. De outra parte, também é notório que “mais direitos” dificultaram a vida das pequenas empresas, do empregador “pessoa física” ou mesmo de empresas de porte médio, muitas vezes concorrentes exasperadas em setores monopolizados ou cartelizados.

A legislação trabalhista não prejudica – nem esse deve ser o seu objetivo – o processo de acumulação de capital nas empresas modernas de grande porte. Os efeitos que ela causa na malha social produtiva – positivos ou não, segundo a visão de trabalhadores ou empresários – decorrem do fato de que ela *protege os trabalhadores do setor formal do arbítrio empresarial*. Estes direitos mínimos impõem regras básicas para a compra da força de trabalho pelas empresas, inclusive forçando fixar, entre elas, patamares mínimos para uma concorrência menos predatória, que ao final sempre sacrifica o mundo do trabalho e os consumidores.

A legislação “social” é, assim, um “peso” para as médias e pequenas empresas, principalmente para aquelas que ainda operam nos padrões característicos da 2ª Revolução Industrial, e afeta pouco a lucratividade e a rentabilidade das grandes corporações. O que era válido na introdução da “automação” aqui no Brasil (e que segregava vastas parcelas de assalariados para fora do sistema formal de proteção legal) hoje é válido para as empresas que ainda não conseguem substituir o “trabalho vivo” pelas novas tecnologias digitais. Em face de tal situação,

os trabalhadores empregados em grandes empresas dos ramos de ponta da industrialização brasileira constituíam-se em verdadeiras “ilhas” em meio a um mar de situações atípicas, desiguais e informais, alimentando uma heterogeneidade no mínimo problemática para a estabilização de uma norma salarial que se possa dizer nacional.¹

¹ Estanque et al. (2005, p. 140).

Há, porém, um outro efeito colateral. A legislação trabalhista, expressa na norma constitucional (como norma de “direito social”), também tende a forçar os pequenos e médios empresários a promoverem a modernização e a racionalização da produção para diminuir custos e assim sobreviverem na competição mercantil. Desta forma, eles precisam atualizar-se em técnicas de gestão, racionalização da força de trabalho e organização institucional do empreendimento, para não “morrerem” antes de se consolidarem no mercado.

A legislação “social” protecionista, portanto, é boa para o capitalismo e é boa para promover melhores condições de convívio entre o capital e o trabalho assalariado. Mas ela é impotente sem a presença de instituições estatais fortes e capazes de interferir na “espontaneidade” do mercado, para promover a redução das desigualdades de renda, inclusive aquelas internas às classes trabalhadoras. É, também, impotente para oferecer condições de equivalência entre os sujeitos políticos que representam o capital e o trabalho, para produzir novas legalidades: *o sindicalismo, mesmo aquele que transcende para a luta política aberta, é sempre datado, curto e corporativo, por mais “combativo” que ele seja.*

A questão que se apresenta, em última instância, é a questão da *efetividade* dos “direitos sociais” (no caso concreto dos direitos das pessoas do mundo do trabalho), porque estes sujeitos de direitos não só se vinculam a distintos tomadores, de diferentes formas mais ou menos subordinadas (com diferentes possibilidades de resistir à aplicação das normas de “direito social”), como também dispõem, em cada período histórico, *de um maior ou menor acolhimento dos seus direitos subjetivos coletivos ou individuais nas instituições do Estado.*

A ordem sociopolítica, através das instituições do Estado Moderno, tanto constrói como desconstrói direitos individuais e coletivos. E ela corrige, através dos tribunais competentes, *mais as singularidades que lhe são propostas (as lesões aos direitos de indivíduos, tomados isoladamente) do que responde positivamente a demandas plúrimas de grande valor, que buscam direitos individuais (ou que se expressem como demandas “de classe”):*

Quando se os percebe imbricados no processo da história e de suas lutas concretas, melhor se lhes retém a importância e mais elementos se tem para analisar o *processo de construção e, depois, o de desconstrução desses direitos*, ao embalo dos ventos liberais.² (Grifo meu)

² Biavaschi, (2005, p. 65).

- II -

Qual a síntese que abre a possibilidade da “fruição” dos direitos sociais – enquanto direito laboral – pelo trabalhador dependente? Sem dúvida a existência da norma vigente, seja ela de porte constitucional ou não. Mas ela, em si mesma, é apenas a sinalização de uma necessidade historicamente determinada, cujos efeitos na vida social, mais ou menos intensos, *dependem da totalidade social em que o trabalhador se insere*. Essa totalidade social construiu o “direito pressuposto”, revelado pela norma já como “direito posto” (Eros Grau). Ela, a norma, que dá forma aos direitos, descortinou um imperativo moral, não um exercício de direito espontaneamente oferecido pelo devedor: embora o direito já esteja “pressuposto” pela posição do sujeito na totalidade social (Franz Neumann), ele torna-se direito subjetivo quando acolhido pela ordem jurídica. Essa subjetivação é apenas ponto de partida para o exercício efetivo do direito, com a intensidade que depende de fatores extrajurídicos: o mais importante deles é o *acesso à justiça*.

Muitos adeptos, moderados ou radicais, da perspectiva neoliberal, juristas ou cronistas políticos preocupados com a estabilidade macroeconômica, costumam sustentar que “o Brasil tem muitas leis” e que o problema é que “as leis não são cumpridas”. *Esta receita conceitual é aplicada tanto para defender a “flexibilização”³ como a “flexisegurança”⁴ no Direito do Trabalho, tanto para criticar o controle burocrático do Estado como para impugnar o “custo Brasil”.*

Ora, se as grandes questões sociais e econômicas fossem problemáticas em função do “excesso de leis que não são cumpridas”, o excesso não seria problema: o seu simples não-cumprimento já resolveria a própria questão do excesso. Teríamos leis “descontadas” que não atrapalhariam.

Mais adequado seria dizer que temos muitas leis erradas, algumas sem ter uma real possibilidade de aplicação, em função de condições históricas

³ Termo usado pela doutrina para relativizar ou extinguir direitos originais das lutas sociais que geraram o “Welfare State”, com repercussões na legislação social em todo o mundo.

⁴ Tentativa de formular uma doutrina da flexibilização com intervenção corretiva do Estado, hoje em debate na doutrina liberal européia. (Em *El Mundo*, 24 jun. 2007, o Ministro dinamarquês do Emprego, Claus H. Frederken, do Partido Liberal, assevera que tal política “protege as pessoas, não os postos de trabalho”, já que “um terço ou um quarto da força de trabalho muda de ocupação cada ano”).

(culturais, econômicas e institucionais), e outras que só são feitas para atender a intenções corporativas empresariais ou sindicais. E mais: algumas leis são feitas somente atentando para a viabilização da *eficácia do sistema produtivo, a partir da ótica liberal*, não para cumprir normas programáticas da Constituição, comprometidas com determinados fins ali inscritos.

Trata-se da hegemonia conservadora, da utopia do “mercado perfeito”, que traduz uma face regressiva da cultura moderna, dominada pelo fetiche da “eficiência”. Ela suprime os pressupostos éticos do Estado:

[...] todas as utopias conservadoras são sustentadas por uma lógica política baseada num único critério de eficácia, que rapidamente se transforma em critério ético supremo. *Segundo este critério, só tem valor o que é eficaz nos termos dele*. Qualquer outro critério ético é desvalorizado como ineficaz. O neoliberalismo é uma dessas utopias conservadoras para as quais o único critério de eficácia é o mercado ou as leis do mercado.⁵ (Grifo meu)

Nesse quadro, a incapacidade de resposta das instituições do Estado, tanto para fiscalizar o cumprimento das normas sociais da Constituição de 1988 como para impor sua execução (quando a mesma é sonegada nas relações contratuais), não é fortuita, mas decorre de uma hegemonia política que enfraquece as funções públicas do Estado. Isso implica em dizer que grande parte daquelas normas, embora tecnicamente autoaplicáveis são, na prática, meramente programáticas.

O exercício daqueles direitos depende mais do apreço à lei pelo empregador ou do seu medo de ser fiscalizado um certo dia do que da respeitabilidade do Estado de Direito. *Ou seja, a Constituição, por ser “social”, não se torna uma objetividade social. É mero desejo, sinalizado pela norma que as relações sociais reais acolhem apenas em parte e destinam apenas para partes da sociedade*.

Só a ação política dos sujeitos sociais interessados pode transformar a norma em vida, criando as condições institucionais e políticas para que efetivamente interajam com a vida das comunidades às quais ela se destina.

⁵ Santos, Boaventura de Sousa. *A Esquerda do Século XXI: As Lições do Fórum Social Mundial*. Trabalho ainda não publicado, oferecido a T.G. pelo autor.

Em vez de falar de “avanços extraordinários” nos direitos sociais da Constituição de 1988, poderíamos dizer, mais corretamente, que a sua inscrição na Constituição *sinaliza fortemente a necessidade de modelar instâncias políticas democráticas, um arcabouço institucional e um tipo de desenvolvimento econômico* que viabilizem a sua integração à vida. Esta integração modera a “ética da competição” e reintroduz as funções éticas do Estado na produção de regras (normatividade), para serem aplicadas “eficazmente”.⁶ Só isso proporcionará às massas de cidadãos o apreço ao Estado Democrático de Direito e à força normativa da Constituição.

Trata-se de modelar a democracia a partir das necessidades vitais dos “de baixo”, para manter e aperfeiçoar a proteção dos que na sociedade formal fruem dos direitos sociais, mas, sobretudo, dos que estão nos territórios da “demanda suprimida” e que, sendo titulares de direitos, sequer conseguem manejar o seu exercício:

É a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados. Não é a filantropia, nem a caridade das organizações não-governamentais que procuram; apenas reivindicam os seus direitos. Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial.⁷

A questão do acesso à Justiça, da capacidade de resposta do Poder Judiciário, do estímulo que ele pode proporcionar à emergência das “demandas suprimidas” é a sinalização da virada, no terreno do Direito do Estado Demo-

⁶ Dowbor, Ladislau. *Democracia Econômica. Um passeio pelas teorias*. Trabalho ainda não publicado, oferecido pelo autor em 11 mar. 2007, p. 93. “A base ética da era da competição é simples: quem ganha merece o que ganhou, conquanto tenha respeitado as regras do jogo. A ética na era da competição estaria contida no próprio processo produtivo: quem ganha na competição tem naturalmente direito à vantagem, e esta vantagem seria legítima, direito do ganhador. A soma das vantagens individuais daria o máximo de vantagem social. Duas simplificações radicais relativamente ao mundo realmente existente. O problema é que os grandes vencedores se tornaram suficientemente fortes para ir mudando as regras, tornando-se assim mais fortes ainda. Não é mais jogo, quando o mais forte também dita as regras.”

⁷ Santos (2007. p. 31).

crático, em direção ao Estado Social de “novo tipo”. Um Estado que acolha de fato, à sombra da igualdade formal, *tanto os trabalhadores que se expressam através de movimentos coletivos e constroem os direitos sociais quanto os que não estão garantidos por contratos formais respaldados na legalidade formal e não demandam como força coletiva organizada.*

Acesso à Justiça, Justiça eficaz e rápida, previsibilidade de longo curso para o trabalho e o capital, emergência das demandas invisíveis dos excluídos, dos que sequer têm acesso ao ritual das formas e às instituições do Estado, eis a *efetividade* dos direitos sociais tornando-se instrumento da Revolução Democrática.

REFERÊNCIAS

BIAVASCHI, Magda Barros. *O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2005.

ESTANQUE, Elísio et al. (Org.). *Mudanças no trabalho e ação sindical: Brasil e Portugal no contexto da transnacionalização*. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

RESUMO

Houve alguns avanços na Constituição de 1988, mas nenhum deles foi capaz de mudar significativamente a situação de inferioridade brutal das classes trabalhadoras perante o poder empresarial de grande porte. A legislação “social” protecionista é impotente sem a presença de instituições estatais fortes e capazes de interferir na “espontaneidade” do mercado, para promover a redução das desigualdades de renda, inclusive as internas às classes

ABSTRACT

There was some advance in the Constitution of 1988, however, it was not capable of significantly changing the situation of brutal inferiority of the working classes in comparison to major corporate power. The protectionist “social” legislation is impotent without the presence of State institutions that are strong enough and capable of interfering in the “spontaneity” of the market, in order to reduce income inequality, and also inequality internal to

trabalhadoras. Nesse quadro, a incapacidade de resposta das instituições do Estado não é fortuita, mas decorrente de uma hegemonia política que enfraquece as funções públicas do Estado. A Constituição, por ser “social”, não se torna uma objetividade social. Só a ação política dos sujeitos sociais interessados pode transformar a norma em vida, criando as condições institucionais e políticas para que efetivamente interajam com a vida das comunidades às quais ela se destina. Acesso à Justiça, Justiça eficaz e rápida, previsibilidade de longo curso para o trabalho e o capital, emergência das demandas invisíveis dos excluídos, dos que sequer têm acesso ao ritual das formas e às instituições do Estado, eis a efetividade dos direitos sociais tornando-se instrumento da Revolução Democrática.

Palavras-chave: constituição social, direitos efetivos, acesso à Justiça, Revolução Democrática.

the working classes. In this scenario, the incapacity of response from State institutions is not random; it comes from a hegemonic policy that weakens the public functions of the State. The Constitution, because it is “social”, is not a social objectivity. Only political actions of the social subjects interested can transform the norm into life, creating institutional and political conditions for effective interactivity with the aimed communities. Access to Justice, efficient and quick Justice, long term forecasts for work and capital, emergence of invisible demands of the excluded, of those that do not even access the ritual of the forms and institutions of the State, there lay the effectiveness of social rights becoming an instrument of the Democratic Revolution.

Keywords: social constitution, effective rights, access to justice, Democratic Revolution.

Tarso Genro é Ministro da Justiça e Professor convidado em Instituições de Ensino Superior. Foi Prefeito de Porto Alegre, Vice-presidente do Instituto dos Advogados do Brasil (RS), Ministro da Educação e Ministro de Relações Institucionais.

Bioética e estado democrático de direito

Vicente de Paulo Barretto

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do Art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), que permite a utilização de células-tronco para fins de pesquisa e terapia, e o exame do caso de anencefalia na ADPF 54 são manifestações de questionamentos jurídicos no âmbito da bioética e do biodireito. Esses questionamentos jurídicos refletem a problemática sociocultural suscitada pela aplicação das modernas tecnologias genéticas, nascidas no contexto da revolução ocorrida, durante os últimos 50 anos, nas ciências biológicas. A crescente judicialização dos resultados da pesquisa e da tecnologia trouxe para o espaço público algumas questões que ganham uma especificidade própria no quadro do estado democrático de direito.

Em primeiro lugar, a sociedade tecnocientífica, característica da contemporaneidade, tem uma dimensão particular, qual seja, a sua natureza biopolítica, em que o corpo humano é considerado referencial último na formulação de políticas públicas e na ordenação do sistema de produção da sociedade. O neologismo “biopolítica”, cunhado por Michel Foucault, significa o tipo de governo que utiliza o biopoder para regulamentar a vida. E o biopoder

surge como uma nova dimensão do Estado moderno, que através dele atua sobre todos os aspectos da vida da pessoa humana. Trata-se, assim, de mecanismos de controle e coerção visando à produtividade e à saúde dos corpos e das populações, considerados recursos e objeto da ação do poder.¹

Foucault² resume o processo através do qual, nos limiares da Idade Moderna, a vida natural começa, por sua vez, a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal, e a política se transforma em *biopolítica*. O homem para Foucault, durante séculos, permaneceu o que era para os antigos gregos: um animal vivente e capaz de existência política. O homem moderno, entretanto, apresenta algumas características que o diferenciam dos seus antepassados helênicos, pois é um animal em cujo cerne se encontra a questão de sua vida como ser vivente. Foucault abandonou o tradicional paradigma da ciência política, baseado em modelos jurídico-institucionais (a definição da soberania, a teoria do estado), substituindo-o por uma análise que examinava os meios pelos quais o poder penetra no próprio corpo dos indivíduos e em suas formas de vida.

Hannah Arendt³, por sua vez, analisa o processo que levou o *homo laborans* e, com este, a vida biológica como tal, a ocupar progressivamente o centro da vida política. Essa substituição de cidadãos pela mão-de-obra levada a efeito no totalitarismo terminou por estabelecer o primado da vida natural sobre a ação política, que Arendt classificou como o fator original da transformação e da decadência do espaço público na sociedade moderna. Essa transformação da natureza humana, como escreveu a autora, atingiu o seu paroxismo nos campos de concentração nazistas, onde se procurou realizar a redução biopolítica dos indivíduos ao fato biológico. A assunção do fato biológico como fator determinante no espaço público provocou a abertura de um leque de problemas morais e sociais que refletiram no sistema jurídico.

Os desafios morais e jurídicos, que têm sido lançados pela engenharia genética e que repercutem na sociedade e no poder judiciário, levam-nos a algumas considerações que têm a ver com a presença cada vez mais marcante dos mecanismos de biopoder na sociedade contemporânea. As repercussões práticas da decisão do STF apontam para situações futuras que estão a exigir

¹ Ortega (2006).

² Foucault (2007).

³ Arendt (1971; 1962).

uma reflexão crítica dentro do quadro do estado democrático de direito. Essa nova sociedade tecnocientífica exige especificidades no ato de legislar e no ato de julgar, que irão processar-se no quadro do estado democrático de direito, mas pressupondo uma leitura da constituição e das leis que leve em consideração ao lado do fato biológico os valores e argumentos morais, explicitados no espaço público democrático.

A Constituição de 1988 (Preâmbulo e Art. 1º) estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em estado democrático de direito, que presume, assim, alguns pressupostos éticos, sociais e políticos implícitos à própria ordem constitucional. Esses princípios, por se acharem integrados na ordem constitucional, são imprescindíveis para a sua interpretação. A atual Constituição é uma constituição com características próprias, que se fundamenta em valores e princípios, parâmetros necessários para a sua leitura e aplicação. Antes de tudo, a atual Constituição brasileira exige para a sua aplicação o entendimento das relações entre a moral e o sistema jurídico no contexto de uma sociedade tecnocientífica, que tem na biopolítica o eixo central da vida humana.

A característica peculiar ao estado democrático de direito que se explicita pela necessária complementaridade entre a ordem moral e o direito tem sido analisada por filósofos e constitucionalistas contemporâneos. A questão clássica das relações da moral com o direito, que foi rejeitada pelo positivismo jurídico, irrompeu no espaço público das sociedades democráticas e passou a representar o tema nuclear do debate público na contemporaneidade. O tema chamado de Cabo d'Horn da ciência jurídica impôs-se na atualidade principalmente pelas características da sociedade atual como sociedade biopolítica. Graham Walker escreveu uma lúcida e desafiadora análise das relações entre a moral e o pensamento constitucional contemporâneo, que mostra a atualidade desse tema tradicional. O argumento central de Walker é que o niilismo moral cético dos juízes e dos doutrinadores do direito mina a autoridade moral das constituições. Mas ele se mostra mais inquieto, ainda, diante daqueles que pretendem fazer com que o governo constitucional seja a expressão de uma verdade moral superior e absoluta. Walker propõe que se faça uma releitura da ética política de Santo Agostinho como solução para essa tensão, em que poderemos fundamentar uma nova hermenêutica constitucional que deite suas raízes precisamente no debate em torno das questões perenes da vida e da morte.

A mesma indagação suscitada por Walker encontra-se presente na obra de diferentes autores. Assim, por exemplo, Hallowell⁴ e Habermas⁵ argumentam de perspectivas teóricas diferentes a necessidade do entendimento da necessária relação de complementaridade entre a ordem jurídica e a ordem moral. No estado democrático de direito, essa relação complementar torna-se mais evidente, pois podemos constatar como a moral sem o direito é um ditame da consciência individual, enquanto o direito sem a moral é mera vontade de arbítrio. Nesse contexto é que se admite o estado democrático de direito como a organização do estado que pressupõe essa complementaridade. Dentro dessa perspectiva, poderemos caminhar com mais segurança para procurar entender e resolver a tensão provocada na sociedade contemporânea pela moderna ciência biológica e suas aplicações médicas.

A questão torna-se, entretanto, mais aguda quando nos defrontamos com os problemas suscitados pela engenharia genética, principalmente os relacionados com a justa distribuição dos benefícios em função de necessidades vitais. Toda a vida biopolítica na sociedade democrática encontra-se sujeita a valores que não estão objetivamente estabelecidos nos textos legais. Estão implícitos nas constituições e necessitam ser recuperados por meio da hermenêutica constitucional. Para tanto, a moderna filosofia constitucional aponta para a necessária construção de modelos interpretativos que ultrapassem as limitações do positivismo jurídico.

A contribuição de Ronald Dworkin⁶ nesse contexto teórico é relevante, pois permite que se trate a questão da vida e da morte dentro de um quadro que alia a referência ético-filosófica ao necessário enquadramento jurídico-constitucional. O objetivo do livro de Dworkin é aplicar um modo específico de leitura da constituição, que classifica como uma “leitura moral”. A leitura moral propõe que os princípios e as cláusulas constitucionais abstratas sejam aplicados levando-se em conta princípios morais. Desse modo, quando uma controvérsia constitucional é submetida à apreciação da mais alta Corte do país, deve-se formar uma opinião de como um princípio moral poderá ser melhor entendido. Na frase de Dworkin, “a leitura moral, portanto, incorpora a moralidade política ao coração do direito constitucional.”⁷

⁴ Hallowell (2007).

⁵ Habermas (1997).

⁶ Dworkin (1996).

⁷ Ibid., p. 2.

No caso das pesquisas com células-tronco embrionárias, esses valores e princípios serviram como instrumentos racionais para que se pudesse tomar uma decisão. Na formulação de políticas públicas que objetivam o biopoder, esses princípios devem ser lidos como limites ao poder governamental. O princípio determinante da natureza do estado democrático de direito encontra-se no reconhecimento da igualdade entre os cidadãos. No estado democrático de direito, os cidadãos têm um mesmo *status*, que se baseia na igualdade moral e política de cada um. O reconhecimento do *status* da igualdade resulta do fato de o cidadão ser antes de tudo uma pessoa, na definição clássica de Boetius⁸: *naturae rationabilis individua substantia* (“substância individual de natureza racional”).

A filosofia constitucional desenvolve o argumento de justificação do estado democrático de direito no sentido de que os valores morais fundantes da sociedade e, especificamente, do estado e do direito cristalizam-se no princípio maior da dignidade humana. A Constituição, ao privilegiar valores que irão se substantivar no princípio da dignidade humana, também irá considerar como *condictio sine qua* o entendimento de que a idéia de pessoa constitui-se no epicentro de todo o sistema constitucional. Torna-se, portanto, necessário o aprofundamento da idéia formulada por Boetius, no início do século VI, para a leitura, a compreensão e a aplicação do texto constitucional, e, principalmente, o entendimento do que se entende por “princípio da dignidade humana” (Constituição de 1988, Art. 1º, III).

Uma questão ronda a cultura filosófica e jurídica contemporânea: o que é a pessoa humana? Até então considerada um dos conceitos mais pacíficos do direito, a idéia de pessoa, principalmente em virtude dos avanços da biologia e de suas aplicações tecnológicas, sofreu nos últimos 50 anos um profundo questionamento, que se traduz na perplexidade encontrada entre filósofos, juristas e cientistas sociais em face dos questionamentos sobre a concepção de pessoa, constatando-se mesmo ameaças que põem a “pessoa em perigo”⁹. Em torno dessa idéia, tem-se debatido de maneira inconclusa o que se encontra realmente em perigo. Conceitos que serviram de fundamentos para o sistema normativo da sociedade liberal-burguesa aguardam uma releitura do seu significado e de sua função na estrutura jurídica, diante dos

⁸ Boetius (2003, p. 85).

⁹ Endelman (1999).

avanços do conhecimento científico e do mundo novo construído pela engenharia genética. A pessoa definida como ser autônomo e, portanto, moralmente responsável, subsiste diante das novas conquistas da ciência e das realizações da tecnologia? Em que medida os valores fundamentais e determinantes do ser humano na cultura filosófica e jurídica ocidental podem servir para conceituar o novo sujeito, que aguarda a consagração de seus direitos e deveres no sistema normativo da sociedade tecnocientífica?

As tentativas, inclusive consagradas no direito positivo, de salvar-se no contexto de crise da cultura e do direito contemporâneo, os valores fundantes da cultura do Ocidente, fizeram com que juristas e legisladores se socorressem da formulação de princípios, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado referencial obrigatório para a formulação e a exegese dos sistemas jurídicos da sociedade democrática. A dignidade humana, entretanto, como idéia-valor, necessita, para a sua compreensão e aplicação racional nos sistemas jurídicos, que se recuperem os seus fundamentos ético-filosóficos para que possa exercer a função que dela se espera no estado democrático de direito. Não é, assim, uma idéia originariamente jurídica, fruto da doutrina ou da legislação, mas resultante de uma compreensão específica da natureza da pessoa humana e da sociedade. Falar da dignidade humana sem que se situe essa idéia no quadro de uma ética e antropologia filosófica determinada resulta lançar o valor que ela representa no vazio dos discursos políticos e jurídicos. Isso porque a idéia de dignidade humana é um conceito ético, que, de acordo com alguns autores, se expressa politicamente no conceito político moderno de “Democracia”¹⁰.

Esse avanço da ética filosófica moderna não encontra correspondente na filosofia clássica, quando se estabeleceram os fundamentos filosóficos da idéia de pessoa humana, pois nenhuma escola do pensamento clássico considerou que houvesse uma relação do tipo ontológico – a que ocorre entre o ser e o fenômeno, entre a essência e a sua manifestação – entre a idéia de dignidade humana e a forma democrática de governo. As filosofias políticas de Platão e Aristóteles não trabalharam a relação do indivíduo com o poder, mas trataram, exclusivamente, do modo como as virtudes dos cidadãos iriam definir e caracterizar a ordem da comunidade. O corpo teórico dos filósofos da

¹⁰ Lima Vaz (1988).

Antiguidade grega não se constituiu, assim, numa ciência política, no sentido moderno da expressão, mas sim numa Ética política¹¹. Como escreve Lima Vaz, não há no pensamento político clássico nenhuma tentativa de justificar a democracia a partir da essência do homem ou da idéia de “humanidade”.¹²

Na contemporaneidade, no entanto, defrontamo-nos com uma problemática diferente daquela da sociedade helênica clássica, que se expressa em duas questões subjacentes à idéia de dignidade da pessoa humana: em primeiro lugar, encontramos uma interrogação crescente, que não foi formulada pelos fundadores da cultura filosófica do Ocidente e que se refere à determinação dos critérios que podem distinguir entre todos os seres vivos ou não do universo e quais podem ser classificados como pertencentes à categoria “pessoa humana”; a segunda questão remete-nos ao cerne do direito nas sociedades democráticas contemporâneas, em que se atribuirá à “pessoa humana” uma série de valores que são determinantes e caracterizadores dos direitos humanos, núcleo moral, político e jurídico do estado democrático de direito. Torna-se necessário, portanto, analisar os possíveis argumentos lógico-rationais que sirvam para conceituar a idéia de pessoa humana. Assim, poderemos substantivar o princípio da dignidade da pessoa humana, que corre o risco de transformar-se numa mera afirmação dogmática e adjetiva no sistema jurídico, desprovido de qualquer significado racional, caso não reflita uma idéia de pessoa.

As duas correntes filosóficas que procuraram uma resposta para a questão da natureza da pessoa humana partiram da conceituação formulada por Boécio. Essa célebre definição de pessoa humana serviu de fundamento às duas mais importantes correntes doutrinárias sobre o tema: a corrente vitalista, chamada também pelos tomistas de realista, e a corrente kantiana.

Para que se possa analisar em que medida os dois tipos de respostas clássicas tornam-se problemáticas do ponto de vista moral e, portanto, insuficientes para justificar eticamente uma resposta jurídica, no quadro de um estado democrático de direito, vamos fazer referência a um caso concreto, como o proposto por Bernard Baertschi.¹³ A análise de um caso permitirá que se avalie até que ponto a lei e a decisão judicial no estado democrático de

¹¹ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*, X, 10.

¹² Lima Vaz (1988, p. 18).

¹³ Baertschi (1995, p. 158).

direito perdem, pela própria natureza, o seu caráter voluntarista e devem fidelidade aos valores fundadores de todo o sistema jurídico.

Nos Estados Unidos, uma mulher de 40 anos, que nunca tinha tido filhos, apesar de diversas tentativas, consegue engravidar depois de submeter-se a tratamento contra a esterilidade. O exame de ultra-som mostra que se encontra grávida de gêmeos, cada um com sua bolsa amniótica, mas com uma única placenta. Tendo em vista a sua idade, realiza-se uma amniosíntese depois da décima sétima semana de gestação e constata-se que são dois meninos, um normal, mas o outro portador de trissomia 21. Os pais passam, então, a ponderar sobre uma difícil e angustiante decisão moral: abortar e perder as duas crianças ou, então, permitir que a gravidez siga o seu curso normal. A mãe desejava preservar a criança normal, mas, ao mesmo tempo, não podia suportar a idéia de ser obrigada a tratar a criança deficiente pelo resto da vida. Os médicos informam sobre os riscos de tal operação – salvar o feto normal e abortar o feto deficiente –, uma vez que poderia ter um dos seguintes resultados: aborto acidental ou nascimento prematuro de um dos fetos, sendo alta a probabilidade de erro na determinação do feto a ser abortado, pois é difícil distinguir as duas membranas amnióticas; ou, então, a morte do feto abortado no útero materno, trazendo sérios riscos à saúde e à vida da mãe.

As opiniões médicas não demovem a mãe, que pretende salvar o feto sadio, esclarecendo que, em caso de rejeição, prefere o aborto dos dois fetos. Os médicos solicitaram, então, a autorização do judiciário para que fosse realizada a operação nos termos pretendidos pela mãe, tendo em vista a dúvida da equipe médica sobre a hipótese de a decisão dos pais estar violando os direitos à vida do feto sadio.

A questão, mais moral do que jurídica – pois a solução jurídica poderia ser dada no quadro do voluntarismo jurídico com a simples emissão de um *fiat* legislativo –, constitui o núcleo da questão a ser resolvida. Os médicos solicitam uma decisão que possa superar o dilema moral que não está solucionado: os dois fetos têm o mesmo valor ou a deficiência de um o situa em *status* inferior ao do outro? O aborto do feto deficiente não constitui problema para os médicos, mas sim o risco que a intervenção cirúrgica trará para a vida do feto sadio. Ambos têm o mesmo estatuto moral e jurídico? Ou somente o feto sadio é uma pessoa humana?

As duas respostas paradigmáticas a essas questões, que se defrontam na ética filosófica moderna, representam um desafio para a reflexão contem-

porânea. De um lado, o modelo vitalista considera como pessoa humana todo ser que possui o genoma humano; a espécie humana será então definida como aquela a qual pertencem todos os seres com genoma humano. De outro lado, o modelo cultural exige, para que um ser seja considerado pessoa humana, uma possível manifestação atual ou futura de consciência moral e racionalidade, condições para que possa participar da comunidade humana de pessoas livres, caracterizadas pelo exercício da autonomia moral.

Esses dois paradigmas estão sendo, atualmente, contestados pelo argumento de que não é possível buscar de forma absoluta os fundamentos ontológicos da pessoa – seja através de uma ontologia substancial (a afirmação de que o homem é um ser racional), seja através de uma ontologia relacional (a afirmação de que essas consciência e racionalidade próprias do humano lhe são atribuídas por uma outra Pessoa, que seria identificada, para as religiões, como Deus). A crítica contemporânea, em face dessas dificuldades, procura libertar-se de um tipo de reflexão unicamente teórico-abstrata para substituí-la por um debate sobre a melhor forma de tratar o embrião, não considerando, assim, a questão ontológica.

A dúvida residirá, portanto, menos em saber se o embrião é ou não é uma pessoa humana, e mais na definição de normas de boa conduta em relação a ele. O procedimento levado a efeito na filosofia moral contemporânea pretende romper o dualismo coisa / pessoa. Como escrevem Fagot-Largeault e Parseval¹⁴, pretende-se “redefinir as fronteiras”, o que implicará na construção de uma “ontologia intermediária”, entre a ontologia substancial e a relacional, que se torne apta a resolver os dilemas morais e ajudar na racionalidade dos procedimentos judiciais, tendo em vista casos como o supracitado. Para que possam ser analisadas as perspectivas abertas por essa “ontologia intermediária” no campo da bioética contemporânea, é oportuno que se estabeleçam as idéias centrais do modelo vitalista e do modelo cultural.

A idéia filosófica central e subjacente ao pensamento bioético contemporâneo é a de pessoa humana potencial, que se distingue da pessoa humana possível de Engelhardt, como vimos anteriormente. Mas essa idéia tem sido empregada de forma quase adjetiva, por falta de uma fundamentação ético-filosófica mais consistente que permita estabelecer um denominador comum para o seu emprego legislativo e doutrinário. Baertschi procurou essa funda-

¹⁴ Fagot-Largeault e Parseval (1989, p. 92).

mentação trabalhando com os dois aspectos da idéia de pessoa, o valorativo e o corporal. O emprego dessas duas dimensões do ser humano permite que se retirem do conhecimento científico os fundamentos empíricos, que servirão de base para a conceituação do que se entende por pessoa humana. Baertschi¹⁵, para chegar ao conceito de pessoa humana que contemple as duas dimensões referidas, parte da constatação de que no ser humano encontram-se dois tipos de potencialidades, uma interna e outra externa, que constituem os parâmetros definidores da pessoa humana potencial. Propõe, então, o seguinte modelo para que se possam resolver os impasses provocados pelas doutrinas sobre a pessoa humana.

O filósofo suíço examina duas hipóteses que possibilitam desenvolver um argumento lógico-racional para fundamentar a conceituação de “pessoa humana”, em decorrência das quais poderá ser estabelecido o conceito de pessoa humana: a) todo feto suíço pode tornar-se Presidente da Confederação Helvética; b) todo feto pode tornar-se agente moral. A diferença entre essas duas hipóteses, escreve Baertschi, encontra-se no fato de representarem diferentes potencialidades do feto humano, o que poderá ser determinado em função de dois eixos analíticos: I) a sua importância e II) a fonte de sua objetivação. De acordo com o primeiro eixo, é necessário que se distingam as potencialidades fundamentais das potencialidades acidentais, isto é, aquelas cuja realização será condição determinante da personalidade daquelas que não definem necessariamente os contornos da personalidade. Assim, por exemplo, a potencialidade de tornar-se presidente da Confederação Helvética não será realizada por todos os fetos suíços, mas essa potencialidade não terá importância na medida em que considerarmos a pessoa em si mesma, independentemente de sua função. Trata-se nesse caso de uma potencialidade acidental, que não é determinante na conceituação de pessoa. A potencialidade acidental, portanto, não assegura qualquer título de direito a quem a possui, pois não será a realização dessa potencialidade que irá assegurar ao ser humano o estatuto de pessoa humana.

O segundo eixo de referência permite que se examine a questão de forma mais substantiva, pois faz referência à distinção entre potencialidades extrínsecas – aquelas realizadas por fatores externos ao ser humano – e potencialidades intrínsecas – que se realizam em função de fatores identificados

¹⁵ Baertschi (1995, p. 193).

com a própria natureza do ser humano, como são as qualidades morais, que constituem alicerces da personalidade. “Assim”, escreve Baertschi,

uma pessoa humana potencial, relativamente a sua potencialidade, possui as mesmas propriedades de um presidente potencial, o que lhe atribui um valor particular e impede que a tratemos como um animal ou uma simples coisa: ela é um ser que *será* uma pessoa.¹⁶

Em conseqüência e aplicando-se essa idéia ao caso, o aborto ou o infanticídio constituem, sob essa perspectiva, atos de grave violação e destruição da potencialidade de um ser humano, ainda que possam ser considerados atos legais.

Reside na idéia de potencialidades intrínsecas o núcleo em função do qual se poderá definir o que se entende por pessoa humana. As potencialidades intrínsecas são as que, por pertencerem aos seres humanos, darão condições para que a vida da pessoa possa constituir um processo de realização progressiva dessas potencialidades. O modelo vitalista baseia-se nessa percepção de que a vida é uma continuidade, desde a fecundação, que seria o momento de fixação da personalidade do feto. Logo, sugere o autor suíço, não se deve concluir desse argumento que o feto é uma pessoa, mas simplesmente que ele é uma pessoa humana potencial.

Verificamos que, no modelo proposto, o genoma retorna como elemento recorrente e necessário para que se possa dar conteúdo lógico à idéia de pessoa potencial. A biologia nos ensina que o momento da concepção é o único ponto de partida significativo na vida do embrião. Todo homem, identificado por seu genoma, é uma pessoa potencial, podendo-se concluir que o embrião recém-gerado tem os mesmos direitos de um recém-nascido de alguns meses. Baertschi propõe a seguinte definição de pessoa potencial, que serviria como fundamento empírico para a idéia de pessoa humana, diferenciando-a de o simples ser humano: *x* é uma pessoa potencial se *x* tem a propriedade intrínseca – e não acidental – que sirva de apoio às propriedades psicológicas de natureza racional, constitutivas da pessoa.¹⁷

¹⁶ Ibid., p. 194-195.

¹⁷ Ibid., p. 197.

Em resumo: o embrião adquire o estatuto de pessoa potencial quando ocorre a formação física do córtex no processo de gestação. Esse fato físico, entretanto, não é o suficiente para a constituição da pessoa humana, mas unicamente da pessoa potencial. Isto porque a ciência biológica identifica o processo evolutivo em fases: até o 14º dia de gestação, o embrião é um conjunto de células humanas; em seguida, é um indivíduo humano; depois, uma pessoa potencial, e, enfim, após seu nascimento com vida, adquire o *status* de pessoa (Novo Código Civil, Art. 2º).

A redução dessa idéia de pessoa a um fator físico, entretanto, leva à limitação com que se debate a bioética contemporânea. Williams escreve a propósito:

a categoria de pessoa, ainda que muito utilizada em algumas filosofias morais, é um fundamento pobre para o pensamento ético, particularmente porque aparece como uma noção genérica ou classificatória, mas que de fato privilegia características que surgem, quase todas, em graus – responsabilidade, consciência de si, capacidade de reflexão etc.¹⁸

Essa perplexidade filosófica obrigou o pensamento contemporâneo a procurar outros fundamentos ou classificações para a idéia de pessoa humana, em virtude de essa idéia tornar-se, gradativamente, mais relevante para a cultura política e jurídica do estado democrático de direito. Alguns autores, como Habermas¹⁹, enfatizam o fato de que a teoria moral contemporânea abandonou todo o conceito pré-social de pessoa, concluindo que a pessoa é o resultado da tessitura de relações humanas e sociais, não tendo sentido a referência a uma categoria universal de pessoa, mas somente ao indivíduo dotado de valores e direitos, que lhe são atribuídos pela sociedade. Caímos, então, na constatação de que não existem valores universais, consubstanciados na pessoa humana, mas unicamente valores e direitos que variam de sociedade para sociedade, de Estado para Estado. Esse argumento resulta de referências culturais que impregnam o nosso direito, influenciado ainda por uma biologia ultrapassada, pouco diferente da embriologia aristotélica.

¹⁸ Williams (1985, p. 114).

¹⁹ Habermas (1992, p. 90).

De forma mais elaborada, Rawls²⁰ considera a idéia de pessoa como central no contexto da teoria da justiça. O filósofo norte-americano ancora a idéia de pessoa numa determinada concepção da sociedade, para, então, afirmar que esse conceito é fundamentalmente político. Considera que a sociedade é um sistema de cooperação eqüitativa entre grupos sociais e indivíduos, através de gerações, elaborando uma concepção de pessoa condizente com esse conceito de sociedade. Rawls, com fundamento nesse entendimento da natureza da sociedade, argumenta que desde a filosofia clássica a idéia de pessoa vincula-se à idéia de cidadania, sendo o cidadão aquela pessoa que pode participar da vida social por meio do exercício de direitos e o respeito de deveres.

A pessoa, para Rawls, é um ente que pode ser cidadão, um participante integrado na vida social. Ocorre assim uma identificação da idéia de pessoa com a de cidadão, estabelecendo-se então o critério definidor de pessoa mediante um critério político. Essa pessoa-cidadão irá diferenciar-se dos diferentes tipos de pessoa, que refletem aspectos do ser humano: “*homo politicus*”, “*homo oeconomicus*”, “*homo faber*” e “*homo ludens*”. Rawls afirma que a idéia de pessoa, por ele defendida, como alicerce da sociedade eqüitativa, é “uma concepção normativa, quer legal, política ou moral, ou mesmo filosófica ou religiosa, dependendo do arcabouço global no qual se encontra inserida”.²¹ A concepção de pessoa é antes de tudo moral, pois se baseia na experiência empírica de cada uma delas como unidades, na expressão de Rawls, de deliberação e de responsabilidade, unidades essas integradas no entendimento de que a justiça é necessariamente política.

Para justificar essa afirmação, Rawls sustenta que na tradição de pensamento democrático os cidadãos são definidos como pessoas livres e iguais. A idéia básica que fundamenta essa tradição é que as pessoas são livres em virtude de possuírem poderes morais, que se manifestam na capacidade de lutar pela justiça e por uma concepção do bem comum, e, também, sob a forma de poderes da razão (julgamento, pensamento e conclusões racionais relacionadas com esses poderes). Nessa concepção política de pessoa humana, o ser humano passa a ser considerado uma pessoa humana quando se concebe a si e aos outros membros da comunidade como dotados de poderes morais, que

²⁰ Rawls (1972, p. 416; 1993, p. 18-35).

²¹ Id., 1993, p. 18, n. 20.

os habilitam a escolher entre o bem e o mal; quando considera o indivíduo fonte legítima de reivindicações na sociedade; e, por fim, quando assume a responsabilidade por seus atos. Logo, o ser livre é a pessoa humana que se objetiva como cidadão. Rawls reconhece que trabalha com uma idéia de pessoa implícita na cultura política democrática, idealizando-a e simplificando essa idéia a fim de que possa enfatizar o seu principal argumento, qual seja, a teoria da justiça como equidade. Por essa razão, admite que a sua teoria não considere, preliminarmente, os indivíduos com desordens mentais ou incapacitados fisicamente para atuarem como membros participantes da sociedade.²²

A teoria rawlsiana da pessoa como ente político tem limitações principalmente quando considerada sob a perspectiva do estado democrático de direito. Essas limitações, reconhecidas pelo próprio Rawls, têm a ver com a natureza “democrática” não especificamente liberal do Estado previsto na Constituição de 1988. Para além da importante contribuição de Rawls para a filosofia do direito, sua teoria abriu perspectivas que incorporam os desafios bioéticos na sociedade democrática. Martha Nussbaum partiu das conclusões de Rawls, inclusive das limitações da sua teoria da justiça, e procura, tendo em vista a contribuição das ciências da vida na atualidade, tornar o argumento de Rawls mais democrático, ou seja, incluindo aqueles excluídos da teoria original.²³ O modelo interpretativo proposto por Nussbaum torna possível incluir novos tipos de agentes morais na sociedade, vistos de forma diferenciada pela ciência contemporânea, mas que na tradição do Estado liberal encontravam-se alijados do processo de participação política.

A revolução no conhecimento, provocada pela ciência moderna, trouxe novas realidades biológicas para o centro da reflexão contemporânea, que nos obrigam a repensar categorias como ser humano, pessoa humana, personalidade jurídica, capacidade, deveres, direitos, responsabilidade etc., para além das categorias especificamente políticas e sociais. Desde o Iluminismo, a nossa filosofia moral tem estado mais atenta às questões socioeconômicas da liberdade e da igualdade do que aos condicionamentos orgânicos do ser humano e de suas implicações éticas e jurídicas, em outras palavras, a sua dimensão biopolítica. As possibilidades da reflexão ética, para além das recomendações pragmáticas, características da prática bioética, abrem um largo

²² Ibid., p. 20.

²³ Nussbaum (2006).

e necessário campo de reflexão no qual se possam renovar os laços da questão ontológica da natureza da pessoa humana com a ética.

A enorme quantidade de textos legais (internacionais e nacionais) bem como as disposições dos conselhos de medicina e dos conselhos de bioética, em hospitais e institutos de pesquisa sobre a prática médica, em face das novas realidades da vida, da saúde e da morte, constituem um desafio para a nossa capacidade de fundamentar escolhas no campo da terapia e da pesquisa. Precisamente, em virtude desse novo tipo de desafio, ético e jurídico, que ultrapassa as fronteiras nacionais e envolve toda a humanidade, começaram a surgir na legislação constitucional conceitos com pretensões de universalidade, como o conceito da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Ambos necessitam ser elaborados levando em conta as descobertas da ciência contemporânea, pois são elas que poderão fundamentar empiricamente os valores e direitos centrais do estado democrático de direito.

O objetivo dessa recuperação filosófica da idéia de pessoa humana tem a ver, diretamente, com a função moral primordial do Direito, qual seja, proteger essa “pessoa em perigo” ou buscar os instrumentos normativos que possam preservar a “humanidade do homem”.²⁴ Esse entendimento da função superior do Direito permite que retiremos o sistema jurídico da função de serviçal do voluntarismo individualista ou do sistema técnico-econômico, conservando a sua própria normatividade. Esses tipos de normativismos, que se encontram questionados na contemporaneidade, levaram o jurista à perda da segurança²⁵, consequência da morte do *cogito* cartesiano.

Quando o aplicador do direito defronta-se com as indagações de ponta surgidas no contexto da bioética e do biodireito, renasce a indagação originária do Direito, que reproduz nas suas classificações e categorias o ciclo da simbologia humana, do nascimento até a morte. Fugir da função originária do Direito, que é assegurar uma instância de julgamento do homem sobre o homem, será incorrer no mais arriscado dos erros.²⁶

O debate milenar sobre o estatuto ontológico do embrião torna-se, assim, mais urgente nos dias atuais, pois a ciência abre novas formas de entendimento da natureza última da pessoa humana. A pergunta sobre a natureza da

²⁴ Endelman (1999, p. 23).

²⁵ Streck (2000, p. 273).

²⁶ Endelman (1999, p. 23).

pessoa humana pressupõe, assim, a aceitação dos dados empíricos fornecidos pela ciência e, ao mesmo tempo, uma reflexão sobre como as dimensões caracterizadoras do ser humano – racionalidade, liberdade e igualdade – devem servir para superar os impasses sobre o tema, privilegiando-o como uma questão moral, a ser resolvida na realidade corpórea individual e no contexto das relações sociais.

Nesse sentido, o Direito, como instância de julgamento, necessita dessa compreensão da pessoa humana e do modo como coexiste de forma essencial, ao lado da sua natureza ontológica, com a sua realização existencial. Passa então o Direito a exercer a função de assegurar o tratamento dessa pessoa dentro dos parâmetros normativos a serem definidos na legislação do estado democrático de direito, que, por essa razão, refletirá uma concepção ético-filosófica do ser humano e da sociedade. O mundo da bioética, e muito menos o do biodireito, como manifestação voluntarista do legislador, não encontram respostas para a complexidade e a abrangência do desafio do milênio, pois nem um nem outro, ignorando a reflexão propriamente filosófica sobre a pessoa humana, poderão estabelecer normas que assegurem a sua plena realização individual e social.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Cleveland; New York: Meridian Books, 1962.

_____. *The Human Condition*. Chicago: The University of Chicago Press, 1971.

BAERTSCHI, Bernard. *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la personne*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

BOETIUS. *The Theological Tractates, Contra Eutychen*. Trad. H. F. Stewart; E. K. Rand and S. J. Tester. Cambridge, Massachusetts; Harvard University Press, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

ENDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

FAGOT-LARGEAULT, Anne; PARSEVAL, Geneviève Delaisi de. Qu'est-ce qu'un embryon? *Esprit*, n. 151, p. 86-120, juin 1989.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. Trad. J. A. Guilhaon Albuquerque e Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2007. v. 1 (A vontade de saber).

HABERMAS, Jürgen. *De l'éthique de la discussion*. Paris: Cerf, 1992.

_____. Direito e Moral. In: *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 193-221.

HALLOWELL, John H. *The moral foundation of democracy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

LIMA VAZ, Henrique. Democracia e Dignidade Humana. *Síntese*, n. 44, 1988.

NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

ORTEGA, Francisco. Biopolítica / Biopoder. In: Barretto, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972.

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e (em) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

RESUMO

O artigo apresenta questionamentos jurídicos no âmbito da bioética e do biodireito a partir da decisão do STF sobre a constitucionalidade do Art. 5º da Lei de Biossegurança e suas reper-

ABSTRACT

This article presents judicial questioning in the range of bioethics and biolaw based on the STF (Federal Supreme Court) decision on the constitutionality of art. 5 of the Lei de Biossegurança

cussões práticas dentro do estado de direito democrático, no contexto de uma sociedade tecnocientífica. Nesse sentido, considera a complementaridade entre as ordens moral e jurídica como característica fundamental do estado democrático de direito. Assim, no contexto da nova realidade biológica, é repensado o conceito de pessoa humana e suas implicações éticas e jurídicas.

Palavras-chave: bioética, estado democrático de direito, sociedade tecnocientífica, Superior Tribunal Federal, pessoa humana.

(Law of Biosecurity) and its practical repercussions within the democratic state of rights in the context of a techno-scientific society. Therefore, we can consider the complementation between moral and judicial order as a fundamental characteristic of the democratic state of rights. Moreover, in the context of the new biological reality, the author rethinks the concept of human person and its ethical and judicial implications.

Keywords: bioethics, democratic state of rights, techno-scientific society, Federal Supreme Court, human person.

Vicente de Paulo Barretto é Doutor, Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor visitante do Programa de Pós-graduação em Direito da Unesa e da Unisinos, Pesquisador visitante no Instituto Max Planck (Berlim) e Coordenador do *Dicionário de Filosofia do Direito*.

DIÁLOGOS ENTRE A
DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

Processos repetitivos dos contratos bancários e o efeito útil no STJ da decisão da aplicação do CDC aos contratos com consumidores pessoas físicas da ADIN 2.591 (STF)

Claudia Lima Marques

EMENTA:

I. Modificações trazidas pela decisão da ADIN 2.591 do e. Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos “contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários” pelo Estado-juiz como forma de promover, conforme o Art. 5,XXXII da Constituição Federal de 1988, a defesa dos consumidores, em especial do consumidor pessoa física:

1) Nova interpretação face à decisão da ADIN 2.591 de “ordem pública e interesse social” (Art. 1 do CDC), que se impõe, face à hierarquia constitucional da garantia do direito do consumidor de atuação do Estado-juiz em sua proteção.

2) Impossibilidade de instrumento abstrato e *ex officio* de processos repetitivos não considerar possível examinar *ex officio* questões não devolvidas na apelação, se a instância é aberta por outro motivo, ou poderá ele mesmo ser inconstitucional por prejudicar acesso à justiça de litigante eventual consumidor e beneficiar litigante habitual, os bancos, e ilegal, caso deixe ao advogado nas instâncias ordinárias escolher se discute temas de ordem

pública ou não, impedindo o Tribunal de utilizar o resultado do instrumento de processos repetitivos caso a questão não seja “devolvida”, no caso das instâncias ordinárias, ou prequestionada a questão.

3) Diferença entre dever fundamental do Estado de promover a defesa do consumidor (Art. 5,XXXII da CF/1988), e direito do consumidor de facilitação da defesa do consumidor (Art. 6,VIII do CDC), a limitar processos repetitivos a contratos bancários com consumidores pessoas físicas e a “possibilidade” de exame de ofício.

II. A ADIN 2.591 e a eficácia constitucional horizontal através do CDC do direito fundamental dos consumidores (Art. 5,XXXII da CF/88) frente aos bancos: *Drittwirkung* no direito privado-constitucionalizado e a inscrição de bancos de dados:

1) A comunicação do Art. 43, parágrafo segundo, deve ser prévia à inscrição, havendo solidariedade *ex vi lege* (Art. 7, parágrafo único, do CDC) entre o fornecedor de serviços e produtos, em especial os bancos, e o arquivo de consumo (ou bancos de dados negativos).

2) A Súmula 359 deve ser revista se sua redação levar à interpretação do fim desta solidariedade imposta expressamente pelo CDC nos Arts. 43 e 7 ou da inexistência do dever desta notificação prévia para o fornecedor direto do crédito, no caso os bancos.

3) O dano da inscrição indevida enseja indenização por dano moral e material, e do dano *in re ipsa*, que não requer “prova” da dor ou do dano em si.

4) A ausência de comunicação, por si só, enseja indenização por dano moral e material, mesmo sendo a segunda notificação ou estando a primeira ou qualquer delas sendo decidida judicialmente, ou do contrário afirmaríamos que é possível “reduzir-se”, por contumaz, eficácia de direito humano ou fundamental dos consumidores.

5) A interpretação do Art. 43 deve ser a favor do consumidor, sujeito protegido constitucionalmente, logo, o prazo de cinco anos é “máximo” e não “único prazo”, pois a Súmula 323 parece considerar que a prescrição e decadência não mais diminuam este prazo.

III. Imposição de boa-fé objetiva nos contratos bancários de consumo e o novo paradigma da informação sobre juros remuneratórios, taxa anual de juros, dos textos dos contratos, da informação sobre juros de mora conheci-

dos como “comissão de permanência”, da informação sobre o método de cálculo dos juros ou capitalização mensal de juros. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob a luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIN 2.591.

1) Caso tenham sido cumpridos os deveres de boa-fé de informação, oportunidade de conhecimento e destaque, impostos legalmente pelo CDC nos Arts. 30, 31, 46, 52 e 54, a cláusula contratual informada sobre juros de mora restringe-se a 2%, depois de 1996.

2) As cláusulas referentes aos juros, remuneratórios e de mora, na forma nominada de juros moratórios ou na forma de comissão de permanência (que são juros remuneratórios cumuláveis aos outros), na forma dos Arts. 30, 31 e 52 do CDC, e o conteúdo do contrato, assim como os acréscimos previstos, na forma dos Arts. 30, 31, 46, 48 e 52 do CDC serão informados aos consumidores e destacadas as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores (Art. 54 do CDC), se em contratos de adesão, sob pena de nulidade destas cláusulas, qualquer que seja seu conteúdo.

3) Presume-se que houve descumprimento do dever de informar imposto pelos Arts. 52 e 54 do CDC e do princípio de boa-fé, em caso de processos repetitivos, se o consumidor *in concreto* entrou com ação de prestação de contas e de exibição de documentos ou requereu a inversão do ônus da prova sobre o contrato, fato que deve ser levado em conta para a abusividade destas e outras eventuais cláusulas (Art. 6,IV do CDC).

DA CONSULTA

1. Consulta-me o Brasilcon - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, associação civil de caráter científico, sem fins lucrativos e filiação partidária, com atuação pedagógica e técnica em todo o território nacional, fundada pelos autores do Código de Defesa do Consumidor, para subsidiar *pro bono* a manifestação em favor dos consumidores do Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, de São Paulo, e de todas as demais organizações de defesa do consumidor e Procons que integrem a lide no Recurso Especial 1.1061.530-RS e nos demais processos incluídos na decisão sobre processos repetitivos, nos termos da intimação do e. Min. Ari Pargendler de 14 de agosto de 2008, no caso entre UNIBANCO e Rosemari dos Santos Sanchez frente à

segunda Sessão do egrégio Superior Tribunal de Justiça, como *amicus curiae* (Lei 9.868/1999) ou em qualidade semelhante.

2. O referido despacho do e. Min. Ari Pargendler suspendeu de ofício o processamento de todos os recursos especiais que versam pelo menos sobre uma das matérias de “*contratos bancários: a) juros remuneratórios, b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência; e) inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito; f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal.*” O caso utilizado para ser o básico dos processos repetitivos é uma “ação de revisão contratual” proposta por uma pessoa física, consumidora, que realizou um financiamento (contrato de fornecimento de serviço) para a aquisição de um produto no mercado de consumo, a saber uma motocicleta. (Pg. 04 da APC 70021397559, Rel. Des. Dorval Braulio Marques, TJRS, no RESP.1.061.530-RS).

3. Considerando, pois, que a consulta sobre os processos repetitivos, com base na Resolução nr. 08 de 07 de agosto de 2008, refere-se a contratos bancários com consumidores, pessoas físicas, vulneráveis *ex vi* Art. 4 do CDC e considerando a importância destes processos sobre contratos bancários de consumo para milhões de brasileiros e seus respectivos advogados e defensores públicos, aceito com muita honra e prazer elaborar este parecer e estudo *pro bono*.

4. Respeitando e dada a máxima vênia à posição do Conselho Federal da honrosa Ordem dos Advogados do Brasil, que discute a constitucionalidade desta Resolução e de decisão semelhante de “processos repetitivos” pelo e. Superior Tribunal de Justiça e, por isso mesmo, não pôde aceitar o convite realizado pela intimação de 14 de agosto de 2008 para defender os consumidores do país, manifesto-me nesta ocasião. Certa estou de que o e. Superior Tribunal de Justiça (STJ) saberá utilizar este primeiro processo de “unificação” de entendimentos jurisprudenciais sabiamente e para “promover”, na forma do Código de Defesa do Consumidor, lei especial sobre o tema mantida e destacada como principal no tema pela decisão por 9 a 2 da ADIN 2.591 do guardião da Constituição, o e. Supremo Tribunal Federal (STF), os valores constitucionais de proteção desta pessoa humana, no seu papel de consumidor, um sujeito de direitos fundamentais (*ex vi* Art. 5,XXXII da CF/1988) e respeitará a ordem pública constitucional de forma a limitar a iniciativa privada ou

autonomia das vontades dos fornecedores (*ex vi* Art. 170, V, da CF/1988), para proteger o consumidor, ainda mais se exercida para lá dos seus fins sociais e econômicos, a boa-fé e os bons costumes (artigos 1, 4, 6, 7, 29, 30, 34, 46, 47, 51, 52, 53 e 54 do CDC combinado ou em diálogo com os artigos 113, 187, 421 e 422 do Código Civil de 2002).

5. Neste sentido, se não é de saudar que o primeiro destes procedimentos de unificação vertical da jurisprudência ocorra de forma tão ampla em direito dos vulneráveis, é de saudar que esta ocorra após a decisão clara e impecável do egrégio Supremo Tribunal Federal na ADIN 2.591, que ilumina as cortes civis na eficácia dos direitos fundamentais dos consumidores e na concretização das cláusulas gerais de boa-fé (artigos 1, 4, 6, 30, 47, 51, 53 e 54 do CDC) e de combate ao abuso de Direito (artigos 7, 29, 51, 52, 53 e 54 do CDC).

6. Dado o prazo exíguo do IDEC (22/09/2008), poderei aprofundar apenas dois pontos, o mandamento constitucional de “promover a defesa do consumidor” e o paradigma máximo do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 em matéria de contratos bancários, de crédito e financeiros, a boa-fé objetiva, protestando pelo eventual complemento das informações e dos estudos aqui apresentados neste parecer após, seja em memoriais e nos futuros pareceres que se fizerem necessários e/ou possíveis.

7. Assim, opto por dividir este meu parecer em duas partes: uma primeira dedicada a analisar a importância da decisão de constitucionalidade e de garantia constitucional de imperatividade da aplicação do CDC aos contratos bancários (tema dos processos repetitivos em questão) da ADIN 2.591 e seus reflexos para a resposta da letra “F” do procedimento atual, sobre a aplicação *ex officio* nos Tribunais e nas instâncias extraordinárias (STJ e STF) e no que se refere aos bancos de dados negativos, letra “e”. E uma segunda, sobre a imposição de boa-fé objetiva nos contratos bancários de consumo e o novo paradigma da informação sobre juros remuneratórios (e taxa anual de juros, textos dos contratos), informação sobre juros de mora ou, como são conhecidos estes juros no jargão bancário, por “comissão de permanência” como juro remuneratório extra, informação sobre o método de cálculo dos juros e a capitalização mensal de juros e seu regime legal, no diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis,

sob a luz da Constituição Federal de 1988, na interpretação da cláusula standard de boa-fé frente a consumidores pela decisão da ADIN 2.591.

8. O Idec e o Brasilcon apresentam, por seus diretores e advogados, conjuntamente e para facilitar a elaboração deste parecer, os seguintes e importantes quesitos:

- (A) Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação entre o Banco e o consumidor pessoa física, como o do caso em exame? Quais são as consequências desta aplicação do CDC a todos estes contratos após a decisão da ADIN 2.591?
- (B) Em caso de desrespeito ao mandamento constitucional do Art. 5,XXXII, face à decisão na ADIN 2.591, de aplicação da lei (CDC) para “promover a defesa dos consumidores”, é possível aos consumidores prejudicados em concreto pela não aplicação útil em abstrato das normas e paradigmas do CDC nesta unificação de processos repetitivos entrarem com Reclamações de descumprimento de preceito constitucional diretamente ao STF?
- (C) Considerando que o e. Superior Tribunal de Justiça pela Súmula 297 aplica o CDC e suas normas de ordem pública e interesse social (Art. 1 do CDC) aos contratos bancários; considerando que a Res. 08, de 07 de agosto de 2008, permite ao STJ de ofício decidir sobre todos os casos conjuntamente (fora da devolução, *ultra, extra e citra petita*) nos temas de “recursos repetitivos” e a decisão da ADIN 2.591, quais os reflexos têm estes fatos novos na aplicação do CDC em relação às: “*f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal.*”?
- (D) Uma vez que a ADIN 2.591 considerou todas as interpretações do Art. 3, par. 2 constitucionais (assim não declarando a inconstitucionalidade sem redução de texto desta norma como os dois votos vencidos propunham), que garantia constitucional traz esta decisão para os consumidores quanto aos bancos de dados de crédito (bancos de dados negativos)?
- (E) Considerando o paradigma da boa-fé e o dever de informar sobre riscos e cláusulas limitativas de direitos e o dever de destaque destas cláusulas e de dar oportunidade de conhecer o contrato, são abusivas as cláusulas não informadas aos consumidores dos contratos de adesão bancários (*ex vi* Arts. 30, 51, 52 e 54 do CDC) ou são ineficazes (*ex vi* Arts. 20, 30, 31, 46 c/c Arts. 52 e 54 do CDC)?

- (F) No primeiro caso (nulidade), em se tratando de cláusula de juros remuneratórios, pode o Tribunal considerar suprida a nulidade absoluta presumindo que o contrato oneroso existiu e utilizar os juros legais de 1% ao mês ou a taxa de mercado a favor dos bancos? No segundo caso (ineficácia), a sanção seria a perda de todos os juros, com a devolução somente do capital corrigido ou pode uma cláusula ineficaz ser preenchida com os juros de mercado?
- (G) Que informações mais poderia resumir em relação aos temas desta unificação de “processos repetitivos”, sobre os temas de “*contratos bancários: a) juros remuneratórios, b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência*”?

DO EXAME E DAS RESPOSTAS

Parte I. Da incidência imperativa do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários após a ADIN 2.591

9. Mister iniciar respondendo positivamente à primeira parte da pergunta (A). Apesar de o despacho do eminente min. Ari Pargendler em nenhum momento mencionar o Código de Defesa do Consumidor, sequer nas perguntas, o próprio fato de ter intimado o IDEC e o caso que escolheu (RESP. 1.61.530-RS) bem esclarecem que – conforme a Súmula 297 do STJ – o CDC se aplica a estes contratos. Assim, resta a segunda parte da pergunta (A), se o Código de Defesa do Consumidor se aplica na relação entre o Banco e o consumidor pessoa física, como o do caso em exame, resta-me mencionar quais são as conseqüências desta aplicação do CDC a todos estes contratos após a decisão da ADIN 2.591. Estou convencida de que o sistema de valores (*Wertsystem*)¹ impostos pela Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento dos direitos fundamentais do consumidor (Art. 5,XXXII), com a consubstanciação de uma ordem constitucional econômica que tem a defesa dos consumidores como seu limite (Art. 170, V) e que mandou criar um corpo de leis sistemático, um Código, um todo construído com uma idéia básica que é a proteção do sujeito mais fraco (Art. 48 dos ADCT), criou um Direito Privado brasileiro tripartite (Direito Civil, Comercial e do Consumidor) e *sui generis*, e assim traz claros reflexos para o tema dos

¹ Veja, sobre o sistema de valores constitucionais, Dürig (1956, p. 176).

contratos bancários com consumidores pessoas físicas ora em exame para uniformizar-se em abstrato a jurisprudência destes “processos repetitivos”.

10. Face à pergunta (B), mister aproveitar esta análise para identificar qual é este “mandamento constitucional do Art. 5,XXXII”, que face à decisão de 9 a 2 na ADIN 2.591 a favor dos consumidores, poderia ensejar uma reclamação de descumprimento constitucional destes ao STF pela “não aplicação da lei (CDC)”, em abstrato e de forma útil e positiva, “para promover a defesa dos consumidores” nos contratos bancários neste instrumento novo dos processos repetitivos, iniciado de ofício.

11. Permitam-me, aqui, pela complexidade e importância das perguntas, realizar uma análise não em um nível constitucional, mas em três níveis, a saber:

1) o nível constitucional em si (positivo e negativo, face à pergunta do descumprimento e da reclamação direta ao e. STF);

2) o nível da eficácia constitucional (indireta-através do CDC) horizontal do direito fundamental dos consumidores (Art. 5,XXXII da CF/88) frente aos bancos (nível da *Drittwirkung* no Direito Privado-constitucionalizado); e

3) o nível material ordinário, da nova interpretação conforme a ADIN 2.591, do que é “ordem pública e interesse social” do Art. 1 do CDC após esta garantia renovada de proteção dos consumidores no Brasil.

12. O exame destes dois últimos níveis permitirão também a análise da pergunta (C), qual seja, quais os reflexos tem a ADIN 2.591 na aplicação das normas de ordem pública e interesse social e origem constitucional (Art. 48 ADCT/1988) do CDC aos bancos quanto à pergunta “f” sobre aplicação destas de ofício “*no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal*”.

13. Por fim, e da mesma forma, a análise dos direitos fundamentais dos consumidores, mantida e reforçada pela ADIN 2.591, permite analisar a pergunta (D), uma vez que na ADIN 2.591 o e. Supremo Tribunal Federal, guardião da constituição e seu intérprete maior e último (RE 19520/DF)², considerou

² No histórico julgamento do RE 19520/DF, 05.06.1952, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Galotti, ficou estabelecido que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição.

todas as interpretações do Art. 3, par. 2 constitucionais (assim não declarando a inconstitucionalidade sem redução de texto desta norma como os dois votos vencidos propunham), o que esta garantia constitucional traz para os consumidores quanto aos bancos de dados de crédito (bancos de dados negativos), em especial face ao Art. 44 do CDC e suas regras sobre a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito. Vejamos pois estas quatro perguntas e suas respostas.

(A) A importância e os reflexos da ADIN 2.591 do e. Supremo Tribunal Federal para a solução dos casos repetitivos de contratos bancários de consumo

14. Como já afirmei, há um novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIN dos bancos (ADIN 2.591 proposta pela CONSIF), uma vez que de maneira basilar a decisão humanista e protetiva do egrégio Supremo Tribunal Federal assegurou uma nova garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor nos serviços “de natureza bancária, financeiras, de crédito e securitária”, como os ora em debate, e consolidou a Lei 8.078/90 como lei de eficácia horizontal de direitos humanos (*Drittwirkung*), isto é, lei infraconstitucional especial que estabelece paradigmas obrigatórios de boa-fé objetiva e informação aos leigos-consumidores no Brasil e deve ser aplicada em diálogo com o Código Civil e as leis bancárias sempre a favor da “defesa do consumidor”.³

15. Efetivamente, a Constituição Federal de 1988 é o marco de reconstrução de um Direito Privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade;⁴ uma Constituição que é a *garantia* e o *limite* de um Direito Privado construído sob seu sistema de valores. Este sistema de valores dado pelo constituinte (*Wertsystem*) e interpretado de maneira última pelo Supremo Tribunal Federal vincula e limita o legislador e, por óbvio, as cortes civis, as instâncias ordinárias e o Superior Tribunal de Justiça, como o afirmou já em 1952, no RE 19520/DF, 05.06.1952, o Tribunal Pleno, com relatoria do e. Min. Luiz Galotti, cuja ementa ensina:

³ Este é o resumo de meu artigo, Marques (2007).

⁴ Veja, por todos, Tepedino (2001, p. 11 et seq.), Fachin (2004, p. 23 et seq.), Negreiros (2002, p. 11 et seq.) e Nalin (2005, p. 25 et seq.).

Admitir o Supremo Tribunal Federal que, após interpretar a Constituição de um modo, possa a lei ordinária adotar interpretação oposta, equivaleria a renunciar ele à sua atribuição máxima, de mais alto intérprete da Constituição, para transferi-la ao legislador ordinário, que assim se transmutaria em poder constituinte permanente, não apenas pela forma que a Carta Magna prevê, mas também através da elaboração de leis comuns.

16. Se intuitivamente todos concordávamos com esta assertiva, da Constituição Federal de 1988 como centro valorativo, centro sistemático-institucional, e normativo também do Direito Privado, faltava ainda uma decisão do Supremo Tribunal Federal que esclarecesse esta *força normativa da Constituição*⁵ e o alcance deste novo Direito Privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos). Faltava uma decisão de nossa corte constitucional para dar *coerência* à manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 20403/02), que unificou as obrigações civis e comerciais e deixou em vigor somente a segunda parte do Código Comercial de 1850. Uma decisão que esclarecesse o binômio Constituição e Relações Privadas, no aspecto da Constituição como *garantia e limite da atividade econômica*, e não só a relação da Constituição com o respeito e a dignidade da pessoa humana,⁶ ressaltando o *status constitucional* da proteção do consumidor no Direito Privado brasileiro e sua eficácia horizontal a dar preferência para a proteção do sujeito consumidor, em especial a pessoa física em *Drittwirkung*, ou como resume o Vice-Presidente do Brasilcon, Bruno Miragem:

a consequência deste status constitucional da defesa do consumidor é, no mínimo, estabelecendo-os como preferenciais em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional. No máximo, determinando pro-

⁵ Veja Hesse (1991, p. 5 et seq.).

⁶ O binômio Constituição e Vida Privada foi abordado em congresso do IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público), de 22 e 23 de junho de 2006, sobre estas duas temáticas, Constituição e Pessoa Humana e Constituição e Atividade Econômica. Neste trabalho nos concentraremos na segunda, mas sobre a primeira veja primoroso voto recente do Min. Gilmar Mendes em tema de prisão do consumidor como depositário infiel de bens de consumo. Veja também Mendes (1999, p. 43 et seq.).

vidências concretas para sua realização [...] o direito do consumidor, enquanto direito subjetivo, [...] caracteriza-se ontologicamente como direito humano fundamental.⁷

17. Em julho de 2006, foi julgada a ADIN 2.591, conhecida como ADIN dos Bancos, a favor da plena constitucionalidade do Art. 3, parágrafo segundo, do Código de Defesa dos Consumidores, por 9 votos a 2, assim, cabe agora refletir sobre este, que aqui denominamos novo Direito Privado brasileiro. Ao final de 2006, foram julgados também, favoravelmente aos pleitos dos consumidores, os Embargos de Declaração interpostos pelos vitoriosos *amicus curiae* (Brasilcon, Idec e Procon-SP) e pelo Ministério Público Federal, à unanimidade, para reduzir a ementa da decisão, que ficou a seguinte:

Art. 3º, § 2º, Código de Defesa do Consumidor - Art. 5º, XXXII, da CB/88 - Art. 170, V, da CB/88 - Ação Direta Julgada Improcedente

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza como destinatário final atividade bancária, financeira, de crédito e securitária.

3. O preceito veiculado pelo Art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição.⁸

18. Parece-me que a ementa resultante é muito mais clara sobre o verdadeiro objeto da decisão da ADIN 2.591, que é a plena constitucionalidade formal e material do CDC e sua aplicação a todos os serviços bancários, financeiros, de créditos e securitários prestados aos consumidores no mercado brasileiro, por todos os agentes, sendo que o Art. 3, em seu parágrafo segundo *in fine*, do CDC deve ser interpretado em coerência com a Constituição. Esta nova ementa, após os Embargos de Declaração, ao concentrar-se nos pontos em que houve unanimidade dos 9 votos vencedores, esclarece melhor a transcendência deste julgado. Sendo assim, hoje a leitura pelos privatistas a ser realizada deste

⁷ Assim Miragem (2002, p. 111-133).

⁸ Conforme ata da sessão de julgamento. Veja Informativo nº 452, do STF, de 11 a 15 de dezembro de 2006, e o sítio <<http://www.stf.gov.br>>.

julgado histórico do egrégio STF pode e deve ser hoje realizada em toda sua força.

19. Dois aspectos da transcendência desta decisão devem aqui ser tratados.⁹ O primeiro é o aspecto formal, sistemático, valorativo e institucional desta decisão do STF, que afirmou a nova *garantia institucional do Direito do Consumidor*. Em outras palavras, o STF reconheceu que o Direito do Consumidor, e o Código de Defesa do Consumidor, é parte integrante e essencial deste novo sistema de Direito Privado *sui generis* brasileiro, formado necessariamente pela coexistência coerente e em diálogo¹⁰ de várias fontes legislativas de Direito Privado (CDC, Código Civil e leis do Sistema Financeiro e securitário) sob a luz e orientação do sistema de valores da Constituição. O segundo aspecto da transcendência desta decisão é substantivo, sistemático, valorativo e eficaz, referindo-se a um aspecto importante da constitucionalização do direito dos contratos, no caso contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários ou relações de consumo que envolvem direitos humanos ou fundamentais do contratante mais fraco, o consumidor, que é a análise do efeito horizontal (ou entre dois contratantes privados) das garantias constitucionais ou dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecido sob a expressão alemã de *Dritt-wirkung* no Direito do Consumidor constitucionalizado. Vejamos.

1) A Constituição Federal de 1988 como a garantia institucional da existência e efetividade do Direito do Consumidor

20. Efetivamente, no Brasil de hoje a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental (*Grundrecht*) e é um princípio da ordem econômica da CF/1988 (Art. 170, V, da CF/88).¹¹

⁹ Veja, sobre os demais, Marques (2006).

¹⁰ Veja, sobre o diálogo das fontes, Jayme (1995, p. 60; 251 et seq.). E também Marques (2005, p. 25 et seq.), atualizada em Benjamin (2007, p. 11 et seq.).

¹¹ Gomes (1983). Orlando Gomes, em sua sabedoria, já identificava que a constitucionalização crescente do Direito Privado teria efeitos fortes de institucionalização e garantia dos direitos assegurados, assim como os direitos dos consumidores, em sede constitucional e afirmava: “A chamada Constituição econômica institucionaliza a propriedade, o contrato e o trabalho” (p. 64). E completava profeticamente: “os

Como ensina Ricardo Lorenzetti, “as normas qualificadas como fundamentais”, entre elas também os *princípios* e *valores constitucionais*, não só os *direitos fundamentais*, “cumprem uma função integrativa, delimitadora e interpretadora do ordenamento jurídico”.¹²

21. Como já afirmei, considero que a decisão na ADIN 2.591 é um *leading case* sobre a força normativa da Constituição a vincular o intérprete e a conformar o novo sistema de Direito Privado, inclusive o legislador infraconstitucional.¹³ Trata-se efetivamente de um caso em que a “força normativa” da Constituição (expressão de Hesse)¹⁴ ganha contornos específicos a vincular o Estado (Estado-juiz, Estado-executivo, Estado-legislativo) e os aplicadores da lei em geral, pois que o Direito Privado (normas a regular relações jurídicas entre consumidores e bancos, consumidores e administradoras de cartões de crédito ou financeiras, entre consumidores e seguradoras), especialmente o Direito Privado de proteção (institucionalizado na ordem econômica constitucional), encontra sua garantia justamente na Constituição (Art. 170 c/c Art. 192 da CF/1988) e nos valores consubstanciados em sua lista de direitos fundamentais (Art. 5,XXXII da CF/88).

22. É o que Dürig, citando Nipperdey (mas defendendo a eficácia indireta, através de uma lei de direito privado infraconstitucional, dos direitos fundamentais), denominou *de básico caráter institucional de garantia do Direito Privado* (*seinen Charakter als Rechtsinstitutsgarantie*),¹⁵ em que a própria Constituição é a garantia dos direitos do consumidor a vincular o Estado-juiz, o Estado-legislador e o Estado-executivo.

preceitos constitucionais devem ser observados como diretrizes internas do direito civil” (p. 68) e os avanços da sociedade industrial no Brasil “reclamam um novo sistema de valores que seja recolhido pela Constituição e no qual o contrato passará a ter diretrizes internas que refletirão as exigências do capitalismo maduro da era tecnológica e da sociedade de consumo [...]” (p. 75).

¹² Lorenzetti (2006, p. 455).

¹³ Marques, Almeida e Pfeiffer (2006, p. 369).

¹⁴ Importante aqui usar e valorizar a expressão de Hesse (1991, p. 5).

¹⁵ Dürig (1956, p. 171).

23. Se o Direito Privado, no século XIX e início do século XX, era considerado como disponível (no individualismo preponderante como *valor* da época)¹⁶ e subsidiário (no regime negativo de organização política, um *laissez faire* que revelava a hierarquia inferior dos valores e da função do Direito Privado)¹⁷, a ser usado apenas quando a vontade das partes não regulasse o fato, pois o interesse privado prevalente o guiava;¹⁸ no século XXI sabemos todos que o Direito Privado tem uma função social,¹⁹ acima do interesse dos indivíduos,²⁰ e é guiado pela ordem pública constitucional.²¹

24. Também reconhecemos todos que os direitos fundamentais têm eficácia nas relações privadas, pelo menos indiretamente, a chamada *Drittwirkung*: eficácia horizontal, como nos contratos bancários em questão. A eficácia indireta (através de uma lei, como o Código de Defesa do consumidor e o CPC) dos direitos fundamentais dos consumidores parece ser uma unanimidade hoje. Discussão só há e só pode haver hoje, neste novo constitucionalismo de valores (expressão também de Hesse), se há ou não eficácia direta, isto é, na falta de uma lei infraconstitucional. Este não é o caso sob exame, em que existem sim fontes especiais, o próprio CDC mantido em plena constitucionalidade e aplicabilidade aos contratos bancários com consumidores pela ADIN 2.591, e fontes gerais (Código Civil, CPC) e subsidiárias em diálogo, no que couber (leis bancárias gerais para todos os contratos bancários, logo, subsidiárias também se possuem normas de conduta para contratos de consumo), sempre que segundo dispõe o Art. 7 do CDC trouxerem não deveres, mas direitos para os consumidores. Em outras palavras, hoje o Direito Privado brasileiro, e os contratos bancários com consumidores pessoas físicas, também é informado pelos direitos fundamentais.²²

¹⁶ Sobre o tema do individualismo, veja, por todos, De Moraes Tepedino (s.d., p. 21 et seq.).

¹⁷ Sobre o regime apenas negativo de organização política que cabia ao Direito Privado, veja, por todos, Campos Aronovich (1994) e Raizer (1979, p. 25 et seq.).

¹⁸ Sobre a dictomia público/privado, veja Amaral Júnior (2002, p. 54-71).

¹⁹ Gierke (1940, Vorbemerkung, p. 2).

²⁰ Veja Sarlet (2000, p. 54-102).

²¹ Veja, por todos, Meli (2006).

²² Sobre o tema na Alemanha, veja Heck (1999, p. 43 et seq.).

25. Sendo assim, o eixo-central do Direito Privado é a Constituição e sua axiologia.²³ A hipótese que estou aqui a defender é, pois, a de que, na decisão da ADIN 2.591, o egrégio Supremo Tribunal Federal afirmou – sem meias palavras – que o Código de Defesa do Consumidor e o Direito do Consumidor é um microssistema que faz parte do Direito Privado atual do país e que deve ter algum *efeito útil*, coerente neste novo sistema, em especial nos contratos bancários, financeiros de crédito e securitários, objetos da ADIN 2.591!

26. Este efeito útil (a decisão não será a mesma sobre o exame de ofício, o grau de informação e destaque das cláusulas abusivas, se o co-contratante do contrato bancário for um consumidor, a aplicar-se o Art. 5,XXXII da CF/1988, ou um experto, um profissional, um empresário) é reforçado também pela noção de ordem pública [econômica] constitucional do Art. 170, V, da CF/1988. Em outras palavras, ordem pública aqui é sinônimo de limite à iniciativa privada (*caput* do Art. 170 da CF/1988), no Direito Privado, limite à autonomia da vontade para defesa dos consumidores (inciso V do Art. 170 da CF/1988, guiado pela garantia de que o Estado-juiz vai promover a defesa do consumidor do Art. 5,XXXII da CF/1988), em especial após a clara decisão da ADIN 2.591.

27. Também é assim no direito comparado. Ao construir o edifício cultural do direito moderno, unindo o espírito-*Geist* cristão-romano à visão de comunidade-social-interdependente germânica,²⁴ Otto von Gierke contribuiu para a superação de uma visão absoluta dos poderes da pessoa livre (*Machtsphäre der freien Einzelpersönlichkeit*) ou dos direitos subjetivos privados (que trazem em si sempre deveres para com a sociedade, como um limite imanente)²⁵ e permitiu evoluir para uma função social da propriedade²⁶ (do patrimônio e

²³ Veja a importância da doutrina alemã em Sarlet (2004, p. 85 et seq.) e da doutrina portuguesa em Amaral Júnior (2002, p. 54 et seq.).

²⁴ Veja Gierke (1940, p. 12): “An den germanischen Rechtsgeist also wenden wir uns, wenn wir vor einer Neuordnung unseres Privatrechtes stehen, und von ihm empfangen wir die Mahnung, der sozialen Aufgabe eingedenk zu sein, die das Privatrecht in der heutigen Gesselchaft zu lösen hat.”

²⁵ Ibid., p. 15: “Mit dem Satze ‘kein Recht ohne Pflicht’ hängt innig unsere germanische Anschauung zusammen, dass jedes Recht eine ihm immanente Schranke hat.”

²⁶ Ibid., p. 13, p. 16 et seq.

do contrato), limitando os direitos (abuso de direito)²⁷ e as liberdades típicas das relações privadas, como a autonomia da vontade nos contratos,²⁸ incluindo nas normas deste novo Direito Privado e em sua interpretação *a gota de óleo do social* (*ein Tröpfchen sozialistischen Öles*).²⁹

28. Interessante notar que Gierke clama por um novo Direito Privado (*Neuordnung des Privatrecht*),³⁰ com função social e mais influenciado pelas funções típicas do Direito Público, justamente quando o Código Civil alemão, o BGB, estava para ser aprovado. Tratava-se, pois, apenas de uma nova organização, face a um elemento novo ou visão nova exigida pela sociedade, não realmente de algo “novo”. Eis assim que animada por este grande mestre ousou identificar aqui o novo Direito Privado brasileiro. “Novo”, pois como ensina Erik Jayme,³¹ a atual função social do Direito Privado é a proteção da pessoa face aos desafios da sociedade massificada, globalizada e de serviços atual, que deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa como consumidora (Art. 1 e Art. 4, I, do CDC). Função esta que só pode ser perseguida com uma nova visão e interpretação do Direito Privado, especialmente valorizando as diferenças materiais e formais nos poderes e liberdades das pessoas, procurando a igualdade, não excluindo as pessoas dos mercados, mas ao contrário incluindo-as e protegendo-as nestes contextos sociais atuais. O reconhecimento do papel do consumidor na sociedade (Art. 5, XXXII) e a necessidade de sua proteção no mercado (Art. 170. V da CF/88) são elementos inerentes deste novo Direito Privado, que conforme a ADIN 2.591 não pode mais desconhecer a prioridade e a existência de direitos fundamentais para os consumidores [pessoas físicas, como o caso em exame] frente aos bancos e outras instituições do Sistema Financeiro Nacional.

29. Estou convencida de que o sistema de valores (*Wertsystem*)³² impostos pela Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento dos direitos funda-

²⁷ Ibid., p. 14, p. 29 et seq.

²⁸ Ibid., p. 7.

²⁹ Ibid., p. 10.

³⁰ Ibid., p. 12.

³¹ Veja seu belíssimo escrito, que foi traduzido para o português e publicado nos Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFRGS, de 2003 (Jayme, 2000, p. 19-40).

³² Veja sobre o sistema de valores constitucionais, Dürig (1956, p. 176).

mentais do consumidor (Art. 5,XXXII), com a consubstanciação de uma ordem constitucional econômica que tem a defesa dos consumidores como seu limite (Art. 170, V) e que mandou criar um corpo de leis sistemático, um Código, um todo construído com uma idéia básica que é a proteção do sujeito mais fraco (Art. 48 dos ADCT), criou um Direito Privado brasileiro tripartite (Direito Civil, Comercial e do Consumidor) e *sui generis*.

30. Autores franceses atuais relembram que, em França, dá-se preferência para a expressão “direitos do homem e liberdades fundamentais”, sendo que somente em decisão de 1990 o Conselho Constitucional francês passou a usar a expressão “direitos fundamentais” para os denominar.³³ E se há uma necessidade de os delimitar, afirmam que são direitos públicos, reconhecidos como tendo valor superior ou supralegal, que têm por objeto proteger a dignidade do homem.³⁴ Nada mais individual e igualitário, pois que o reconhecimento de direitos fundamentais a uma pessoa ou grupo, como os consumidores (Art. 5,XXXII da CF/88).

31. Como já escrevi, a noção de igualdade irá influenciar a aplicação casuística do novo Código Civil de 2002, que é *um Código para iguais*, e a aplicação do CDC, que está ligado a um novo paradigma de diferença, de tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de equidade, em uma visão mais nova do moderno ou pós-moderna, é *um Código para desiguais*! Note-se que esta visão da *igualdade* e do tratamento igual/desigual para os iguais/desiguais, no caso concreto, está intrinsecamente ligada à noção moderna – tão importante em matéria contratual – da *equidade* (*Justiça para o caso concreto*), ao espírito e teleologia da existência de um Direito do Consumidor como parte integrante de um novo Direito Privado.

32. Desconhecer esta diferença e usar as linhas de juros (Art. 406 do CC/2002 e não o Art. 51, IV e parágrafo primeiro do CDC), de mora (sem a noção mais ampla de vício do serviço e da informação do Art. 20 do CDC) ou da disponibilidade e liberdade total de entregar cópia do contrato, dar oportunidade de conhecimento prévio e de destacar cláusulas limitativas de direitos

³³ Dreyer (2006, p. 748).

³⁴ Ibid., p. 749.

dos consumidores pessoas físicas (sem considerar os Arts. 46 e 54 do CDC) e de informar o “montante dos juros de mora”, através da comissão de permanência, e “da taxa efetiva anual de juros” e de todos os demais “acréscimos legalmente permitidos” (como determina expressamente para estes contratos bancários o Art. 52 do CDC), é tratar igualmente os desiguais, violando os direitos dos consumidores, constitucionalmente impostos e garantidos pela ADIN 2.591!

33. Note-se que nos casos a serem uniformizados trata-se de pessoas físicas, em que se presume a sua vulnerabilidade *ex vi* Art. 2 c/c com Art. 4, I do CDC (STJ – 3.^a T. – AgAgIn 296.516/SP – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 07.12.2000), como no caso em exame para compra de uma motocicleta: “Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC.” (STJ – REsp 296.516 – rel. Min. Fátima Nancy Andrighi – j. 07.12.2000 – DJ 05.02.2001).³⁵

34. Em matéria de contratos bancários com consumidores, que são leigos e inseridos no mercado de consumo, em especial os que envolvem crédito, direta e indiretamente (contas correntes), alerta Nicole Chardin que a autonomia da vontade deve ser racional, informada e defendida das pressões do *marketing* e do momento, uma vez que estes contratos são contratos “afetivos”, em que o racional nem sempre se sobressai e há uma forte posição de superioridade do banco (e do gerente ou agente) em relação ao consumidor, ainda mais que são contratos de (e por simples) adesão.³⁶ Aqui a igualdade impõe atuação positiva do Estado, por razões de ordem pública, mesmo no Direito Privado.

³⁵ No mesmo sentido veja-se: “Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação, no caso, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial não conhecido.” (STJ – 4.^a T. – REsp 218505/MG – rel. Min. Barros Monteiro – j. 16.09.1999).

³⁶ Assim Chardin (1988, p. 40 et seq.).

35. Ensina Berthiau,³⁷ em sua magnífica obra sobre o princípio da igualdade e o direito civil dos contratos, que há uma ambigüidade original entre as expressões e/ou noções modernas de igualdade e de equidade. A estrutura moderna da noção de *igualdade* advém do latim *aequalitas* (igualdade, supondo a comparação com outro objeto), derivada por sua vez da expressão *aequalis* (igual) e de *aetis*. A partir das evoluções lingüísticas na Idade Média, estas expressões perderam, em francês e português, a partícula “qua” (*égalité-égalité-égal, equalidade-igualdade-igual*). A evolução da expressão *equidade* é semelhante, do latim *aequitas* (também *aetis*),³⁸ que significava, segundo pesquisas de Berthiau,³⁹ justamente *igualdade* e, mais precisamente, “igualdade de alma, equilíbrio, calma” (*égalité d’âme, calme, équilibre*), e que era derivada por sua vez justamente da expressão *aequus* (igual-adjetivo).⁴⁰ Esta proximidade etimológica e a distinção (*distintio*) de níveis de pensamento levam à conclusão de que tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com “equilíbrio e calma”, é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto!

36. Igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso.⁴¹ A igualdade só pode ser abordada sob o ponto de vista de uma comparação.⁴² Eis aqui o desafio maior do Direito Privado brasileiro atual, face à unificação do regime das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002 e face ao mandamento constitucional de discriminar positivamente e tutelar de forma especial os direitos dos consumidores (Art. 5,XXXII da CF/88), também em suas relações civis. Igualdade perante a lei e igualdade na lei (“*devant la loi et dans la loi*”)⁴³ só podem realizar-se hoje, no Direito Privado

³⁷ Berthiau (1999, p. 3 et seq.).

³⁸ Veja Stowasser (1980, p. 18): “*aequitas, ätis, aequus - 1 Geduld, Ruhe, Gleichmut, Gelassenheit, animi. 2. Gleichheit [vor dem Gesetz], Gerechtigkeit, Billigkeit... aequitas est iustitia maxime propria.*”

³⁹ Berthiau (1999, p. 3).

⁴⁰ Stowasser (1980, p.18): “*aequus – gleich...Subst aequum,...amantior aequi, aequi cultor, ex aequo bonoque.*”

⁴¹ Assim conclui Berthiau (1999, p. 3).

⁴² Frase de Berthiau (*ibid.*).

⁴³ Sobre a importância do tema, em Direito Privado e Público, veja Ferreira da Silva (1993, p. 151 et seq.).

brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor, e se for efetivo um Direito protetivo do consumidor privado e público.

37. Como já mencionei,⁴⁴ o direito à igualdade é um dos primados do direito moderno, mas são em sua maioria direitos “negativos” de igualdade (*Abwehrrechte* - direitos de defesa, direitos a uma conduta negativa - *Rechte auf negative Handlungen*).⁴⁵ Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente;⁴⁶ como afirma Erik Jayme, o *droit à la différence*⁴⁷ é o direito à igualdade material (e tópica) reconstruída por ações positivas (*Rechte auf positive Handlungen*)⁴⁸ do Estado em pró da pessoa⁴⁹ identificada em determinado papel ou em determinado grupo social. Não deve surpreender, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) tenha origem constitucional (Art. 48 dos ADCT) e tenha hierarquia superior, uma vez que todas as suas normas civis são de ordem pública (*ex vi* do Art. 1º do CDC), uma lei especial de “interesse social”, pois está à procura da equidade, do tratamento casuístico/tópico da justiça contratual, com calma e equilíbrio, não voltado para o igual geral, mas para o diferente.

38. Efetivamente, o consumidor constitucionalmente é o terceiro sujeito, ao lado dos civis, dos comerciantes, a fazer parte deste novo Direito privado.⁵⁰ Logo, a proteção do consumidor por mandamento fundamental da Constituição influencia todas as relações privadas em que este sujeito (pós-moderno)⁵¹ de direitos esteja presente. Em outras palavras, se o contrato é o instrumento de circulação das riquezas das sociedades, hoje é também instrumento de

⁴⁴ Marques, Benjamin e Miragem (2005, p. 41 et seq.).

⁴⁵ Veja Alexy (1996, p. 174).

⁴⁶ Veja Ghersi (1995, p. 33).

⁴⁷ Jayme (1995, p. 251).

⁴⁸ Veja Alexy (1996, p. 179).

⁴⁹ Veja Sarlet (1998, p. 48).

⁵⁰ Bülow e Artz (2003, p. V) afirmam que depois da introdução do parágrafo 13, com a definição do sujeito consumidor, no BGB (Código Civil alemão), existe um Direito Privado do consumidor (*Verbraucherprivatrecht*).

⁵¹ Sobre o tema veja Marques (2000, p. 61 et seq.).

proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro ou, como denominei, *ponto de encontro de direitos fundamentais*.⁵²

39. Não é de estranhar, pois, que o sujeito consumidor e sua proteção tenham sido incluídos na Constituição Federal de 1988. Esta elevação à Constituição Federal de matérias originariamente apenas tratadas em leis infraconstitucionais de direito privado facilita identificar eficácias das normas constitucionais às relações privadas,⁵³ isto é, uma influência recíproca entre os direitos público e privado,⁵⁴ a partir da CF/88, como previa Gierke. Mencione-se que este fenômeno, que Orlando Gomes denominou de “migração”⁵⁵ dos princípios do Direito Civil para o Direito Constitucional, pode ser visto de duas maneiras. Ou seja como uma perda de “autonomia” valorativa do Direito Privado, antes centro científico do Direito,⁵⁶ uma vez que sua racionalidade teria sido “colonizada” pelos valores da Constituição (*verfassungsrechtlichen ‘Kolonisierung’ des Privatrechts*),⁵⁷ seja como uma abertura sistemática ampla para uma super-revisão (*Superrevision*),⁵⁸ que pode afetar a “segurança jurídica” (*Rechtssicherheit*)⁵⁹ dos negócios entre privados. Ou pode ser vista como uma garantia reforçada da *instituição* do Direito Privado; por exemplo, uma garantia da proteção dos interesses do consumidor na relação frente aos agentes do sistema financeiro nacional em suas relações obrigacionais contratuais e extra-contratuais,⁶⁰ uma garantia da própria segurança jurídica (proteção dos

⁵² Assim capítulo de meu livro (Marques, 2006).

⁵³ Veja Miragem (2005, p. 26), que também comenta o aparecimento no Brasil da escola do Direito civil-constitucional, liderada por Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin.

⁵⁴ Assim Miragem (*ibid.*, p. 23).

⁵⁵ Expressão de Gomes (1988, p. 1 et seq.).

⁵⁶ Sob essa ótica, veja o artigo de Oeter (1994).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 532.

⁵⁸ Assim Schwabe (1975, p. 470).

⁵⁹ Oeter (1994, p. 561).

⁶⁰ Veja, por todos, Marques, Almeida e Pfeiffer (2006).

direitos adquiridos,⁶¹ proibição de retrocesso,⁶² proibição de exagero ou *Übermassverbot*⁶³ ou proporcionalidade⁶⁴).

40. De qualquer maneira, goste-se ou não das escolhas constitucionais, trata-se de um novo *limite à atuação dos privados*,⁶⁵ que assegura proteção aos mais fracos, em especial os consumidores *ex vi* Art. 5,XXXII da CF/1988, e uma ordem-harmônica na sociedade, segundo valores máximos constitucionalizados, garantindo um direito de proteção (*Schutzpflicht*) contra o abuso de direito, o exercício para lá dos fins sociais e econômicos do contrato, dos bons-costumes ou da boa-fé,⁶⁶ que assegura a própria autonomia do indivíduo⁶⁷ e a dignidade nas relações obrigacionais com mais fortes, em especial no caso dos contratos bancários.⁶⁸

41. Na decisão da ADIN 2.591, o egrégio Supremo Tribunal Federal afirmou que o Código de Defesa do Consumidor é um microssistema que faz parte do Direito Privado atual do país e que o Direito do Consumidor encontra sua garantia de existência justamente por ter sido incluído na Constituição Federal (Art. 5,XXXII, Art. 170, V, e Art. 48 ADCT da CF/88). A garantia dos institutos do direito privado através da sua inclusão pelo constituinte no texto constitucional, especialmente enquanto direitos fundamentais, traz no caso harmonia entre a Constituição e o CDC, traz ordem valorativa e coerência entre as fontes legislativas a aplicar, sejam elas o CDC ou as leis do sistema financeiro e securitário. Em outras palavras, a Constituição é o centro do Direito Privado brasileiro, é a fonte luz e guia de seus valores, é a norma hierarquicamente superior que dá coerência ao sistema de Direito Privado, logo, é sempre aplicável em

⁶¹ Veja, por todos, Rocha (2004).

⁶² Sarlet (2004).

⁶³ Canaris (1987).

⁶⁴ Medicus (1992, p. 43 et seq.).

⁶⁵ Sobre o tema, ver Mendes (1999, p. 33 et seq.).

⁶⁶ Veja sobre o tema, id., 2005, p. 140-151.

⁶⁷ Assim Canaris (1987, p. 994).

⁶⁸ Assim Nipperdey (1954, p. 35 et seq.).

casos e na interpretação de leis de direito, como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e leis do sistema financeiro. Daí por que o nr. 3 da ementa da decisão da ADIN 2.591 reafirmar: “3. O preceito veiculado pelo Art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição.”

42. Note-se que a ementa não afirma a *interpretação conforme* (que seria mais típica da procedência parcial da ADIN) e sim em coerência com a Constituição (logo, pela improcedência total da ADIN 2.591), reafirmando assim de forma transcendente que é a Constituição, e sua ordem econômica constitucional, o centro irradiador da coerência deste novo Direito Privado brasileiro. Este segundo ponto é muito importante de ser observado pelo jurista, pois a ADIN afirmava existir algum conflito de normas formal ou inconstitucionalidade formal entre o CDC e a Constituição. Este conflito formal seria criado pelo fato de o CDC não ser formalmente uma lei complementar, lei ordinária (Lei 8.078/90), assim como o Código Civil de 2002, e alegava a CONSIF que não poderia aplicar-se a nenhuma das empresas (bancos, seguradoras, administradoras de cartões de crédito e financeiras) submetidas ao Sistema Financeiro Nacional, sob o único controle do BACEN e de sua Resolução específica sobre o cliente bancário, que substituiria com méritos o CDC.

43. Na petição da ADIN chegou-se mesmo a afirmar que o Art. 170 não seria norma geral do Art. 192, e que este Art. 170 e o princípio da proteção do consumidor não seriam mesmo aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional. Em ADINs anteriores, os bancos alegavam a não aplicação do Art. 170 aos bancos, seja visando alcançar privilégios nas relações trabalhistas (caso dos direitos dos servidores do Bacen), seja nas relações de concorrência (caso da fusão de bancos submetidas ao CADE), o Supremo Tribunal Federal reafirmou, como nas ADINs anteriores, a aplicação do Art. 170 da CF/88, a limitar a livre-iniciativa a todas as atividades econômicas fornecidas no mercado brasileiro, em especial de consumo, reafirmando o mandamento desta ordem econômica constitucional de harmonia entre a autonomia da vontade e os princípios limitadores do Art. 170, inclusive os direitos do consumidor, que são também direitos fundamentais (Art. 5,XXXII da CF/1988). A diferença aqui é que se tratava não de um caso de Direito Público (Regime dos servidores ou concorrência leal), mas de um caso de Direito Privado puro, consumo, daí a transcendência

deste precedente.⁶⁹ Como afirmou o culto voto do Min. Joaquim Barbosa,⁷⁰ coerência do ordenamento jurídico brasileiro, esta harmonia entre normas de Direito Privado (bancárias e de consumo) é de origem justamente constitucional, é um mandamento constitucional. É o diálogo das fontes (expressão de Erik Jayme) de Direito Privado, diálogo guiado pelos valores constitucionais (Art. 5,XXXII da CF) e pelos princípios do Art. 170 da CF, inclusive o inciso V sobre os direitos do consumidor. Segundo a decisão da ADIN 2.591, são estes valores a serem considerados em diálogo. Não pode haver privilégio aos bancos, aos quais normas de conduta básica e princípios constitucionais de harmonia no mercado a eles não se apliquem!

44. *Drittwirkung* ou eficácia horizontal do direito fundamental do consumidor nas relações obrigacionais “de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” (ADIN 2.591) e a possibilidade da Reclamação diretamente ao STF.

45. Mister responder positivamente também ao segundo quesito do Idec, pois, por força dos artigos 23 e 24 da Lei 9.868/1999, as decisões de constitucionalidade com este *quorum*, como a ADIN 2.591, têm efeito vinculante, obrigando todos os outros órgãos do Poder Judiciário, inclusive o STJ em processos repetitivos como o atual, e o Poder Executivo, além do Poder Legislativo, como antes mencionamos. Roberto Pfeiffer, no livro do Brasilcon sobre a ADIN 2.591, ensina sobre a eficácia vinculante desta decisão:

Finalmente destaco que o STF já pacificou o entendimento de que podem propor reclamação todos os prejudicados por decisões contrárias à interpretação adotada pelo STF na decisão de mérito proferida em controle concentrado de constitucionalidade [Recl-AgRg. 1880, Pleno, rel. Min.

⁶⁹ Assim a decisão da ADIN 2.591 explica o posicionamento sábio do STF: “Entendeu-se não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no Art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários –, que podem ser definidos por lei ordinária.”

⁷⁰ Veja destaque para este voto em Cavalieri (2008, p. 179).

Maurício Correa, DJ. 19.03.2004, p. 17, v. 2144-02, p. 2841]. Neste contexto, se algum órgão judicial ou da administração Pública descumprir o conteúdo da decisão do STF na ADIn 2.591, o eventual prejudicado dispõe, além dos recursos de praxe, de uma forma mais abreviada e imediata de insurgência: a reclamação.⁷¹

46. Como afirmamos acima, a ADIN proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, alegando a “inconstitucionalidade formal e material” da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante do Art. 3º, § 2º da Lei nº 8.078/90, ao ser considerada totalmente improcedente não só restabeleceu a coerência do Direito Privado brasileiro atual, que inclui a proteção dos consumidores, como permitiu ao Supremo Tribunal Federal afirmar que o Código de Defesa do Consumidor consubstancia este valor constitucional de proteção e o direito fundamental do Art. 5,XXXII a uma atividade positiva do Estado-juiz, inclusive dele STF, a favor do consumidor. O que a bela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN 2.591 realizou foi apenas uma aplicação do sistema de valores da Constituição Federal de 1988 ao pretenso conflito entre o CDC e as leis do sistema financeiro e securitário nacional, concluindo que os valores da Constituição, em especial o direito fundamental de proteção dos consumidores do Art. 5,XXXII, obrigam o magistrado (Estado-juiz) a aplicar o CDC e suas normas de conduta às relações com bancos e outros agentes deste sistema. Concluiu pela total constitucionalidade do CDC,⁷²

⁷¹ Pfeiffer (2006, p. 283).

⁷² Do voto do eminente Min. Neri da Silveira lê-se: “Julgo improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não dou interpretação conforme para julgá-la procedente em parte”. Após o voto de vista do relator, eminente Min. Eros Grau, do voto do eminente Min. Joaquim Barbosa lê-se sobre a aplicação do CDC e sua constitucionalidade: “As normas ali contidas, portanto, são plenamente aplicáveis a todas as relações de consumo, inclusive aos serviços (conceito definido no Art. 3º, § 2º, CDC) prestados pelas entidades do Sistema Financeiro Nacional. Do exposto, julgo improcedente ação indireta.” Do voto do eminente Min. Carlos de Britto lê-se: “Creio que o Ministro Néri da Silveira foi muito feliz, repito, na interpretação do artigo 192 da Constituição e a conclusão de seu voto pela improcedência da ADI, sem nenhuma possibilidade de interpretação conforme, pareceu-me convincente. Aqui, nesta assentada, tivemos esses dois magníficos votos dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa. De sorte que fico ainda mais pacificado para cravar o meu voto no sentido da improcedência total da ADI.” O voto do eminente Min. Sepúlveda

por sua aplicação aos contratos bancários⁷³ e securitários, de crédito e financeiros frente a consumidores, concluiu que o Art. 3 e parágrafo segundo é de ser interpretado sob a luz da CF/1988 sempre e, em especial, quando se tratar de relações horizontais, privadas entre bancos e consumidores.

47. A decisão final da ADIN 2.591 impetrada pela CONSIF contra a constitucionalidade do Art. 3, § 2º *in fine*, do CDC foi assim noticiada:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro - Consif contra a expressão constante do § 2º do Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/90) que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (Lei 8.078/90: “Art. 3º... § 2º *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*”) – v. Informativos 264, 417 e 425. Entendeu-se não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no Art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo

Pertence foi: “Adianto o meu voto, que é pela improcedência pela ação.” Do voto do eminente Min. Cezar Peluso lê-se: “Do exposto, acompanhando, com a devida vênia, os Ministros Néri da Silveira, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, julgo improcedente a ação.” Do voto do eminente Min. Marco Aurélio lê-se: “[...] por isso, acompanho o Ministro Néri da Silveira, no que prolatou o primeiro voto no sentido da improcedência do pedido formulado. O relator votou pela procedência parcial.” Do voto do eminente Min. Celso de Mello lê-se: “[...] peço vênia para declarar inteiramente improcedente a ação direta ora em julgamento, precisamente por não vislumbrar qualquer eiva de inconstitucionalidade nas expressões ora impugnadas, constantes do § 2º, do Art. 3º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).” E a eminente Min. Presidente acompanhou a divergência.

⁷³ Veja sobre o tema e sua repercussão na jurisprudência, Aguiar Júnior (2003, p. 8 et seq.).

CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram — operações bancárias e serviços bancários —, que podem ser definidos por lei ordinária. Vencidos, em parte, os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, que julgavam o pedido parcialmente procedente para emprestar interpretação conforme a CF ao § 2º do Art. 3º da Lei 8.078/90, respectivamente, no sentido de excluir da sua incidência a taxa dos juros reais nas operações bancárias, ou a sua fixação em 12% ao ano, e no de afastar da sua exegese as operações bancárias. (ADI 2.591/DF, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 7.6.2006) ⁷⁴

48. Em outras palavras, estava aberto o caminho da *Drittwirkung* ⁷⁵: o Art. 5, XXXII da CF/88 deve ter algum efeito horizontal nos contratos bancários, especialmente através da aplicação constitucionalmente valorativa do CDC. Em outras palavras, na decisão da ADIN 2.591 o STF reconhece que o sistema de princípios e valores da Constituição é consolidado pelo CDC. Assim, se de um lado o direito do consumidor é mais do que nunca reconhecido e garantido como um direito fundamental no Brasil (Art. 5, XXXII) e está a vincular o Estado (eficácia vertical, nas relações de direito público, entre o consumidor e o Estado-juiz, Estado-legislador e Estado-executivo), de outro, a decisão da ADIN 2.591 também abre um novo momento para a *Drittwirkung*, para a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas bancárias, entre consumidores e bancos, empresas financeiras, de crédito e seguradoras no Brasil.

49. Se, na decisão da ADIN 2.591, o STF reconhece que o sistema de princípios e valores da Constituição é consolidado pelo Código de Defesa do Consumidor (lei ordinária 8.078/90), hoje não há qualquer dúvida na doutrina e entre os aplicadores do Direito de que as garantias constitucionais, como a de proteção do consumidor, tão reafirmada pela decisão da ADIN 2.591, têm aplicação imediata ⁷⁶ e vinculam o Estado, todos os Poderes e todos os que exercem fun-

⁷⁴ Fonte: STF, <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 jun. 2006. Veja Marques, Almeida e Pfeiffer (2006, p. 273).

⁷⁵ Como ensina Sarlet (2000, p. 59), pode ser chamada de eficácia privada, eficácia em relação a terceiros, eficácia externa e eficácia horizontal.

⁷⁶ Ibid., p. 55.

ções públicas (eficácia de natureza vertical),⁷⁷ em toda a sua força e eficácia, logo, obrigam o Juiz, o Legislador e o Executivo.⁷⁸ Logo, se além disso a garantia de aplicação do CDC e de suas normas protetivas aos bancos, financeiras, administradoras de cartões de crédito e seguradoras foi reafirmada pelo egrégio STF, face aos princípios imperativos e limitadores do Art. 170, mesmo frente ao Art. 192 da CF/88, e se a proteção do consumidor é ainda direito fundamental (Art. 5,XXXII da CF/88), na hierarquia objetiva da CF/1988, a conclusão não pode ser a de que esta garantia-institucional e valorativa é sem efeito para os privados. Esta garantia sim traz efeitos para os poderes do Estado e, indiretamente, para todos os consumidores, agora mais protegidos, e para todos os contratantes, agora com liberdades privadas mais limitadas pelos valores constitucionais.⁷⁹

50. Em resumo, tratando-se de caso envolvendo consumidor, mesmo frente a bancos, financeiras, seguradoras e cartões de crédito, esta posição jurídica é protegida constitucionalmente (garantia) e deve ter algum efeito útil à norma consumerista (CDC) que concretiza o mandamento constitucional (valores e princípio). Se ninguém duvida que o sistema de valores e princípios constitucionais e os direitos fundamentais vinculam os poderes do Estado, já encontrar eficácia direta nas relações privadas destes direitos públicos não é sem polêmica.⁸⁰ Autores alemães geralmente são contra a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais ao Direito Privado,⁸¹ pois esta limitaria a autonomia da vontade e prejudicaria a própria autonomia do Direito Privado.⁸² A decisão da ADIN evita esta discussão (ou a adia), pois decide justamente em manter a lei, o CDC (meio), que, ao concretizar o direito fundamental do Art. 5,XXXII da CF/1988, os princípios da ordem econômica do Art. 170, e ao realizar o mandamento constitucional do Art. 48 dos ADCT, especialmente pela cláusula

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Mendes (1999, p. 33).

⁷⁹ Marques, Almeida e Pfeiffer (2006, p. 382).

⁸⁰ No Brasil esta eficácia imediata dos direitos e garantias constitucionais é defendida; veja, por todos, Gebran (2002, p. 98 et seq.).

⁸¹ Veja a crítica de Schwabe (1975, p. 442-470).

⁸² Assim Oeter (1994, p. 529-563).

geral de boa-fé e combate à vantagem exagerada, permite justamente esta eficácia (indireta) dos direitos fundamentais.

51. Explico: o direito fundamental do consumidor sai renovado pela decisão da ADIN 2.591. E se agora algum magistrado negar-se a aplicar o CDC aos contratos bancários, em virtude do efeito *erga omnes* e vinculante da decisão da ADIN, pode o advogado do consumidor, mesmo, impetrar uma reclamação constitucional (Lei 9.868/99).⁸³ Vejamos os detalhes deste possível efeito entre privados de um direito fundamental de proteção exposto no Art. 5,XXXII da CF/88 e consubstanciado nas normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

52. Segundo o autor alemão Schwabe, *Drittwirkung* é a denominação do efeito (*Einwirkung*) dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) sobre o Direito Privado e as relações jurídicas privadas.⁸⁴ Segundo von Münch, é a eficácia (*Geltung*) dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado entre cidadãos entre si.⁸⁵ Em nosso caso e na ADIN 2.591, a pergunta era se existe algum efeito do direito fundamental previsto no Art. 5,XXXII (e dos princípios e valores constitucionais de proteção do consumidor como limite à atividade econômica *ex vi* Art. 170, V, da CF/88) nas relações jurídicas privadas e nos contratos concluídos entre bancos, seguradoras, administradoras de cartões de crédito, financeiras e demais fornecedores de crédito e os consumidores.

53. Como ensina Gilmar Mendes, os “direitos fundamentais são concebidos, originalmente, como direitos subjetivos públicos”,⁸⁶ logo, são direitos dos cidadãos consumidores frente ao Estado (direitos de proteção contra o Estado ou *Abwehrrechte* ou direitos à prestação do Estado, direitos a uma atividade

⁸³ Detalhes sobre esta novidade em Pfeiffer (2006, p. 282 et seq.).

⁸⁴ Schwabe (1975, p. 443): “Unter der Drittwirkung der Grundrechte sei in übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch die Einwirkung der Grundrechte auf Privatrecht und Privatrechtsverhältnisse verstanden.”

⁸⁵ Münch (1998, p. 7): “Unter ‘Drittwirkung von Grundrechten’ versteht die Judikatur und die Doktrin des deutschen Verfassungsrechts und des deutschen Zivilrechts die Geltung von Grundrechte im Privatrechtsverkehr der Bürger untereinander.”

⁸⁶ Mendes (1999, p. 33).

positiva do Estado, *Leistungsrechte* ou *Rechte auf etwas*, na teoria de Alexy).⁸⁷ Contra o Estado, estes direitos humanos, direitos subjetivos públicos, têm um efeito absoluto ou total (o que Dürig denomina “*absolute Wirkung*”),⁸⁸ frente a terceiros (aqui os privados, os bancos, financeiras, administradores de cartões de crédito, em suas relações com consumidores) têm um efeito protetivo, são instrumentos limitadores e relativizadores da autonomia individual, geralmente ao preencher de valores a aplicação do Direito Privado.⁸⁹ O tema da *Drittwirkung* ou da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas já era conhecido dos pais do Código Civil,⁹⁰ mas permanecia sem grande desenvolvimento na doutrina pátria⁹¹ até o aparecimento do Código de Defesa do Consumidor, com seu simbolismo de um direito cidadão-civil.⁹²

54. No CDC, de origem constitucional (Art. 48 ADCT/88), como afirma seu artigo primeiro, o interesse público, a ordem pública domina e guia normas (indisponíveis e de proteção) de Direito Privado com a função social. Interesse público e interesse privado se unem para uma finalidade axiológica comum, e não é pois de estranhar que aqui também fosse declarado mais claramente a eficácia do direito fundamental do Art. 5,XXXII nas relações obrigacionais entre consumidores e bancos (eficácia horizontal), através do CDC (eficácia indireta).

55. Em seu culto voto, o Min. Celso de Mello frisou a importância e o significado especial de ser a proteção do consumidor um direito fundamental no Brasil (Art. 5,XXXII), abrindo caminho assim e mencionando expressamente a daí resultante eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, eficácia não só em relação ao Estado (eficácia vertical) mas entre iguais (horizontal), eficácia deste direito fundamental positivo e de prestação entre consumidores e

⁸⁷ Sobre o tema do direito a alguma coisa (*Rechte auf etwas*), no caso uma ação positiva (*Rechte auf positive Handlungen*) do Estado, veja Alexy (1996, p. 179 et seq.).

⁸⁸ Dürig (1956, p. 176).

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Veja Couto e Silva (1976, p. 23-24).

⁹¹ Assim afirmava Sarlet (1998, p. 333).

⁹² Veja a segunda edição de meu livro, Marques (1995, p. 126), e a obra magnífica de Lorenzetti (1998, p. 252).

bancos! Afirmou mais, que o CDC ao realizar o mandamento constitucional (Art. 48 dos ADCT/88) consolidou o sistema (de valores e princípios) previsto na Constituição. Assim, nas relações entre dois sujeitos do Direito Privado, nas relações entre um consumidor e um banco, seguradora, administradora de cartões de crédito, financeira ou outro fornecedor, o sistema de valores constitucionais pode resultar em uma eficácia horizontal dos Direitos fundamentais, a famosa *Drittwirkung* desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã (*Richterrecht*), que nada mais é do que a concretização que faz o Estado-juiz destes Direitos fundamentais no caso concreto!

56. Assim também ensinou Gilmar Mendes, em conferência na UFRGS de 1994, publicada em 1999:

O reconhecimento de que os direitos fundamentais têm um significado especial para a ordem jurídica objetiva – direito fundamental enquanto elemento da ordem jurídica objetiva – obriga o legislador a atuar no sentido de concretizá-los também nas relações privadas, evitando que os valores básicos protegidos por esses direitos possam de alguma forma ser afetados por entidades ou pessoas que não estejam submetidas diretamente ao regime dos direitos fundamentais. Daí falar-se em um dever de proteção (*Schutzpflicht*) que decorreria exatamente do especial significado objetivo dos direitos fundamentais para a ordem jurídica objetiva.⁹³

57. Por fim, declare-se como Dürig,⁹⁴ os Direitos fundamentais declaram e impõem o sistema de valores da sociedade (*Wertsystem*). A decisão da ADIN 2.591 esclareceu e destacou que este sistema de valores inclui a proteção do consumidor e a aplicação das normas do CDC aos contratos e relações entre consumidores e a todos os agentes do sistema financeiro nacional: “1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.”

58. As relações entre consumidores e bancos e outros agentes do sistema financeiro nacional geralmente se dão por contratos ou obrigações extracon-

⁹³ Mendes (1999, p. 35).

⁹⁴ Dürig (1956, p. 177).

tratuais delituais. Assim, o que a ADIN 2.591 indiretamente afirma é a eficácia indireta (através de uma lei, como o CDC) e horizontal protetiva do direito fundamental do Art. 5,XXXII da CF/88, a garantir uma atividade protetiva do Estado-juiz a favor dos consumidores nestas relações. A ADIN 2.591 abre novas possibilidades para a idéia da *Drittwirkung* ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas de consumo,⁹⁵ pois afirma que deve haver efeito útil (logo, resultados práticos) de o legislador constituinte ter escolhido o consumidor como agente a proteger, ter-lhe assegurado um direito fundamental (Art. 5,XXXII), ter imposto como ordem pública constitucional a sua proteção (Art. 170, V) e ter recusado a privilegiar os agentes do sistema financeiro com a regra de não-aplicação de normas de conduta de boa-fé e bons costumes (Art. 170, V c/c art/ 192 *caput*, todos da CF/88). A bela decisão da ADIN 2.591 e os votos dos eminentes Ministros abrem uma nova etapa da constitucionalização do Direito Privado no Brasil e chegam mesmo à admissibilidade do efeito horizontal (entre privados) dos direitos fundamentais dos consumidores nas relações bancárias, de crédito, financeiras e securitárias. Vejamos alguns destes efeitos.

(B) Quais os reflexos tem a ADIN 2.591 na aplicação das normas de ordem pública e interesse social e origem constitucional (Art. 48 ADCT/1988) do CDC aos bancos de ofício

59. Compreende-se que se o juiz da primeira instância tem o poder para determinar quais as cláusulas são abusivas de forma absoluta por força dos preceitos de ordem pública e interesse social do CDC (Art.1, 51, do CDC), que a questão do exame de ofício pelo Tribunal na apelação de questões “não devolvidas” – mesmo em casos de ordem pública – cause maior polêmica e mereça reflexão em “processos repetitivos”. Da mesma forma, o exame nas instâncias extraordinárias, como o próprio e. STJ, ainda mais independentemente de prequestionamento, poderia transformar estas em “revisoras” de todos os contratos de consumo bancários, ainda mais se tratando de litigantes costumeiros e aguerridos os bancos, face também ao preceito das Súmulas 5 e 7 do STJ.

⁹⁵ Veja no Brasil o que seria o primeiro caso de *Drittwirkung* no RE 201.819 (Mendes, 2005).

60. Ocorre que – se é constitucional este próprio instrumento processual para apreciar *ex officio* (*extra petita*, *ultra petita* e *citra petita*, exame pleno) de apreciar causas repetitivas, que o e. STJ está aqui usando para “uniformizar” *todas as 6 questões* que colocou ao IDEC, independentemente de prequestionamento e de devolução na apelação – o próprio instrumento demanda este exame de ofício de todas as questões de contratos bancários. Ou este instrumento será inócuo, pois bastará ao advogado vencedor – por absurdo – não devolver a questão das taxas de juros, mora, cumulação de juros remuneratórios em forma de comissão de permanência e outras cláusulas que esta colenda corte – após longas discussões – considerar como aptas a uniformizar o posicionamento e estaria impedido o Tribunal e o próprio STJ de utilizar sua Súmula ou posicionamento “repetitivo” acabando com o efeito útil do próprio mecanismo. Para passar do abstrato e geral ao individual e concreto há somente uma via neste caso que é a atuação de ofício, ou ficariam todos desobrigados de seguir, a depender da vontade – e especialização – dos advogados e os Tribunais da interpretação que dessem ao dogma do infraconstitucional do “*tantum devolutum quantum appellatio*” e da “*reformatio in pejus*”. Vejamos.

1) A unificação dos processos repetitivos e o perigo de ofensa a Direito Fundamental do Consumidor (Art. 5,XXXII da CF/1988) e o caminho do exame de ofício das ofensas aos direitos fundamentais nos contratos bancários de consumo (*Drittwirkung*)

61. Em outras palavras, parece-me que o próprio mecanismo ora utilizado pelo e. STJ neste caso, dos processos repetitivos e sua finalidade de ser usado pelos Tribunais nas apelações e por ele próprio nos Recursos Especiais no futuro (ou não os teria suspenso todos!), que este instrumento – que repito, em respeito ao posicionamento do Conselho Federal da OAB, não afirmo que seja ou não constitucional, pois não é esta a finalidade do presente parecer – pressupõe que é possível sim, nas instâncias ordinárias e extraordinárias, separar questões para tratá-las *ex officio*, independentemente de terem os advogados (ganhadores ou perdedores da causa) as mencionado na devolução da apelação e/ou as prequestionado no Recurso Especial a ser julgado com base nesta decisão de “recursos repetitivos”.

62. Só este argumento de lógica sistemática processual-judiciária bastaria, pois seria totalmente incongruente, injusto e inconsistente “uniformizar”

posicionamentos contra os consumidores e impor seu respeito em todos os processos de contratos a favor dos bancos (que face à sua litigância habitual e acesso a todas as fontes de consulta dos últimos posicionamentos e decisões do STJ não esquecem de prequestionar e devolver nenhuma questão que lhes interessa) que o consumidor ganhou nas instâncias inferiores, e prejudicar os consumidores que perderam, porque seus advogados (do Brasil inteiro) não sabiam que determinada cláusula era abusiva ou porque acreditaram em uma linha da jurisprudência do e. STJ (que agora seria mudada) e não prequestionaram ou não apelaram por este motivo e sim por outra questão (e o exemplo pode ser a cumulação da comissão de permanência ou os extratos bancários ou a desoneração do envio de notificação pelo banco em caso de inscrição de bancos de dados negativos, em que existem até súmulas em sentido contrário!), porque estes não “devolveram” questões de direito do consumidor seu cliente ou não as prequestionaram devidamente (há que se contar aqui também a inépcia da inicial que passará a não ser mais importante, pelo exame dos casos repetitivos!).

63. Quero aqui, porém, afirmar que a própria ADIN 2.591 é o motivo:

1) *de inconstitucionalidade*: Mister lembrar que o não-exame de ofício nestes casos não seria só injusto, mas uma vez que estas questões de ordem pública do CDC conheceram a antes referida garantia institucional por força do pronunciamento do guardião da Constituição Federal na decisão da ADIN 2.591, o e. STF e em virtude do texto expresso impondo ao Estado-juíz “promover a defesa do consumidor, na forma da lei”, este não-exame de ofício (e a conclusão de sua impossibilidade) hoje pode ser inconstitucional, uma vez que se trata de direitos humanos dos consumidores pessoas físicas (Art. 5,XXXII da CF/1988);

2) *de nova interpretação conforme à Constituição*: mister, assim, limitar estes enunciados sobre contratos bancários a cláusulas presentes nestes contratos somente contra consumidores pessoas físicas, como uma *Drittwirkung* ou eficácia horizontal de direitos humanos após a ADIN 2.591, e elaborar uma nova interpretação constitucional do que é a ordem pública (e a nulidade absoluta) prevista no CDC.

64. Explico: como visto, o Estado-juíz deve promover a defesa do consumidor (Art. 5,XXXII da CF/1988), valor constitucionalmente imposto e mantido pela

ADIN 2.591. Esta garantia, mantida pela ADIN 2.591, foi colocada na hierarquia de direito fundamental no sistema de valores da Constituição Federal de 1988. Os direitos fundamentais são cláusulas pétreas (Art. 60, par. 4, da CF/1988), logo, dentre as normas constitucionais têm maior hierarquia (o que evita o conflito e impõe uma interpretação do Direito Privado conforme estes valores escolhidos e impostos pelo legislador Constituinte, a vincular o Estado-juiz, o Estado-legislador infraconstitucional e o Estado-executivo). Este direito fundamental relativiza os do processo civil, que poderiam – mas não estão – estar em conflito com estes: o acesso à Justiça e a coisa julgada. Aqui o conflito é aparente, pois violações a direitos humanos não fazem coisa julgada e não prescrevem, daí a nulidade absoluta (Art. 245, par. Único, do CPC), muito menos na constância do processo (ordinária e extraordinária), quando a instância é aberta por qualquer outro motivo!

65. Isto é, se o direito do consumidor de acesso à Justiça (CF/1988) e sua consolidação infraconstitucional, no Art. 6 do CDC, de facilitação de sua defesa (inclusive – mas não exclusivamente como inversão do ônus da prova das instâncias que examinam a prova!) existe no Direito Privado brasileiro, temos que examinar diferentemente os dogmas processuais (e não de hierarquia constitucional) da devolução plena, do *tantum devolutio quantum apelatio*, da *refomatio in pejus* e do prequestionamento. Vejamos.

66. Basta trocar o direito humano para podermos ter uma idéia de como a presença da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em um contrato afeta a nulidade absoluta (Art. 166, VIII, do Código Civil) da cláusula e determina o exame de ofício desta cláusula. Imaginem uma cláusula contratual que discrimine uma criança, um idoso ou uma pessoa de origem asiática tendo em vista estas circunstâncias e que tenha “feito coisa julgada”, uma vez que o advogado perdedor – estou a usar o nobre nome do advogado do discriminado, para demonstrar que este esquecimento do causídico nada afeta a existência ou não do direito fundamental do sujeito de direitos que ele defende com todo seu conhecimento e técnica – não “devolveu” a questão na apelação, como afirma a pergunta “f” do despacho em exame, mas o referido processo ainda corre, na instância ordinária (Tribunal que examina a apelação) ou extraordinária (por exemplo, o e. STF ou o STJ).

67. Neste meu exemplo, fica claro que a instância ordinária e a extraordinária que verificarem esta discriminação à criança, idoso ou pessoa de uma etnia ou religião determinada (racismo), declarará de ofício sua nulidade porque a lei (no caso a Constituição, a lei maior) taxativamente proíbe estas condutas contratuais ou não, que são nulas absolutamente por força do Art. 166, VIII, do Código Civil de 2002. A inconstitucionalidade leva à nulidade absoluta, pois a Constituição é o celeiro da ordem pública de Direito Privado, ainda mais quando atinge direitos humanos (Art. 5,XXXII da CF/1988), e o Estado tem – este sim – o dever de promover sua realização, que é a Justiça no caso concreto, a mesma Justiça dos casos repetitivos!

68. Aqui mister alertar que os direitos humanos são cláusulas pétreas e limitam o poder reformador infraconstitucional e mesmo de emendas constitucionais, logo limitam o poder reformador ou uniformizador do e. Superior Tribunal de Justiça nos processos repetitivos. Se o legislador (Poder Legislativo) não pode considerar “coisa julgada” uma ofensa a direito fundamental, quanto mais os da lista de garantias individuais e coletivas do Art. 5 da CF/1988 a incluir o direito fundamental de “proteção” dos consumidores previsto no Art. 5,XXXII da CF/1988, também não pode o Poder Judiciário, seja em casos individuais (ofensa indireta à Constituição que o STF geralmente não aceita examinar), seja em casos abstratos de processos repetitivos como este (aí sim, ofensa de repercussão coletiva e de tal importância que com certeza o guardião da Constituição consideraria uma “ofensa direta” a preceito constitucional, como demonstram os precedentes atuais e a própria ADIN 2.591).

69. Em outras palavras, esta visão constitucional do tema dos contratos bancários de consumo de pessoas físicas após a decisão do e. STF na ADIN 2.591 leva-nos a rever – até mesmo para evitar a inconstitucionalidade deste instrumento de uniformização abstrata de processos repetitivos – as interpretações conforme à Constituição das noções de ordem pública e de nulidade absoluta das cláusulas contratuais do CDC. Vejamos.

2) A nova interpretação conforme à Constituição Federal do Art. 1 do CDC e de sua ordem pública

70. O Supremo Tribunal Federal já ensinou que é necessária uma “*interpretação*

teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma (HC 82424/RS).”⁹⁶ Meu parecer é no sentido de que a ADIN 2.591 e sua clara declaração de aplicação do Código de Defesa do consumidor como lei concretizadora das garantias fundamentais do Art. 5,XXXII da CF/1988 leva necessariamente a uma nova interpretação do que é “ordem pública” do Art. 1 do CDC (combinado com o Art. 170, V, da CF/1988 e Art. 48 dos ADCT da CF/1988), com efeitos no dever de análise das instâncias ordinárias de violações contratuais a direito fundamental dos consumidores, e à possibilidade de análise de ofício (sem prequestionamento) nas instâncias extraordinárias. Vejamos.

71. O artigo primeiro do CDC esclarece que todas suas normas, inclusive as que se referem a cláusulas abusivas nos contratos bancários de consumo são de ordem pública, interesse social e de origem constitucional:

Art. 1º: O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos Arts. 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, da Constituição Federal e Art. 48 de suas Disposições Transitórias.

72. Como já afirmou:

O novo do CDC é ter identificado este sujeito de direitos, o consumidor, e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para prote-

⁹⁶ Ementa do HC 82424/RS – Rio Grande do Sul, Relator para o Acórdão, Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, Tribunal Pleno, STF, no original: “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA [...] 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal [...]” (grifo nosso, das partes destacadas no texto principal).

gê-lo e efetivar seus direitos. A identificação deste novo sujeito de direitos, deste grupo de não-iguais, de vulneráveis, pode ter conotações pós-modernas fortes⁹⁷. No caso brasileiro, trata-se da realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado (*Rechte auf positive Handlungen*)⁹⁸ para o consumidor (Art. 5,XXXII da CF/1988). O consumidor foi identificado constitucionalmente (Art. 48 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial. O Art. 48 do ADCT determina a elaboração de lei tutelar exatamente em forma de código: um todo construído, conjunto de normas sistematizado por uma idéia básica, a da proteção deste sujeito especial. A opção brasileira por um “Código” de Defesa do Consumidor tem clara origem constitucional. No direito comparado, apenas a França conta com um Código, no caso, de Consumo (*Code de la Consommation*), o qual é mais uma consolidação de normas do que um Código *stricto sensu*. Nossos parceiros do Mercosul optaram por leis esparsas para regular as relações de consumo: assim a Argentina editou a *Ley de Defensa del Consumidor*, Lei 24.240/93, modificada substancialmente em 1998; o Paraguai aprovou sua lei sobre proteção do consumidor em dezembro de 1998; e o Uruguai aprovou a Lei 17.189/99, em setembro de 1999.

73. As normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos. O Código de Defesa do Consumidor é claro, em seu Art. 1º, ao dispor que suas normas dirigem-se à proteção prioritária de um grupo social, os consumidores, e que se constituem em normas de ordem pública, inafastáveis, portanto, pela vontade individual. São normas de interesse social, pois, como ensinava Portalis⁹⁹, as leis de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares. Tendo em vista a evolução do direito, como um instrumento de mudança social, os direitos previstos no texto constitucional, tanto os direitos políticos (os chamados direitos fundamentais de primeira geração) quanto os direitos econômicos e sociais (direitos fundamentais de

⁹⁷ Veja Marques (1995, p. 155 et seq.).

⁹⁸ Veja Alexy (1996, p. 179 et seq.).

⁹⁹ Apud Ripert (1959, p. 347).

segunda e terceira gerações), passam a ter também uma eficácia “positiva”. Se tradicionalmente estas previsões constitucionais possuíam um efeito meramente “negativo”, no sentido de proibir o Estado de certas atitudes diante dos cidadãos, agora tais previsões ganham uma nova força “positiva”, no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores (note-se que o Art. 48 do ADCT determinava ao próprio legislador (poder independente do Estado) a elaboração de um “Código de Defesa do Consumidor”, num prazo de 120 dias). Daí a tendência do legislador moderno, que procura garantir a eficácia prática dos novos direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles os direitos econômicos, através da inclusão destes “objetivos constitucionais” em normas ordinárias de direito privado, como é o caso do próprio Código de Defesa do Consumidor.

74. O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de *função social*, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. A entrada em vigor de uma *lei de função social* traz como consequência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes na sociedade. Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, esta nova lei de *função social* intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social. As leis de função social caracterizam-se por impor as novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, e por isso optam, geralmente, em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impõem uma série de novos deveres imputados a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador que possam e devam suportar estes riscos. São leis, portanto, que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação.

75. Sendo assim, parece-me que apenas um enunciado do e. STJ para estes processos repetitivos é possível e poderia ser sintetizado da seguinte forma:

Pergunta: f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal

Considerando que as normas do CDC são de ordem pública, de interesse social e de clara origem constitucional (Art. 1), e que, face à decisão da ADIN 2.591-1, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a necessidade de sua aplicação por mandamento Constitucional, de hierarquia de direito fundamental, especialmente “aos contratos bancários, de crédito, financeiros e securitários” (Art. 3, par. 2) concluídos com consumidores:

Nas instâncias ordinárias, os juízes e os Tribunais, face ao mandamento constitucional de “promover a defesa do consumidor na forma da lei” (Art. 5,XXXII da CF/1988), e o fato de a lei especial de ordem pública ter escolhido a nulidade de pleno direito ou absoluta (Arts. 1 e 51 do CDC c/c Art. 166, VII) como sanção devem conhecer de ofício da abusividade das cláusulas nestes contratos, mesmo de questões não devolvidas em apelação, em especial daquelas questões identificadas em “processos repetitivos” e nas Súmulas mantidas.

Nas instâncias extraordinárias, aberta a instância por qualquer outra razão, face ao mandamento constitucional de “promover a defesa do consumidor na forma da lei” (Art. 5,XXXII da CF/1988), e o fato de a lei especial de ordem pública ter escolhido a nulidade de pleno direito ou absoluta (Arts. 1 e 51 do CDC c/c Art. 166, VII) como sanção e o de a lei processual (especial e geral) nestes casos autorizar expressamente a facilitação da defesa de seus direitos (Art. 245, par. único do CDC c/c Art. 6, III, IV, V e VIII do CDC), os Tribunais podem analisar a abusividade das cláusulas de ofício, ainda mais se identificadas em “processos repetitivos” e em Súmulas mantidas.

(C) A ADIN 2.591, os direitos fundamentais das pessoas físicas, o Art. 44 do CDC e a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito

76. Como afirmei, o consumidor foi reconhecido como sujeito (pós-moderno) de direitos fundamentais na Constituição de 1988.¹⁰⁰ Ter direitos constitucio-

¹⁰⁰ Marques (2000, p. 61).

nais assegurados é ter liberdades e garantias.¹⁰¹ Direito à escolha, direito à informação, ao acesso básico ao consumo e à Justiça, direito à segurança e à qualidade de produtos e serviços, direito à prevenção e à reparação de danos individuais e coletivos, direito ao combate ao abuso nas relações de consumo e na concorrência, direito de representação processual e de participação nos fóruns e agências reguladoras, direito à eficaz prestação de serviços públicos, direito à educação e a um meio ambiente saudável.

77. Neste sentido, sem querer repetir aqui os argumentos constitucionais trazidos pelo belo artigo do atual Presidente do Brasilcon, Leonardo Roscoe Bessa (e juntado como contribuição a este processo de acórdãos repetitivos), gostaria de relembrar a importância do direito do consumidor pessoa física na proteção de seus dados e dos Arts. 7 e 43 do CDC sobre o tema.

78. Resumindo, a ADIN 2.591 e antes exaustivamente estudada eficácia constitucional horizontal através do CDC do direito fundamental dos consumidores (Art. 5,XXXII da CF/88) frente aos bancos, que denominamos de *Drittwirkung* no direito privado-constitucionalizado, tem no mínimo 5 repercussões em matéria de bancos de dados negativos e pergunta “d” do despacho do eminente Min. Ari Pargendler, aqui analisado.

79. Sobre os contratos bancários e a inscrição do nome do consumidor pessoa física em bancos de dados de crédito é necessário frisar: 1) que a comunicação do Art. 43, parágrafo segundo, do CDC deve ser prévia à inscrição, ou a regra é inútil; e 2) que o sistema do CDC impõe uma solidariedade *ex vi lege*, baseada na aplicação do Art. 7, parágrafo único, e o Art. 43 do CDC, que menciona apenas genericamente o fornecedor e não especificamente o banco de dados, que há solidariedade *in totum* entre o fornecedor de serviços e produtos, em especial os bancos, e o arquivo de consumo (ou bancos de dados negativos) no cumprimento deste novo direito do consumidor.

80. Sendo assim, a Súmula 359 pode e deve ser revista neste processo de uniformização visando a processos repetitivos, ou após, se sua redação levar à

¹⁰¹ Na expressão de Alexy (1996, p. 15), estes direitos asseguram/garantem/estimulam a efetivação da Dignidade do Homem, sua Liberdade e Igualdade (“[...] was die Verwirklichung von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit fordert”).

interpretação do fim desta solidariedade imposta expressamente pelo CDC nos Arts. 43 e 7 ou da inexistência do dever desta notificação prévia para o fornecedor direto do crédito, no caso os bancos. Estas interpretações, como antes se afirmou, retiram efeito útil a direito constitucional dos consumidores pessoas físicas, não podendo prevalecer e dando ensejo à reclamação direta para o STF, em minha opinião. Evitar-se-á este perigo de enfraquecer o sistema de processos repetitivos se o e. STJ evitar interpretação neste sentido.

81. É pacífico na jurisprudência da colenda corte que o dano da inscrição indevida *ex vi* artigos 43, 4, I, 6 e 7 do CDC enseja indenização por dano moral e material e que este dano é *in re ipsa*, logo não requer “prova” da dor ou do dano em si.

82. Assim, por consequência, a ausência de comunicação, por si só, enseja indenização por dano moral e material. Tratando-se de direito fundamental, repita-se tanto do consumidor pessoa física (liberdade especial) quanto de privacidade (Art. 5 da CF/1988), de primeira geração (liberdade geral) e de dignidade da pessoa humana (Arts. 1 e 3 da CF/1988), não há motivo legal e sistemático para presumir-se a má-fé do consumidor inscrito mais de uma vez e que esta má-fé subjetiva seja ponderada de tal sorte a diminuir ou a extinguir direito fundamental de informação e *habeas data*. Sendo assim, interpretação conforme à Constituição após a ADIN 2.591, é que, mesmo se tratando de uma segunda notificação ou estando a primeira ou qualquer delas sendo decidida judicialmente, a ausência de comunicação, por si só, enseja indenização por dano moral e material. Interpretação em contrário ou aplicação do Art. 43 do CDC em contrário estaria a afirmar que é possível “reduzir-se”, por contumaz, eficácia de direito humano ou fundamental dos consumidores.

83. Por fim, mencione-se que a interpretação do Art. 43 do CDC, assim como do próprio contrato bancário de consumo (Art. 47 do CDC) e do sistema coerente de Direito Privado brasileiro, sob a luz do sistema de valores imposto pela Constituição Federal, deve ser a favor do consumidor, sujeito protegido constitucionalmente. Assim, o prazo de cinco anos é “máximo” e não é o “único prazo” do CDC para a inscrição do consumidor pessoa física no banco de dados negativo de consumo, pois a Súmula 323 do e. STJ parece considerar que a prescrição e decadência não mais diminuem este prazo “máximo”. Interpre-

tação conforme à Constituição seria aquela que considera o prazo de prescrição ou decadência que mais favoreça o consumidor, seja o do Código civil de 2002 ou o do Código de Defesa do Consumidor, seja o da ação ordinária ou o da ação de execução.

Parte II. Reflexos da imposição de boa-fé objetiva nos contratos bancários de consumo: o novo paradigma da informação e de diálogo das fontes a favor do consumidor imposto pela Constituição Federal de 1988 e a interpretação que lhe deu a ADIN 2.591.

84. Mesmo que este parecer já esteja longo demais, permitam-me, rapidamente então, analisar a imposição de boa-fé objetiva nos contratos bancários de consumo e o novo paradigma da informação, que o diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias, aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, impõe, tendo em vista o sistema de valores da Constituição Federal de 1988 e a interpretação que lhe deu a ADIN 2.591, ainda mais quanto a sua *Drittwirkung*, como vimos.

85. Dois temas devem ser aqui tratados: o tema do paradigma em si de informação e diálogo das fontes (A) e o tema da natureza da informação nestes casos (B). Explico, se informação é poder na sociedade de conhecimento e de consumo de hoje, isto é, informação imputa responsabilidade (Canaris), informação é antes de tudo no sistema do CDC um direito do consumidor diretamente extraído da lei e não do contrato. Em outras palavras, se o STJ decidiu uniformizar os processos repetitivos não poderá mais alegar que o tema da informação é tema contratual, usando as Súmulas 5 e 7, apesar de a prova da informação *in concreto* ter sido ou não realizada. Vejamos.

A) O novo paradigma da informação e de diálogo das fontes a favor do consumidor imposto pela Constituição Federal de 1988 e a interpretação que lhe deu a ADIN 2.591

86. Como bem afirma o quesito (D) do IDEC, a ADIN 2.591 considerou todas as interpretações do Art. 3, par. 2, constitucionais (assim não declarando a inconstitucionalidade sem redução de texto desta norma como os dois votos vencidos propunham), logo, para bem responder aos quesitos (E, F e G), mister

considerar que mantido o CDC intacto e constitucional deve o Estado-juiz considerar o paradigma da boa-fé qualificado que esta lei impõe aos contratos bancários com consumidores pessoas físicas (uma vez que o limite para pessoas jurídicas do Art. 51, I, do CDC não se aplica).

87. Sobre o tema da boa-fé objetiva como paradigma máximo e *Leitlinie* (linha valorativa condutora e renovadora) do microssistema do Código de Defesa do Consumidor, já escrevi muito, assim como sobre a necessidade de coerência do sistema de Direito Privado Brasileiro, para uma utilização em diálogo das fontes existentes, sempre no sentido de proteção dos consumidores, sujeitos constitucionalmente escolhidos. Repitam-se aqui algumas destas passagens.

88. O dever de informar é dever oriundo da boa-fé¹⁰² e direito/“commodity” altamente valorado na complexa sociedade de riscos¹⁰³ e da informação contemporânea.¹⁰⁴ Sobre o tema, já afirmei que a boa-fé é um princípio de repersonalização da relação contratual. Como ensina o grande mestre da UFRGS, Clóvis do Couto e Silva: “[...] o dever que promana da concreção do princípio da boa fé é dever de consideração para com o ‘alter’.”¹⁰⁵ Efetivamente, boa-fé objetiva significa uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.¹⁰⁶ Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e

¹⁰² Sobre o tema veja Martins-Costa (1999) e Negreiros (1998, p. 277).

¹⁰³ Veja sobre o tema Hofmeister (2002, especialmente p. 113 et seq.).

¹⁰⁴ Assim ensinam Ossola e Vallespinos (2001, p. 19 et seq.), que existe atualmente nos contratos modernos uma “necesidad de información”. Veja, no Brasil, a obra de Carvalho (1999, p. 1 et seq.).

¹⁰⁵ Couto e Silva (1976, p. 29).

¹⁰⁶ Sobre boa-fé como regra de conduta, como limite à autonomia da vontade e como fonte de novos deveres acessórios, veja a obra de Menezes Cordeiro (1984, p. 632 et seq.).

a da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais. Trata-se de um dever de informar clara e suficientemente os leigos-consumidores (*hinreichende Aufklärung*),¹⁰⁷ pessoalmente (*in einem persönlichen Gespräch*)¹⁰⁸, sobre os riscos típicos (*typische Gefahren*)¹⁰⁹ e aspectos principais (*wesentliche Umstände*)¹¹⁰ do serviço médico naquele caso específico. Um dever diretamente oriundo das exigências de boa-fé (*Pflicht aus Treu und Glauben*) na conduta do *expert* em relação ao leigo durante todo o desenvolver da relação jurídica de confiança (*Vertrauensverhältnis*),¹¹¹ alcançando, na fase prévia, graus de dever de alerta (*Warnpflicht*) e de aconselhamento/dever de conselho (*Beratungspflicht*).¹¹²

89. Quanto à boa-fé, mais do que reiterá-la, é afirmar que o CDC impõe um dever de informar de maneira especial e expressa nos Arts. 52 e 54 do CDC. Trata-se de um patamar mínimo de boa-fé em todas as relações contratuais envolvendo bancos reguladas pelo CDC. O CDC, em outras palavras, impõe não somente o dever de qualidade de prestar bem aos fornecedores, isto é, os seus deveres de prestação, mas também de qualidade na informação (Art. 20 do CDC), um novo dever básico de conduta.¹¹³ O CDC regula, assim, a relação contratual em sua totalidade, mesmo o seu momento preparatório, em que desde já exige deveres de conduta leal, e no seu momento de execução. No momento preparatório impõe deveres de informação clara e correta (Arts. 30 e 31 do CDC), impõe deveres de redação contratual precisa e compreensível do contrato (Art. 54, § 3º, do CDC), um dever de destaque especial para as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores (Art. 54, § 4º do CDC), sob pena destas cláusulas não obrigarem os consumidores (Art. 46 do CDC),

¹⁰⁷ Assim Jauernig et al. (1994, p. 1000, § 823,D, 3, c).

¹⁰⁸ Assim *ibid.*

¹⁰⁹ Assim *ibid.*, p. 177, § 242, a.

¹¹⁰ Assim, já em 1980, ensinava Teubner (1980, p. 72-73, § 242, 70-71).

¹¹¹ Assim Jauernig et al. (1994, p. 176-177, § 242, a).

¹¹² Assim *ibid.*, p. 177, § 242, a.

¹¹³ Estes deveres de conduta originários da boa-fé são denominados de *Nebenpflichten*, deveres anexos ou deveres laterais pela doutrina alemã; veja Larenz (1991, p. 26 et seq.) e Couto e Silva (1976, p. 111 et seq.), que os denomina “deveres secundários”.

e ainda um dever de dar oportunidade a conhecer o conteúdo deste contrato (Art. 46 do CDC), que impõe o acesso ao contrato de adesão (Arts. 30 e 54 do CDC), sob pena de as informações mal prestadas prévias e posteriores (extratos e os avisos do Art. 48 do CDC) poderem ser exigidas (Arts. 20 e 35 do CDC), isto é, de o fornecedor ter de realizar as expectativas legítimas criadas nos consumidores por sua atuação.

90. Sobre o diálogo das fontes, repita-se sua lógica: “em seu Curso Geral de Haia de 1995, Erik Jayme ensinava que face ao “pluralismo pós-moderno” de fontes legislativas (cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes), re-surge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico, exigência de um sistema eficiente e justo.¹¹⁴ A expressão usada antigamente era a de conflitos de leis no tempo, ou direito intertemporal, a significar que, como haveria “colisão” entre os campos de aplicação destas leis, por exemplo, uma lei anterior de 1990, como o Código de Defesa do Consumidor e uma lei posterior de 2002, como o novo Código Civil Brasileiro, a solução do “conflito” seria a prevalência de uma e a conseqüente exclusão (ab-rogação, derrogação, revogação) da outra no sistema. Em outras palavras, nesta visão “perfeita” e “moderna”, teríamos a “tese” (lei antiga), a “antítese” (lei nova) e a síntese (revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema. Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se a hierarquia.¹¹⁵ Poderá haver conflitos “de princípios” entre as leis, conflitos “de normas”, reais ou aparentes, e “antinomias”, ou conflitos pontuais na aplicação do caso a caso.¹¹⁶ Erik Jayme alerta, porém, que os tempos pós-modernos não mais permitem este tipo de clareza e “mono-solução”. Em nossos tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita e por fim pela convivência de leis com campos de aplicação diferentes, mas convergentes, em um mesmo sistema jurídico, plural, fluido, mutável e complexo. O grande mestre de Heidelberg propõe então uma segunda solução, a coordenação destas fontes,¹¹⁷

¹¹⁴ Jayme (1995, p. 60; 251 et seq.).

¹¹⁵ Veja Bobbio (1990, p. 92; 1965, p. 255).

¹¹⁶ Veja detalhes em meu livro (Marques, 2002, p. 515 et seq.).

¹¹⁷ Jayme (1995, p. 60).

da retirada do sistema (revogação) ou “monólogo” de uma norma só à convivência das normas, ao diálogo. Em sua belíssima expressão, é o atual e necessário “diálogo das fontes” (“dialogue de sources”).¹¹⁸ “Diálogo” em virtude das influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos)¹¹⁹ ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável aos mais fracos da relação.

Seguindo esta linha e os ensinamentos de meu mestre, cabe agora refletir quais seriam os “diálogos” possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (Art. 48 ADCT/CF 1988), e o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública (Art. 2035, parágrafo único). Três são os tipos de “diálogo” entre estas leis: a) uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico; b) uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação (diálogo de complementaridade e subsidiariedade), tanto suas normas quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar, “diálogo” este exatamente no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era superada e “retirada” do sistema pela outra, e, por fim, c) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito

¹¹⁸ Ibid., p. 259: “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.”

¹¹⁹ Por exemplo, o artigo 1 do Tratado de Olivos no Mercosul prevê a opção pelo sistema de soluções de controvérsias do Mercosul (que o Tratado prevê) ou de outro *forum* internacional (OMC etc.) e a prevalência desta fonte em caso de opção. Veja Araújo (2001).

dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).

91. Quanto ao diálogo das fontes, este impõe-se para não aplicar apenas o Código Civil de 2002 ou somente a legislação bancária sobre juros, ou isso seria negação de preceito constitucional, após a ADIN 2.591. Como afirmei anteriormente, esta visão de coerência do sistema de Direito Privado brasileiro terá eficácia nas questões aqui uniformizadas. Somente uma aplicação conjunta e orientada pelo mandamento de “defesa dos consumidores” da CF/1998 destas fontes permite reconhecer a vulnerabilidade deste sujeito de direitos, o consumidor pessoa física.

92. Como afirmamos acima, desconhecer esta diferença e usar, por exemplo, as linhas de juros somente do Art. 406 do CC/2002 e não o Art. 51, IV e parágrafo primeiro do CDC é uma afronta ao efeito útil do CDC. Desconhecer esta diferença e usar apenas a noção de mora (tempo e modo devido) referente à prestação principal é violar noção mais ampla de vício do serviço e da informação imposta pelos Arts. 20, 30 e 35 do CDC. Na *soft law* bancária, que há pouco se retirou do site da Febraban, havia artigo que afirmava ser “liberalidade” do fornecedor de serviços de natureza “bancária, financeira e de crédito” fornecer cópia do contrato aos consumidores. Seria assim na esfera da “disponibilidade” ou da “liberdade” do fornecedor, mesmo frente a consumidores, de entregar cópia do contrato. A norma do CDC é expressa no sentido contrário (Art. 6, II e III do CDC), pois o valor aqui é o da liberdade de escolha do consumidor e não do banco (se entrega ou não pelas linhas dos contratos de adesão do Código civil de 2002). O CDC, nos seus Arts. 46 e 54, impõe aos fornecedores o dever de dar oportunidade de conhecimento prévio do conteúdo do contrato aos consumidores e o dever de destacar cláusulas limitativas de direitos dos consumidores pessoas físicas nos contratos de adesão como os aqui uniformizados. E mais, em artigo específico sobre contratos bancários, financeiros de crédito, independentes ou conexos ao financiamento de produtos (como o do caso em exame, para aquisição de uma motocicleta pela consumidora), impõe o CDC, no Art. 52, o dever de informar expressamente o “montante dos juros de mora”, isto é, através ou não da comissão de permanência, de informar “a taxa efetiva anual de juros” e todos os demais “acréscimos legalmente permitidos”. Assim determina expressamente para estes contratos bancários, o CDC, uma série de

direitos de informação ao consumidor e de deveres de informação aos bancos (Art. 52 do CDC). Nos enunciados do STJ que regerão estes milhões de processos repetitivos, a importância destes deveres de informar, seja por força do paradigma da boa-fé ou das várias normas expressas, deve ser considerado ou o e. STJ cometeria a injustiça de tratar igualmente os desiguais, violando os direitos dos consumidores, constitucionalmente impostos e garantidos pela ADIN 2.591!

B) Reflexos quanto aos Quesitos perguntados: Juros, Comissão de Permanência, Mora e Capitalização

93. Chegando ao final deste já muito longo parecer e protestando novamente, se tempo existir, para enviar complementações temáticas às conclusões que já chegamos, mister examinar os quesitos específicos apresentados em conjunto pelo IDEC e Brasilcon.

94. O quesito (G) do IDEC é o mais genérico, mas delimita a necessidade de “informações” em relação aos temas desta unificação de “processos repetitivos”, sobre os temas de “*contratos bancários: a) juros remuneratórios, b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência*”?

95. O quesito (E) é sobre o paradigma da boa-fé objetiva do CDC e o daí derivado dever de informar em geral e o dever imposto *ex vi lege* pelo CDC, qual seja: “o dever de informar sobre riscos e cláusulas limitativas de direitos e o dever de destaque destas cláusulas e de dar oportunidade de conhecer o contrato,” perguntando se tais cláusulas “não informadas aos consumidores dos contratos de adesão bancários (*ex vi* Arts. 30, 51, 52 e 54 do CDC) ou são ineficazes (*ex vi* Arts. 20, 30, 31, 46 c/c Arts. 52 e 54 do CDC)”. E combina este com o quesito (F), que pergunta se:

no primeiro caso (nulidade), em se tratando de cláusula de juros remuneratórios, pode o Tribunal considerar suprida a nulidade absoluta presumindo que o contrato oneroso existiu e utilizar os juros legais de 1% ao mês ou a taxa de mercado a favor dos bancos? No segundo caso (ineficácia), a sanção seria a perda de todos os juros, com a devolução somente do capital corrigido ou pode uma cláusula ineficaz ser preenchida com os juros de mercado?

Vejamos.

96. Dois temas devem ser aqui analisados: o dever de informar e o dever de oportunizar a cópia do contrato em todos os contratos bancários frente a consumidores pessoas físicas, fato que deve ser levado em conta nestes processos repetitivos. E o diálogo das fontes, ajudando na solução de questões referentes a juros, em suas mais variadas formas: remuneratórios, de mora normal e de mora especial como comissão de permanência, simples ou capitalizados.

1) O dever de informar e o dever de oportunizar a cópia do contrato bancário e o dever de destaque das cláusulas limitativas de direitos no CDC em todos os contratos bancários frente a consumidores pessoas físicas

97. Se estabelecemos acima que tanto o CDC como o paradigma de boa-fé objetiva impõem o dever de informar (juros e outras informações obrigatórias em caso de contratos bancários *ex vi* Arts. 52 e 30 do CDC) e o dever de oportunizar cópia do contrato (Arts. 46 e 54 do CDC), de forma prévia para preservar o direito de liberdade de escolha e de informação (Art. 6, II e III do CDC), estes são complementados pelo dever de destaque das cláusulas limitativas de direitos no CDC em todos os contratos (de adesão) bancários frente a consumidores pessoas físicas (Art. 54 e Art. 48 do CDC). Resta, pois, agora frisar o que isto tem em relação (ou em limite) ao processo de processos repetitivos.

98. Frise-se antes o texto do Art. 52 do CDC:

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.

§ 1.º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação.

§ 2.º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

99. Sobre o tema já escrevi: “O Art. 52 institui deveres de informação especiais para o fornecedor e assegura direitos específicos para o consumidor nos contratos de consumo que envolvam o nascimento de uma segunda relação contratual, relação de crédito ou de financiamento concedido ao consumidor para que possa adquirir o bem de consumo. O Art. 52 prevê, igualmente, um valor máximo para as multas de mora (2%), pelo que se deduz que cláusulas conflitantes com esta disposição legal cogente não poderão ser cumpridas.” A primeira redação do CDC previa uma multa de mora máxima de 10%, que foi reduzida para 2% por força da Lei 9.298/1996. Esta multa contratual é espécie de cláusula penal por mora, agora limitada a 2%, mas este artigo foi muito utilizado para criticar o CDC, como regulamentando “juros”. Pondere-se que o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, regulou também sob estes moldes a multa contratual por mora nos condomínios ou nas locações (Art. 1.336, § 1º). O CC/2002 é, porém, mais liberal que o CDC e traz norma que pode ser disponível, pois dispõe: “Art. 1.336. (...). § 1.º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de 1% (um por cento) ao mês e multa de até 2% (dois por cento) sobre o débito. [...]” O CDC positiva antiga reivindicação dos consumidores, ao garantir no Art. 52, § 2º, que “é assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”. Muitas vezes os credores-fornecedores, especialmente aqueles do SFH, preferem ver seus consumidores super-endividados e fora do mercado, com seus nomes no SERASA, CADIN, SPC e outros bancos de dados como inadimplentes, a conceder-lhes um desconto para liquidação antecipada do débito total. Reduzem por vezes esta “redução” a menos de 10% para manter o credor vinculado ao contrato.¹²⁰

100. Inicialmente gostaria de destacar que desde o Código de Napoleão, em 1804, “a taxa de juros convencional deve ser fixada por escrito” (Art. 1907, alínea 2, Code Civil). Trata-se de informação importante para todos, mas em

¹²⁰ Marques, Benjamin e Miragem (2005, p. 772-773).

especial para os leigos, daí que o fato de ser escrita e entregue para os consumidores sempre ajudou a efetividade de seu direito de escolha e é demonstração de boa-fé e lealdade na contratação. Ocorre que o CDC impôs este dever de informar de forma especial no Art. 52 do CDC, mas o e. Superior Tribunal de Justiça tem preferido considerar presumida a onerosidade dos empréstimos (não escritos ou que a cópia do contrato não é entregue ao consumidor) e utilizado ou o juro de 1% ou a taxa de mercado (Art. 406 do Código Civil) para preencher generosamente esta grande lacuna.

101. Para nós importa que, se usada a taxa de mercado ou o 1% ao mês, tanto faz, de qualquer maneira está o STJ a indiciar que considera que houve nulidade da cláusula de juros e não sua ineficácia, que adviria da combinação do Art. 46 com os Arts. 52 e 54 do CDC, minha posição pessoal (veja por todos, AgRg. No Resp. 725.141/RJ, 3. T., j. 03.12.2007, DJU 12.12. 2007, Min. Humberto Gomes de Barros).

102. Note-se que informação é tema material no CDC e não prova ou processo, é direito de origem legal (Art. 6,II e III do CDC) e não-contratual. Logo, também nestes processos repetitivos não se trata de tema de prova e de interpretação dos contratos, mas sim de cumprimento legal ou de – no mínimo – concretização de uma cláusula geral, daí não se aplicarem as Súmulas 5 e 7 do STJ. Quanto aos juros moratórios, face ao Art. 52 do CDC, é possível resumir:

Caso tenham sido cumpridos os deveres de boa-fé de informação, oportunidade de conhecimento e destaque, impostos legalmente pelo CDC nos Arts. 30, 31, 46, 52 e 54, a cláusula contratual informada sobre juros de mora restringe-se a 2%, depois de 1996.

103. Ora, violação de dever de informar não é lacuna a ser integrada, é descumprimento contratual a ser sancionado de forma exemplar ou realmente ficará sem “dentes” este dever imposto pelo Art. 52 do CDC. Sendo assim, sem prejuízo do que se considerar-se-ia correto (15% ao ano ou taxa de mercado), tal uniformização não pode ocorrer sem uma ressalva, pois não é engano justificável *ex vi* o parágrafo único do Art. 42 do CDC desconhecer, após a ADIN 2.591, a aplicação do CDC aos contratos bancários (a indenização do cobrado em excesso deve ser em dobro!) e nos termos seguintes:

As cláusulas referentes aos juros, remuneratórios e de mora, na forma nominada de juros moratórios ou na forma de comissão de permanência (que são juros remuneratórios cumuláveis aos outros), na forma dos Arts. 30, 31 e 52 do CDC, e o conteúdo do contrato, assim como os acréscimos previstos, na forma dos Arts. 30, 31, 46, 48 e 52 do CDC, serão informados aos consumidores e destacadas as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores (Art. 54 do CDC), se em contratos de adesão, sob pena de nulidade destas cláusulas, qualquer que seja seu conteúdo.

104. Explico a minha posição pessoal de que se trata de inexistência do dever de juros, como sanção dada pela combinação do Art. 46, do Art. 52 e do Art. 54 do CDC. O dever de informar é imputado pelo CDC ao fornecedor (*caveat venditor*) e não ao consumidor (*caveat emptor*); logo, se o fornecedor descumprir seu dever de informar, violar o direito à informação agora assegurado ao consumidor (Art. 6, inciso III, do CDC), estará em verdade inadimplindo sua obrigação contratual.¹²¹ Não tendo sido dada oportunidade pelo fornecedor, no caso o banco, de o consumidor leigo pessoa física “saber o conteúdo da cláusula”, seja pela não entrega do contrato (o que segundo minhas pesquisas ocorre apenas em 43% dos casos) antes da assinatura, seja porque o contrato foi entregue após a assinatura (dos 43%, em 26% dos casos a cópia é entregue após a assinatura)¹²², há presunção do descumprimento destes deveres expressamente impostos ao fornecedor banco, deveres de boa-fé.

105. O Art. 46 do CDC dispõe:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Segundo já escrevi,

¹²¹ Sobre o inadimplemento dos deveres anexos ou deveres laterais de conduta nos contratos, veja Emmerich (1991, p. 214 et seq.) ou Marques (2006, p. 78 et seq.).

¹²² Marques e Cavallazzi (2006, p. 305).

o Art. 46 do CDC surpreende pelo alcance de sua disposição. Assim, se o fornecedor descumprir este seu novo dever de “dar oportunidade” ao consumidor “de tomar conhecimento” do conteúdo do contrato, sua sanção será ver desconsiderada a manifestação da vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo como que não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do Art. 46, enquanto a oferta, por força do Art. 30, continua a obrigar o fornecedor!¹²³

106. Neste sentido, de forma a evitar retirar efeito útil destas normas do CDC, sob pena de reclamação constitucional após a ADIN 2.591, sugeriria a seguinte redação ou linha de uniformidade nestes processos repetitivos:

Presume-se que houve descumprimento do dever de informar imposto pelos Arts. 52 e 54 do CDC e do princípio de boa-fé, em caso de processos repetitivos, se o consumidor *in concreto* entrou com ação de prestação de contas e de exibição de documentos ou requereu a inversão do ônus da prova sobre o contrato, fato que deve ser levado em conta para a abusividade destas e outras eventuais cláusulas (Art. 6,IV do CDC).

CONCLUSÕES

1. Concluindo, e pedindo perdão pela extensão do parecer, uniformizar todos estes temas (que sequer pude analisar no mérito, mas que tenho conhecimento que outros pareceres do Brasilcon o farão), parece que o mais fácil (e seguro em termos de constitucionalidade) teria sido iniciar este processo de acórdão repetitivo em um outro tema que não envolvesse direitos humanos e uma ADIN 2.591 tão bem construída pelo e. Supremo Tribunal Federal. De qualquer maneira, espero que minhas sugestões e alertas possam servir a uma sábia decisão, beneficiando todos os consumidores pessoas físicas do país frente a bancos.

¹²³ Marques, Benjamin e Miragem (2005, p. 634).

2. Dos quesitos apresentados e das respostas dadas no presente, passo a reduzi-las.

3. Quanto à pergunta “f” do despacho, a que foi mais trabalhada neste parecer:

f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal

Considerando que as normas do CDC são de ordem pública, de interesse social e de clara origem constitucional (Art. 1), e que, face à decisão da ADIN 2.591-1, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a necessidade de sua aplicação por mandamento Constitucional, de hierarquia de direito fundamental, especialmente “aos contratos bancários, de crédito, financeiros e securitários” (Art. 3, par. 2) concluídos com consumidores:

Nas instâncias ordinárias, os juízes e os Tribunais, face ao mandamento constitucional de “promover a defesa do consumidor na forma da lei” (Art. 5,XXXII da CF/1988), e o fato de a lei especial de ordem pública ter escolhido a nulidade de pleno direito ou absoluta (Arts. 1 e 51 do CDC c/c Art. 166, VII) como sanção, devem conhecer de ofício da abusividade das cláusulas nestes contratos, mesmo de questões não devolvidas em apelação, em especial daquelas questões identificadas em “processos repetitivos” e nas Súmulas mantidas.

Nas instâncias extraordinárias, aberta a instância por qualquer outra razão, face ao mandamento constitucional de “promover a defesa do consumidor na forma da lei” (Art. 5,XXXII da CF/1988), e o fato de a lei especial de ordem pública ter escolhido a nulidade de pleno direito ou absoluta (Arts. 1 e 51 do CDC c/c Art. 166, VII) como sanção e o de a lei processual (especial e geral) nestes casos autorizar expressamente a facilitação da defesa de seus direitos (Art. 245, par. Único, do CDC c/c Art. 6, III, IV, V e VIII do CDC), os Tribunais podem analisar a abusividade das cláusulas de ofício, ainda mais se identificadas em “processos repetitivos” e em Súmulas mantidas.

4. Quanto às demais perguntas do despacho, aproveito para responder aos quesitos apresentados pelo IDEC, quais sejam:

- (A) Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação entre o Banco e o consumidor pessoa física, como o do caso em exame? Quais são as consequências desta aplicação do CDC a todos estes contratos após a decisão da ADIN 2.591?

Sim. Muitas e importantes, como os dois enunciados acima esclarecem.

- (B) Em caso de desrespeito ao mandamento constitucional do Art. 5,XXXII, face à decisão na ADIN 2.591, de aplicação da lei (CDC) para “promover a defesa dos consumidores”, é possível aos consumidores prejudicados em concreto pela não aplicação útil em abstrato das normas e paradigmas do CDC nesta unificação de processos repetitivos entrarem com Reclamações de descumprimento de preceito constitucional diretamente ao STF?

Sim, por força dos artigos 23 e 24 da Lei 9.868/1999, inclusive – e de forma especial – violação geral e em abstrato – em casos repetitivos como este.

- (C) Considerando que o e. Superior Tribunal de Justiça pela Súmula 297 aplica o CDC e suas normas de ordem pública e interesse social (Art. 1 do CDC) aos contratos bancários; considerando que a Res. 08, de 07 de agosto de 2008, permite ao STJ de ofício decidir sobre todos os casos conjuntamente (fora da devolução, *ultra*, *extra* e *citra petita*) nos temas de “recursos repetitivos” e a decisão da ADIN 2.591, quais os reflexos têm estes fatos novos na aplicação do CDC em relação às: “f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal.”?

Sim, a ADIN 2.591 impõe de forma vinculante para o Poder Judiciário, inclusive o e. STJ, uma interpretação a favor dos consumidores destes contratos, autorizando o exame de ofício. Neste caso o enunciado dos processos repetitivos corre o risco de inconstitucionalidade se não assim o autorizar. Minha sugestão é a seguinte, considerando que as normas do CDC são de ordem pública, de interesse social e de clara origem constitucional (Art. 1), e que, face à decisão da ADIN 2.591-1, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a necessidade de sua aplicação por mandamento Constitucional, de hierarquia de direito fundamental, especialmente “aos contratos bancários, de crédito, financeiros e securitários” (Art. 3, par. 2) concluídos com consumidores:

Nas instâncias ordinárias, os juízes e os Tribunais, face ao mandamento constitucional de “promover a defesa do consumidor na forma da lei” (Art. 5,XXXII da CF/1988), e o fato de a lei especial de ordem pública ter escolhido a nulidade de pleno direito ou absoluta (Arts. 1 e 51 do CDC c/ c Art. 166, VII) como sanção, devem conhecer de ofício da abusividade das cláusulas nestes contratos, mesmo de questões não devolvidas em apelação, em especial daquelas questões identificadas em “processos repetitivos” e nas Súmulas mantidas.

Nas instâncias extraordinárias, aberta a instância por qualquer outra razão, face ao mandamento constitucional de “promover a defesa do consumidor na forma da lei” (Art. 5,XXXII da CF/1988), e o fato de a lei especial de ordem pública ter escolhido a nulidade de pleno direito ou absoluta (Arts. 1 e 51 do CDC c/c Art. 166, VII) como sanção e o de a lei processual (especial e geral) nestes casos autorizar expressamente a facilitação da defesa de seus direitos (Art. 245, par. Único, do CDC c/c Art. 6, III, IV, V e VIII do CDC), os Tribunais podem analisar a abusividade das cláusulas de ofício, ainda mais se identificadas em “processos repetitivos” e em Súmulas mantidas.

- (D) Uma vez que a ADIN 2.591 considerou todas as interpretações do Art. 3, par. 2 constitucionais (assim não declarando a inconstitucionalidade sem redução de texto desta norma como os dois votos vencidos propunham), que garantia constitucional traz esta decisão para os consumidores quanto aos bancos de dados de crédito (bancos de dados negativos)?

Trata-se da garantia de notificação, pela cadeia de fornecimento, inclusive em segunda negatificação, pois não pode o fato de a notificação ser liberada significar a ineficácia do direito do consumidor a receber a notificação do fornecedor de produtos e serviços, que é direito fundamental não só de consumo, mas de privacidade na sociedade de consumo. Os danos morais aqui sofridos pelo consumidor “dito contumaz” se verificam também e sempre, pelo *quid* que significa o direito humano, não divisível em “vezes” de notificação ou em possível autorização (indisponibilidade). Em resumo:

- 1) A comunicação do Art. 43, parágrafo segundo, deve ser prévia à inscrição, havendo solidariedade *ex vi lege* (Art. 7, parágrafo único, do CDC) entre o

fornecedor de serviços e produtos, em especial os bancos, e o arquivo de consumo (ou bancos de dados negativos).

- 2) A Súmula 359 deve ser revista se sua redação levar à interpretação do fim desta solidariedade imposta expressamente pelo CDC nos Arts. 43 e 7 ou da inexistência do dever desta notificação prévia para o fornecedor direto do crédito, no caso os bancos.
 - 3) O dano da inscrição indevida enseja indenização por dano moral e material, e do dano *in re ipsa*, que não requer “prova” da dor ou do dano em si.
 - 4) A ausência de comunicação, por si só, enseja indenização por dano moral e material, mesmo sendo a segunda notificação ou estando a primeira ou qualquer delas sendo decidida judicialmente, ou do contrário afirmaríamos que é possível “reduzir-se” por contumaz, eficácia de direito humano ou fundamental dos consumidores.
 - 5) A interpretação do Art. 43 deve ser a favor do consumidor, sujeito protegido constitucionalmente, logo, o prazo de cinco anos é “máximo” e não “único prazo”, pois a Súmula 323 parece considerar que a prescrição e decadência não mais diminuem este prazo.
- (E) Considerando o paradigma da boa-fé e o dever de informar sobre riscos e cláusulas limitativas de direitos e o dever de destaque destas cláusulas e de dar oportunidade de conhecer o contrato, são abusivas as cláusulas não informadas aos consumidores dos contratos de adesão bancários (*ex vi* Arts. 30, 51, 52 e 54 do CDC) ou são ineficazes (*ex vi* Arts. 20, 30, 31, 46 c/c Arts. 52 e 54 do CDC)?

Veja resposta ao quesito F.

- (F) No primeiro caso (nulidade), em se tratando de cláusula de juros remuneratórios, pode o Tribunal considerar suprida a nulidade absoluta presumindo que o contrato oneroso existiu e utilizar os juros legais de 1% ao mês ou a taxa de mercado a favor dos bancos? No segundo caso (ineficácia), a sanção seria a perda de todos os juros, com a devolução somente

do capital corrigido, ou pode uma cláusula ineficaz ser preenchida com os juros de mercado?

Minha opinião pessoal é pela inexistência, face ao Art. 46 do CDC, combinado com os Arts. 52 e 54, mas a posição do STJ é pela nulidade por força – decerto do Art. 51,IV e parágrafo primeiro do CDC. Mister responder, pois, em conjunto estas duas perguntas. Sendo assim, sugiro para este processo de “uniformização” evitando a inconstitucionalidade e reclamações ao STF individuais:

Caso tenham sido cumpridos os deveres de boa-fé de informação, oportunidade de conhecimento e destaque, impostos legalmente pelo CDC nos Arts. 30, 31, 46, 52 e 54, a cláusula contratual informada sobre juros de mora restringe-se a 2%, depois de 1996.

As cláusulas referentes aos juros, remuneratórios e de mora, na forma nominada de juros moratórios ou na forma de comissão de permanência (que são juros remuneratórios cumuláveis aos outros), na forma dos Arts. 30, 31 e 52 do CDC, e o conteúdo do contrato assim como os acréscimos previstos, na forma dos Arts. 30, 31, 46, 48 e 52 do CDC, serão informados aos consumidores e destacadas as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores (Art. 54 do CDC), se em contratos de adesão, sob pena de nulidade destas cláusulas, qualquer que seja seu conteúdo.

Presume-se que houve descumprimento do dever de informar imposto pelos Arts. 52 e 54 do CDC e do princípio de boa-fé, em caso de processos repetitivos, se o consumidor *in concreto* entrou com ação de prestação de contas e de exibição de documentos ou requereu a inversão do ônus da prova sobre o contrato, fato que deve ser levado em conta para a abusividade destas e outras eventuais cláusulas (Art. 6,IV do CDC).

- (G) Que informações mais poderia resumir em relação aos temas desta unificação de “processos repetitivos”, sobre os temas de “contratos bancários: a) juros remuneratórios, b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência”?

As informações constam do corpo do parecer.

É o parecer.

Porto Alegre, 22 de setembro de 2008.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. v. 11. (Série de Pesquisas do CEJ).

ALEX, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1996.

AMARAL JÚNIOR, José Levi de Mello do. Constituição e codificação: primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.). *A reconstrução do Direito Privado - Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54-71.

ARAÚJO, Nádia. *Dispute resolution in Mercosur: The Protocol of Las Leñas and the Case Law of the Brazilian Supreme Court*, Inter-American Law Review. Miami: University of Miami, v. 32, n. 1, p. 25-56, Winter-Spring 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERTHIAU, Denis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. Paris: L.G.D.J, 1999.

BOBBIO, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies. In: PERELMAN, CH. (Coord.). *Les antinomies en Droit*. Bruxelas: Bruylant, 1965.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Pollis; Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

BÜLOW, Peter; ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*. Heidelberg: Müller, 2003.

CAMPOS ARANOVICH, Rosa Maria de. Incidência da Constituição no Direito Privado. *RPERGS*, n. 22, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Vertösse gegen das verfassungsrechtliche übermassverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht. *Juristen Zeitung*, p. 993-1004, 1987.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAVALIERI, Sérgio Filho. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: L.G.D.J., 1988,

COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DE MORAES TEPEDINO, Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, [s.d.].

DREYER, Emmanuel. La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique. In: *Recueil Dalloz (Paris: Dalloz)*, 2006, p. 748 e seg.

DÜRIG, Günther. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor. (Ed.). *Festschrift für Hans Nawiasky*. Beck: Munique, 1956.

EMMERICH, Volker. *Das Recht der Leistungsstörungen*. 3. ed. Munique: Beck, 1991.

FACHIN, Luiz Edson, *Teoria Crítica do Direito Civil – à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. O Princípio da Igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 8, 1993.

GEBRAN, João Pedro Neto. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais - A busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica*. Buenos Aires: Gowa, 1995.

GIERKE, Otto von. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889). Republicação organizada por Erik Wolf, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1940.

GOMES, Orlando. A Constituição e seus Reflexos no Direito das Obrigações. In: *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 64-75.

_____. A agonia do Código Civil. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileira*, volume 8, 1988.

HECK, Luis Afonso. Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 29, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JAUERNIG, Othmar et al. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 7. ed. Munique: Beck, 1994.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Dordrecht: Kluwer, 1995. v. II.

_____. Le Droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Dordrecht: Kluwer, 2000. t. 282, p. 19-40.

LARENZ, Karl. *Schuldrecht*. Munique: Beck, 1991. v. 1.

_____. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36, p. 61-96, 2000.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PFEIFFER, Roberto A. C.; PASQUALOTTO, Adalberto. (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 - Convergências e Assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 11-82.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIN dos bancos (ADI 2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, p. 40-75, jan./mar. 2007.

MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto A. Castellanos. (Coord.). *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos-ADIn 2.591*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 28.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela. *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDICUS, Dieter. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 192, 1992.

MELI, Marisa. Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party. *European Review of Contract Law*, v. 2, n. 2, p. 159-166, 2006.

MENDES, Gilmar. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *RT-Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, IBDC, ano 7, n. 27, abr./jun. 1999.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da união brasileira de compositores. *Revista da AJURIS*, v. 32, n. 100, p. 140-151, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da Boa-fé no Direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, p. 111-133, 2002.

_____. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56, 2005.

MÜNCH, Ingo von. Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland. In: MÜNCH, Ingo von; SALVADOR CODERCH, Pablo; FERRER I RIBA, Josep. *Zur Drittwirkung der Grundrechte*. Frankfurt: Lang, 1998.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *Teoria do Contrato - Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NIPPERDEY, Hans Carl. Die Würde des Menschen. In: NEUMANN, Franz L; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHEUNER, Ulrich, *Die Grundrechte- Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Berlin: Duncker e Humblot, 1954. Band II, p. 1-50.

OETER, Stefan. Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts - ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimension der Drittwirkungsdebatte. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 119, p. 529-563, 1994.

OSSOLA, Federico; VALLESPINOS, Gustavo. *La obligación de informar*. Córdoba: Advocatus, 2001.

PFEIFFER, Roberto. Código de Defesa do Consumidor e Sistema Financeiro Nacional: primeiras reflexões sobre o julgamento da ADIn 2.591. In: MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto A. Castellanos. (Coord.). *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos-ADIn 2.591*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 28.

RAIZER, Ludwig. O futuro do Direito Privado. *RPERGS*, n. 9, 1979.

RIPERT, Georges. L'ordre économique et la liberté contractuelle. In: *Mélanges offerts à Geny*, Paris, 1959.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica - Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: EF, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 36, p. 54-102, 2000.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica - Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: EF, 2004. p. 85-159.

SCHWABE, Jürgen. Bundesverfassungsgericht und “Drittwirkung” der Grundrechte. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 100, p. 442-470, 1975.

STOWASSER, J. M. et al. *Der Kleine Stowasser*. Munique: G. Freytag ed., 1980.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEUBNER, Gunther. § 242 BGB. In: WASSERMANN, Rudolf. (Org.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-Alternativkommentare*. Darmstadt: Luchterhand, 1980. Band 2.

Claudia Lima Marques é Doutora em Direito, Professora Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Coordenadora do Committee on Consumer Protection, International Law Association (Londres), Diretora da *Revista de Direito do Consumidor*, RT/Brasilcon, Diretora e ex-Presidente do Brasilcon, Membro da área de Direito do Comitê Ca-Cs do CNPq e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

FRONTEIRAS COM A PRÁTICA JURÍDICA

Os Grandes Sistemas Jurídicos

Mario G. Losano

São Paulo: Martins Fontes

2007. 676 p.

Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux

A editora Martins Fontes publicou em 2007 obra fundamental para a compreensão do direito contemporâneo: *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, do professor Mario Losano, que apresenta, em síntese, uma descrição global do direito para um mundo globalizado.

Mario Losano, professor italiano e filósofo do direito, foi Professor Cate-drático da *Università degli Studi di Milano* e agora leciona na *Università del Piemonte*. É doutor *honoris causa* da Universidade de Hannover, na Alemanha, e em junho de 2008 recebeu o título de doutor *honoris causa* pela Universidade do Uruguai. Discípulo de Norberto Bobbio, tornou-se referência internacional não só por seguir os passos do seu grande mestre mas por ampliar a sua pesquisa em temas que se encontram à margem da elite intelectual européia. O trânsito pelos vários sistemas jurídicos não é mero exercício de diletantismo, resulta da coerência e competência teórica.

Ele honra os brasileiros pelos fortes vínculos com a nossa cultura e a troca intelectual constante com professores e amigos, como Miguel Reale, Celso Lafer, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Lourival Vilanova e tantos outros que

não poderia citar por falta de espaço. A partir de 1973 também ministrou cursos e palestras em nosso país.

Suas obras, que abrangem a filosofia do direito, o direito internacional, a informática jurídica e a história do direito, revelam a sua cultura universal e já foram traduzidas em 12 idiomas, entre os quais o alemão, o espanhol e o português. Cabe ressaltar que na matéria de informática jurídica o professor Losano é um pioneiro, sendo reconhecido internacionalmente como um dos principais elaboradores dessa nova disciplina na Itália a partir de 1968.

O autor já havia brindado os leitores brasileiros com a coletânea, publicada pela mesma editora, *Direito Internacional e Estado Soberano*, na qual reuniu os textos da polêmica de Kelsen com seu único aluno italiano, Umberto Campagnolo.

Os *Grandes Sistemas Jurídicos*, tradução da terceira e última edição italiana, revelam visão abrangente dos *sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*, diferenciando-se de outras obras de direito comparado pelo amplo espaço dedicado aos sistemas jurídicos latino-americanos, habitualmente negligenciados pelos livros tradicionais.

Ressalta o autor, na Introdução à terceira edição italiana: “Como meus outros trabalhos, este também combate o etnocentrismo e, em especial, o eurocentrismo jurídico. Ele parte do princípio de que o direito europeu não é superior aos outros, mas apenas diferente.”

A obra se inicia com uma exposição de teoria geral do direito, na qual se introduz o leitor aos *conceitos essenciais* para a compreensão do direito comparado, abordando ainda a relação entre o direito e as descobertas científicas (capítulo I).

Analisa a influência do direito romano sobre os sistemas jurídicos europeus através da história, destacando no capítulo II a análise do *direito privado* da Europa continental. A confluência entre os direitos civil e comercial, abordada nesse capítulo, é particularmente relevante para os brasileiros à vista do novo Código Civil.

Segue-se o exame histórico e sistemático do *direito público europeu*, com destaque para a estrutura do Estado e a apreciação das relações entre direito e política (capítulo III).

Da história do *direito russo*, parte o autor para a compreensão do *direito soviético*, demonstrando que a ruptura entre o direito anterior e o criado pela revolução não poderia ter sido, como não o foi efetivamente, completa, porque as tradições jurídicas do povo russo continuaram a influenciar o direito soviético.

Aborda, ainda, a volta do direito soviético ao direito russo, na presença da Comunidade de Estados Independentes, que se seguiu à União Soviética em direção ao capitalismo (capítulo IV).

Um longo capítulo é dedicado ao *direito sul-americano*, desde a sua origem, revelando as diversas influências recebidas pelos sistemas jurídicos latino-americanos. Deixa patente a difusão para além da Europa do direito codificado.

Uma análise histórica do direito brasileiro, desde a Colônia, permite a visão em perspectiva da evolução do nosso sistema jurídico (capítulo V).

No capítulo VI passa o autor a examinar a *importância do costume para o direito*, apreciando a formação do direito consuetudinário inglês bem como a importância desse sistema em dois institutos da *Common Law*: os *trusts* e o sistema de direitos reais.

A distinção entre o sistema do *direito islâmico* e os influenciados pelo direito europeu é abordada no capítulo VII, em que o autor percorre as suas características gerais e as suas fontes, para concluir com a análise de duas entre as suas inúmeras particularidades: uma delas envolve as relações económicas (o direito bancário no direito islâmico), e a outra, a diversidade dos costumes com suas conseqüências penais (a repressão das relações sexuais ilícitas no Paquistão).

O amálgama de sistemas jurídicos que deram origem ao *direito indiano*, que recebeu a influência tanto do direito bramânico quanto do direito islâmico e da *Common Law*, é examinada no capítulo VIII.

Prossegue o autor no exame dos direitos da Ásia Oriental, particularmente dos direitos chinês e japonês, demonstrando a ruptura da dependência entre ambos e a tendência da legislação japonesa em direção ao direito codificado a partir do século XIX (capítulo IX).

Concluindo a obra, o autor reflete sobre a *relação entre os diversos direitos positivos e a teoria do direito*. Analisando a relação entre a história do direito (formada por relações diacrônicas) e o direito comparado (formado por relações sincrônicas), ele traz ao leitor um estudo abrangente sobre algumas definições de direito, apreciando a relação entre as teorias estruturais e funcionais do direito, revelando, mais uma vez, a importância e a contemporaneidade de sua obra (capítulo X).

Cada um dos capítulos conta com ampla bibliografia, de maneira a permitir ao leitor prosseguir na sua própria investigação dos temas em estudo.

A primorosa tradução foi realizada pela professora Marcela Varejão, da Universidade Federal da Paraíba.

A obra se destina tanto aos cursos de graduação quanto aos de pós-graduação em Direito e em Ciência Política, e será lida com proveito por todos quantos se interessem em compreender os diversos sistemas jurídicos contemporâneos e a relação entre eles. Isto é possível principalmente pela elegância e clareza da linguagem que faz com que o trabalho seja acessível não só aos juristas mas a todos que tenham um interesse nessa área.

Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux é Doutora em Filosofia do Direito, Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Pesquisadora nas áreas de Filosofia do Direito, Direitos Humanos e Direito Ambiental.

MEMÓRIA DA ADVOCACIA

Entrevista com o Advogado Dr. Benedito Calheiros Bomfim*

OABRJ: É uma honra estar entrevistando o senhor para a nova Revista da OABRJ.

Dr. Bomfim: No IAB também lançamos uma Revista, com publicação de acórdãos das diversas turmas do Conselho Seccional e do Conselho Federal, com resumos e ementas das decisões do Conselho, principalmente das Câmaras. Estou à disposição, para o que eu puder divulgar... Ter idéias e não saber ou não querer transmiti-las é como viver só para si mesmo, não é verdade? O grande valor, o mérito de quem sabe é o poder e a capacidade de transmitir o conhecimento.

OABRJ: Nós lemos o seu livro (Conselho a um Jovem Advogado), em que consta uma breve biografia. Neste rápido relato de sua trajetória fica claro que o senhor sempre foi um idealista e um militante político. Que ideais norteavam sua atuação no início da carreira e quais os que norteiam sua militância hoje no Judiciário Trabalhista?

¹ Entrevista realizada em 6 de novembro de 2008, na sede da OABRJ, com a participação da Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi, da Dra. Daniele Gabrich Gueiros e da Dra. Claudiane Torres da Silva.

Dr. Bomfim: Bem, o que sempre me inspirou foi o desejo de contribuir para a melhoria da ciência jurídica, da sociedade, da cidadania, de realizar a justiça social, a buscar o aperfeiçoamento de nossas instituições. Este realmente é o ideal, a ideologia que busco desde que adquiri consciência política, a luta que travo desde que assumi a atual profissão. Minha primeira profissão foi como jornalista. Embora formado em Direito em 1938 e inscrito na ordem desde 1939, inicialmente ingressei no jornalismo, tendo passado seis ou sete anos nessa atividade, até que encontrei dificuldades em manter a independência das idéias. A partir daí fui deixando, ou sendo obrigado a deixar o jornalismo, por motivos os mais variados, mas principalmente por razões políticas. Comecei a advogar no último ano de jornalismo, exercendo as duas atividades concomitantemente. Era o ano de 1944, portanto antes da Constituição de 46, e antes da instituição da Justiça do Trabalho, que passou depois a integrar o Judiciário. Até então a Justiça do Trabalho era administrativa, os juízes eram nomeados para as Juntas de Conciliação – como elas eram chamadas até pouco tempo. Inicialmente em número de seis, com a Constituição passaram a ser oito, cada uma abrangendo vários estados. As juntas locais funcionavam na Avenida Nilo Peçanha 31, em menos de três andares; em um deles estava instalado o então Conselho Regional do Trabalho. A Justiça do Trabalho era, então, pode-se dizer, uma família: todos nos conhecíamos, os juízes, advogados e promotores se reuniam numa sala na procuradoria e ali esperavam os pregoes, coisa hoje inconcebível, não é?

Era um relacionamento extraordinário: os reclamantes, interessados, postulantes, iam diretamente à distribuição, que também ficava nesse prédio, formulavam sua reclamação e ali sabiam o dia da audiência. Nesse dia compareciam, em geral sem advogado, e se o Juiz constatasse a deficiência irreparável de uma inicial (que não passava de um termo de reclamação geral, feito pelo distribuidor), o Juiz arquivava ou transferia a audiência para que fosse retificado o termo de reclamação – ou seja, a inicial. Desconhecia-se então até a figura da inépcia da inicial, porque tudo era resumido dessa forma. Se formos consultar o repertório da jurisprudência daquela época, não encontraremos nenhuma decisão versando inépcia de uma inicial.

Quando comecei a advogar, minha atividade se estendia a todos os ramos do Direito e todos os fóruns, o que acho indispensável ao advogado iniciante, porque passa a ter uma visão panorâmica, multidisciplinar da profissão, do Direito, da advocacia.

Como o trabalho se acumulou demais, e a Justiça do Trabalho foi perdendo aquela simplicidade, aquela informalidade, e se tornando mais complexa, comecei a assumir preponderantemente a área trabalhista. Um episódio, ocorrido talvez em 1950, foi decisivo. Eu tinha uma ação na 14ª Vara Cível e cheguei atrasado na audiência. Eu era advogado do autor. Encontrei meu cliente absolvido de instância e perplexo: na ausência do advogado, foi condenado ao pagamento de custas e ficou com o direito de propor nova reclamação. Então cheguei à conclusão de que eu não poderia acumular, sob pena de pôr em risco os interesses, os direitos do cliente. Reembolsei o cliente pelas perdas, custas e honorários de advogado e da quantia que tinha adiantado e aconselhei-o a procurar outro advogado. Daí em diante, desde 1950, passei a fazer exclusivamente a advocacia trabalhista. Acho que relato esse episódio no meu referido livrinho.

A ÉTICA

OABRJ: É interessante esse clima de cordialidade entre juízes e advogados, quase um encontro de amigos, com o trabalhador “reclamando” nesse contexto de informalidade. Com a prestação de justiça de massa, a Justiça do Trabalho se transformou. Como é que o senhor vê o *jus postulandi* e o papel do advogado nesse novo contexto?

Dr. Bomfim: A Justiça do Trabalho cresceu, se agigantou, tornou-se, em conseqüência, complexa, dificultando até a atuação dos próprios advogados. Para exemplificar a informalidade de antes, as custas eram pagas em estampilhas coladas nos autos. Houve certa vez um episódio inacreditável. Um advogado dos mais conhecidos, por ter tido seu recurso deserto, foi à secretaria da JCJ fingindo-se de inocente – veja como a malícia do advogado é antiga –, pegou os autos, abriu-os e caíram as estampilhas. Ele foi ao secretário, que era Alberto Tagino, funcionário impecável, e disse: Alberto, como é que você certificou que o recurso estava deserto se as estampilhas estão aqui dentro... E ele: não, Doutor, as estampilhas não estavam aqui dentro, o senhor as deve ter posto, porque eu não teria esse descuido, não cometeria esse erro, é muita irresponsabilidade... O advogado criou um caso, não se conformou, reclamou contra o secretário, mas a reclamação foi considerada improcedente, porque o juiz prestigiou o secretário, ele o conhecia, era um servidor responsável. E o advogado passou por esse vexame; quis ser muito esperto, mas a esperteza se

voltou contra ele. É inacreditável que naquela época alguém cometesse uma infração dessa natureza, porque todos se conheciam. Bem, mas a Justiça cresceu, se tornou complexa, perdeu a informalidade e simplicidade que a caracterizavam àquela época.

OABRJ: E fazendo um paralelo com essa história magnífica, a Ética também perdeu um pouco a sua cor?

Dr. Bomfim: Por incrível que pareça, a Ética era, digamos, mais do que razoável. Havia um comportamento ético dos advogados e também dos juízes, que eram poucos, apenas seis. Só depois passaram para nove, com a Constituição de 46, que criou mais três Juntas e nomeou seus três juízes, que se tornaram magníficos juízes. Entre eles estava Gustavo Simões Barbosa, que se tornou presidente do Tribunal Geral do Trabalho. Nenhum dos três era concursado, mas por sorte todos foram indicações das melhores, porque passaram a ser magistrados de caráter, de operosidade e também até competentes...

Sim, nessa época os reclamantes exerciam o *jus postulandi*, quer dizer, o direito de se autodefender, o que é mantido, erroneamente, até hoje, mas naquela época o instituto do *jus postulandi* foi útil, porque a justiça era tão simples e os juízes tão condescendentes, tão humanos, tão tolerantes, que ajudavam a parte que estivesse desassistida, e isso ao longo do tempo. Essa utilidade do *jus postulandi*, essa permissividade continuou útil, construtiva, até que a Justiça do Trabalho, com a hipertrofia, tornando-se solene, dificultou o acesso ao jurisdicionado, sobretudo quando perdeu sua simplicidade, desviou-se da singeleza da Consolidação das Leis do Trabalho, para incorporar à sua atividade institutos estranhos, de Direito Civil e processo civil principalmente, tais como a ação rescisória e dezenas de outros institutos que não existiam naquela época. Assim a atuação da parte, na prática, ficou inviável, difícil para a própria defesa e, aos poucos, sobretudo com a assistência sindical, os empregados passaram a reclamar por intermédio dos profissionais de Direito, por meio dos sindicatos e seus advogados.

Na época em que comecei a advogar na Justiça do Trabalho não havia mais do que sessenta ou oitenta advogados trabalhistas particulares, aqui no Rio de Janeiro. Foi uma época prazerosa, porque havia na Justiça do Trabalho muito entrosamento entre juízes, procuradores e advogados que, como eu disse, fizeram um conagraçamento exemplar, realmente difícil de visualizar para quem não conheceu aquela fase. Mas quem vem de lá e hoje vê a nova

situação, sente sua falta, embora consciente de que isso seria inevitável com o passar do tempo, da sociedade e da modernidade.

OABRJ: O senhor é uma pessoa integrada à modernidade, sei que o senhor gosta de estar atualizado com as novas tecnologias, com a internet...

Dr. Bomfim: Eu? Eu não (risos). Eu me interessei pela internet quando era advogado já antigo. Eu, meus colegas menos antigos e alguns mais novos usávamos a máquina de escrever. Mas um dia li um artigo, não me lembro do autor, em que ele contava sobre o que tinha ocorrido com um grande amigo dele – um jurista, o Damasio, famoso criminalista, doutrinador, respeitado, consagrado como tal. Ele via que o Damasio se debruçava horas a fio para escrever à máquina seus trabalhos, enquanto ele (o autor) já estava entrosado, familiarizado com a internet, com a informática. Via o que o Damasio levava uma semana para fazer, e lhe disse: com algumas aulas de informática você vai aprender a usar o computador, e com a utilização deste você vai fazer em uma semana o que leva um mês para elaborar. Mas o Damasio resistia de tal forma, estava tão obstinado em continuar com a máquina de escrever que ele, amigo, conta nesse artigo que, já impaciente, deu um ultimato ao Damasio: não é possível você parecer burro, sendo inteligente. Se não se convencer disso eu rompo relações com você e daqui em diante não nos falamos mais. Ou você vai aprender a informática, a usar o computador, ou nós não nos falamos. O Damasio não queria perder o amigo e achou que aquele ultimato era realmente algo muito significativo, porque uma amizade não iria renunciar a outra se não fosse visando a um objetivo muito altruísta, importante. Então ele aceitou aulas de informática e passou a fazer em uma semana o que antes fazia em dois, quatro meses. O autor comenta que o burro era a datilografia. Eu peguei o artigo e mostrei para todo o pessoal do escritório. Instalei a informática no escritório, todos aprenderam; eu demorei um pouco, mas resolvi pelo menos aprender a fazer textos, e é o que eu faço hoje.

A MILITÂNCIA

Dr. Bomfim: Meu primeiro e último emprego como advogado foi no Sindicato dos Bancários.

OABRJ: O senhor saiu por causa da intervenção estatal no período autoritário de Vargas, não foi isso?

Dr. Bomfim: Sim, houve uma intervenção ministerial no sindicato, que era acusado de atividades subversivas, e é claro que fui demitido, tendo passado por sérias privações, porque eu não tinha uma advocacia que me sustentasse. Foi uma época árdua e até um pouco traumática, porque eu já tinha família. Minhas dificuldades e minha provação foram tamanhas que cheguei a ser intimado a sair de um apartamento pequeníssimo em Copacabana porque já devia seis meses de aluguel, e fui morar com meu sogro. Bem, mas valeu a pena tudo isso e continuei. O que me prejudicava muito, do ponto de vista econômico, era que eu, além de optar por uma advocacia trabalhista, que era naquela época relegada, desprezada, menosprezada, subestimada, escolhi, dentro dela, uma subespecialidade jurídica, a advocacia exclusivamente de empregado, que venho exercendo até hoje. Foi muito difícil isso, mas não desisti da advocacia para me ligar a outra profissão, porque a minha paixão, o meu desejo de patrocinar os direitos dos despossuídos, dos necessitados era muito grande. Consegui superar isso, não me tornei um advogado próspero, não tenho patrimônio algum, vou morrer como nasci, sem patrimônio mas feliz, porque me sinto realizado.

OABRJ: Mas o senhor nos dizia que era subespecialização...

Dr. Bomfim: Eu diria melhor: era uma sub-restrição, porque havia a primeira restrição, a trabalhista, e depois, dentro dessa restrição havia uma sub-restrição... a advocacia exclusiva do assalariado.

OABRJ: Que era/é uma opção ideológica coerente com sua trajetória... Logo que começou a entrevista, o senhor falou “quando eu adquiri consciência política”. Qual seria a dimensão da consciência política hoje? Como o senhor a veria?

Dr. Bomfim: Olha, quando vim para o Rio, aos 17 anos, fazer o vestibular de Direito, eu era conservador, religioso, porque vinha de uma família com essa tradição, com essa educação e convivência, não podia fugir disso. E depois eu era muito novo, fiz o vestibular, a Faculdade Nacional de Direito, a única então existente no Rio, que ficava no Catete. No final do primeiro ano eu já tinha evoluído. Quando entrei, meu irmão, que já estava na faculdade há dois anos, me trouxe um manifesto pró-divórcio, que eu me recusei a assinar... (risos). Já no segundo ano, em meados do ano, eu me tornei socialista, adquiri consciência política, graças à leitura, ao meio e aos professores da época.

OABRJ: E quem eram as referências daquela época, quem influenciou o senhor?

Dr. Bomfim: Bom, primeiro foi a leitura, a minha vida são os livros, mesmo quando vim para cá, com 17 anos, já lia clássicos, mas aqui eu pude contar com outro tipo de literatura. Em segundo lugar, claro, a minha formação moral, social, política e humana. E em terceiro lugar, o contato com certos professores, como Roberto Lyra, professor de Direito Penal, que recebia os alunos em casa para conversar; também Hermes Lima, que foi depois Ministro do Supremo Tribunal Federal e é autor de um dos livros mais conhecidos na faculdade, *Introdução à Ciência do Direito*; e alguns outros professores, como Castro Ribeiro, de um saber extraordinário.

Depois me envolvi em atividades políticas, fui consolidando minha consciência socialista, vivi a efervescência política de 34/35. Era a época Getúlio Vargas, e havia já muita perseguição política, muita repressão. Em 34, mais ou menos, formou-se a organização intitulada Aliança Nacional Libertadora, que reunia todas as esquerdas, todas as organizações, associações, todos os intelectuais, enfim, todas as pessoas com formação progressista, um movimento que realmente cresceu e empolgou o país. E passei também a freqüentar e militar na Aliança em 34, a ponto de em 1935, maio ou junho (isso eu não conto no livro), eu ter assistido no Teatro João Caetano a uma reunião da Aliança Nacional Libertadora, na qual Carlos Lacerda lançou e pediu que fosse proclamado presidente de honra da entidade Luis Carlos Prestes. A proposta foi aprovada debaixo de entusiásticos aplausos, isso em 1935. Pouco depois, sobreveio a intentona de novembro de 35, que foi esmagada, e Getúlio Vargas fechou a Aliança Nacional Libertadora e todas as organizações políticas deixando sobreviver, temporariamente, o Partido Integralista, da facção nazista e fascista aqui do Brasil, mas que pouco depois foi por ele mesmo fechado. Não se conformando com o fechamento, os integralistas tentaram depor Getúlio Vargas por meio de um assalto ao Palácio Guanabara, tentativa que também foi debelada. A repressão recrudesceu, tornou-se brutal, atingindo não só os comunistas, que vinham sendo presos, torturados, como a todos os opositores.

OABRJ: O senhor chegou a ser preso?

Dr. Bomfim: Sim, mas não nessa época, porque eu não pertencia ao Partido Comunista, eu era apenas socialista. Pertenci ao Partido Comunista por muito pouco tempo, mas sempre atuei como simpatizante dentro do programa deles, e tudo isso porque na clandestinidade o partido era muito fechado, era um

núcleo não muito grande, eu apenas vivia mais do movimento da solidariedade e da militância de simpatizante.

Eu era socialista por convicção filosófica, nunca me filiei ao partido socialista, como nunca me integrei, a não ser por um período muito curto, ao partido comunista, embora tivesse, durante pouco tempo, já na legalidade do partido, secretariado uma célula, a chamada André Rebouças, à qual pertenceu Graciliano Ramos, de quem me tornei amigo.

OABRJ: E tem histórias interessantíssimas. O pai do Dr. Marcos Vinícius Cordeiro era militante do PCB e conta que, às vezes, para se esconder da polícia, freqüentava velórios, ficava lá fingindo que chorava...

Dr. Bomfim: Deixou um filho que realmente é um legado extraordinário, porque o Marcos Vinícius é um jovem digno, exemplar.

A JUSTIÇA DO TRABALHO

OABRJ: O senhor foi advogado do Sindicato dos Bancários numa época em que o desafio do movimento sindical era a conquista da liberdade e autonomia...

Dr. Bomfim: Em 1946 não havia um regime autoritário, porque a Constituição de 46 era democrática, mas o Presidente Eurico Gaspar Dutra proibiu o direito de greve, manteve um decreto cuja interpretação proibia a greve, e tomou medidas repressivas, dissolveu comícios... Um deles, em que eu estava presente, foi dissolvido a bala...

Os sindicatos eram fechados por intervenção do Ministério do Trabalho. Ele tinha tanta força que, até 1946, das decisões das Juntas de Conciliação, da Justiça do Trabalho (que era um ramo dissociado do Judiciário, um órgão administrativo) cabia recurso para o Conselho Regional do Trabalho, a 2ª instância. E dessas decisões, inclusive da instância superior, ao Conselho Nacional do Trabalho, cabia recurso – imagine para quem? – para o Ministro do Trabalho! Era uma espécie de advocatória, que não raro anulava tudo o que havia sido decidido. É inimaginável uma coisa dessas...

Bem, mesmo depois de 1946, isso é um dado realmente precioso, inusitado, havia na Justiça do Trabalho (que deveria ser a mais célere, por envolver interesse de trabalhadores, por envolver direitos de natureza alimentar, era a mais informal e devia ser, portanto, a mais rápida) três instâncias, enquanto as outras tinham só duas instâncias. Não havia Tribunal Regional Federal,

não havia até 1950, se não me engano. Então, as decisões da justiça comum passavam do Tribunal de Justiça diretamente para o Supremo. Enquanto isso, as decisões da Justiça do Trabalho ainda passavam pelo Tribunal Superior do Trabalho, quer dizer, por três instâncias, e normalmente pelo Supremo, que acolhia, decidia e apreciava os recursos extraordinários pelos mesmos fundamentos que o Tribunal Superior do Trabalho apreciava os recursos de revista, ou seja, também por violação da letra de lei. Pior ainda, com a inflação, os ganhos no Judiciário trabalhista eram minimizados de tal forma que quem naquela época reclamava e ganhava o equivalente, digamos, a 20 salários mínimos, recebia apenas um ou dois salários mínimos, tal a inflação.

OABRJ: Perdia de toda maneira...

Dr. Bomfim: É... Não havia correção monetária, que foi instituída em 1967, os juros eram de 1% ao ano, então era uma degola, realmente, a ruína dos trabalhadores, mesmo quando ganhavam. A Justiça do Trabalho já era demorada, levava três, quatro, cinco anos. A demora não se dava tanto nas primeiras instâncias da Justiça do Trabalho, mas no Tribunal Superior do Trabalho e no Supremo Tribunal, porque o Supremo Tribunal apreciava correntemente recursos extraordinários de matérias trabalhistas, de tal forma, em tal número e quantidade, que me permitiu organizar, elaborar e publicar repertórios com título “A jurisprudência trabalhista vista pelo Supremo Tribunal Federal”.

Quando a Justiça do Trabalho começou a funcionar, durante os primeiros oito, dez anos, ninguém conhecia a jurisprudência da Justiça do Trabalho, mesmo depois da Constituição de 1946, e talvez até 1949/1950.

E eu passei a organizar também repertórios tais como: “O Direito do Trabalho visto pelo Tribunal Superior do Trabalho” e “O Processo do Trabalho visto pelo Tribunal Superior do Trabalho”. Também inaugurei e publiquei durante, talvez, uns quinze ou vinte anos um ementário, chamado “Ementário Trabalhista”, que eu distribuía nacionalmente, é claro que sob forma de remuneração e assinaturas.

OABRJ: Era a alma do jornalista que estava presente (risos)

Dr. Bomfim: Passados esses seis ou oito primeiros anos de publicações e atividades, eu me dei conta, e nunca tinha pensado nisso antes, de que era pioneiro na organização, sistematização e divulgação da jurisprudência trabalhista, porque não havia em âmbito nacional, nem no regional, nenhum

dado, nenhuma pesquisa, nenhuma obra, por oito ou dez anos só havia o nosso repertório. Depois a Justiça do Trabalho cresceu e ampliou seu âmbito de atribuições, tornou-se atraente para os advogados, para os juízes, passou a ser levada em conta, a desfazer aquela imagem anterior, mas a gente sabe que até hoje há muita restrição, subestimação da Justiça do Trabalho, remanescente daquela época. Quando comecei a advogar, e isso vale não só para a área trabalhista, o advogado era um profissional tipicamente liberal, ele só tinha vinculação com o seu cliente, e a vinculação única era o mandato; ele não tinha um emprego, outro vínculo com o mandante e, mais ainda, eram poucos os advogados que ganhavam uma remuneração ou passaram a ganhar, progressivamente, do seu cliente, remuneração fixa a título mensal, semanal etc. O emprego para o advogado naquela época era visto de forma pejorativa, ele ficava um tanto vexado com a situação e escondia que tinha um partido. Isso com o tempo foi mudando. Hoje, os profissionais liberais são uma espécie em extinção, eles se tornaram, em sua grande maioria, assalariados.

OABRJ: Essa é uma das grandes transformações da advocacia e é um paradigma do século XXI. O mercado como eixo. Em um passado mais recente, na ditadura ou no governo militar de 1964 a 1985, qual foi a atuação da Justiça do Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro nesse período? Como o senhor acompanhou a implantação desse governo militar a partir de 1964?

Dr. Bomfim: Bom, eu começo contando um episódio que me veio à memória agora. No dia de um leilão na Justiça do Trabalho, depois de 1964, numa Junta, o juiz muito pomposo, muito solene, chamava as partes de Vossa Excelência, até mesmo ao reclamante ele dava tal tratamento. Ele, numa praça, recebeu um sargento que, ao ouvir o pregão, dirigiu-se a ele e disse: “Olha, essa praça tem que ser anulada, precisa ser anulada”, e o juiz: “Mas quem é Vossa Excelência pra dizer que a praça precisa ser anulada?”. O sargento: “Doutor, não sou eu que estou dizendo, é o general fulano de tal”. O juiz: “Diga a ele que está tudo feito, está atendido, que a praça não foi feita e não será feita”. Esse episódio eu não testemunhei, mas soube por advogados que estavam presentes, tal era o clima de intimidação...

Era submissão e vassalagem até de juiz, boa parte dos juízes, mas não foi só na Justiça do Trabalho. No Cível também houve isso, era um temor, uma época em que os advogados saíam às ruas para protestar, defender a

restauração dos predicados da magistratura, a restauração do *habeas corpus* e outras garantias, e a campanha foi feita também contra as aposentadorias sistemáticas dos juízes independentes, dos juízes liberais, acoimados de esquerdistas ou de anti-revolucionários.

OABRJ: Sabemos que nesse período da história do Brasil, de 1964 para 1985, uma das coisas mais importantes que a história frisa muito é essa peculiaridade dos governos militares em manter alguns instituições democráticas, como é o caso do poder judiciário, funcionando com práticas autoritárias, que eram comuns nesse período.

Dr. Bomfim: Todos sabemos que foi um período difícil, sombrio, com restrições e com uma legislação autoritária, repressora, em que inclusive advogados de presos eram perseguidos, ameaçados, muitos deles sofreram até tortura, e que exigia do advogado e do juiz muita coragem, muita altivez, muita independência para enfrentar essa situação.

Eu tive, em 1950, outras atividades, porque eu sempre fui um ativista político, nunca abdiquei da minha participação em favor dos ideais, da melhoria da sociedade pela qual eu expus muito, e, pelo pouco que fiz, até sofri. Eu atuava também numa associação que tinha o nome de Associação dos Juristas Democratas. Ela era presidida por um desembargador admirável, da maior dignidade, que se chamava Henrique Fialho, e tinha como vice-presidente o Ministro do Tribunal Federal de Recursos, Artur Marinho, entidade que reunia, não digo todos, mas a maior parte dos juízes democratas, com tendências socialistas ou não, mas juízes declaradamente democratas, com visão social avançada, ampla. Essa associação funcionava em Botafogo, esquina com Marquês de Abrantes, e editava uma revista chamada *Revista da Associação de Juízes Democratas*. Depois de 1964 muitos desses juízes, sobretudo juízes que pertenceram à associação, foram aposentados compulsoriamente, entre eles Aguiar Dias, Henrique Fialho, Irineu Jofre e muitos outros.

OABRJ: Em um gráfico que está disponível no site do TST, há um pico de ingressos de processos Trabalhistas no Tribunal Regional do Rio de Janeiro em 1968. Há um aumento considerável da procura pela Justiça do Trabalho em 1968. O senhor tem alguma percepção desse período, o porquê desses aumentos? O senhor lembra se isso foi alguma coisa perceptível na sua atuação?

Dr. Bomfim: Não especificamente, mas à medida que a Justiça do Trabalho

se expandiu com a industrialização do país, ela passou a ser procurada, a ter uma demanda extraordinária, e com a crise do mercado da advocacia é claro que os profissionais começaram a ver na Justiça do Trabalho uma oportunidade de trabalhar, auferir ganhos de remuneração, daí realmente ter atraído e interessado tanto a categoria dos advogados. Ela foi crescendo, se tornou uma justiça rentável, uma justiça atraente e para muitos, enganosamente, uma justiça rápida. Ela é rápida no acordo, mas no acordo, nós sabemos, o empregado renuncia parte ou grande parte de seus direitos, porque senão o empregador não faz acordo, pois se fosse para pagar o direito, não precisava da Justiça do Trabalho. Os empregadores inescrupulosos não pagam e aguardam a reclamação dos empregados na Justiça do Trabalho. Na audiência fazem um acordo para pagar 40 ou 50% do que é devido, e por mais lesivo que seja o acordo o empregado muitas vezes ou na maioria das vezes se submete, uma vez que desempregado ele não tem condição de aguardar o desfecho, de aguardar a longa tramitação do processo. Quando o empregador vai à Justiça do Trabalho já sabe que vai ganhar, e se o empregado não faz o acordo, ele aplica o dinheiro que deve e termina pagando aquilo a que for condenado com a própria indenização que tinha que pagar quatro ou cinco anos antes, vale-se da Justiça para fazer um bom negócio.

OABRJ: O acordo é uma tradição na área trabalhista, e a área trabalhista foi precursora de muitas tradições, foi pioneira, sobre o caso concreto, por exemplo. Gostaria de saber desse papel da Justiça do Trabalho, como precursora em relação às outras áreas do direito processual e material, se ela continua com esse papel. Na sua visão, a Justiça do Trabalho vai continuar sendo pioneira no que diz respeito a acordo, agora que todos nós estamos refletindo sobre o papel da mediação, muito comum na área de família, como um processo de equacionamento de conflito fora do Poder Judiciário? Será que nós poderíamos fazer um paralelo entre os acordos que tínhamos e a mediação que se busca?

Dr. Bomfim: A Justiça do Trabalho não pode deixar de ter sido pioneira, as Juntas se chamavam de Conciliação e Julgamento, de tal forma que se o juiz não propusesse a conciliação na primeira audiência, anulava-se o processo. Então era basicamente uma justiça de conciliação. Por que os juízes insistiam tanto em conciliação? Basicamente porque aliviava o trabalho deles, já imaginou livrar-se de um processo na primeira audiência?

O empregado, desavisado, despreparado, com instrução rudimentar, quando tem alguma instrução, ele comumente pensa, supõe, se não está assistido pelo advogado, que a proposta de acordo do juiz é uma decisão. Ele depois procura o advogado e diz: Puxa, eu só recebi isso. E o advogado: Por que o senhor recebeu? O senhor assinou um acordo. E o trabalhador: Mas o juiz não me disse que eu podia não assinar, ele só perguntou se eu aceitava tanto...

Agora, há juízes que insistem no acordo e outros que têm muito escrúpulo de não insistir, e ainda outros que realmente têm o bom senso de não transmitir uma proposta lesiva do empregador por um acordo, têm esse escrúpulo e essa consciência. E dizem: O que o senhor está propondo é a décima parte do que ele está pedindo, não tem acordo, é o que vamos ver no processo.

Então são esses lances que realmente são difíceis de avaliar com mais precisão, mas realmente a Justiça do Trabalho é pioneira e não só nisso, a Justiça do Trabalho tem sido copiada pela Justiça Comum, geralmente naquilo em que a legislação trabalhista é célere, prática. A Justiça Comum tem absorvido inúmeras práticas, inclusive notificações, citações, liquidação, enquanto a Justiça do Trabalho faz o oposto, está absorvendo institutos do processo civil, ao contrário de antes.

OABRJ: Hoje é essa a tendência? Essa tendência atualmente é uma via em sentido contrário?

Dr. Bomfim: Inversa. Por conta da adoção do processo civil. E isso está em prática há algum tempo.

OABRJ: Qual o marco, o momento em que se percebe essa inversão? Em que a Justiça do Trabalho deixa de ter o papel de pioneira e passa a adotar o procedimento das outras áreas?

Dr. Bomfim: Eu acredito que isso começou lentamente há uns 30 anos, porque o juiz em geral, sobretudo o trabalhista, que é subestimado, menosprezado, gosta de mostrar conhecimento... O primeiro defeito do juiz, a meu ver, é ostentar erudição. Então, para mostrar que a Justiça do Trabalho não é uma insignificância, ele começa a usar os institutos do processo civil, do Direito Civil, para exibir cultura. Conhece os institutos do processo civil e quer aplicar na justiça do trabalho para se exibir. Isso traz um prejuízo enorme para a Justiça do Trabalho, porque, primeiramente, alonga o processo, segundo, na medida em que escreve muito ele retarda o andamento da causa, depois quem

escreve muito abre o flanco para o recurso, sobretudo o recurso de revista. Quando o juiz escreve pouco e diz o fundamental, como seria o ideal, ele fecha muito a possibilidade do recurso, ele diz o fundamental em poucas palavras. Então, para um advogado que quer fazer um recurso para o Tribunal Superior do Trabalho, o mais difícil é quando ele enfrenta uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho fundamentada com o essencial e concisa. Aí encontra muito mais dificuldade. É claro que essa tendência, a conciliação na Justiça do Trabalho, influenciou muito o atual instituto da arbitragem, esses mutirões de conciliações, esse juizado especial que incorporou muito da legislação trabalhista pela sua informalidade. Todos esses órgãos da justiça comum que tendem à celeridade vão buscar na legislação trabalhista elementos para isso, às vezes até copiando-a.

OABRJ: Há uma preocupação acadêmica, porque não sei se seria correto assumir essa retórica na área trabalhista, essa retórica da área cível, por exemplo, que parece demonstrar uma erudição, mas em prejuízo da própria justiça, e hoje existe uma, não diria tendência, mas já temos observado que em muitas teses acadêmicas, mesmo em resultados de dissertações de mestrado e doutorado, o conteúdo principal tem sido convertido no parecer, e irá servir de fundamento para os advogados e para as grandes empresas que estão aí atuando em várias áreas. Provavelmente na área trabalhista também, ou seja, é uma espécie de captura da produção científica acadêmica que está sendo absorvida pelas práticas judiciais, pelos Tribunais. Preocupa o futuro da advocacia, pois isso não deixa de ser um outro modo de assumir essa retórica e inviabilizar todo um conhecimento que a própria área trabalhista criou, produziu e construiu e que servia de referência, mas que agora, ao contrário, vem sendo apagado, minimizado.

Dr. Bomfim: Nós sabemos que o juiz singular de primeiro grau não tem suas decisões publicadas, quer dizer, não precisa ter essa vaidade de mostrar erudição, mas mesmo assim ele não escapa, por vaidade, de ver a sua decisão julgada no recurso para o Tribunal. Ele não escapa à vaidade de se esmerar no que faz, no que escreve, no que sentencia, pela vaidade e interesse de se tornar conhecido. Ele sabe que isso pode influir na sua promoção e no seu prestígio e respeito junto ao Tribunal. Agora, se é um juiz do Tribunal, ele tem seus acórdãos estudados, selecionados para publicação em revistas especializadas e até na mídia. Então, às vezes ele se preocupa mais com a própria

imagem do que com a causa, com a parte. A parte passa a ser para ele um número, uma figura processual; o que interessa é ostentar, exhibir, mostrar o que sabe, impressionar e ver suas decisões estampadas em publicações ou televisão. E no Tribunal Superior e no Supremo é a mesma coisa. Agora, o juiz, evidentemente, perdeu o poder criativo e a independência, a liberdade que tinha de convicção para julgar, por força da súmula vinculante. Já era súmula, só que agora é vinculante, que impede que eles decidam de forma diferente. Perdem a liberdade de julgar, porque têm que julgar como a súmula mandou, e exatamente nos pontos mais importantes, nas teses de maior amplitude e relevância. Alguns reclamaram, e as associações também, os advogados principalmente... Muitos sentem essa restrição à sua liberdade, à sua convicção, que são, realmente, a essência da função – a liberdade jurisdicional de decidir conforme o próprio convencimento...

OABRJ: Estamos no momento dos recursos repetitivos... não deixa de ser uma forma de sumular, restringir. Agora mesmo, recentemente, os recursos repetitivos na área do direito do consumidor... A decisão pode ser muito feliz e resguardar e tutelar toda uma demanda de vulneráveis, ou não, pode haver realmente uma perda de direitos. No caso do consumidor, é essa a situação. De qualquer modo, a súmula ou os julgamentos de recursos repetitivos são formas restritivas ao processo de interpretação? Trata-se justamente do que o senhor está dizendo sobre a capacidade de interpretação dos juristas, sejam advogados, sejam magistrados. Como o senhor vê essa capacidade de produzir sentido, de interpretar norma hoje, no século XXI, em relação ao século passado? Politicamente, em que isso repercute?

Dr. Bomfim: Alguns juízes acham que isso traz um benefício, porque não precisa ter o trabalho de julgar, essa é que é a verdade. O juiz responsável, que ama sua profissão, que se dedica ao social, que quer fazer justiça, não pode se conformar com uma situação dessas, mas do ponto de vista prático, isso é bem aceito por grande parte dos magistrados, porque poupa trabalho, e como poupa... Já imaginou? Num tema que comporta cem, duzentas postulações, ele não precisa realmente estudar, escrever, sentenciar. Agora, o outro lado da súmula vinculante, a Justiça realmente, digamos, o essencial da Justiça fica de lado... Não há justiça sem celeridade, a demora da justiça por si mesma gera uma injustiça, não há justiça completa se ela é retardada, lenta, mas o grande pretexto, argumento para isso é que os Tribunais estavam assoberbados,

congestionados, afogados com o número de processos. Esse é um dado real, quanto a isso não há a menor dúvida, e não era basicamente por displicência, por negligência, por relaxamento, por preguiça dos juízes, era realmente pelo volume de casos. Veio a súmula vinculante, com o argumento de tornar a justiça célere e acabar com este problema, pois com ela reúnem-se cem, duzentos e até mil processos semelhantes e tudo se transforma num único caso, burocraticamente.

Quero lembrar que a CLT inicialmente previa instituto semelhante com o nome de prejudgado. Como isso acabou e por que? Porque o próprio Supremo Tribunal o julgou inconstitucional. E foi o legislador constituinte que agora restabeleceu este instituto com outro nome.

No fundo, geralmente, a gente fica a pensar se o essencial na Justiça é a demora, que prejudica sobretudo os insuficientes, os mais fracos, os carentes e beneficia os potentados, aqueles que têm poder econômico, que têm recurso, por que não optar pela súmula vinculante? Veja que dilema! Não é fácil uma opção. Eu sempre combati a súmula vinculante, mas já que é uma realidade, quem sabe, se feito este filtro nos recursos, a Justiça se tornando célere, não tenha condições de, abolida no futuro a súmula vinculante, ganhar rapidez?

OABRJ: A súmula vinculante poderia ser um remédio temporário?

Dr. Bomfim: Exato, mas nem para isso eu a admiti inicialmente, e não sei se com ela haverá celeridade, porque com o prejudgado não houve celeridade, ele não resolveu os problemas da Justiça do Trabalho, que era a justiça menos formal. Não sei se a súmula vinculante vai alcançar a celeridade, ela já está em vigor há algum tempo, tem julgado dezenas, centenas de processos de uma vez só. Vamos ver se isso reduz o volume de processos, se os juízes se empenham mais, e a gente terá de fato uma justiça.

OABRJ: Algumas propostas vêm para resolver o problema da quantidade que, de fato, é um problema em si. Assim interpreto a instituição das comissões de conciliação prévia, pensada como uma solução para a quantidade de ações judiciais e não necessariamente como meio de efetivação da justiça.

Dr. Bomfim: É, você tem razão, há institutos novos, e não tão novos, como é o da arbitragem, que é pouco praticada no Brasil, e com a qual, a meu ver, os mais fracos levam muita desvantagem, porque é claro que, numa arbitragem, quem tem o poder econômico tem influência.

OABRJ: Tudo indica que o problema da Arbitragem não é o processo em si, mas sim quem é o árbitro, quem indica é quem tem o poder.

Dr. Bomfim: Quem pode pagar melhor o advogado e o árbitro é que pode coordenar, articular, arcar com custos.

Outra mais recente é a instituição da tal repercussão geral como condição para admissão de recursos ao Supremo Tribunal Federal. A repercussão geral é a súmula vinculante das súmulas vinculantes.

OABRJ: Há um professor de Direito Constitucional, da academia carioca, que disse que o Supremo Tribunal hoje parece o poder constituinte, permanente e imanente.

Dr. Bomfim: E com razão, dê parabéns a ele, porque, veja bem, de qual repercussão geral se trata? É aquela da interpretação deles – porque a lei não diz qual é –, é aquela que na opinião do julgador, na interpretação do Supremo, tenha um interesse social abrangente, que possa afetar, interessar a uma coletividade, que realmente interesse à sociedade como um todo, nunca com a violação de um direito individual por mais grave que ele seja. Então, se não houver uma repercussão abrangente, global, o recurso não é admitido. Mas quem examina isso?

OABRJ: Agora mais do que nunca, e pode ser uma preocupação, o conflito de decisões, justamente entre os Tribunais e o STF. E obviamente nós sabemos, e o senhor, com sua consciência política e militância, sabe bem que sempre atrás de um processo meramente burocrático há uma dimensão política muito grande. Como o senhor veria essa dimensão da disputa política, nesses conflitos de decisões?

Dr. Bomfim: Exemplo disso é o caso do banqueiro Daniel Dantas, escrevi um artigo que acaba de ser publicado na Tribuna do Advogado...

A ADVOCACIA

OABRJ: Há uma preocupação também do nosso Centro de Documentação e Pesquisa com a memória da advocacia, para conhecer essa história, no sentido de um registro do passado que possa informar esse nosso presente. O que o senhor consideraria como núcleo essencial dessa memória da advocacia? Em que medida poderia formar o jovem advogado da área do Direito do Trabalho? Em síntese, qual é o grande conselho para os jovens advogados?

Dr. Bomfim: Os advogados perderam muito da importância. Antigamente, nós éramos um país de bacharéis, você não encontrava um Judiciário, um Governo, uma instituição de prestígio, que não tivesse grandes advogados. O Legislativo, então, era constituído massivamente de advogados, tal o prestígio que os advogados gozavam.

Isso foi se modificando com o desenvolvimento da economia, as mudanças sociais, as transformações que a sociedade tem sofrido, e os advogados foram perdendo o prestígio.

E o crescimento do número de advogados, em desproporção com a necessidade do mercado, evidentemente contribui para piorar suas condições de trabalho.

Há uma disputa pela vida, pela sobrevivência, ninguém pode realmente esperar que o advogado que esteja, digamos, em situação econômica aviltante, tenha um padrão ético desejável. Pode-se recomendar a quem tem fome que tenha paciência, que respeite prazos, que tenha cuidados com o meio ambiente, se o problema dele é o estômago, se precisa matar a fome dele e da família?

OABRJ: O senhor passou privações e foi leal com seus ideais, não perdeu a ética. Ao jovem advogado, qual seria seu conselho? O senhor não acha que hoje, por exemplo, a nossa Ordem de 2008 pode ser considerada uma referência, uma nova perspectiva para o jovem advogado?

Dr. Bomfim: Eu não diria que já é referência total, porque houve uma mudança muito súbita e isso não tem o reflexo, o efeito imediato, mas não há dúvida de que realmente a Ordem está no caminho certo, correto, e que está oferecendo um exemplo, está procurando conscientizar a classe – coisa muito difícil –, abrindo meios e modos, realmente, caminhos para os advogados seguirem, sobretudo do ponto de vista ético. Mas mudar o quadro, o cenário, não é fácil, não se dá do dia para a noite. É uma tentativa válida, digna de estímulo e aplauso, não tenho a menor dúvida. Mas vamos ter que lutar muito ainda para melhorar, aprimorar e conscientizar a classe, a categoria.

A advocacia hoje, realmente, empobreceu muito, porque o advogado passou – aqueles poucos advogados solitários, que constituíam seu escritório, com um ou dois colegas, uma sociedade de fato, sem estrutura –, perderam campo, perderam condições de sobrevivência. Sobrevivem hoje com muita dificuldade e tornaram-se assalariados de grandes empresas com estrutura, com equipamentos modernos que atraem, que oferecem empregos, assalariam os

próprios colegas que passam a ser apenas um número na sociedade de advogados e um número na própria advocacia. Nos grandes meios, nos grandes centros, nas metrópoles, o judiciário hoje é quase um mundo, um universo, os advogados não são conhecidos, não têm personalidade, são simples números, e como tal são tratados. Já nos meios pequenos, nas cidades menores, o advogado ainda é respeitado, cria um nome, relaciona-se com o juiz, com os colegas, tem *status*. Mas, se ele não for um advogado ético, não impõe respeito, não se afirma perante o juiz, perante a classe e a sociedade.

Mas não estamos preparados para isso, a faculdade não ensina isso, a faculdade ensina teoria, ilude muitos advogados, que saem despreparados. Quando entram no Fórum, se conseguem passar na prova da Ordem, eles se chocam com o ambiente que encontram, com as práticas forenses, com o tratamento que recebem. E ficam desiludidos, às vezes migram para outras atividades, para outras profissões. Isso acontece com muita frequência nos grandes centros.

OABRJ: A formação do advogado não estaria compatível com essa realidade que encontram.

Dr. Bomfim: Encontram mais dificuldade para se adaptar ao Fórum os advogados que têm formação espiritual, formação social, consciência, interesse, solidariedade, porque a coisa é tão árida, tão prosaica, que choca. Tão utilitária, tão pragmática, que quem tem uma boa formação ética, espiritual, não se adapta. Aí vem o sofrimento, a desilusão.

O VALOR DA CONFIANÇA

OABRJ: O senhor teria um outro momento seu, na advocacia, que gostaria de nos contar como um exemplo, em que o senhor tenha realmente vivido a situação de um advogado e a emoção de advogado, porque o senhor nos transmite uma história de vida que é muito pessimista, pelo menos aparentemente, sobre o futuro dos advogados, a contrário senso, pois, mas o senhor sempre foi o mais otimista de todos, tanto que manteve essa consciência política, não é?

Dr. Bomfim: O momento que definiu a minha vida foi quando eu não percebi, não tive consciência de que estava assumindo encargos profissionais acima das minhas forças. Por isso aconselho que ninguém assuma encargos profissionais além do que pode realizar.

O importante é o advogado conseguir manter uma relação de confiança com o seu cliente, o que não é fácil, mesmo perdendo a causa, porque a tendência do cliente é imputar a sucumbência, a perda, a derrota, ao desleixo ou despreparo do advogado. Então, um grande momento para o advogado é quando ele, perdendo a causa, ouve do cliente: “Doutor, o senhor perdeu, mas fez o que foi possível. Parabéns pelo seu trabalho”. Isso é difícil, e quando recebi isso pela primeira vez – poucas vezes recebi –, eu me senti mais uma vez gratificado e realizado. A confiança do cliente é essencial e indispensável ao advogado.

Outro momento culminante da minha vida foi esse: uma vez chegou um cliente ao meu escritório que contou, inicialmente, as decepções, os enganos que tinha tido com os vários advogados, que ele já tinha contratado. O sobrenome dele era Leão. E eu disse: “Leão, se você tem uma imagem, faz um juízo, tão desprimoroso dos advogados, quero que você me passe a procuração só depois que criar confiança em mim... Então, se você não tiver confiança, não serei seu advogado. Você espera e volta, se quiser... Daí a uma semana, voltou... Disse: “Eu confio no senhor inteiramente”. Tornou-se, então, um dos clientes mais confiantes e leais. Isso, realmente, é muito gratificante e importante para o advogado.

OABRJ: Na área do Direito Contratual, temos uma crise, e ela, sem dúvida, é uma crise de lealdade. A professora Cláudia Lima Marques levanta esta tese sobre o contrato. O senhor anda envolvido com os trabalhos acadêmicos. Qual o trabalho que está em andamento e qual o senhor ainda pretende começar?

Dr. Bomfim: Veja, eu tenho vários livros esgotados. Por um deles sou apaixonado, chama-se *Pensamentos Seleccionados*. Está na segunda edição, parou há uns três anos, hoje esgotado. Eu estou atualizando, reformulando, melhorando o livro, e vou tentar encontrar editor, o que não é fácil. Este é, realmente, eu tenho impressão, o meu livro, do ponto de vista filosófico, social, humano – não digo político, porque o livro tem pouco de política, embora o que é humano e social seja político também.

OABRJ: Nós queríamos lhe agradecer muitíssimo, por sua simpatia, sua lealdade, sua simplicidade... O senhor é um homem que é uma referência pela história de vida, pela coerência imbatível.

Dr. Bomfim: O advogado deve dizer as coisas sentidas, as coisas não apenas

pensadas, mas sobretudo as coisas sentidas, que vêm da alma, do íntimo, da consciência. Se todo advogado falasse assim, muitos juízes entenderiam, saberiam que ele está com a verdade, embora a prova não seja suficiente. O juiz não é burro, ele conhece quando o advogado está fazendo retórica, não é isso? O advogado é um tribuno, mas aqueles que vão para lá, quando sentem a injustiça clamorosa de que foram vítimas e expressam isso com sentimento, esses têm uma valia muito grande. Agora, num escrito você não pode fazer isso com a mesma ênfase. Necessita, isto sim, tornar-se persuasivo, convincente, sem a retórica que aborrece os juízes.

OABRJ: Não tem conteúdo. O conteúdo é uma coisa distinta.....

Dr. Bomfim: Ainda que tenha conteúdo, deve expressar o sentimento, vir do fundo da alma e da consciência, de modo que isso seja captado pelo juiz inteligente, experiente.

OABRJ: Hoje, os juízes estão de férias mentais mais do que antigamente ou é uma questão que atravessa o tempo?

Dr. Bomfim: Eu acho que também é falta de tempo, excesso de trabalho. Qual é o juiz que não gosta de concisão? O advogado não sabe ser conciso. A concisão é a maior virtude do advogado e a mais difícil de se obter. O juiz que pega dois trabalhos, mesmo dois bem feitos, um com dez páginas e outro com duas páginas, ao qual ele daria preferência na apreciação? Você o que faria primeiro? Leria o de duas páginas. Não é isso?

O advogado não deve empregar duas palavras onde ele pode usar uma.

A concisão é preciosa, tal como o bom senso, no advogado, é uma qualidade rara, uma preciosidade, muito difícil, necessita de um treinamento muito grande.

Quando o juiz lê uma petição de dez páginas, raciocina: “Esse advogado é tão ingênuo que pensa que só tenho o processo dele.” O mesmo acontece com o advogado em relação ao cliente: ele não gosta do cliente que quer monopolizar o seu tempo. É a mesma coisa com o juiz. De que o advogado gostaria? De um cliente objetivo, conciso, que dissesse o necessário e a quem o advogado pudesse perguntar realmente aquilo que vai interessar, escoimando o que não interessa.

○ IAB

OABRJ: Uma palavrinha sobre o IAB...

Dr. Bomfim: Não queira saber a satisfação com que me alio a vocês, sobretudo e principalmente aos jovens, para discutir, debater temas da advocacia. Mas vamos ao Instituto.

O Instituto, inicialmente, congregava todo o mundo jurídico. Eram advogados, juízes, ministros etc. Todos.

Pedro II ia assistir às sessões do Instituto, ele tem uma cadeira lá até hoje. Depois de 1930, quando a Ordem foi criada, o Instituto, que fora formado para organizar a Ordem, devia, a rigor, desaparecer, mas se transformou em um Órgão cultural sem que houvesse, formalmente, nada dispondo sobre isso.

Um jurista, antes de ingressar no Instituto e se tornar um de seus melhores presidentes, me dizia: “Bomfim, depois da criação da Ordem, não há lugar para o Instituto, você está perdendo seu tempo lá”.

Cansei de insistir para ele se filiar ao IAB e então, um dia, depois de dois ou três anos – eu caminhava com ele na praia, fazia aquelas caminhadas –, ele disse: “Olha, como você vai ser candidato, eu vou entrar para o Instituto, para votar em você”. Eu lhe disse: “Mas que bom, que alegria...”

O Instituto está caindo dia a dia, perdendo prestígio, reduzindo o número de sócios, ameaçado de dificuldades financeiras... Essa tem sido minha luta lá. O IAB necessita de uma reestruturação urgente, a começar pela adoção de uma denominação capaz de reunir todos os operadores jurídicos, e não só os advogados, cuja representatividade é exclusiva da OAB. Mas a proposta de mudar o nome do Instituto causa celeuma, tão tradicionalistas e conservadores são seus membros. O Instituto ainda conservava algum prestígio, nomeava o sexto do Conselho da Ordem. Por quê? Porque quando a Ordem era nova, não tinha experiência nenhuma, por isso o IAB passou a indicar um sexto de sua composição para ajudar a nova instituição. Essa representação do IAB passou a ser chamada de Conselheiros Biônicos, porque eram indicados e não eleitos. Isso permaneceu e o Instituto criou filiais em todos os lugares, só para nomear os seis biônicos. Isso durou de 1930 até 1994, quando o atual Estatuto da Advocacia acabou com essa anomalia.

Eu propus ao Instituto, fiz uma indicação nesse sentido. Primeiro escrevi um artigo no Jornal da Ordem dos Advogados, propondo a extinção da representação do Instituto. Quase me expulsaram do Instituto, e eu era vice-

presidente do Fróes, chegaram a tentar um processo administrativo, até então não havia caso de expulsão. Fui criticado de toda forma, inclusive pela diretoria. Havia um dos representantes do Instituto, que era um advogado muito digno, que fez a mesma proposta, ele sendo representante do Instituto na Ordem como conselheiro.

OABRJ: Um indicado?

Dr. Bomfim: Foi denunciado no plenário do Instituto e pediram que abrissem processo contra ele. Com o impacto que recebeu, não sei se foi por isso, morreu meses depois.

OABRJ: São muito conservadores, então, no fundo?

Dr. Bomfim: É, são há tanto tempo, não é? Desde Haddock Lobo mudou. Eu não me filiaa ao Instituto, me recusava a isso, porque achava que era o reduto do conservadorismo. Até que o Eduardo Seabra Fagundes, como presidente, fez um pronunciamento admirável de abertura. O Eduardo me perguntou se eu não queria entrar no Instituto. Depois que vi o seu discurso e vi o discurso do pai antes, eu procurei o Eduardo e falei: “Eu quero entrar no Instituto”. E a proposta de admissão foi subscrita por ele. Desde então comecei a militar no Instituto, que passou por grande renovação.

OABRJ: Uma grande mudança.

Dr. Bomfim: Não fui eu, fomos muitos de nós que contribuímos para isso. Para eleger a nova diretoria, que tem se mantido dentro de uma coerência política, que tem mantido continuidade.

OABRJ: Muito obrigado. O prestígio é todo nosso, é prestígio da OAB...

Benedito Calheiros Bomfim é Professor de Direito, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Foi Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Conselheiro Federal da OAB e Presidente da Associação Carioca dos Advogados Trabalhistas.

DIREITO EM REVISTA

Notícias do Centro de Documentação e Pesquisa

Prêmio Pesquisa Jurídica 2008 - Cidadania em Movimento e Eficácia Normativa: Atuação dos Advogados na Tutela dos Direitos Difusos

A OABRJ, por meio do seu Centro de Documentação e Pesquisa, promoveu, no ano de 2008, o Prêmio Pesquisa Jurídica 2008, cuja Banca Examinadora foi composta pelos advogados: Dr. Alexandre Barenco Ribeiro (professor e membro do Conselho Consultivo do Centro de Documentação e Pesquisa da OABRJ), Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto (Conselheiro Federal da OABRJ) e Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira (professor do IBMEC-RJ e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro).

O projeto vencedor foi elaborado pela equipe interdisciplinar liderada por Felipe Dutra Asensi (advogado), e o segundo lugar coube a Regina Maria Galvão do Rio Apa (advogada).

Os prêmios de R\$ 12.000,00 (primeiro lugar) e de R\$ 7.000,00 (segundo lugar) serão pagos em três parcelas ao longo do desenvolvimento do projeto.

37º Prêmio Jurídico - Células Tronco: Um Debate Jurídico sobre a Bioética

No ano de 2008, por meio do Centro de Documentação e Pesquisa, foi aprovado o 37º Prêmio Jurídico, homenageando o advogado Dr. Carlos Maurício Martins Rodrigues.

Os advogados concorrem aos prêmios de R\$ 12.000,00 (primeiro lugar) e R\$ 10.000,00 (segundo lugar). Os estagiários, aos prêmios de R\$ 4.000,00 (primeiro lugar) e R\$ 3.000,00 (segundo lugar).

V Edição do Prêmio Nacional Innovare

As diretoras do Brasilcon Karen Rick Danilevichz Bertoncello e Clarissa Costa de Lima foram agraciadas com a menção honrosa de “Práticas Homenageadas” na V Edição do Prêmio Nacional Innovare, no âmbito da temática geral “Justiça para Todos”.

A premiação ocorreu no dia 11 de dezembro de 2008, e o prêmio foi conferido a essas duas concorrentes pelo trabalho “Tratamento das situações de superendividamento do consumidor”.

RESUMO DA PRÁTICA

A prática objetiva a reinserção social do consumidor superendividado por meio da conciliação em audiências de negociação com todos os seus credores. As audiências são presididas por Juízes de Direito que propõem a renegociação com cada credor a partir das condições pessoais do consumidor. A prática é um meio alternativo de resolução de conflitos, porque é um procedimento consensual e coletivo, reunindo na mesma audiência o consumidor superendividado e todos os seus credores, a fim de elaborar um plano de pagamento de acordo com seu orçamento familiar. Ocorre a exclusão do nome do superendividado dos cadastros de inadimplentes após o pagamento da primeira parcela, visando auxiliar sua reinserção social e no mercado de trabalho. A prática tem aspecto pedagógico que consiste na reeducação financeira do consumidor através de cartilha educativa com os 10 mandamentos da prevenção do superendividamento e a oficina de orçamento doméstico. A prática soluciona os conflitos de forma inovadora e célere, pois o procedimento leva aproximadamente 30 dias e os credores são convidados, em sua maioria, por mensagem eletrônica.

O **Prêmio Innovare** é uma realização do Instituto Innovare e conta com o apoio do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), da Associação Nacional da Defensoria Pública (Anadep), da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e da Vale.

Ementário Digital da OABRJ

O Ementário Digital da OABRJ, preciosa fonte de pesquisa para os advogados, congrega as decisões proferidas pelos Órgãos Julgadores da Seccional a partir de 1996, em um trabalho pioneiro estruturado segundo as seguintes referências: matéria, data de julgamento, órgão julgador ou relator. Dessa forma, viabiliza a busca, inclusive por usuários que não estão familiarizados com a internet. A proposta visa promover uma atualização sistemática do ementário digital, que é alimentado pelo Centro de Documentação e Pesquisa da OABRJ. O arquivo digital produzido inclui representações gráficas, que permitem, assim, ao usuário o acesso a uma variedade de diagramas, facilitando a compreensão da matéria e a interpretação das decisões proferidas pela OABRJ. O trabalho vem ao encontro do profissional do direito comprometido com um valor absolutamente indispensável: a Ética.

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, Cláudia 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.