

DIRETOR

PROFESSOR ANTONIO CELSO ALVES PEREIRA

EDITOR CHEFE

PROFESSOR CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

VOLUMES |13|14| ANOS |2005|2006|

COLABORADORES

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

ANA CAROLINA WEBER

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

CARMEN TIBURCIO

GITA WLADIMIRSKI GOLDENBERG

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

HELOISA HELENA BARBOZA

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

LUÍS ROBERTO BARROSO

MARCOS VINICIUS TORRES PEREIRA

MARIA CELINA BODIN DE MORAES

MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO

MAURICIO MOREIRA MENDONÇA DE MENEZES

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO

VANIA SICILIANO AIETA

URUA
EDITORA

**Outras obras da
Jurua Editora**



Outras obras da
Juruá Editora



comunicadores
Eroullis Cortiano Junior
Jussara Maria Leal de Meirelles
Luiz Edson Fachin
Paulo Rafin

APONTAMENTOS CRÍTICOS
O DIREITO CIVIL
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO
Anais do Projeto de Pesquisa Virada

EDITORES
Eroullis Cortiano Junior
Jussara Maria Leal de Meirelles
Luiz Edson Fachin
Paulo Rafin

PARA RECEBER PERIÓDICA E GRATUITAMENTE INFORMAÇÕES SOBRE AS NOSSAS PUBLICAÇÕES E ONDE ADQUIRI-LAS, BASTA PREENCHER O CUPOM ABAIXO E REMETÊ-LO POR FAX (41) 3252-1311.

Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (41) 3352-3900 – Fax: (41) 3252-1311
 CEP: 80.035-000 – Curitiba – Paraná – Brasil
 Internet: www.jurua.com.br – e-mail: compras@jurua.com.br

Nome:.....
 Endereço:.....
 Cidade:..... Estado:..... CEP:.....
 Fone:..... Fax:..... Data nasc:.....
 Livreiro que o (a) atende:.....

Para receber *newsletter* com notícias e novos lançamentos da Juruá, indique seu e-mail:



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

Volumes |13|14| Anos |2005|2006|



RFD/UERJ	Curitiba	Paraná	Brasil	vols. 13/14	346p.	2005/2006
----------	----------	--------	--------	-------------	-------	-----------

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Celso Alves Pereira
Celso de Albuquerque Mello
Gustavo José Mendes Tepedino
Heloisa Helena Barboza
Luís Roberto Barroso

Luiz Henrique Nunes Bahia
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Ricardo Lobo Torres
Vicente de Paulo Barretto



Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê - Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 - CEP: 80.030-475 - Curitiba - Paraná - Brasil

e-mails: editora@jurua.com.br
marketing@jurua.com.br

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

R454 Revista da Faculdade de Direito
Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, 1993-

Anual
ISSN 0104-0367-00013
ISSN 0104-0367-00014

1. Direito – Periódicos. I. Universidade
Estadual do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340(22.ed)
CDD 34(05)

00064

Visite nossos sites na internet: www.jurua.com.br e www.editorialjurua.com

Professor Antonio Celso Alves Pereira

Diretor

Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Editor Chefe

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

Volumes |13|14| Anos |2005|2006|

Colaboradores:

- Alexandre Santos de Aragão*
- Ana Carolina Weber*
- Artur de Brito Gueiros Souza*
- Carmen Tiburcio*
- Gita Wladimirski Goldenberg*
- Guilherme Calmon Nogueira da Gama*
- Heloisa Helena Barboza*
- Humberto Dalla Bernardina de Pinho*
- Luís Roberto Barroso*
- Marcos Vinicius Torres Pereira*
- Maria Celina Bodin de Moraes*
- Marilda Rosado de Sá Ribeiro*
- Mauricio Moreira Mendonça de Menezes*
- Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*
- Vania Siciliano Aieta*

Curitiba
Juruá Editora
2010

NOTA DO EDITOR

O volume que o leitor tem agora em mãos apresenta-se como o coroamento do esforço de anos do corpo docente da Faculdade de Direito da UERJ que, inconformado com a interrupção das publicações de seu principal periódico, jamais deixou de sonhar a retomada da trajetória de êxito editorial construída ao longo de duas décadas. Afinal, reiniciada e mantida dentro da periodicidade anual nas gestões de Antônio Celso e Gustavo Tepedino, a Revista publicou em seus números anteriores históricas palestras de juristas nacionais e estrangeiros ocorridas no Salão Nobre da Faculdade, notáveis primeiras linhas de alunos de graduação, então jovens pesquisadores em iniciação científica, hoje mestres, doutores e, alguns, professores da Casa, discursos e pronunciamentos clássicos, e, sobretudo, a sólida produção docente, revelada por importantes artigos de doutrina divididos entre todos os Departamentos integrantes da Faculdade.

*Consolidavam-se passo a passo, assim, as vocações da Revista, em simetria, acrescente-se aqui, com a maturidade do Programa de pós-graduação **stricto sensu** que, não por coincidência, abria sua primeira turma do embrião e multidisciplinar Direito da Cidade em março de 1991.*

Desde então, Programa e Revista desenvolveram-se de mãos dadas ao longo da última década do século passado e esta constituía, por assim dizer, a via natural do escoamento dos textos produzidos em meio à robustez editorial das escolas de pensamento que caracterizam as linhas de pesquisa daquele, colaborando para a criação das respectivas identidades culturais a permear todos os segmentos da Faculdade.

Hoje, posto que consagrado e reconhecido como padrão de excelência no sistema nacional de pós-graduação, o Programa se revisa e redimensiona à luz dos novos desafios impostos pelos anseios da comunidade acadêmica em geral, tendo logrado significativa modificação em 2007.

Prosseguindo no paralelismo destacado, 2007 é o ano que marca o início das ações concretas para debelar a paralisação indesejada dos trabalhos da Revista, delineando-se – no âmbito da nossa Coordenação do Programa e do seu Colegiado, que tivemos a honra de presidir –, a formalização da decisão pela retomada da Revista da Faculdade de Direito com a manutenção do ISSN (original), e o deflagrar dos processos de consultas à CAPES (Qualis), da licitação entre as editoras (sagrando-se vencedora a Juruá), das reuniões de definição do projeto adotado, da busca do financiamento, dos pedidos de contribuições, da seleção e distribuição dos artigos nos volumes conforme a

cronologia adequada, e tudo o mais que já foi feito para que a Revista esteja agora, pronta e atualizada, em suas mãos.

No entanto, o êxito final somente ocorreu, para além das ações administrativas aludidas no parágrafo acima, graças a todos os professores e alunos que, confiando no projeto, encaminharam os belos textos ora publicados, a quem agradecemos de modo geral, mas com toda a ênfase, na impossibilidade de destacar um por um. Nomeadamente o fazemos, porém, em relação a quatro ilustres professores da Faculdade. *Patricia Glioche* tem sido e é a pessoa cujo esforço desmedido pôde materializar a vontade coletiva: sem sua presença em todas as etapas do processo a Revista simplesmente não aconteceria. Também não aconteceria sem o substancial apoio material, de, em ordem alfabética, *Carlos Roberto Siqueira Castro*, *Gustavo Tepedino* e *Luis Roberto Barroso*, que, demonstrando grandeza de personalidade e espírito público, prontamente acorreram ao chamamento quando da passagem do pires.

Do sonho à ação e o resultado aqui está! O beneficiário maior é o próprio público leitor. Aliás, é em seu favor que paramos por aqui essas breves linhas de apresentação, atentos ao conselho do personagem *Brás Cubas*, de *Machado de Assis*, que ao narrar suas memórias, mesmo que de lá "do outro mundo", admitia em tom confessional ainda esperar "angariar as simpatias da opinião, e o primeiro remédio é fugir a um prólogo explícito e longo", para arrematar logo em seguida que "o melhor prólogo é o que contém menos coisas".

Bem vistos os fatos, a recuperação da Revista se insere em contexto mais amplo da responsabilidade da comunidade acadêmica quanto às novas realidades e exigências impostas pela contemporaneidade. O reclamar de dinamismo, a rigor, marca também o renascimento da Revista: daqui para frente, sua agenda é extensa. Os requisitos de adequação, os parâmetros de controle tornam-se, a cada dia, crescentes e mais rigorosos. Na administração hodierna só é mesmo perene a tônica da reconstrução, revisando-se e aperfeiçoando-se permanentemente as práticas a bem da otimização do resultado final. A sabedoria de *Adilson Rodrigues Pires* na coordenação do Programa e a competência de *Heloisa Helena Barboza* na direção da Revista, aos quais passamos o bastão, constituem a própria tradução da máxima. *Vida longa à Revista da Faculdade de Direito da UERJ!*

SUMÁRIO

Direito Civil

Separação de fato e ética no Direito de Família	
<i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	11
Genes humanos e o princípio da dignidade humana	
<i>Heloisa Helena Barboza</i>	35
A família democrática	
<i>Maria Celina Bodin de Moraes</i>	47

Direito Comercial e do Trabalho

Justiça como equidade: análise crítica do contratualismo de Rawls	
<i>Mauricio Moreira Mendonça de Menezes</i>	73

Direito do Estado

A participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes: o caso brasileiro	
<i>Alexandre Santos de Aragão</i>	103
O direito constitucional internacional no Brasil pós EC 45/04	
<i>Carmen Tiburcio</i>	121
Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)	
<i>Luis Roberto Barroso</i>	135

Cooperação internacional

Marilda Rosado de Sá Ribeiro 185

Direito Penal

Reflexos da nova lei de drogas na área criminal federal

Artur de Brito Gueiros Souza 207

Direito Processual

Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro 227

Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos

Humberto Dalla Bernardina de Pinho 245

Disciplinas básicas

A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados

Vania Siciliano Aieta 261

Uma nova área no escritório modelo da Faculdade de Direito: Psicanálise Jurídica

Gita Wladimirski Goldenberg 289

Alumni

O controle da constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro

Ana Carolina Weber 307

A homologação de sentenças penais estrangeiras no direito brasileiro

Marcos Vinicius Torres Pereira 329

ÍNDICE ALFABÉTICO 339

DIREITO CIVIL

SEPARAÇÃO DE FATO E ÉTICA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹

Sumário: 1. Novo perfil do Direito de Família; 2. Os princípios norteadores do Código Civil de 2002; 3. Configuração da separação de fato; 4. Efeitos jurídicos da separação de fato; 5. Nota conclusiva. 6. Referências.

1 NOVO PERFIL DO DIREITO DE FAMÍLIA

As transformações operadas na sociedade brasileira durante o século XX repercutiram enormemente nas relações jurídicas de Direito de Família. De um período extremamente conservador e autoritário no que se refere à família tradicional, elitizada, hierarquizada e matrimonializada – datado do início do século XX – até o estágio contemporâneo da família plural, democrática, humanizada e funcionalizada ao atendimento e à promoção da dignidade das pessoas dos seus integrantes, foram inúmeros os acontecimentos que motivaram alterações jurídicas no quadro das relações familiares. O Direito de Família se apresenta como reflexo de vários fenômenos que repercutem em determinadas regras e princípios outrora considerados verdadeiros cânones absolutos e indiscutíveis. Em consonância com a orientação adotada no pensamento pós-moderno do ideário de Erik Jayme², as quatro características da cultura contemporânea que se verificam no Direito – o pluralismo de fontes e de sujeitos, a comunicação com o reconhecimento dos direitos dos hipossuficientes, o método narrativo na elaboração das normas e o *retour des sentiments* com a efetividade dos direitos humanos de decisivo papel no âmbito das relações intersubjetivas – demonstram a indispensabilidade de se repensar e renovar as bases e os fundamentos dos institutos e das normas jurídicas (inclusive de Direito da Família). Desse modo, o Direito Civil não pode mais ser analisado sob a ótica individualista, patrimonialista, tradicional e conservadora-elitista

¹ Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação). Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho (RJ). Ex-Coordenador-Geral do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da UERJ. Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Membro do IBDFAM.

² JAYME, Erik. Cours general de droit international privé. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, t. 251. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. p. 36-37.

do período das codificações oitocentistas – do qual o Código Civil brasileiro de 1916 é exemplo mais próximo –, não sendo correto manter o dogma da completude e da exaustão dos Códigos diante das transformações operadas em inúmeros setores, como o político, social, econômico, cultural e familiar. O surgimento do novo Código Civil brasileiro – do início do século XXI, mais precisamente do ano de 2002 – não pode ser analisado sob o prisma do resgate da unidade do sistema pelo novo texto codificado³. Os princípios e regras constantes da Constituição Federal de 1988 são normas jurídicas como quaisquer outras, com a nuance de se localizarem no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico positivo, tendo a Constituição unificado o sistema com a devida hierarquização das normas, a prevalência e superioridade dos princípios e valores constitucionais, com funções de interpretação, de integração e de construção das demais normas jurídicas do ordenamento⁴.

O Direito Civil do século XXI é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, em claro reconhecimento da maior hierarquia axiológica à pessoa humana – na sua dimensão do “ser” – em detrimento da dimensão patrimonial do “ter”⁵. O fenômeno da despatrimonialização e da repersonalização, no âmbito das situações jurídicas sob a égide do Direito Civil, denota uma opção que, paulatinamente, vem se demonstrando em favor do personalismo – superação do individualismo – e do patrimonialismo – superação da patrimonialidade como fim de si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois – como valores que foram fortificados, superando outros valores na escala hierárquica de proteção e promoção do ordenamento jurídico. De acordo com a concepção da tutela e promoção da pessoa humana como centro de preocupação do ordenamento jurídico, é correta a orientação segundo a qual as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas em favor das situações existenciais, inclusive, e principalmente, no campo do Direito de Família.

As noções a respeito do indivíduo como sujeito de direito e do seu poder da vontade como indispensáveis fundamentos do Direito Privado, com efeito, erigiram como pilares do ordenamento jurídico clássico-privatístico a propriedade (inclusive por transmissão *causa mortis*) e o contrato, encarados como esfe-

³ A posição defendida por Judith Martins-Costa, no trabalho intitulado *O Novo Código Civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'*, é no sentido do resgate da unidade do sistema pelo texto codificado de 2002 (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 97). Contudo, tal posição não mereceu acolhimento de parte da doutrina brasileira contemporânea, podendo ser citado, entre outros, Gustavo Tepedino (Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XVII e XXXIII).

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 33.

⁵ Nas palavras de Jussara Meirelles, “a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o ser é valorizado” (O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 111).

ras sobre as quais o indivíduo exercia sua plena e quase-absoluta autonomia. Tais concepções se mostraram inadequadas e desatualizadas no contexto da valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana na construção de ordenamento jurídico baseado em valores e princípios democráticos, igualitários, solidaristas e humanistas⁶.

Tradicionalmente, a legislação e a doutrina tratavam o Direito de Família com marcante visão patrimonialista, como se tal segmento do Direito Civil somente tivesse preocupação com os bens jurídicos patrimoniais, deixando de tutelar outros bens de caráter extrapatrimonial, como no exemplo da extensa normatização acerca dos regimes de bens no casamento, na linha estrutural apresentada pelo Código Civil de 1916. Tal noção é reflexo da instigante preocupação do legislador – reproduzida no revogado Código de 1916 – com o patrimônio (notadamente o imobiliário) em nítido desprestígio aos reflexos no campo extrapatrimonial no âmbito da família. O novo Código Civil ainda se ressentia de preocupação voltada às situações jurídicas patrimoniais, mas reconhece a importância da presença de outros fatores, princípios e valores que devem nortear a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

Houve uma completa reformulação do conceito de família, no mundo contemporâneo. O modelo tradicional de família perdeu espaço para o surgimento de uma *nova família*⁷, que é essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, mas funcionalizada em seus partícipes: “*uma família que continua sendo imprescindível como célula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçadores da família tradicional*”⁸. Um dos pioneiros defensores brasileiros do modelo plural de família, no mundo jurídico, Orlando Gomes anunciava a mudança dos tempos no Direito de Família, ainda no período anterior ao advento do texto constitucional de 1988, diante das transformações operadas no âmbito de sua estrutura diante da realidade social e cultural da família brasileira⁹. De acordo com a evolução do Direito de Família no século XX, alguns fenômenos se verificaram, influenciando pontualmente as mudanças: a) a estatização, ou seja, a crescente ingerência do Estado nas relações familiares; b) a retração, no sentido da substituição do modelo de família extensa, do tipo patriarcal, pelo modelo de família nuclear, constituída

⁶ Como já foi abordado em outro trabalho, “a valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana, no texto da Constituição de 1988, abrange o resgate de certa emocionalidade no discurso jurídico, bem como o reconhecimento de que também se constrói o ordenamento jurídico com elementos psicológicos, sociais, ideológicos e filosóficos que sempre foram relegados a um tratamento fora do sistema” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 383).

⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. *A nova família*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 22.

⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 68.

⁹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 38-39.

do pai, da mãe e dos filhos menores; c) a despatrimonialização, a saber, a mudança do caráter das relações patrimoniais da família, determinante da diminuição da importância do seu aspecto financeiro-econômico, dando maior ênfase aos aspectos existenciais; d) a democratização, ou seja, a tendência em transformar a organização familiar num grupo societário do tipo igualitário, cujo processo acompanha a emancipação dos personagens familiares, como a esposa, a companheira e os filhos menores; e) a repersonalização e a desencarnação, representando a substituição do elemento carnal (ou biológico) pelo elemento psicológico (ou afetivo) e a conscientização de que na formação do homem deve-se atribuir maior valor à educação, ao afeto, à comunicação próxima do que à hereditariedade; f) a dessacralização do casamento, no sentido de retirar os privilégios odiosos da instituição matrimonial, aproximando-a da realidade sociológica, daí a maior facilidade na dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, a admissão do companheirismo como realidade jurídico-familiar e a indistinção entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais. Tais fenômenos foram perfeitamente apreendidos no texto constitucional de 1988, e se notabilizam por viabilizarem as transformações do Direito de Família, fundamentadas naquilo que a civilização humana tem de melhor: a esfera afetiva, espiritual, existencial e psicológica de todos os familiares.

Na ótica perlingieriana, urge proceder à “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República” com a visão segundo a qual as normas constitucionais são também normas jurídicas e, desse modo, repercutem diretamente na normativa infraconstitucional existente¹⁰. Portanto, qualquer norma jurídica no Direito de Família brasileiro exige, com muito mais vigor que em qualquer época anterior, a presença de fundamento de validade constitucional, com base na combinação dos princípios constitucionais da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares com o fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana. As relações familiares, desse modo, passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. Dentro dessa perspectiva, podem ser enunciados os seguintes princípios gerais reconhecidos no texto constitucional de 1988, em

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 10-11.

materia de Direito de Família (ainda que não exclusivos desse segmento do conhecimento jurídico): a) o princípio e fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III); b) o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, *caput*); c) o princípio e fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como da escolha da espécie de família (art. 1º, inc. V); d) o princípio da igualdade em sentido material de todos os partícipes da família (art. 5º, e inc. I); e) os princípios e objetivos da liberdade, da justiça e do solidarismo nas relações familiares (art. 3º, inc. I); f) o princípio e objetivo da beneficência em favor dos partícipes do organismo familiar (art. 3º, inc. IV). Além destes, há outros princípios especiais (ou específicos) de Direito de Família, que exsurgem da Constituição Federal de 1988 – sendo que alguns deles são implícitos a partir da normativa constitucional: a) princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º); b) princípio da prevalência do elemento anímico da *affectio* nas relações familiares (em decorrência da previsão do divórcio, com prazos diminuídos, e do expreso reconhecimento da perda da *affectio maritalis* diante da separação de fato por dois anos), nos termos do art. 226, § 6º; c) princípio da pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 1º, 3º e 4º); d) princípios da liberdade restrita e beneficência à prole em matéria de planejamento familiar (art. 226, § 7º); e) princípio e dever da convivência familiar (art. 227, *caput*); f) princípio da prioridade da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*), incluindo a sua colocação em família substituta (art. 227, § 3º, inc. VI, e § 5º); g) princípio da isonomia entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e, implicitamente, entre os companheiros; h) princípio da isonomia entre os filhos, independentemente da origem (art. 227, § 6º); i) princípio da não-equivalência entre o casamento e o companheirismo (art. 226, § 3º).

O conceito de família é relativo, altera-se continuamente, renovando-se como ponto de referência da pessoa na sociedade e, assim, qualquer análise do fenômeno não pode prescindir de focar o momento histórico e o sistema normativo em vigor. A família, antes de mais nada, é uma realidade, um fato natural, uma criação da natureza, não sendo resultante de uma ficção criada pelo homem. O termo “família” é objeto de referência expressa em diversas passagens da normativa legal brasileira, não apenas no âmbito do Código Civil. Muitas vezes, a sua significação não é a mesma, razão pela qual deve-se sempre buscar o seu verdadeiro alcance mediante o trabalho hermenêutico. Algumas classificações doutrinárias, como a família em sentido amplo, a família em sentido estrito, família nuclear, atualmente não possuem mais a importância d’outrora, diante do contexto valorativo que deve ser feito através da interpretação da norma. Outras, como *família legítima*, *família ilegítima*, *família adotiva*, que eram consideradas sob a égide do Código de 1916, por exemplo, perderam seu fundamento constitucional de validade no Direito brasileiro, pois fundamentalmente levavam em consideração a qualificação dos filhos, para efeito de

distingui-los no tocante à atribuição de direitos ou não. Daí a razão óbvia pela qual o Novo Código Civil não repetiu as impropriedades terminológicas que eram adotadas no Código Civil de 1916.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, a família é uma estruturação psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independente de qualquer vínculo biológico¹¹. Com efeito, é fato o alvorecer dos novos tempos, em matéria de família jurídica. Ao modelo da família formal, tutelada pelo Direito em todo o mundo, acrescenta-se a concepção jurídica remodelada de uma nova família, célula essencial da civilização humana, com maior ênfase nas pessoas dos familiares do que na instituição familiar. Há, indubitavelmente, uma função social – e que se mostra primordial e permanente – da nova família: a de viabilizar a constituição e o desenvolvimento das melhores potencialidades humanas; a de atuar em prol do aperfeiçoamento das instituições sociais com aspecto marcadamente funcional e instrumental. E, dentro de tal contexto, a família contemporânea deve se fundamentar em valores e princípios diversos daqueles que alicerçaram o modelo tradicional e oitocentista da família matrimonial, sendo o casamento antigamente encarado como espaço público único para a formação da família como instituição fundamental para garantir a tranquilidade e ordeira transmissão de patrimônio.

Diante das inúmeras mudanças ocorridas, mesmo no período anterior à Constituição de 1988, a proteção estatal à família não poderia mais se resumir às famílias fundadas no casamento, incluindo também as famílias constituídas sem o ato solene e formal do casamento. As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que nortearam a família matrimonial tutelada pelo Código Civil de 1916. Qualquer abordagem contemporânea em matéria de família jurídica deve levar em conta tal mudança de eixo. Assim, as transformações jurídicas exigem a funcionalização de qualquer aspecto patrimonial nas relações familiares ao atendimento das necessidades existenciais dos integrantes da família, voltadas aos valores e princípios encampados pelo documento constitucional de 1988 que, nessa matéria, merece acentuado destaque.

2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Entre as diretrizes observadas na elaboração do texto projetado do Código Civil de 2002, houve alteração geral do Código Civil de 1916 no que se

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 25. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Curitiba, vols. 13/14, anos 2005/2006. p. 11-34.*

refere a certos valores essenciais, daí a busca da implementação dos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade. Com efeito, o Código de 1916 apresentava nítido espírito individualista, sumamente influenciado pelos ideais e valores liberais, em claro tratamento secundário – quase-subalterno – às situações jurídicas existenciais.

No que pertine à estrutura bipartida do Código Civil de 2002 – a divisão do Código em Parte Geral e Parte Especial – manteve-se a filosofia que norteou a elaboração do Código Civil de 1916 com nítida influência germânica. Trata-se de permitir operar o sistema móvel, em que a solução concebida para certa questão localizada em determinado segmento do Direito Civil possa também ser adotada para outro instituto que, a princípio, não havia sido cogitado a respeito de tal questão, conforme a construção teórica feita pela doutrina alemã¹². A estrutura sistemática do Código Civil de 2002 é aberta e móvel – e não estática e fechada –, fundando-se em algumas cláusulas gerais – como nos exemplos da função social do contrato, da função social da propriedade, comunhão plena de vida dos cônjuges, tutela à pessoa humana por meio dos direitos da personalidade.

O Código Civil de 2002 reconhece, à evidência, a indispensável presença dos valores éticos no ordenamento jurídico. O Direito Civil, apoiado e informado pelo princípio da eticidade, somente pode ser concebido como direito dos particulares titulares de sua própria especificidade (singularidade) e, também, da necessidade da pessoa reconhecer a singularidade e especificidade do outro. Assim, se originariamente a tutela foi concebida à pessoa humana valorizada por si só – abstraindo-se de seu relacionamento com o semelhante –, atualmente o Direito constrói seus princípios e regras que objetivam proteger e promover a dimensão existencial da pessoa humana. Valoriza-se, assim, a dimensão ética das normas jurídicas em que o Direito Civil resgata, de maneira renovada e em tempos pós-modernos, suas origens no sentido de ser o ramo do Direito daqueles que portam em si os valores da civilidade. Trata-se de reconhecer a incidência do valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana relativamente ao outro. Há, desse modo, a exigência da eticidade que se juridiciza e passa a nortear as situações jurídicas existenciais e patrimoniais entre as pessoas, notadamente as humanas, titulares de especial dignidade, nos termos do art. 1º, inc. III, da Constituição Federal. Sob a significação de valor ético, a personalidade se vincula inelutavelmente à dignidade da pessoa humana e da compreensão do ser humano em toda sua complexidade pelo Direito Civil. A Constituição Federal de 1988, não apenas no seu art. 1º, inc. III – ao expressamente se referir à dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira –, mas também nos arts. 3º e 5º – cuidando dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, com

¹² MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 96.

a redução das desigualdades e a eliminação da pobreza, e da previsão quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas –, edificou novo monumento normativo no ordenamento jurídico brasileiro baseado em valores e princípios originais com significativas alterações no sistema jurídico nacional. A personalidade civil, por conseguinte, não se esgota apenas na visão clássica de aptidão para titularização de situações jurídicas (ativas e/ou passivas), mas se estende para ser reconhecida como valor desprovido de qualquer patrimonialidade. A dignidade da pessoa humana é, também, valor próprio e extrapatrimonial, especialmente no contexto do convívio do ser humano na comunidade como sujeito moral. Merece referência, pela atualidade e importância, o conceito da dignidade da pessoa humana, de acordo com o pensamento de Ingo Sarlet:

*temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 de 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*¹³.

Como leciona Judith Martins-Costa, o Código Civil de 2002, em vários dispositivos, valoriza pressupostos éticos na ação ou na atividade das pessoas humanas no âmbito das relações civis, ora como resultante da proteção da confiança que obrigatoriamente deve existir na vida civil, ora sob a figura de mandamento de equidade, ora, a final, como dever de proporcionalidade¹⁴. Daí as noções de lealdade, boa-fé objetiva, correção, cooperação, comunhão de vida e equidade que ganham fundamental importância no Código Civil, especialmente informado pelos valores e princípios expressa ou implicitamente albergados na Constituição Federal de 1988.

O princípio da socialidade, também considerado norteador do Código Civil de 2002, vem a atender às exigências da realidade pós-moderna, considerando os fenômenos da industrialização, da concentração urbana – e do êxodo rural –, da massificação das relações sociais e econômicas e da maior diversidade e complexidade das relações familiares. Com fundamento no art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, não sendo tal norma desprovida de efetividade. É clara a diretriz da solidariedade

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 133.

social constante do texto constitucional, cabendo ao Direito Civil instrumentalizar os meios necessários à concretização de tal diretriz.

A regra expressa no art. 1.228, § 1º, do Código Civil de 2002, ao se referir às finalidades econômicas e sociais dos bens objeto de propriedade privada, corporifica – infraconstitucionalmente – a noção da função social da propriedade, de acordo com a expressa previsão contida nos arts. 5º, incs. XXII e XXIII e 170, incs. II e III, ambos da Constituição Federal. A propriedade é a própria função social, contendo deveres jurídicos positivos relativamente ao proprietário – como também se verifica no que tange às funções sociais do contrato, da família, da empresa e da sucessão hereditária, entre outros.

As íntimas conexões estabelecidas entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, na contemporaneidade, expressam uma permuta de tarefas, de qualidade e das funções de cada ramo do Direito. Há, por assim dizer, a construção de uma ética social de responsabilidade solidária.

Finalmente, o Código Civil de 2002 é marcado pelo princípio da operabilidade de modo a estabelecer normas jurídicas que permitam maior facilidade na sua interpretação e aplicação. Buscou-se, dessa maneira, eliminar as dúvidas que se originaram do sistema do Código Civil de 1916, além de adotar a técnica das cláusulas gerais. Houve claramente a busca de realizar o Direito em sua concretude, expurgando o excessivo formalismo verificado no Código Civil de 1916, como no exemplo da significativa diminuição de formalidades para a facção do testamento particular.

A aproximação da norma jurídica da realidade política, social, econômica, cultural e familiar subjacente é imperativo categórico, sob pena de desqualificação e descrédito do sistema jurídico. As transformações operadas no âmbito da sociedade brasileira, no curso do século XX, foram imensas em tão curto espaço de tempo – se comparadas a outros períodos da história nacional e, também, da história mundial.

3 CONFIGURAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO

A temática referente à separação de fato no Direito de Família mereceu tratamento no âmbito do Novo Código Civil brasileiro, ainda que de modo não tão transparente e suficiente, como já se fazia necessário. Sabe-se que a separação de fato ganhou extrema importância na Constituição Federal. O ordenamento jurídico brasileiro, no período iniciado em 05.10.1988, deixou de considerá-la como mero requisito para autorizar a separação-falência ou o divórcio direto, estabelecendo importantes parâmetros quanto aos efeitos jurídicos da realidade envolvendo os cônjuges separados de fato¹⁵. As repercussões da se-

¹⁵ A respeito do tema, a justiça federal brasileira tem reconhecido a inexistência do direito à pensão previdenciária deixada pelo segurado (ex-cônjuge) nos casos de configuração de separação de fato cumulada com a

paração de fato, no Direito de Família contemporâneo, ainda não foram devidamente equacionadas pela doutrina e mesmo pela jurisprudência, a despeito de algumas posições que visualizaram o novo sinal do texto constitucional, mas não com a sistematização desejada.

O tema envolvendo a separação de fato e seus reflexos jurídicos deve ser encarado com muita proximidade à temática da união estável fundada no companheirismo, evidentemente com as devidas adaptações e cautelas, pois enquanto a separação de fato permitirá a desconstituição de uma família, o companheirismo representa a formação de uma nova família. Há, ainda, de levar em conta a importância da presença de valores éticos e de justiça social no reconhecimento da separação de fato na atualidade, inclusive com o recurso ao princípio que veda o enriquecimento sem causa no que tange às situações jurídicas patrimoniais dos cônjuges no período de rompimento fático da família que anteriormente ambos mantinham. É possível afirmar que os requisitos necessários à configuração do companheirismo são, em regra, exatamente os opostos para o reconhecimento da separação de fato, e vice-versa, salvo quanto à informalidade, própria de ambos os institutos.

Há alguns referenciais normativos que se revelam importantes na temática da separação de fato como os arts. 1.511 (“*comunhão plena de vida*”), 1.562 (“*separação de corpos*”), 1.566, inc. II (“*vida em comum, no domicílio conjugal*”), 1.569 (“*domicílio do casal*”), 1.572, § 1º (separação-falência), 1.575 (“*separação de corpos*”), 1.580, § 2º (“*separação de fato por mais de dois anos*”, para fins de divórcio direto), 1.585 (“*medida cautelar de separação de corpos*”), 1.723, § 1º (pessoa casada que estiver “*separada de fato*” pode ser companheira), 1.801, inc. III (separação de fato do testador casado por mais de cinco anos) e 1.830 (separação de fato há mais de dois anos com a possível exclusão do cônjuge sobrevivente da sucessão hereditária do falecido). Verifica-se, desse modo, que não houve tratamento sistemático relacionado ao tema, não apenas sob o aspecto da configuração da separação de fato, mas também no que se relaciona aos efeitos da realidade da separação de fato dos cônjuges. A realidade vem demonstrando o crescimento do número de casos relacionados à separação de fato no casamento e questões daí decorrentes, como por exemplo a (in)comunicabilidade dos bens adquiridos dentro de tal período. É chegado o momento de, com base nos valores e princípios constitucionais, se-disciplinar a matéria em termos legislativos de modo a cumprir as

ausência de dependência econômica (TRF – 1ª R. – 1ª T. – Ap. Civ. 2000.01.99.001852-7/MG – Rel. Des. Antônio Sálvio de Oliveira Chaves – j. em 21.10.2003; TRF – 3ª R. – 9ª T. – Relª. Desª. Marianina Galante – j. em 20.09.2004). Os tribunais federais, à luz do disposto no § 2º, do art. 76, da Lei nº 8.213/91, consideram que a separação de fato, não acompanhada de alimentos decorrentes do Direito de Família, impede a aquisição do direito à pensão previdenciária. “*Não havendo notícia de recebimento de pensão alimentícia e, tendo a autora requerido a pensão por morte somente 11 anos após o falecimento do marido, de quem já estava separada de fato, coloca-se em dúvida a presunção de dependência econômica*” (trecho do voto da Relª. Desª. Marianina Galante, no julgamento acima referido).

diretrizes e comandos normativos traçados pela Constituição Federal de 1988, notadamente diante da dignidade das pessoas humanas que, se formalmente continuam vinculadas pelo casamento, de fato já não mantêm a comunhão plena de vida e, portanto, não mais atendem à função social da família por elas constituída no passado. Como foi bem mencionado na doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, na separação de fato a doutrina e a jurisprudência vêm consagrando a incomunicabilidade dos bens, realizando a clara distinção entre a existência formal do casamento e a constância do casamento, nesta verificando-se a convivência conjugal e a efetiva comunhão de vida¹⁶.

Com base no art. 1.571, do novo Código Civil, a sociedade conjugal constituída validamente se extingue, em vida, pela separação judicial ou pelo divórcio. Assim, não há como se pretender que a separação de fato seja também considerada forma de dissolução da sociedade conjugal, levando em conta a circunstância da necessidade da formalização de tal ruptura, tal como se exigiu na sua constituição. No entanto, a partir do advento do texto constitucional de 1988, com a preponderância dos valores existenciais, psíquicos, solidaristas e personalistas, mostrou-se imprescindível a releitura de várias normas então em vigor (inclusive as da Lei 6.515/77), especialmente em matéria atinente aos efeitos jurídicos da separação de fato. E, logicamente, o novo Código Civil também necessita ser interpretado e integrado com base na Constituição Federal de 1988. Por óbvio que o estado civil das pessoas separadas faticamente continuará sendo o de pessoa casada, mas sem impedir a produção de determinados efeitos jurídicos diversos daqueles produzidos durante a convivência do casal. Cuida-se de considerar a presença dos valores éticos relacionados à idéia da comunhão plena de vida no casamento.

Sabe-se, tradicionalmente, que a dissolução da sociedade conjugal produz determinados efeitos de natureza pessoal (como, p. ex., a cessação dos deveres de coabitação, de fidelidade), e outros de natureza patrimonial (v.g., extinção do regime de bens, a imposição do dever alimentar, o término do direito sucessório), entre os cônjuges, e também em relação à prole e a terceiros. “*A dissolução da sociedade conjugal produz efeitos genéricos de natureza pessoal e patrimonial, interessando aos cônjuges, à prole e a terceiros; a separação judicial produz efeitos específicos, conforme tenha sido decretada em razão de mútuo consentimento, no pressuposto da culpa unilateral ou recíproca, ou sem o pressuposto da culpa de qualquer dos cônjuges*”¹⁷.

Há, contudo, determinados efeitos que são antecipados no ordenamento jurídico brasileiro, por força da concessão da medida cautelar de separação de corpos, ou mesmo em virtude de uma separação de fato precedente, e que são

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, p. 272.

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: RT, p. 725.

convalidados pela eficácia retroativa da sentença na ação de separação judicial ou ação de divórcio direto. Ao comentar sobre a separação de fato, Luiz Edson Fachin, à luz do sistema jurídico anterior ao advento do novo Código Civil, comentou:

*A separação de fato traz uma conseqüência prática interessante quanto à verossimilhança da presunção pater is est. Esta presunção é fundada num juízo de possibilidade razoável. Pai do filho, tido pela mulher casada, é o marido. Esta presunção, que não é nem juris tantum nem juris et de iure, é intermédia ou mista que se assenta em duas outras presunções: presunção de coabitação e presunção da concepção. Se eles estão separados de fato, não há como sustentar a base de probabilidade de que o marido seja pai do filho da mulher com a qual está formalmente casado*¹⁸.

Da mesma maneira que em relação à união estável fundada no companheirismo, mister se faz a presença de determinados requisitos, de natureza objetiva e subjetiva, para a configuração da separação de fato como hábil a produzir determinadas conseqüências jurídicas que, a princípio, somente a dissolução da sociedade conjugal acarretaria. Com efeito, a própria possibilidade do divórcio direto, pelo simples fato da separação de fato do casal por dois anos, não necessariamente se verificará em determinados contextos, como já foi percebido pela doutrina: “*Não será toda e qualquer situação de separação fática a ensejar pedido de divórcio. Indispensável que o afastamento dos cônjuges denote rompimento da affectio societatis, como resultado de dificuldades de convivência (não importa a causa), de sorte a reclamar o divórcio como remédio para o desacreditado casamento*”¹⁹. Há situações de rompimento da convivência, em que o elemento anímico que fundamentou a constituição e a própria manutenção da união continua presente, não ensejando, portanto, qualquer consideração acerca da separação de fato. Veja, por exemplo, os casos de internamento de um dos cônjuges por motivo de doença ou acidente, ainda que tal internação seja prolongada; os casos de afastamento por motivo de guerra ou viagens a serviço. A esse respeito, o art. 1.569, do novo Código Civil, é expresso ao admitir, a título excepcional, que um dos cônjuges possa se ausentar do domicílio conjugal para atendimento a encargos públicos, ao exercício de sua profissão ou a interesses particulares relevantes, sendo que no último caso há conceito jurídico indeterminado permitindo sua concretização pelo juiz em várias situações fáticas, como na hipótese de um parente muito próximo do cônjuge que necessite de cuidados pessoais diante de doença grave que o tornou inválido. Há, ainda, determinados casais que, em homenagem a uma convivência mais salutar, optam por manterem residências diversas.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 182-183.

¹⁹ AMORIM, Sebastião Luiz. O divórcio e a Constituição de 1988. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *O direito de família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 81.

“*Certos casais modernos preferem esse comportamento a dois, e nem por isso deixam de preservar a união familiar, uma vez mantidos os encontros mínimos indispensáveis à coabitação...*”²⁰. É certo também que há o outro lado da moeda, ou seja, a hipótese envolvendo cônjuges que prosseguem morando sob o mesmo teto, mas sem a convivência conjugal e a comunhão de vida, por motivos variados como dificuldades financeiras, comodismo ou necessidade de aparência de casamento²¹.

Dentro da distinção entre características e requisitos, importante enunciar inicialmente as características da separação de fato: a) objetivo de dissolução da família matrimonial anteriormente formada (ainda que de um dos cônjuges, somente); b) instabilidade; c) continuidade; d) notoriedade; e) ausência de formalismo. E, como requisitos, é relevante a distinção entre os requisitos objetivos e subjetivos. Assim, podem ser enumerados os requisitos indispensáveis à configuração da separação de fato: A) requisitos objetivos: a) a existência de casamento válido; b) ausência de óbice à dissolução da sociedade conjugal; c) superveniente falta de comunhão de vida; d) lapso temporal de separação fática; e) falta de justo motivo para a separação; B) requisitos subjetivos: a) intenção de não mais conviver (impossibilidade de reconstituição da vida em comum); b) ausência da *affectio maritalis*.

Como primeira característica, ou seja, o objetivo de desconstituição da família matrimonial, deve-se atentar para a finalidade da separação de fato. A despeito de ainda não ter ocorrido a dissolução da sociedade conjugal por alguma circunstância (falta de tempo hábil, inexistência de causa específica para a separação judicial, ou mesmo por desinteresse de ambos), constata-se que a separação de fato se deu diante da descoberta de que não há mais o desejo do casal compartilhar a mesma vida, não subsistindo qualquer motivo que os leve a continuar comungando de alegrias e tristezas, ou que dêem seguimento ao projeto familiar. Em suma: não há mais a comunhão plena de vida, prevista no art. 1.511, do novo Código Civil. Ao contrário: o objetivo é exatamente o de desfazer todos os planos anteriormente combinados, o de não prosseguir compartilhando as suas vidas e os seus sentimentos. Diante de tal aspecto, a família passou a ser dotada de instabilidade, como segunda característica da separação de fato. A união matrimonial se mostrou instável, não-sedimentada, hábil a ser dissolvida e, em certos casos, a fazer cessar determinados efeitos pessoais e/ou patrimoniais do casamento. Tal instabilidade deve ser, inexoravelmente, associada ao lapso temporal de separação de fato que, na hipótese, será o de pelo menos um ano, diante da regra da separação-falência atualmente estabelecer tal

²⁰ AMORIM, Sebastião Luiz. *Ibidem*, p. 82.

²¹ A respeito de tal questão, a última edição atualizada do livro do Professor Caio Mário da Silva Pereira contém a seguinte passagem: “*a ruptura da vida em comum não exige, obrigatoriamente, afastamento físico ou material. Tal seja o ambiente doméstico e os relacionamentos pessoais dos cônjuges, será lícito configurar a ruptura, não obstante permaneçam os cônjuges residindo sob o mesmo teto. Trata-se, portanto, de matéria de prova*” (Instituições de direito civil, v. V, op. cit., p. 253).

prazo de um ano de separação de fato (art. 1.572, § 1º, do novo Código Civil; art. 5º § 1º, da Lei 6.515/77, que foi revogado pelo novo texto codificado). A continuidade da não-convivência é a terceira característica, no sentido de não ter ocorrido a reconciliação, em nenhum momento, desde o início da separação de fato até a dissolução da sociedade conjugal. A respeito de tal característica, como sendo presente na separação de fato como autorizadora do divórcio direto, comentou-se: “*Hão de ser “consecutivos”, contínuos, sem interrupção, os dois anos de separação de fato, para ensejar pedido de divórcio. Não comportam suspensões pela temporária reconciliação do casal. O reatamento da vida em comum não provoca simples suspensão, mas a interrupção do prazo, que se há de contar ex novo*”²². A separação de fato dos cônjuges deve ser notória, ou seja, ser reconhecida socialmente, mesmo que por um grupo restrito de pessoas, normalmente aqueles que mantêm contato mais próximo por relações de amizade, parentesco, trabalho. Cuida-se de identificar a separação de fato por um grupo de pessoas, evitando, assim, prejuízo relativamente a terceiros (no campo pessoal e patrimonial). E, finalmente, a separação de fato é essencialmente uma situação informal, no sentido de não haver sido tomada qualquer providência formal, por ora, quanto à dissolução da sociedade conjugal. Logicamente, não afastará a característica do informalismo a circunstância dos cônjuges já se encontrarem em litígio judicial, como por exemplo, através de ação de alimentos, ou ação de guarda de filhos menores ou maiores inválidos. O informalismo está associado à inexistência de qualquer medida judicial relacionada diretamente à dissolução da sociedade conjugal, sequer em sede cautelar (separação de corpos).

No campo dos requisitos objetivos, surge, inicialmente, a necessidade da configuração, entre o casal, de um casamento válido, porquanto a separação de fato tende a se converter, no futuro, em uma separação judicial ou um divórcio. Poder-se-ia, também, cogitar dos casamentos (nulos) putativos e anuláveis, no período anterior à sentença judicial de procedência do pedido de declaração de nulidade ou de anulação do casamento, em que houve separação de fato, evidentemente se conjugado a outros fatores. O companheirismo, por exemplo, não permite o reconhecimento da separação de fato tal como se pode falar quanto ao casamento, levando em conta que a ruptura do convívio já representa, por si só, a própria dissolução da união entre os companheiros, diante da informalidade da constituição e da desconstituição do vínculo fundado na união estável. Como segundo requisito, aparece aquele relacionado à ausência de qualquer óbice à dissolução da sociedade conjugal. Veja, por exemplo, a chamada “cláusula de dureza”, contida no revogado art. 6º, da Lei 6.515/77, em que o juiz podia negar a separação judicial se ela constituísse causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou ainda, se produzisse conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos me-

nores. Assim, não sendo possível a separação judicial, logicamente a separação de fato não se configurará. Registre-se que o novo Código Civil não reproduziu o preceito contido no art. 6º, da Lei 6.515/77 e, portanto, inexistente mais tal obstáculo à configuração da separação-remédio e, conseqüentemente, à separação de fato. Como terceiro requisito objetivo, sobressai a superveniente falta de comunhão de vida, sob os três aspectos, quais sejam, a ausência de comunhão espacial (residência sob o mesmo teto), de comunhão física (débito conjugal) e de comunhão financeira (prosperidade econômica). Não há mais comunhão de vida, de sentimentos e de bens entre o casal, e assim, conjugada aos demais requisitos, é de se reconhecer a separação de fato, sob o ângulo da separação fática de corpos. Anote-se, no entanto, que a residência sob o mesmo teto poderá subsistir em razão de inúmeros fatores, não impedindo a configuração da separação de fato diante justamente da ausência da comunhão plena de vida dos cônjuges. Outro requisito é o lapso temporal de separação fática que, de acordo com o sistema jurídico introduzido desde a Lei 8.408/92 – e que permanece, neste aspecto com o novo Código Civil –, deve ser o de um ano de não-convivência ininterrupta, diante da possibilidade de obtenção da separação-falência após separação de fato por, pelo menos, um ano (art. 1.572, § 1º, do novo Código Civil, e art. 5º, § 1º, da Lei 6.515/77, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.408/92). E, como último requisito objetivo, deve ser observada a falta de justo motivo para a separação, como na hipótese de motivo de internação, de trabalho em viagem longa, de estudos, de guerras, por exemplo; em outras palavras: a não-incidência da regra contida no art. 1.569, do novo Código Civil quanto às exceções à regra da comunhão de vida entre os cônjuges. Como requisitos subjetivos, pode-se citar a intenção de não mais conviver com o cônjuge (a impossibilidade de reconstituição da vida em comum) e a ausência de *affectio maritalis*. O elemento anímico de um dos cônjuges, no sentido de não mais pretender conviver com o outro é suficiente para o rompimento do elo existencial que até então existia. E, logicamente, a *affectio* se dissolve diante do desaparecimento do projeto familiar, eis que, como em um contrato, não basta a vontade de um só, mas sim a conjunção dos elementos volitivos dos interessados. Cuida-se de interpretar, *a contrario sensu*, o disposto no art. 1.511, do novo Código Civil, no sentido de que o esfacelamento da comunhão plena de vida que deveria existir no casamento (de fato) propicia a configuração da separação de fato diante da perda do elemento anímico que existiu entre os cônjuges.

4 EFEITOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE FATO

Tradicionalmente, no campo patrimonial, a sentença homologatória do antigo *desquite* amigável produzia efeitos retroativos quanto à situação dos bens, fazendo com que o regime matrimonial sob o prisma econômico fosse considerado extinto no momento do acordo de vontades, enquanto no *desquite*

²² AMORIM, Sebastião Luiz. *Op. cit.*, p. 82.

litigioso a comunhão de bens prosseguia até o trânsito em julgado da sentença de procedência do pedido de dissolução da sociedade conjugal²³. Com o advento da Lei 6.515/77, o seu art. 8º trouxe nova regra em matéria de separação judicial litigiosa, pois além de estabelecer que o julgamento de procedência produziria seus efeitos na data do trânsito em julgado, previu a retroatividade do julgado à data da decisão que tiver concedido separação cautelar. “*Ora, o dispositivo não faz distinção entre os efeitos pessoais (cessação do dever de coabitação e fidelidade) e patrimoniais (término da sociedade conjugal, importando na partilha dos bens)*”²⁴. Assim, a regra relativa à eficácia *ex nunc* do julgamento de desconstituição da sociedade conjugal passou a ter uma exceção na hipótese de ter sido concedida separação cautelar. Daí a correta lição de Yussef Said Cahali, ao concluir que “*a teor do art. 8º, in fine, da Lei do Divórcio, não se comunicam os direitos e obrigações individualmente contraidas pelos cônjuges e previamente separados, sob expectativa da sentença final de separação definitiva*”²⁵. Assim, durante o período de 1977 – Lei 6.515 – até 1988 – Constituição Federal –, houve essa importante alteração em matéria de produção dos efeitos da separação cautelar de corpos, principalmente no campo patrimonial. Contudo, formalmente a sociedade conjugal, sem a verificação do trânsito em julgado sobre a separação judicial, ainda se mantinha, inclusive quanto a certos efeitos, como por exemplo, o de impedir a perda do nome de família do outro cônjuge.

O patrimônio comum do casal, pois, deve ser considerado composto e definido quanto aos bens suscetíveis da partilha futura, sob condição suspensiva do trânsito em julgado da separação, no momento da decisão que determinou a separação cautelar de corpos. A partir do texto constitucional de 1988, mormente da priorização dos valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, principalmente em matéria de Direito de Família, e, com o advento da Lei 8.408/92 – que diminuiu o prazo da separação-falência para apenas um ano do § 1º, do art. 5º, da Lei 6.515/77, o que foi repetido no § 1º, do art. 1.572, do novo Código Civil –, é fundamental que se reconheça que os bens adquiridos individualmente, a título oneroso ou gratuito, por um dos cônjuges

durante a separação de fato não mais se comunique ao outro, sob condição suspensiva da dissolução da sociedade conjugal (por morte, separação judicial, divórcio ou mesmo invalidação do casamento). Trata-se de reler a normativa infraconstitucional, em especial a Lei 6.515/77, e interpretar o novo Código Civil, à luz dos novos princípios e valores constitucionais, especialmente aqueles que priorizam a valorização do ser, em detrimento do ser, diante dos fenômenos da repersonalização e despatrimonialização das relações familiares. Diversamente da separação de corpos, a separação de fato independe da iniciativa de instauração da lide processual (daí o informalismo), mas se submete à condição suspensiva de futura dissolução da sociedade conjugal, sendo hipótese propriamente de condição (e não de termo, como se poderia supor), levando em conta a possibilidade do desaparecimento de um dos requisitos, objetivos ou subjetivos, para a configuração da separação de fato. Imagine-se, por exemplo, que o casal separado de fato reate o relacionamento, reconciliando-se, terminando com o período de separação de corpos.

Desse modo, atualmente, a retroação dos efeitos de uma sentença que dissolve a sociedade conjugal à data do primeiro aniversário de separação de fato ou da decisão que concedeu a separação cautelar de corpos significa que nesta época os efeitos pessoais entre os cônjuges e o próprio regime matrimonial de bens deixaram de existir. Não se trata sequer de inovação no Direito brasileiro, porquanto o Código Penal de 1940, já previa o perdão judicial no crime de adultério em caso de cessação da vida em comum dos cônjuges²⁶, antecipando, portanto, o reconhecimento de que a separação de fato já permitiria algumas conseqüências análogas ao antigo *desquite*.

A prosperidade econômica do casal é um dos aspectos inseridos no contexto da coabitação, como dever recíproco dos cônjuges. Na eventualidade de não mais existir a coabitação de fato, presentes os requisitos acima elencados, em especial a falta de comunhão de vida entre os cônjuges, com a separação física do casal, inexistente motivo para se presumir a conjugação de esforços e recursos na aquisição patrimonial, seja a que título for. Desfeita a coabitação – ainda que somente no plano fático –, a princípio houve a perda da *affectio societatis*, cuja presença era indispensável para justificar a comunhão de bens no casamento. Tal raciocínio está em perfeita sintonia com o sistema existente no Direito de Família brasileiro, diante da adoção dos mesmos postulados que levaram o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula 377, que cuidava da comunhão de aquestos no regime obrigatório de separação de bens, quando a aquisição se verificar em decorrência da comunhão de recursos e esforços dos cônjuges.

²³ O assunto é bem desenvolvido por Yussef Said CAHALI: “*Quanto aos bens que devem ser inventariados para constituir o acervo partilhado, a jurisprudência formada em torno do direito anterior assentara à base de acórdão do STF uma distinção fundamental: a sentença de homologação do desquite amigável, para fins patrimoniais, produziria efeitos ex tunc, a partir da manifestação do acordo de vontade; de modo que a partilha permaneceria inalterável ainda que em seguida àquele momento, antes da sentença homologatória ou na pendência do recurso então necessário, algum dos cônjuges viesse a receber herança ou adquirir bens (...); enquanto isso, no desquite litigioso, a sentença, sendo constitutiva em sentido amplo, expunha-se à regra geral no sentido de ter efeito apenas ex nunc, para a frente; de modo que deveriam ser inventariados os bens comunicados até o momento de transitar em julgado a decisão que dissolvera a sociedade conjugal*”. (Divórcio e separação, *op. cit.*, p. 804-805).

²⁴ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 806.

²⁵ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 806.

²⁶ Cuida-se do disposto no art. 240, § 4º, do Código Penal, que já mereceu o seguinte comentário: “*admite-se o perdão judicial nos casos de separação de fato, a despeito de formalmente não ter ocorrido a cessação do dever de fidelidade recíproca*”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 161).

Ao cuidar do melhor interpretação do disposto no art. 8º, da Lei 6.515/77, Yussef Cahali observou: “na interpretação lógica que o texto final do art. 8º da Lei do Divórcio permite, deu-se à medida cautelar de separação de corpos uma eficácia *in fieri*, de terminação da sociedade conjugal, condicionada, portanto, à subsistência da medida e à sentença definitiva de separação judicial; daí o efeito retroativo desta, no caso”²⁷. Pode-se afirmar, atualmente, que o art. 8º, da Lei 6.515/77, conjugado com o art. 1.572, § 1º, do novo Código Civil (que repete o art. 5º, § 1º, da Lei 6.515/77), e o art. 226, §§ 3º e 6º, da Constituição Federal, somente pode ser interpretado no sentido de admitir a produção de efeitos idênticos entre a separação cautelar de corpos e a separação de fato dotada das características e com a presença dos requisitos enumerados, sendo que ambas as hipóteses – separação cautelar e separação de fato – ficam sujeitas à condição suspensiva da sentença definitiva de separação judicial ou da ocorrência de alguma hipótese de dissolução de sociedade conjugal, respectivamente. Constata-se, desse modo, que o art. 8º, da Lei 6.515/77, não foi revogado pelo novo Código Civil, não sendo caso de subsistência de apenas dispositivos de natureza processual na denominada lei do divórcio²⁸.

A jurisprudência mais atual vem reconhecendo a incomunicabilidade dos bens adquiridos por qualquer um dos cônjuges durante o período de separação de fato prolongada, que precedeu à separação-falência ou o divórcio direto. “A constância do casamento pressupõe, à evidência, a convivência dos consortes, o que no caso se romperia há muito. (...) Não se comunicam, portanto, os bens adquiridos por um dos cônjuges após longa separação de fato”²⁹. Outro voto se mostra bastante atual e elucidativo sobre o tema:

(...) Ora, se o decurso de tempo gerou para os cônjuges o direito de postular a decretação da ruptura do vínculo conjugal, de fato desfeito pela longa separação e manifesta impossibilidade de reconciliação, não se há falar em comunhão de bens onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, affectio maritalis, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole. O regime de bens é imutável sim. Mas, se o bem foi adquirido

²⁷ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 810.

²⁸ Tal comentário contraria posição da Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, no trabalho intitulado **Da separação e do divórcio**, defendeu a orientação da revogação total da Lei 6.515/77 (In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 99).

²⁹ Trecho do voto do Ministro Barros Monteiro, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 86.302/Rio Grande do Sul, na condição de Relator do Julgado da Quarta Turma (DJ 06.09.1999). Para corroborar seu raciocínio, o Relator complementou: “Além do mais, a pretensão à meação manifestada pelo ex-marido, em face das bases fáticas que emolduraram o presente litígio, representaria sim verdadeiro enriquecimento injusto, conforme deixaram patente tanto o Acórdão da apelação como o “decisum” proferido em sede de embargos infringentes”. Podem também ser citados como precedentes do Superior Tribunal de Justiça os seguintes julgamentos: Recurso Especial 60.820-1/RJ e Recurso Especial 127.077/ES, ambos relatados pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar.

*quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao Direito e à Moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse bem ao outro cônjuge*³⁰.

Desse modo, para evitar soluções injustas, prevenindo o enriquecimento sem causa (novo CC, art. 884), além de cumprir os valores e princípios da Constituição Federal de 1988 no que tange à ética solidária das relações intersubjetivas, urge que se considere que não se comunicam e, por isso, não se sujeitam à partilha os bens adquiridos durante o período de separação de fato do casal, diante dos requisitos e características enunciados³¹. A falta de comunhão plena de vida, representando a vertente do referencial ético no casamento, conduz à vedação do aproveitamento por parte dos cônjuges de efeitos pessoais e patrimoniais que somente se produzem diante do atendimento à função social da família. Como na hipótese da separação de fato, inexistente convívio conjugal, naturalmente deverá ser cessado o efeito da comunicação de bens entre os cônjuges.

A previsão contida no § 1º, do art. 1.723, do novo Código Civil, no sentido do reconhecimento do companheirismo mesmo que um dos companheiros seja casado – ou, eventualmente ambos sejam casados com terceiras pessoas –, desde que haja separação de fato, vem a confirmar a produção de efeitos decorrentes da separação de fato no âmbito do próprio casamento e, simultaneamente, permitir a formação de nova família, ainda que informal, que passa a receber tutela do ordenamento jurídico. Como bem observou Rodrigo da Cunha Pereira, o texto codificado é expresso ao admitir a união estável entre pessoas separadas de fato, inexistindo qualquer obstáculo para a configuração da família fundada no companheirismo³². Em trabalho publicado antes do advento do novo Código Civil, já havia sido defendida a tese acolhida pelo § 1º, do art. 1.723, referido:

para o companheirismo, aplicam-se os impedimentos previstos no art. 183, do Código Civil, apenas com a mitigação quanto à regra do inc. VI, ou seja, não há impedimento se um dos companheiros ou ambos forem casados com terceiras pessoas, mas estejam separados de fato há mais de dois anos,

³⁰ Acórdão publicado na **RJTJSP** 114/102, tendo como Rel. Des. Alves Braga, da 4ª. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (*apud* CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 813).

³¹ O projeto de Lei 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, busca positivar a regra da incomunicabilidade de bens entre os cônjuges durante a separação de fato, tendo Caio Mário da Silva Pereira justificado tal orientação exatamente com base no objetivo de ser evitar o enriquecimento sem causa (**Instituições de direito civil**, v. V, *op. cit.*, p. 272).

³² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil**. Coord. de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX, p. 42. E, em complemento, arrematou o autor citado: “*Padece de nexo jurídico a proteção do Estado a uma família que não mais existe, na qual a conjugalidade, há muito, já se esvaiu, e que hoje é, apenas, uma reminiscência cartorial, em detrimento de uma verdadeira e atual família*” (*Op. cit.*, p. 42-43).

*hipótese em que não há adultério, pois a comunhão de vida entre os cônjuges não vigora mais. Tal conclusão advém da correta interpretação do texto constitucional*³³.

Diante do princípio monogâmico, inexistente possibilidade de reconhecimento de simultaneidade entre duas famílias jurídicas no direito brasileiro, daí a possibilidade expressamente reconhecida no § 1º, do art. 1.723, do novo Código Civil, quanto à possibilidade de pessoa separada de fato ser considerada companheira de pessoa diversa de seu cônjuge³⁴, porquanto a única família que produzirá efeitos de ordem pessoal e patrimonial será aquela fundada no companheirismo, e não a anterior fundada no casamento diante da separação de fato³⁵.

Outra referência importante acerca da separação de fato, valores éticos e casamento, consta do art. 1.830, do novo Código Civil. Com efeito, o dispositivo inova no ordenamento jurídico brasileiro ao dispor que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente somente será reconhecido se, ao tempo da morte do autor da sucessão, não havia separação judicial ou separação de fato há mais de dois anos entre o casal, exceto no caso em que o sobrevivente comprovar que a convivência se tornara impossível sem sua culpa. É importante mencionar que

ainda na vigência do Código Civil de 1916, e da Lei 8.971/94, Francisco Cahali e Giselda Hironaka sustentaram a falta da qualidade sucessória para o cônjuge que estivesse separado de fato do outro, desde que tal situação fosse prolongada, reconhecendo, no entanto, que tal orientação divergia da majoritária sobre o tema³⁶. De todo modo, com o art. 1.830, do novo Código Civil, a questão é positivada para o fim de não se reconhecer a condição de herdeiro ao cônjuge separado de fato por período superior a dois anos, ressalvada a hipótese do sobrevivente provar que a convivência se tornara impossível sem culpa dele. Tal dispositivo demonstra a busca da lei em tutelar as verdadeiras e autênticas relações jurídicas fundadas no casamento (não apenas formal, mas especialmente de fato). Em outras palavras: resgata-se a importância da afetividade, do companheirismo, da cumplicidade, da convivência para a continuidade da família fundada no casamento, somente merecendo tutela aqueles que efetivamente mantiveram as relações familiares até o fim da vida do autor da sucessão. Trata-se de regra bastante salutar e adequada aos valores e princípios constitucionais, encontrando-se em perfeita sintonia com o disposto no art. 226, § 6º, da Constituição Federal, que prevê a separação de fato prolongada (por dois anos) como suficiente para autorizar o divórcio direto³⁷.

Ou seja: em caso de separação de fato prolongada, com a presença dos requisitos objetivos e subjetivos para sua configuração, deve-se considerar que os cônjuges poderiam obter o divórcio direto e, desse modo, se desvincularem, motivo pelo qual não se reconhece direito sucessório ao cônjuge sobrevivente porque tal família não mais cumpria sua função serviente e, desse modo, não merece ser tutelada (CF, art. 226, *caput*). É de se lamentar, a respeito de tal questão no âmbito sucessório, a ressalva feita no art. 1.830, do texto codificado, acerca da possibilidade de se reconhecer a qualidade de herdeiro e, portanto, titular de direito sucessório ao cônjuge sobrevivente que estava separado de fato, se ele demonstrar que a convivência se tornara impossível sem sua culpa. O critério da culpa que norteou todo o sistema jurídico brasileiro em matéria de desquite no período anterior à Lei 6.515/77 é reavivado para fins sucessórios no novo Código Civil. O ideal seria não ter sido incluída a ressalva, considerando a circunstância fática da separação de fato irreversível, impedindo o retorno à convivência do casal. Efetivamente, não há sentido em se considerar o critério da culpa na atualidade, mormente em matéria de sucessão legítima. Inexiste razoabilidade e valor jurídico que possa justificar a regra legal contida no art. 1.830, do novo Código Civil a respeito da culpa para fins de permitir a sucessão legítima em favor daquele que não teve culpa na separação de fato.

³⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 6, p. 228.

³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 125-126. No mesmo sentido do texto: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI, p. 224.

³³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 190. Na jurisprudência brasileira já havia sido pacificada tal orientação: "A mera separação de fato serve como um dos requisitos para a caracterização da união estável de pessoa casada, mesmo quando da vigência do CC/1916, tal encontrando amparo na doutrina e na jurisprudência então dominante" (TJRGS – 8ª Câmara. Civ. – Relº. Desº. Catarina Rita Krieger Martins – Apel. Civ. 70008690844 – j. em 01.07.2004).

³⁴ A jurisprudência brasileira, à luz do art. 1.723, § 1º, do novo Código Civil, vem confirmando o entendimento da existência da união estável ainda que ambos os companheiros (ou apenas um) estejam separados de fato dos seus cônjuges: "A doutrina e a jurisprudência há muito já vinham admitindo o reconhecimento da união estável quando um do par, ou até os dois, se encontrava separado de fato do respectivo cônjuge. Entendimento esse que restou chancelado pelo art. 1.723, § 1º, do Código Civil" (TJRGS – 7ª Câmara. Civ. – Apel. Civ. 70011016680 – Relº. Desº. Maria Berenice Dias – decisão datada de 25.04.2005). Em outro julgado do mesmo tribunal, não foi reconhecida a união estável fundada no companheirismo sob o fundamento da incoerência da separação de fato em relação ao cônjuge de um dos concubinos: "Não se pode reconhecer união estável simultaneamente à higida existência de casamento, se não restar cabalmente provada a alegada separação de fato. Só assim estará afastado o impedimento legal à constituição da união estável previsto no § 1º, do art. 1.723. Isso porque o Direito pátrio consagra o princípio da monogamia e não tolera a concomitância de entidades familiares" (TJRGS – 7ª Câmara. Civ. – Apel. Civ. 70010479046 – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – j. em 13.04.2005).

³⁵ Em julgado paradigmático a respeito do tema, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais encampou a orientação exposta acima, valendo transcrever o seguinte trecho da ementa: "Tendo ocorrido, com a separação de fato, lapso de tempo suficiente para autorizar o pleito da separação judicial ou do divórcio, não há porque não se conferirem à relação da embargada e do de cujus os fins legais contemplados no § 3º, do art. 226 da Constituição Federal, uma vez que a conversão em casamento não teria sido um ato impossível de ocorrer, se não fosse a morte deste; encontrando tal amparo não apenas na doutrina e jurisprudência, mas também no art. 5º, da LICC, refletindo o verdadeiro objetivo do § 3º, do art. 226, da CF" (TJMG – Embargos de Declaração 161.361-9/01 – Apel. Civ. – Comarca de Três Corações – Rel. Des. Paris Peixoto Pena – j. em 27.04.2000).

A alteração introduzida pelo novo Código Civil no que se refere à sucessão hereditária e a separação de fato, à evidência, decorre da evolução do Direito no tratamento da separação de fato como fenômeno jurídico inserido na seara dos valores éticos especialmente relacionados à noção de comunhão plena de vida. Os exemplos citados – o da incomunicabilidade do regime de bens, a ausência de óbice à configuração do companheirismo e a exclusão do cônjuge da sucessão dos bens deixados pelo falecido, na hipótese de separação de fato – confirmam, de modo significativo, o novo perfil do Direito de Família brasileiro associado a valores de realização da democracia e justiça sociais, humanistas e éticos. Não fossem as mudanças dos tempos, o quadro normativo-jurídico seria completamente diferente³⁸.

5 NOTA CONCLUSIVA

Após proceder à análise das várias nuances acerca da separação de fato e ética nas relações familiares, conclui-se que ainda há imenso e árduo esforço hermenêutico que a doutrina e a jurisprudência precisarão realizar. A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno e, simultaneamente, diretriz dos novos tempos, permitindo se alcançar a unidade, a harmonia e a coerência no sistema. As normas jurídicas codificadas, a despeito do esmero na sua formulação na via legislativa e da sua pertinência à ordem jurídica em vigor, não deixam de se revestir de algo teórico, necessitando, assim, ser diuturnamente experimentadas e avaliadas de acordo com a verificação das suas conseqüências no meio social. Daí porque a atividade de interpretação não pode se restringir às normas jurídicas, devendo abranger os fatos da vida social, sendo obrigatório inserir as normas no contexto do processo histórico global sob o prisma das necessidades sociais contemporâneas³⁹.

Neste sentido, é sempre atual a advertência de Spencer Vampré, feita em 1919, a respeito do Código Civil brasileiro de 1916: “*O Código Civil é sempre uma fórmula imperfeita de principio jurídicos, é sempre um producto transitório da cultura humana*”⁴⁰. Tal frase se mostra em perfeita coerência com o estágio contemporâneo do tratamento normativo-codificado dos temas desenvolvidos no trabalho ora apresentado, cabendo ao intérprete realizar sua importante e fundamental atividade de interpretação e aplicação do Direito, não apenas com

³⁸ A respeito do tema, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não reconheceu alimentos em favor de pessoa casada separada de fato há anos, período em que sequer houve auxílio material ou propositura de ação de alimentos (3ª Câm. Civ. – Rel. Des. Luiz Felipe Haddad – Ap. Civ. 2004.001.15610 – j. em 25.01.2004).

³⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989, *passim*.

⁴⁰ VAMPRE, Spencer. *Interpretação do Código Civil*. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1919, p. 66.

o conhecimento e domínio analítico-descritivo do sistema jurídico, mas também com a idoneidade e capacidade de formular juízos de valor a respeito dos interesses individuais, coletivos e sociais em jogo.

6 REFERÊNCIAS

- AMORIM, Sebastião Luiz. O divórcio e a Constituição de 1988. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **O direito de família após a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, *passim*.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 6.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: RT.
- CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os fundamentos do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A família no direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 125-126. No mesmo sentido do texto: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI.
- _____. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- JAYME, Erik. Cours general de droit international privé. In: **Recueil des Cours**. Académie de Droit International, t. 251. The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX.
- _____. **Concubinato e união estável**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VAMPRÉ, Spencer. **Interpretação do Código Civil**. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1919.

GENES HUMANOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Heloisa Helena Barboza¹

"A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir".

Hannah Arendt²

Sumário: 1. Introdução; 2. Gene, genoma, DNA humano: compreensão jurídica; 3. Regulamentação; 4. Dignidade humana: princípio indeclinável; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Na segunda metade do século XX, os progressos das telecomunicações facilitaram a divulgação dos constantes avanços da biotecnologia e da biomedicina, ensejando amplo debate social. Questões até então restritas aos meios acadêmicos e científicos passaram ao noticiário, popularizando termos não raro desconhecidos pelo grande público. Expressões como genética, DNA, clonagem foram incorporadas ao vocabulário corrente, ganhando inclusive sentido figurado.

As profundas indagações éticas, provocadas especialmente pela interferência em processos que se acreditavam exclusivos da natureza, passaram a exigir a regulamentação dessas atividades. Sem prejuízo de suas outras funções, a normatização assumiu o papel de instrumento capaz de conter as atividades científicas nos limites do aceitável pela sociedade. Paradoxalmente, espera-se dessas mesmas atividades, não só a solução para os males que afligem os seres humanos, mas também o controle, se não a superação, do envelhecimento e da morte.

A composição dos interesses em conflito é árdua. No âmbito do Direito há freqüente colisão de princípios, a exigir contínuo esforço interpretativo, que

¹ Professora Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora do Mestrado da Faculdade de Direito de Campos – FDC.

² ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 16.

tem como objetivo primordial, mais do que sua harmonização, a preservação da qualidade humana essencial: a dignidade.

2 GENE, GENOMA, DNA HUMANO: COMPREENSÃO JURÍDICA

A assimilação pelo Direito dos novos fenômenos científicos, ao menos no Brasil, tem sido mais lenta do que o habitual. Não bastassem as divergências éticas, as novas formas de dissecação do ser humano, propiciadas pela biotecnologia, vêm revelando alguns “segredos da natureza”. Como consequência imediata, infirmam-se as estruturas dos ordenamentos jurídicos, edificadas sobre sólidas bases da “ordem natural das coisas”, que parecia imutável, de todo compatível com a “*era das certezas*”³.

Nesse contexto, formularam-se conceitos e estabeleceram-se situações jurídicas, ainda válidos, mas hoje insuficientes diante dos fatos⁴. Tome-se como exemplo o nascituro. A tutela que sempre lhe foi dispensada, como “*pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno*”⁵, não cogitava da concepção extracorpórea e se demonstra inadequada para os embriões que se encontram criopreservados.

Nessa linha, alongam-se os exemplos, cabendo ressaltar que, em alguns casos, considerada a materialidade do bem, a dificuldade não reside na sua qualificação jurídica que, de imediato, pode ser estabelecida. Tormentosa, muitas vezes, é a percepção do real conteúdo jurídico que encerra, este sim, determinante do tipo de proteção que lhe deve ser concedida e do valor econômico, quando admissível.

Há bens que, pelo seu significado para o homem, não têm e não devem ter expressão econômica, exigindo, porém, tutela do ordenamento jurídico. Nessa classe estão as partes separadas do corpo humano, que, isoladamente passam à categoria das coisas. A separação e a disponibilidade de partes do corpo vivo, aqui compreendidos, órgãos, tecidos, sangue e substâncias humanas, são admitidas, em regra, desde que não haja risco de vida, perda ou diminuição de sentido ou função, levando-se em conta a possibilidade de regeneração e especialmente o objetivo, que deve ser científico ou altruístico.

Embora vedado qualquer tipo de comercialização, por força de norma constitucional⁶, certo é que se tem permitido franca disposição de algumas partes renováveis, como os cabelos e unhas, inclusive mediante remuneração.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 59-67.

⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. *Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos*. In: *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-40.

⁵ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *A Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 6-11.

⁶ Constituição da República de 1988, art. 199, § 4º.

O corpo, sem vida, passa a ser considerado coisa⁷, mas lhe é concedida especial proteção, ao menos em nome da pessoa que foi⁸. Discute-se a possibilidade de projeção da personalidade para além da morte, para fins de tutela dos direitos da personalidade⁹, que se efetiva, por exemplo, na criminalização das ações contrárias ao respeito aos mortos¹⁰ e no resguardo de alguns interesses do falecido¹¹. Contudo, esse mesmo tipo de projeção encontra fortes resistências quando se trata de uma vida em formação, caso do embrião humano, que tem sua proteção atrelada aos conceitos de pessoa e personalidade¹².

Evidencia-se, portanto, que a inclusão de um bem na categoria das coisas não lhe atribui, necessariamente, valor econômico e nem o torna plenamente disponível. Ao contrário, em muitos casos, prevalece o seu significado para o sujeito, pessoalmente ou na vida de relação, como fator determinante de sua disponibilidade e avaliação.

Nessa ordem de idéias deve ser analisada a compreensão jurídica do gene humano. No núcleo das células encontram-se os cromossomos, que representam arranjos lineares de DNA. Dispersados ao longo dos cromossomos encontram-se os genes. Genes (*gene* ou *gen*, do grego, *gignomai*, gerar) são segmentos de DNA, biomoléculas que representam o material genético, o qual contém todas as informações para gerar um organismo vivo e determinar suas características. O conjunto de todo o material genético que define um ser vivo é o *genoma*, que “*contém riquezas de valor quase inestimável*”¹³.

Interessante comparação foi feita sobre o DNA: “*como o DNA tem papel essencialmente informacional, podemos comparar o genoma humano com uma grande biblioteca com instruções para gerar o que nós somos. Cada cromossomo seria uma grande estante onde os genes são os livros. O alfabeto com o qual estes livros foram escritos possui as 4 letras que correspondem aos 4 diferentes nucleotídeos da molécula de DNA: A, C, G e T*”¹⁴.

À luz da tradicional classificação dos bens, os genes, quer sob seu aspecto físico (conjunto de biomoléculas) ou abstrato (informação), são coisas, respec-

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I, p. 402. 252.

⁸ MATHIEU, Bertrand. *Génome Humain et Droits Fondamentaux*. Paris: Économica, 2000. p. 68.

⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 226.

¹⁰ Código Penal, arts. 209 – 212 (Crimes contra o respeito aos mortos).

¹¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 34-35.

¹² Sobre o assunto ver BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 248-269.

¹³ DAVIES, Kevin. *Decifrando o genoma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 56. Segundo o autor o genoma humano também é conhecido como o Livro da Vida, o Manual do Homem, o Código dos Códigos.

¹⁴ SOUSA, Marcelo Valle de. *Gestão da Vida? genoma e pós-genoma*. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 2001.

tivamente, corpóreas ou incorpóreas. Como objeto de direito seriam, em princípio, passíveis de disposição pelo titular e de avaliação econômica. Este “enquadramento” deve ser considerado meramente convencional, pois muito se distancia da verdadeira natureza do bem em questão.

Como já se ressaltou, “a particular relevância da informação genética derivada do seu caráter estrutural e permanente”, visto que “o patrimônio genético é definitivo e inalterável por toda extensão da vida biológica de um indivíduo; considera o sujeito na sua unicidade e o coloca em relação inequívoca com outros sujeitos; é o caminho biológico direto entre as gerações e como tal imortal, enquanto todos os outros caracteres biológicos, pertencendo à linha somática, morrem com o indivíduo”. Por conseguinte, a referida classificação, feita *a priori*, não parece de todo adequada, na medida em que pretere os mais importantes efeitos resultantes do conhecimento do DNA. Como observa a doutrina italiana, em lugar de fórmulas impróprias como “manipulação genética”, o destaque pode ser colocado sobre a “informação” genética, entendida “como instrumento essencial para a identificação pessoal e individualização dos fatores de risco”¹⁵.

A referência à informação genética, nos termos acima, traduz a adequada percepção jurídica dos genes humanos. Os genes, assim entendidos, são bens de inestimável valor, sendo questionável sua livre disponibilidade, imbricando-se diversas questões jurídicas.

A primeira delas respeita à existência de “propriedade” da pessoa sobre seus genes, inserindo-se no antigo debate sobre a relação do indivíduo com o seu próprio corpo. Tradicionalmente, considera-se o corpo humano como um bem jurídico, “uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma”. O *direito ao corpo* compreende o todo e as partes que dele se podem destacar e individualizar, que passam, como coisas, a ser “propriedade do respectivo titular”¹⁶.

Os constantes, crescentes e diferenciados modos de intervenção sobre o corpo vêm demonstrando que as normas sobre o assunto são “poucas, sintéticas e referentes apenas a uma reduzidíssima parte dos problemas hoje discutidos”. Tal fato verificou-se, não em razão de desatenção ou desinteresse, mas como conseqüência do uso do corpo ter permanecido, durante muito tempo e na maioria dos casos, vinculado unicamente às leis naturais, que consentiam

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulin, 1995. p. 208-209. (tradução livre)

¹⁶ AMARAL, Francisco. *Introdução ao Direito Civil*, p. 262-263. Francisco Eugênio Arcanjo, em palestra sobre O Projeto de Lei de Acesso a Recursos Genéticos (PL 306/95): a genética humana em questão, menciona que “os recursos genéticos humanos [...] são propriedade de cada indivíduo”. In: EMERICK, Maria Celeste; CARNEIRO, Fernanda (Orgs.). *Recursos Genéticos Humanos*: limites ao acesso. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997. p. 26.

apenas limitadas interferências que não modificassem a estrutura e que, portanto, não tinham necessidade de regulação jurídica específica¹⁷.

O corpo pode ser entendido e definido como “unidade funcional que deve ser protegida também para consentir a realização do direito de cada um à autodeterminação”¹⁸. A análise da realidade atual de como e quando o corpo, suas partes e seus produtos podem tornar-se objeto de atos de disposição, por parte de quem ou de quais verdadeiras e próprias transações comerciais, demonstra que “o corpo se apresenta como um objeto jurídico novo”¹⁹.

Constata-se, nessa ordem de idéias, que a relação do ser humano com seu corpo ou com partes dele destacadas, não se harmoniza com o conceito de propriedade, nos moldes previstos para as coisas. Observe-se que, os que admitem a relação de propriedade, entendem o *direito ao corpo* como projeção “do princípio da dignidade humana e do direito à integridade física”²⁰, normas que lhe servem de fundamento, mas impõem limites, em particular no que se refere ao poder de disponibilidade.

A questão cresce em importância na exata medida em que se intensificam as atividades de *engenharia genética* ou *manipulação genética*, designação controvertida que indica as ações de interferência nos genes ou no genoma que podem ter diversas finalidades²¹. A simples enunciação dessas finalidades, ainda que não exaustiva, é suficiente para demonstrar a complexidade de seus efeitos no campo jurídico. A inevitável colisão de princípios que ocasionam exige delicada ponderação, a qual deve anteceder e orientar o estabelecimento de regras e/ou restrições, sem preterição, à evidência, dos mandamentos éticos.

As atividades de engenharia genética podem ser realizadas para: identificação do indivíduo, investigação na área civil e criminal, pesquisa ou experimentação, diagnóstico, terapia. Em cada uma dessas hipóteses, diferentes fatores, tais como: os sujeitos envolvidos (capazes ou incapazes, a indicar o poder de consentir), as circunstâncias da realização e até a probabilidade de sucesso, assumem aspectos peculiares, tornando mais árdua a ponderação dos princípios envolvidos.

Se todas as razões alinhadas estão a indicar que os genes devem integrar a esfera de interesses extrapatrimoniais do indivíduo, não se pode afastar o

¹⁷ RODOTÀ, Stefano. Ob. cit., p. 179.

¹⁸ *Idem*, p. 184.

¹⁹ *Ibidem*, p. 204.

²⁰ AMARAL, Francisco. Ob. cit., p. 262.

²¹ Há divergências quanto à terminologia adequada. MOSER, Antônio. *Biocombustíveis e Bioética*. Petrópolis: Vozes, 2004. Segundo o autor (p. 189-190), muitos estudiosos, ao falarem de engenharia genética, “identificam-na pura e simplesmente com ‘manipulação genética’, expressão que vem carregada negativamente de um ponto de vista ideológico, que não deixa de retratar as preocupações próprias do mundo atual, dominado pela biociência”.

debate e mesmo a possibilidade de sua disponibilidade (e até de comercialização), se não do próprio material, pelo menos dos processos utilizados ou dados obtidos.

Stefano Rodotà²² alerta para a necessidade de “*se verificar na realidade de hoje se, como e quando o corpo, suas partes e seus produtos podem tornar-se objeto de atos de disposição, e da parte de quem, ou de verdadeiras e próprias transações comerciais*”. Relata o autor dois casos particularmente significativos sobre o tema em debate.

John Moore, um paciente afetado de leucemia, foi tratado, em 1976, próximo ao Centro Médico da Universidade da Califórnia em Los Angeles (UCLA). Durante o tratamento seu baço foi extirpado e dois médicos assistentes descobriram que os tecidos do baço tinham a propriedade de produzir uma proteína particular do sangue. Os linfócitos T de Moore foram assim utilizados por uma linhagem celular (*linea celular*) para a produção de medicamentos antibacterianos e contra o câncer. Em 1981, a UCLA obteve a patente dessa linhagem celular e, com esta base, a universidade e dois pesquisadores firmaram um contrato com a sociedade Genetic e Sandoz que, por sua vez, patenteou em 1984, nove produtos derivados daquela linha celular. O valor em conjunto da operação “*Mo cell line*” foi estimado em mais de três bilhões de dólares.

Em 1984, Moore propôs uma ação para que lhe fosse reconhecida uma participação nos lucros possibilitados pela utilização das células do seu baço. Seu pedido foi rejeitado em primeiro grau, negando-se a existência de um direito de propriedade sobre partes destacadas do próprio corpo, direito que, ao contrário, foi reconhecido a Moore em 1988, pela Corte de Apelação da Califórnia. A decisão definitiva partiu da Corte Suprema da Califórnia, com uma decisão que se assemelha a um compromisso entre as duas sentenças precedentes. De uma parte, de fato, negou a existência de um direito de propriedade (“*property right*”) sobre tecidos e células do próprio corpo. De outra, afirmou ter sido violada a relação fiduciária entre médico e paciente, no momento em que Moore não fora informado das potencialidades econômicas ligadas à utilização dos seus tecidos, ensejando a obtenção de um ressarcimento a título diverso da violação do direito de propriedade.

O segundo caso ocorreu na Alemanha. M. B., sabendo que se tornaria estéril em decorrência da extirpação da bexiga e da próstata, para tratamento de câncer, depositou seu esperma no departamento andrológico de clínica especializada. Dois anos após, havendo problemas de espaço, a clínica concedeu prazo de quatro semanas aos depositantes para declarar se desejavam continuar a conservação do sêmen. Após cinco dias M.B. respondeu, mas sua carta não foi inserida em seu dossiê e terminado o prazo, seu esperma foi destruído.

Casando-se no mesmo ano, M.B. pede ao departamento o esperma depositado, para ter um filho graças às técnicas de reprodução assistida. Conhecida a destruição, foi proposta ação para ressarcimento do dano. Em primeiro e segundo grau os tribunais rejeitaram o requerimento, fundamentado no § 823, do BGB (Código Civil), pois não atendidos os requisitos do dispositivo invocado: faltava, de fato, uma “*lesão ao corpo*”, mencionada no parágrafo, a partir do momento em que uma parte já separada deve ser considerada como uma coisa sujeita a regras próprias, diversas das que regulam o corpo na sua integridade.

A Corte de Cassação, em decisão de novembro de 1993, não contestou, de modo geral, a argumentação. Introduziu, porém, uma série de distinções. Observou que há casos de separações irreversíveis, que se têm quando um órgão ou um produto do corpo (sangue) é destinado a fazer parte de um outro corpo. Em outros casos, ao contrário, a separação é apenas temporária, retornando as partes ou produtos ao corpo de origem, como acontece nas retiradas: de sangue para autotransfusão, de pele ou ossos para autotransplante, de óvulos para fecundação *in vitro* no interesse da mulher da qual provêm. Em todas essas hipóteses foi mantida uma “*unidade funcional*” com o corpo de origem, que não consente qualificar a parte separada como coisa e impõe “*considerar como uma lesão ao corpo as intervenções que prejudicam precisamente aquela unidade*”.

O esperma, de acordo com a decisão, representa um caso à parte. Separado de forma irreversível de um corpo para integrar o de outra pessoa, destina-se à realização de uma típica função do corpo, a de reprodução. Do mesmo modo que o óvulo (protegido pelos §§ 823 e 847 do BGB) o esperma representa a única possibilidade que o sujeito de direito tem de procriar e transmitir aos filhos as próprias informações genéticas.

Diante deste caso o autor conclui que “*o corpo, então, é entendido e definido como unidade funcional, que deve ser protegida também para consentir a realização do direito de cada um à autodeterminação*”²³.

Considerada a diversidade dos procedimentos e dos objetivos que envolvem as informações genéticas, não há como se estabelecer uma orientação única e inflexível. Respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana, devem ser observadas as peculiaridades de cada caso para que possa ser feita a adequada ponderação dos interesses atingidos. Para tanto, a compreensão do corpo como unidade funcional é de todo indispensável.

²² RODOTÀ, Stefano. Ob. cit., p. 181-185.

²³ RODOTÀ, Stefano. Ob. cit., p. 180-184. (tradução livre)

3 REGULAMENTAÇÃO

A dificuldade de disciplinar a matéria pode ser observada no âmbito internacional. No entanto, dois documentos editados sobre o assunto merecem destaque. O primeiro é a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, elaborada pelo Comitê Internacional de Bioética (IBC), da Unesco, tornada pública em 11.11.1997, a qual foi assinada por cento e oitenta e seis países-membro daquela entidade, fato que, sem dúvida, lhe confere legitimidade²⁴.

Já no primeiro artigo da citada Declaração constata-se a preocupação com a tutela do genoma humano em seus aspectos comunitários e individuais, com expresso reconhecimento da dignidade intrínseca ao ser humano, como se vê: “o genoma humano é a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana e do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e diversidade. Em sentido simbólico, o genoma humano é patrimônio da humanidade”.

O segundo é a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada por unanimidade e por aclamação na 32ª sessão da Conferência Geral da Unesco, em 16.11.2003²⁵.

Destacam-se dos objetivos ali estabelecidos: assegurar o respeito à dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na coleta, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos, entendidos como “informação sobre as características hereditárias das pessoas, obtida por análise de ácido nucléico ou outras análises científicas”²⁶.

A importância de tais Declarações é inegável, pois mesmo não possuindo natureza de norma jurídica, certamente orientarão a legislação dos países signatários, incluído o Brasil.

Não obstante os graves efeitos jurídicos apontados, a matéria ainda não encontrou adequada regulamentação (já necessária) no Brasil. A Constituição da República, expressamente, assegurou a todos o direito à saúde (art. 196), cometendo à lei regulamentar sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (art. 199, § 4º).

Não há menção constitucional específica ao genoma humano ou à informação genética. Contudo, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente, entendido como essencial à sadia qualidade de vida, incumbe ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação genética (art. 225, § 1º, II).

A ausência de referência expressa ao genoma humano ou à informação genética em nada prejudica a proteção exigível, a qual está compreendida e amplamente assegurada pela *cláusula geral de tutela da pessoa humana*, que emerge dos princípios constitucionais, dentre os quais assume papel prioritário a dignidade da pessoa humana. Indispensável ressaltar, como já alertado pela melhor doutrina, que tais princípios “condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”²⁷.

No momento, as diretrizes específicas sobre pesquisa na área temática especial de genética humana encontram-se na Resolução 340, de 08.07.2004, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que incorpora e complementa todas as disposições contidas na Resolução 196/96²⁸, do CNS, que regulamenta as pesquisas envolvendo seres humanos.

De acordo com a Resolução 340, pesquisa em genética humana é a que envolve a produção de *dados genéticos* ou proteômicos de seres humanos, podendo apresentar várias formas ali indicadas (II.1). Também é considerado pesquisa todo procedimento relacionado à genética humana, cuja aceitação não esteja consagrada na literatura científica, incluídos os procedimentos de genética em reprodução assistida, não regulados pelo Conselho Federal de Medicina (II.2).

De modo geral, a referida Resolução acatou as diretrizes constantes das Declarações da Unesco, reconhecendo-se expressamente a importância da pesquisa genética “que produz uma categoria especial de dados por conter informação médica, científica e pessoal, devendo por isso ser avaliado o impacto do seu conhecimento sobre o indivíduo, a família e a totalidade do grupo a que o indivíduo pertença” (III.1).

Foram também estabelecidas outras regras de proteção à pessoa, destacando-se, dentre outras: a exigência de consentimento livre e esclarecido; a proteção dos dados, prevenindo qualquer forma de discriminação e sua utilização sem o consentimento do sujeito da pesquisa; o acesso aos dados; a opção entre ser ou não informado sobre o resultado.

²⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Direitos Humanos e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano. In: *Arquivos de Direitos Humanos*, 1999. v. 1, p. 465-473. A Declaração foi endossada pela Assembleia Geral da ONU em 09.12.1998, na 53ª sessão, Resolução A/RES/53/152. Disponível em: <<http://portal.unesco.org>> Acesso em: 11 dez. 2004.

²⁵ Disponível em: <<http://portal.unesco.org>>. Acesso em: 11 dez. 2004.

²⁶ Ver arts. 1º, “a”, e 2º, “f”, da Declaração de 16.10.2003.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 49-50.

²⁸ Resolução do Conselho Nacional de Saúde 196, de 10.10.1996, estabelece as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisa envolvendo seres humanos.

Os protocolos de pesquisa, além de observar a orientação da Resolução 196/96, devem conter alguns itens exigidos pela Resolução 340/04, inclusive “*explicitação de acordo preexistente quanto à propriedade das informações geradas e quanto à propriedade industrial, quando couber*” (IV.1.i).

A verificação da eficácia dos acordos feitos quanto à propriedade das informações só poderá ser feita caso a caso, pois dependerá do tipo de informação envolvida, pelas razões antes apontadas. O mesmo deve ser dito quanto à possibilidade de comercialização das informações, visto que poderá haver informações indisponíveis e outras só disponíveis a título gratuito.

Observe-se que à semelhança das Declarações da Unesco, as mencionadas Resoluções do CNS são normas éticas, gerando no máximo efeitos disciplinares ou administrativos, fato que não reduz, porém, sua importância, particularmente diante da deficiência da legislação existente.

Em 24.03.2005, foi sancionada a Lei 11.105, denominada Lei de Biossegurança, destinada a regulamentar os incs. II, IV e V, do § 1º, do art. 225, da Constituição Federal, que tratam, como antes indicado, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para fins da referida lei, considera-se *engenharia genética* a atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante (art. 3º, IV), sendo essa atividade proibida *em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano* (art. 6º, III) e tipificada como crime (art. 25).

Permitiu, ainda, a mencionada Lei, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as condições ali estabelecidas.

A Lei de Biossegurança, como se vê, disciplina ações relativas ao meio ambiente e a seres humanos, não obstante estejam essas últimas, por sua natureza e alta complexidade, submetidas a princípios próprios. A forma miscelânea da referida lei é de todo criticável, exigindo do intérprete exame cuidadoso, posto que a inadequada interpretação poderá prejudicar procedimentos científicos de importância indiscutível.

4 DIGNIDADE HUMANA: O PRINCÍPIO INDECLINÁVEL

Diante desse quadro legislativo, de todo insuficiente, imperioso destacar o papel dos princípios constitucionais, normas jurídicas que podem e devem ser aplicadas no caso de eventual conflito, além de sua forçosa observância no processo de elaboração e interpretação das leis.

Como destacado acima, a cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida na Constituição da República, confere às informações genéticas a necessária tutela, vinculando-as à observância do princípio da dignidade humana.

Dentre os princípios relativos aos direitos e liberdades fundamentais, certos princípios são princípios maiores, sendo “princípios matriciais” os que produzem outros direitos de importância e valor diferentes. Desse modo, a dignidade da pessoa humana é um “princípio matricial”, do qual derivam naturalmente várias garantias²⁹.

Não obstante, reiteradamente se indaga em que consiste a dignidade humana, “expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada”. Com propriedade já se esclareceu não caber ao ordenamento jurídico, como tal, ou à Constituição, definir, determinar o conteúdo, as características, ou permitir que se avalie essa dignidade. “*O Direito enuncia o princípio, dispendo sobre sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem*”³⁰.

Toda atividade que envolva o ser humano, especialmente as que interferem em seu mais profundo elemento estrutural, hão de respeitar a dignidade da pessoa humana, que é, sem dúvida, o princípio indeclinável.

As concepções enunciadas acima atribuem conteúdo à dignidade humana, como princípio jurídico. No que respeita à integridade psicofísica da pessoa humana, as preocupações tradicionalmente se voltam para a proteção do corpo contra ações violentas (tortura, penas cruéis) e preservação da saúde, direito que compreende o bem-estar físico, psíquico e social³¹.

Atualmente, contudo, a percepção do “físico” transcende dos aspectos materiais, como se verifica com a informação genética. Como destacado, a compreensão do corpo como unidade funcional é de todo indispensável. Imperativo, portanto, impedir que o apego a fórmulas consagradas, de todo respeitáveis, mas muitas vezes inadequadas, venha comprometer ou mesmo prejudicar a tutela da integridade da pessoa humana.

5 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *A Tutela Civil do Nascimento*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

²⁹ MATHIEU, Bertrand. Ob. cit., p. 68.

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 109.

³¹ *Idem*, p. 125.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. *In: Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

_____. Direitos Humanos e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano. *In: MELLO Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Dirs.). Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. v. 1.

_____. Proteção jurídica do embrião humano. *In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DAVIES, Kevin. *Decifrando o genoma: a corrida para desvendar o DNA humano*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MATHIEU, Bertrand. *Génome Humain et Droits Fondamentaux*. Paris: Econômica, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOSER, Antônio. *Biotecnologia e Bioética*. Petrópolis: Vozes, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: il Mulino, 1995.

SOUSA, Marcelo Valle de. *Gestão da Vida? genoma e pós-genoma*. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

_____. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional brasileiro. *In: Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A FAMÍLIA DEMOCRÁTICA

Maria Celina Bodin de Moraes¹

*"Did you, too, O friend, suppose democracy
was only for elections,
for politics, and for a party name? I say democracy is only
of use there that it may pass on and come to its flower
and fruit in manners, in the highest forms of
interaction between [people], and their beliefs –
in religion, literature, colleges and schools –
democracy in all public and private life..."*²

Walt Whitman

Sumário: 1. Introdução; 2. Democracia em pequenos grupos; 3. O modelo democrático de família; 4. A democratização da família no Brasil: o papel da Constituição; 5. O que já mudou; 6. O que está mudando; 7. O que falta mudar; 8. Conclusão. 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Acusada ao longo de parte do século XX de ser uma instituição em crise, decadente e destinada a desaparecer³, a família, nos últimos decênios, transformou-se, passando a responder a muitas das aspirações individuais presentes no mundo ocidental⁴. De fato, quase quarenta anos depois do movimento cultural

¹ Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

² "Você também, amigo, acreditava que democracia se aplicava apenas às eleições, à política e aos partidos? Eu digo que a democracia se aplica exclusivamente lá onde ela se irradia e gera flores e frutos: nos comportamentos, nas mais altas formas de interação [entre as pessoas] e crenças – religião, literatura, universidades e escolas – democracia em toda a vida pública e privada...".

³ V., por todos, COOPER, David. *A Morte da Família*. São Paulo: Martins Fontes, 1986 [1974].

⁴ Com efeito, a afirmativa parece ser verdadeira em relação a todos os países ocidentais. A propósito, foi dito a respeito da Inglaterra, que a vida familiar e o direito de família sofreram nos últimos trinta anos, naquele país, modificação de tal maneira significativa que o direito de família em vigor até os anos 70 parecia mais próximo àquele do início do século XIX do que ao atual: assim, John Eekelaar, *The End of an Era*, in S. N. Katz, J. Eekelaar and M. MacLean. *Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England*, London: Oxford University Press, 2001, p. 637.

de jovens que a considerava a principal fonte de repressão e de conformismo social, a família tem sido vista como um espaço privilegiado de solidariedade e de realização pessoal.

A idéia de ambiente familiar experimenta, na contemporaneidade, um momento de esplendor, tendo se tornado um anseio comum de vida, com o desejo generalizado de fazer parte de formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco⁵. Crise houve, mas não investiu contra a família em si; seu alvo foi o modelo familiar único, absoluto e totalizante, representado pelo casamento indissolúvel, no qual o marido era o chefe da sociedade conjugal e titular principal do pátrio poder⁶.

Embora a modernidade tenha nascido sob a promessa de uma esfera privada como espaço de satisfação e de cuidados emocionais, esta só começou realmente a ser cumprida recentemente, quando o modelo tradicional foi posto por terra. Assim, por exemplo, na maior parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil, o poder marital desapareceu⁷, tendo havido, em seguida e em consequência, a supressão da figura do chefe da família. Além disso, do ponto de vista estrutural, diversos fenômenos sociodemográficos contribuíram para a alteração radical da vida familiar. Quanto ao casamento, por exemplo, numerosos foram os casais que passaram a coabitar, independentemente de qualquer vínculo formal; tantos outros se divorciaram⁸; inúmeras as crianças nascidas de pais não casados, e que até recentemente seriam consideradas ilegítimas. Concomitantemente, mais mulheres começaram a trabalhar fora e a compartilhar os encargos econômicos da família. Para tanto, adiaram o início da vida conjugal em prol de uma trajetória profissional, passando a ter filhos cada vez mais tarde, quando já dotadas de alguma independência financeira⁹.

Este processo foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras que tiveram nas duas últimas décadas, inegavelmente, um papel promocional na construção do novo modelo familiar. Tal modelo vem

⁵ Segundo ROUDINESCO, Elizabeth. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002. p. 198: "A família é atualmente reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições".

⁶ Tal era o modelo de família, concebido pela sociedade burguesa, que se consolidara desde meados do século XIX, fundado no casamento indissolúvel, vivido e propagado pela camada social que conduziu a passagem histórica da sociedade agrária à sociedade industrial. A família burguesa, hoje chamada de tradicional, tinha sua estabilidade garantida pela legislação civil e pelo exercício de um rígido controle social. Como se sabe, ambos os fatores alteraram-se profundamente no último quartel do século XX.

⁷ O poder marital no Brasil só acabou em 1988, com a promulgação da Constituição, que estabeleceu no art. 226, § 5º, a igualdade entre os cônjuges, embora alguns autores tenham insistido em mantê-lo vivo sob o argumento de que a Constituição não havia revogado o art. 233, do Código Civil de 1916.

⁸ Para uma análise da rotinização das separações nas classes médias brasileiras, v. VELHO, Gilberto. **Nobres e Anjos**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

⁹ Evidentemente, o texto se refere às camadas médias da população, às quais, com efeito, se aplicam, com generalidade, as disposições dos códigos civis.

sendo chamado, por alguns especialistas em sociologia, de "democrático"¹⁰, correspondente, em termos históricos, a uma significativa novidade, em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios tais como a igualdade e a liberdade¹¹. Deste modelo, e de suas características jurídicas, trata este artigo.

2 DEMOCRACIA EM PEQUENOS GRUPOS

Qualquer decisão, se envolve mais de uma pessoa, pode ser tomada através de um procedimento de tipo democrático. Seja na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, seja em uma comunidade, associação de moradores, assembléia de acionistas ou na família, a decisão do grupo pode dar-se, ou não, de acordo com princípios democráticos¹².

Segundo John Gastil, a democracia, quando vivenciada em pequenos grupos, tem certas peculiaridades: "*Um pequeno grupo é democrático*", diz ele, "*se distribui igualmente o poder de decisão, têm membros compromissados com a democracia, relacionamentos saudáveis entre seus membros e um método democrático de deliberação*"¹³. O método de deliberação é tido como democrático quando os membros do grupo detêm iguais e adequadas oportunidades de falar e são capazes e querem ouvir. Além disso, é preciso que o tempo para a deliberação do grupo seja suficiente. Democracia se faz através de diálogo, não há instâncias superiores a quem recorrer.

Todavia, a democracia descreve um ideal, e não oferece o método para atingi-la. "*Ela não se configura como uma instituição consolidada; trata-se um projeto histórico*"¹⁴. A tal ponto que um de seus mais ilustres teóricos prefere usar, para descrever tais formas representativas de governo, o termo "*poliarquia*" sob o argumento de que democracia propriamente dita é sistema político que ainda não foi realizado por nenhuma sociedade¹⁵.

Democracia como modelo significa igualdade, social e civil, e a rejeição de qualquer discriminação e preconceito. O termo diz respeito também à liber-

¹⁰ V., por todos, GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via: Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia**, Rio de Janeiro: Record, 2000 e **A Transformação da Intimidade. Sexualidade, Amor e Erotismo nas Sociedades Modernas**. São Paulo: Unesp, 1992. V., na mesma perspectiva, SINGLY, François de. **Sociologie de la famille contemporaine**. Paris: Nathan, 1993 e **Famille et individualisation**, 2 v. Paris: Harmattan, 2001.

¹¹ Segundo PITTMAN, Frank. **Man Enough: Fathers, Sons and the Search for Masculinity**, New York: G. P. Putnam's Sons, 1993. p. 6: "*Family life in Western society since the Old Testament has been a struggle to maintain patriarchy, male domination, and double standards in the face of a natural drift towards monogamous bonding*".

¹² GASTIL, John. **Democracy in Small Groups: Participation, Decision Making and Communication**, Philadelphia: New Society Publishers, 1993. p. 4.

¹³ GASTIL, J. **Democracy in Small Groups**, cit., p. 6.

¹⁴ LUMMIS, Charles. **The Radicalism of Democracy**. Apud GASTIL, J. **Democracy in Small Groups**, p. 5.

¹⁵ DAHL, Robert. **Democracy and Its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1989.

dade, incluindo a liberdade de decidir o curso da própria vida e o direito de protagonizar um papel ao forjar o destino comum. Abriga ainda as noções de pluralismo e de diversidade cultural, vinculando solidariamente os membros de grupos diversos. Ela se refere, enfim, a um amplo espectro de perspectivas e de estilos de vida, interligando os diferentes grupos sociais em direção à coexistência pacífica e a uma respeitosa integração.

Portanto, a democracia representa um ideal, o ideal de uma comunidade coesa de pessoas, vivendo e trabalhando juntas, e buscando mecanismos justos e não violentos de conciliar seus conflitos. Democracia, no seu mais amplo sentido, pode ser definida como “*a arte de viver junto*”¹⁶.

Em 1949, porém, em seguida ao pós-guerra, o sociólogo americano Bruno Lasker fazia notar que “*há uma enorme diferença entre aceitar o ideal democrático para a sociedade como um todo e estar disposto a aceitá-lo como um guia para a conduta pessoal diária de cada um*”¹⁷. Ele acentuava uma característica marcante da sociedade da época e que perdurou até quase os nossos dias: a democracia no espaço público podia conviver com a autocracia no espaço privado, concedendo a legislação de então completo aval para o exercício, pelo marido e pai, de um poder verdadeiramente totalitário, embora exercitado em nome do bem-estar da instituição.

A família tradicional apresenta-se como triplamente desigual: nela, os homens têm mais valor que as mulheres; os pais, maior importância que os filhos e os heterossexuais mais direitos que os homossexuais¹⁸. Em contraposição ao modelo tradicional propõe-se atualmente o modelo da família democrática, onde não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia, e onde se busca pôr em prática o slogan outrora revolucionário: igualdade, liberdade e solidariedade.

3 A DEMOCRATIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Em termos sociológicos, a tendência da família contemporânea é tornar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado e independente de laços consanguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados.

Na verdade, a partir da década de 60, no mundo ocidental, a família começa a tornar-se mais atraente porque um de seus princípios fundadores passa a ser o respeito, tanto dos maridos com relação às mulheres, quanto dos pais

em relação aos filhos – com o reconhecimento destes como pessoas –, alterando significativamente as relações de autoridade antes existente entre os seus membros¹⁹. Além disso, uma certa igualdade de tratamento entre os cônjuges, garantida por lei,²⁰ passou a caracterizar o grupo familiar, também contribuindo para a relevante mudança que permitiu a ampliação, tempos depois, dos espaços de autonomia, crescimento individual e auto-afirmação de cada membro dentro do grupo.

Como observa François de Singly, os indivíduos das sociedades contemporâneas ocidentais não podem ser comparados aos das gerações precedentes, dado o imperativo atual de tornarem-se indivíduos originais e únicos. Em consequência, a família modificou-se para produzir esses indivíduos, podendo-se notar dois momentos distintos ao longo do século XX. Até a década de 60, a comunidade familiar ainda permanecia como uma unidade totalizadora, a serviço da qual agiam seus membros; a partir de então, caracteriza-se por uma nova concepção dos indivíduos em relação a seu grupo de pertencimento, na medida em que eles se tornam, como membros, mais importantes do que o conjunto familiar: o indivíduo único, cuja “verdadeira natureza” deve ser respeitada e incentivada²¹.

Para Anthony Giddens “*a família está se tornando democratizada, conforme modos que acompanham processos de democracia pública; e tal democratização sugere que a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social*”²². Segundo Giddens, um dos principais teóricos desta concepção, a democratização no contexto da família implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social²³.

Os relacionamentos familiares democráticos ensejam responsabilidade compartilhada pelo cuidado da criança, especialmente maior partilha entre mulheres e homens, na medida em que, na sociedade atual, as mães arcam com parcela desproporcional dos custos, embora desfrutem de parcela também desproporcional das recompensas emocionais dos filhos²⁴.

Quanto aos filhos, os pais não mais assumem como missão transformá-los em decorrência de princípios exteriores. A autoridade parental dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa (do filho), valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. No seio familiar, a educação

¹⁹ SINGLY, François de. A Reinvenção da Família. In: **Label France**, n. 39, p. 3, abr. 2000. V., também, do Autor, **Le soi, le couple e la famille**. Paris: Nathan, 1996.

²⁰ Faz-se referência ao Estatuto da Mulher Casada, de 1962.

²¹ SINGLY, François de. **Famille et individualisation**, cit., *passim*.

²² GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via**, cit., p. 98.

²³ GIDDENS, Anthony. **A Terceira Via**, cit., p. 99.

²⁴ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez. Famílias Monoparentais. In: A. WAGNER (Org.). **Família em Cena**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 39 e ss.

¹⁶ BEASLEY, Christine. How Can the Family Breed Democracy?. In: **Marriage and Family Living**, p. 201, aug. 1953.

¹⁷ LASKER, Bruno. Democracy through Discussion. *Apud* GASTIL, J. **Democracy in Small Groups**, p. 143.

¹⁸ SINGLY, François de. Famille démocratique ou individus tyranniques. In: **Libération**, 27 juillet 2004. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl/presse/libe20040727-1.htm>>. Acesso em: 10 out. 2005.

deixa de ser imposição de valores, substituindo-se pela negociação e pelo diálogo. Os pais, então, colocam-se na posição de ajudar os filhos a tornarem-se si mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesta família democrática, a tomada de decisão deve ser feita através da comunicação, através do falar e do ouvir. Entre marido e mulher, busca-se atingir o consenso; entre pais e filhos, a conversa e o diálogo aberto. Mas também pouco falta autoridade na família; no entanto é uma autoridade democrática que ouve, discute e argumenta. Sustenta-se que a autoridade deve ser negociada em relação aos filhos. Não há espaço para a tirania na família democrática, nem por parte dos pais e nem por parte dos filhos. Em síntese, segundo Giddens, a família democrática caracteriza-se pelos seguintes traços distintivos: igualdade emocional e sexual, direitos e responsabilidades mútuas, guarda compartilhada, co-parentalidade, autoridade negociada sobre os filhos, obrigações dos filhos para com os pais e integração social²⁵.

Ora, a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada²⁶. Do mesmo modo, a família “dignificada”, isto é, abrangida e conformada pelo conceito de dignidade humana é, necessariamente, uma família democratizada.

Sendo a família a base da sociedade, mudanças na família geram mudanças sociais. Quanto mais famílias democráticas, maior o fortalecimento da democracia no espaço público e vice-versa. Além disso, e evidentemente, quanto mais democracia houver nos pequenos grupos, mais democrática será a sociedade na qual eles coexistem²⁷.

Em 1994, por ocasião da comemoração do Ano da Família, a Organização das Nações Unidas declarou a família como configurando “*a menor democracia no seio da sociedade*”, consagrando desta forma as transformações ocorridas nas décadas anteriores no mundo ocidental, e assim incentivando, por outro lado, sua extensão em âmbito mundial.

Tais mudanças também ocorreram no Brasil, não obstante a generalizada tradição da família patriarcal, tão bem descrita por Gilberto Freire. Em tema de família, o que aconteceu em outros países nas últimas décadas foi particularmente relevante para a cultura nacional e a nossa tendência revelou-se como absorvente, ao menos em parte, das principais mudanças legislativas

²⁵ GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via*, cit., p. 99.

²⁶ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo*. In: SARLET, I. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.

²⁷ GIDDENS, A. *A Transformação da Intimidade*, cit., p. 213.

levadas a cabo nos países mais desenvolvidos, principalmente na Europa continental e nos Estados Unidos.

De fato, profunda foi a transformação operada no âmbito das relações familiares em nosso país. Neste particular, ressalta-se a atual configuração instrumental dessas comunidades: se todas as pessoas são igualmente dignas, nenhuma instituição poderá ter o condão de sobrepor o seu interesse ao dos seus membros. A família brasileira, portanto, não mais se acha fundada em rígidas hierarquizações, preocupada com a preservação do matrimônio do casal e do patrimônio familiar, para se revelar como um espaço de igualdade, de liberdade e de solidariedade entre os indivíduos que a compõem.

4 A DEMOCRATIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL: O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição de 1988 representa o marco fundamental do novo modelo familiar, tendo ela dado o passo definitivo em direção à democratização da família brasileira, seja que no diz respeito ao estabelecimento da igualdade, seja no que tange à garantia da liberdade e à imposição da solidariedade. A Constituição, por outro lado, considerou a família como a base da sociedade (art. 226), isto é, como a base de uma sociedade que ela própria define como democrática, pois constituída sobre um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

Das três desigualdades antes apontadas como definidoras da família tradicional – isto é, entre homens e mulheres, entre pais e filhos e entre heterossexuais e homossexuais –, a Constituição tratou expressamente de duas delas: estabeleceu no art. 226, § 5º, a igualdade dos cônjuges no casamento e no art. 227, ao garantir absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes, atribuiu aos filhos a posição de centralidade no grupo familiar. Quanto à terceira desigualdade, ao ampliar as formas de organização da família (art. 226, §§ 3º e 4º), o Texto Constitucional abriu a possibilidade para novas formulações, inclusive para a chamada união homoafetiva²⁸.

Explicitou a Constituição, no que toca à liberdade na família, a facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto sem culpa (art. 226, § 6º) e, no que se refere à solidariedade, garantiu a assistência a cada membro da família (art. 226, § 8º), tutelando individualmente cada integrante e não apenas o grupo familiar como um todo. Ainda no que se refere à solidariedade, estabeleceu, além da responsabilidade dos pais pelos filhos menores, a responsabilização dos filhos maiores pelos pais idosos, carentes ou enfermos (art. 229).

²⁸ Sobre o tema, remete-se a MORAES, Maria Celina Bodin de. *A União entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma Análise sob a Perspectiva Civil-Constitucional*. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n. 1, p. 89-112, 2000. V. item 5, *infra*.

Houve dois importantes diplomas legislativos precursores desta virada legislativa em prol da democratização. Com o Estatuto da Mulher Casada, de 1962, e a Lei do Divórcio, de 1977, a concepção da família patriarcal já mudara de modo significativo no que se refere à igualdade dos cônjuges e à igualdade entre os filhos.

Todavia, foi consequência das opções constitucionais em relação à família que se anunciou o ingresso, no ordenamento brasileiro, de uma concepção de família completamente diversa da concepção anterior:

Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros²⁹.

A passagem da família como instituição, protegida em si mesma, à família-instrumento, isto é, aquela que propicia um ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um de seus membros, suscitou, indiscutivelmente, uma forte individualização e, em consequência, uma maior liberdade, ensejando, em contrapartida, o confronto de duas forças claramente paradoxais: de um lado, a autonomia e a possibilidade de crescimento individual e, de outro, a imprescindibilidade de compartilhamento de projetos comuns³⁰.

A autonomia é reforçada pela instabilidade dos casamentos, instabilidade de que é decorrente da maior possibilidade de escolhas no que se refere à estrutura familiar mais conveniente, efeito este da ampliação das formas tuteladas, e da consagração da igualdade de direitos entre os cônjuges.

A disseminação do divórcio, na realidade, provocou consequências determinantes para o sistema familiar como um todo, passando o casamento a representar a realização de projetos individuais e não, como antes, um assunto pertencente ao domínio dos parentescos de origem. A perda do caráter único da relação mudou sua qualidade, sua natureza e seu significado, tornando o

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 395 e ss.

³⁰ Sobre a nova conformação da família, v. FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 306: "Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o 'outro' edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar" e, mais recentemente, FACHIN, Rosana Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, espec. o Título II, "Direito de Família e Sociedade Contemporânea", p. 75 e ss. Cf., também, a posição de PERLINGIERI, Pietro. I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare. In: *Rassegna di diritto civile*, 1982. p. 72 e ss.

casamento contemporâneo muito menos abrangente em suas implicações sociológicas³¹.

Como resultado deste processo, a filiação assumiu a posição de centralidade na família em lugar da conjugalidade, agora instável, e esta mudança de eixo permitiu a renovação da instituição, mantendo porém sua coesão: centrada na filiação, continua a família a atribuir os lugares da parentalidade, da ordem genealógica, e a garantir a sucessão das gerações, permanecendo assim em lugar de destaque, isto é, na base da sociedade, compativelmente com o previsto no art. 226, *caput*, da Constituição da República.

5 O QUE JÁ MUDOU

Em virtude da instauração da concepção essencialmente democrática de família, com o estabelecimento das diretrizes constitucionais relativas à igualdade, à liberdade e à solidariedade na família, a normativa infraconstitucional não teve outra alternativa senão obedecer aos mandamentos do Texto Maior. A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente foi apenas um dos primeiros exemplos de aplicação da Constituição às relações familiares.

Outro exemplo, mais recente, está no Código Civil de 2002, não sendo difícil indicar em seus dispositivos a concretização das mencionadas diretrizes constitucionais. Assim é que a igualdade na família, como lugar de respeito das individualidades de cada membro, encontra-se prevista em numerosos preceitos do Código, dentre os quais se faz referência expressa aos arts. 1.511, 1.565, 1.567 e 1.631, em tema de igualdade entre os cônjuges, não se admitindo mais qualquer mecanismo posto a serviço da desigualdade de gênero. Já com relação à igualdade entre os filhos, parece suficiente a menção ao art. 1.596, que repete a fórmula consagrada pela legislação brasileira, segundo a qual: "*Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*".

A liberdade na família, como lugar de expressão das individualidades de seus membros, tem como consequência toda a disciplina do divórcio. De fato, como já se acentuou, o casamento, em nossos dias, não mais corresponde à posição de estabilidade, de ligação perpétua, que já ocupou. Hoje, demonstram as pesquisas sociológicas, um em cada três casamentos acaba em divórcio. Ao longo dos últimos cinquenta anos, o divórcio foi autorizado em praticamente todos os países ocidentais³², e isto foi feito justamente com a finalidade de

³¹ VELHO, Gilberto. Família e Parentesco no Brasil Contemporâneo: Individualismo e Projetos no Universo das Camadas Médias. In: *Interseções*. UERJ, n. 2, p. 48, 2001.

³² O Chile, um dos últimos países ocidentais a admitir o divórcio, promulgou lei neste sentido em 2004.

reorganizar as famílias, permitindo que se refizessem novos laços em lugar dos antigos que se haviam rompido.

A superação da visão institucional da família, já referida, e a crescente valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana ensejam a proteção cada vez mais ampla da esfera individual, em detrimento de ultrapassadas “razões de família”. Visa-se agora a satisfação de exigências pessoais, capazes de proporcionar o livre e pleno desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da família, vista esta como uma formação social de natureza instrumental, aberta e democrática.

Quando o âmbito privado volta-se para o cultivo do espaço do “eu”, a liberdade constitui-se, nesse contexto, um valor fundamental e apresenta-se como condição básica do processo de individualização, conjugando as noções de autenticidade, autonomia e independência. Como mencionado, uma tensão permanente acompanha este modelo pois a família torna-se concomitantemente “desejada”, porque ensejadora de uma vida privada como espaço realizador dos interesses do indivíduo, e “instável”, porque sua duração depende essencialmente da satisfação recíproca dos interesses individuais³³.

Ressalte-se que da liberdade individual, assegurada a cada cônjuge, decorre ainda a interpretação doutrinária que não admite reparação de danos morais por descumprimento dos deveres conjugais³⁴. Neste sentido, os deveres conjugais passaram a se referir à esfera de consciência da pessoa, dependentes, fundamentalmente, de cumprimento espontâneo, gerando o seu descumprimento, tão-somente, de acordo com a previsão do art. 1.572, a possibilidade de propor a separação judicial.

A liberdade das crianças e adolescentes permanece garantida pelo ECA, particularmente nos arts. 15, 16, 17 e 142, parágrafo único, prevendo-se que o poder familiar deve ser exercido respeitando-se sua intrínseca autonomia individual, como pessoas humanas em desenvolvimento que são.

A solidariedade na família, como espaço de suporte e de ajuda mútua³⁵, desdobra-se, entre outros campos, na disciplina dos alimentos, especificamente no art. 1.707, com a previsão expressa da irrenunciabilidade; no art. 1.698, com a extensão concomitante a diversos parentes; no art. 1.700, quando menciona que a transmissibilidade não alude às forças da herança mas às condições de fixação da pensão; enfim, ao novo regime da prestação alimentícia entre ex-cônjuges

que deve ser estipulado, não obstante qualquer atribuição de culpa na separação³⁶, obedecido o binômio necessidade-capacidade, como expressão pura do princípio da solidariedade no domínio familiar.

São também conseqüências deste princípio o disposto no art. 1.567, com a previsão da direção da sociedade conjugal no interesse de todos os membros, e a inclusão, constante dos arts 1.566 e 1.724, do termo “respeito”, tanto na relação entre cônjuges quanto na relação entre companheiros.

Ainda em nome do princípio da solidariedade, vêm os tribunais entendendo que há direito de visita (*rectius*, convivência) das pessoas com quem a criança, ou o adolescente, mantém relações de afeto tais como os avós, eventuais ex-madrastas e ex-padrastos, irmãos unilaterais e irmãos ditos “*políticos*”³⁷, independentemente da manifestação de vontade contrária, não justificada, dos pais³⁸.

Se nos habituamos a fazer o registro do direito estrangeiro para apontar aspectos negativos ou pouco desenvolvidos da legislação nacional, a comparação decididamente nos favorece em diversas questões de direito de família. Em especial, um tema relativo à igualdade, e, portanto, característico do processo de democratização da família, merece ser ressaltado. Trata-se do fato de que o ordenamento brasileiro admite o reconhecimento de todos os filhos, inclusive os incestuosos, no estrito cumprimento do princípio da igualdade.

Ainda hoje, na França, em caso de fruto de relação incestuosa, apenas um dos genitores está autorizado a fazer o reconhecimento, de modo que aos incestuosos a condição de filho de ambos os genitores não é admitida naquele país³⁹. Tal formulação foi elaborada de modo a não permitir o reconhecimento de qualquer efeito jurídico positivo ao incesto.

³⁶ CC, art. 1.704, parágrafo único.

³⁷ Isto é, filhos de padrasto ou madrasta e que habitam, ou habitaram, sob o mesmo teto.

³⁸ V., por todos, TJRS – 8ª C.C. – AC 591067699 – Rel. Des. Gilberto Niederauer Corrêa – j. em 02.04.1992. Em doutrina, v., entre outros, PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente. Uma Proposta Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 160. A extensão, além dos avós, baseia-se no entendimento de que, segundo PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**, cit., p. 244: “O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”.

³⁹ O art. 334-10 do Código Civil francês dispõe: “S’il existe entre les père et mère de l’enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l’égard de l’un, il est interdit d’établir la filiation à l’égard de l’autre”. A propósito, v. GRANET, Frédérique. **L’établissement de la filiation paternelle**. Disponível em: <http://www-cdpf.u-strasbg.fr/FILIA/patrance>. Acesso em: 23 jun. 2005. “Si l’enfant est issu d’un inceste absolu, c’est à dire des relations entre proches parents dont le mariage est prohibé sans possibilité de dispense (père et fille, ou mère et fils, ou frère et sœur), le père naturel ne peut pas reconnaître l’enfant dont la filiation maternelle est établie (art. 334-10 du Code Civil)”. Na Itália, o art. 251 do Código Civil declara que são reconhecíveis os filhos incestuosos somente se os pais, à época da concepção, estavam de boa-fé. Contudo, em 2002, a Corte Costituzionale, através da Sentença 494, de 28.11.2002, com base nos arts. 2º (tutela da personalidade) e 3º (princípio da igualdade) da Constituição italiana, declarou “l’illegittimità costituzionale dell’art. 278, primo comma, del codice civile, nella parte in cui esclude la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini,

³³ Assim, SINGLY, François de. **Famille et individualisation**, cit.

³⁴ V. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais na Família? Conjugabilidade, Parentalidade e Responsabilidade civil. In: PEREIRA, T. da Silva; PEREIRA, R. da Cunha (Coords.). **A Ética da Convivência Familiar**. Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 171 e ss., com amplas referências bibliográficas.

³⁵ Sobre o princípio jurídico da solidariedade, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEREIRA, A. C. Alves; MELLO, C. de Albuquerque (Orgs.). **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 527-556.

Entre nós, a Constituição, em 1988, há mais de quinze anos portanto, igualou todos os filhos, assegurando-lhes os mesmos direitos, devido à concepção de que aos filhos não cabe atribuir as conseqüências das ações praticadas por seus pais. Esta é apenas uma das razões pelas quais se afirma que o direito de família brasileiro coloca-se entre os mais avançados, principalmente naquilo que é o cerne da família contemporânea: a parentalidade e a proteção dos filhos.

6 O QUE ESTÁ MUDANDO

Duas palavras servem a definir o que está em mutação na família contemporânea. São elas: diversidade (ou pluralismo) e responsabilização, esta última com conotação dúplice, seja em tema de responsabilidade em termos de reconhecimento de paternidade, seja referida à responsabilidade civil propriamente dita.

Quanto à diversidade na família, cabe reafirmar que o fenômeno familiar deixou de ser unitário, não se constituindo o casamento mais como a única referência constitutiva do grupo familiar, como ocorria antigamente. Juridicamente, de fato, admitem-se entidades diferenciadas. A própria Constituição, como se salientou, reconhece, em rol exemplificativo, estruturas distintas de relacionamento familiar. De modo que outras configurações são possíveis e até desejáveis. Além das uniões estáveis, das chamadas famílias recompostas e das famílias monoparentais devem usufruir de proteção formas alternativas, tais como as famílias concubinas, as famílias homoafetivas, a adoção de adultos, entre outras.

No que se refere especificamente às uniões homoafetivas, tais uniões têm sido aceitas, nos últimos anos, em um número cada vez maior de países e mesmo no Brasil, país de fortes tradições religiosas, discute-se no Congresso Nacional a sua legalização⁴⁰.

O argumento jurídico mais discutido, contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação do próprio Texto Constitucional. Nele, como se sabe, encontram-se previstas expressamente três formas de entidades familiares. Alguns, em respeito à literalidade da dicção constitucional e com argumentação que guarda certa coerência lógica,

nei casi in cui, a norma dell'art. 251, primo comma, del codice civile, il riconoscimento dei figli incestuosi è vietato, admitindo assim o reconhecimento independentemente da boa-fé dos genitores. Em Portugal, a lei proíbe a averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade no caso dos filhos incestuosos (Código Civil, arts 1.809º, al. "a" e 1866º, al. "a").

⁴⁰ Trata-se do Substitutivo ao Projeto de Lei 1.151/95, que cuida da regulamentação das relações homossexuais, sob a designação de "Parceria Civil Registrada", de autoria da Deputada Marta Suplicy, aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Em abril de 1997 o projeto chegou a ser posto na ordem do dia mas foi retirado de pauta.

entendem que "qualquer outro tipo de entidade familiar que se queira criar, terá que ser feito via emenda constitucional e não por projeto de lei"⁴¹.

Seguindo-se os raciocínios hermenêuticos da especificidade da interpretação das normas constitucionais e da interpretação da normativa civil à luz da Constituição, cumpre verificar se pelo fato de a normativa constitucional não ter previsto outras estruturas familiares, estariam elas automaticamente excluídas do ordenamento jurídico, ou se, ao contrário, tendo-se em conta a similitude substancial das situações fáticas, estariam essas uniões abrangidas pela expressão constitucional "entidade familiar"⁴².

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, "impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família"⁴³. Assim sendo, embora tenha ampliado o seu prestígio constitucional, a família "deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes"⁴⁴. É o fenômeno da chamada funcionalização das comunidades intermediárias com relação aos membros que as compõem⁴⁵.

A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à "estrutura" familiar – pense-se no ato formal do casamento – foi substituída, em conseqüência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao "conteúdo" ou à subs-

⁴¹ É a posição do jurista Sérgio Ferraz que em parecer solicitado à Ordem dos Advogados do Brasil pelos deputados Marta Suplicy e Roberto Jefferson, acerca da constitucionalidade do Projeto 1.151/95, concluiu pela inconstitucionalidade do projeto, afirmando, em síntese, que "a deputada tentou tratar matéria constitucional com projeto de lei. A Constituição só admite dois tipos de configuração familiar – a família constituída pelo casamento e a união estável. E o projeto da deputada tenta criar a figura da união civil com as mesmas configurações da união estável e da família. Nesse sentido é que se posicionou a OAB, de que há burla à Constituição" (grifou-se). O parecer foi acatado, por maioria, pelo Conselho Pleno da OAB: v. **Boletim OAB Urgente**, a. I, n. 56, 1996.

⁴² Acerca da ampliação da noção de entidade familiar, para além das hipóteses expressamente previstas na Constituição, o STJ já se manifestou a respeito, decidindo favoravelmente: cf. acórdão do STJ – 4ª T. – REsp. 159.851/SP – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. em 13.03.1998 – DJ 22.06.1998, v.u. em cuja ementa se diz: "os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e, por isso, o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles". Grifou-se.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, cit., p. 350.

⁴⁴ *Idem*, o.l.u.c.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Camerino-Napoli, ESI, 1984. p. 558 o qual, referindo-se à Constituição italiana, afirma: "la persona è all'apice della gerarchia dei valori costituzionali e ad essa sono funzionalizzate sia le comunità intermedie sia le situazioni giuridiche soggettive patrimoniali: proprietà ed imprese".

tância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela forma, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha – isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo e convivência afetiva entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer de sexos diferentes.

Se a família, através da adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como instrumento, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos, a mesma qualidade e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades familiares torna-se obrigatória quando se considera a proibição de qualquer forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual, orientação esta que se configura como um direito personalíssimo.

O argumento de que à entidade familiar denominada união estável o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo não parece suficiente para fazer concluir que onde vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo, deva ser ignorado ou não possa ser protegido. Aqui tem valor jurídico superior o princípio da igualdade, ou da não-discriminação, previsto não apenas no art. 3º, IV, CF mas também no art. 3º, I, através do objetivo fundamental de construção de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária.

O modelo democrático de família pressupõe justamente a existência de uma pluralidade de estruturas familiares, nenhuma delas apresentando legitimidade superior, na medida em que todas manifestam igual potencial de desenvolver as funções intrínsecas à família, tais como o cuidado e a educação das crianças, a solidariedade e a mútua assistência entre seus componentes.

Quanto à responsabilização decorrente da paternidade, enfim, as coisas começam a mudar. Até bem pouco tempo atrás, a mulher era obrigada, por força do art. 363 do Código de 1916, a fazer prova de que não tinha tido relações sexuais com qualquer outro parceiro para que se desse início ao processo de investigação de paternidade. Certamente, o advento do exame de DNA mudou estruturalmente este estado de coisas mas antes dele o legislador já trabalhava para estabelecer a paternidade, de modo a que sua investigação não ficasse dependendo exclusivamente da iniciativa da mãe, nem sua proposição tivesse que aguardar a maioria dos filhos, pois tais circunstâncias permitem que os filhos cresçam abandonados, sem educação nem amparo paternos.

A partir de 1992, então, com a regulamentação da lei que possibilitou a averiguação oficiosa da paternidade (Lei 8.560/92, art. 2º), passou o Esta-

do a intervir, através da ação do Ministério Público, incentivando e favorecendo a palavra da mãe para investigar a paternidade e com a difusão do exame biológico passou-se a determinar sua realização com frequência no âmbito das provas a serem produzidas. A técnica do DNA, com efeito, é tida como uma tábua de salvação, embora somente alguns Estados da Federação garantam a gratuidade do exame, ainda bastante custoso.

A “defesa da ordem social a partir da criança” diz respeito a uma idéia de parentalidade substancialmente diversa daquela essencialmente burguesa do início do século XX⁴⁶, emoldurada pelo Código Civil de 1916, quando a autoridade parental tinha apenas duas funções: a de limitar a capacidade negocial do menor no mercado e a de educá-lo para a convivência em sociedade. Tais funções, como é fácil perceber, eram exercidas tendo em vista a lógica patrimonialista então em vigor, restringindo-se os cuidados parentais, segundo a previsão legal, à atenção para com os bens dos próprios filhos e à vigilância com relação aos bens de terceiros.

A intervenção incisiva do legislador, a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, transformou este estado de coisas, com reflexos no Código promulgado em 2002. O poder familiar é hoje concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais, consideradas as mais importantes, conforme prevê a cláusula geral de tutela da dignidade humana. Este também é, não por acaso, o teor do art. 227, da Constituição, ao determinar ser dever da família assegurar, com absoluta prioridade, às crianças e aos adolescentes os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. O princípio, conhecido como “*a doutrina jurídica da proteção integral*”, ramifica-se em numerosos dispositivos legais, constantes das mais diversas leis e regulamentos, todos eles atribuindo às crianças e aos adolescentes preeminência na família, na sociedade e no Estado.

A proteção do melhor interesse da criança, como cláusula geral que é, depende sempre da interpretação do juiz (do Estado, portanto), trazendo para a esfera pública a problemática. Como os filhos menores não estão em condições de se protegerem por si sós, o legislador e o juiz tomam a si o encargo de tutelá-los em face de todos, inclusive de seus próprios pais. A lei cada vez mais garante aos filhos proteção e liberdades, atribuindo aos pais responsabilidade.

O termo “responsabilidade” é o que melhor define atualmente a relação de parentalidade. Trata-se de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições diferenciadas, sendo uma delas dotada de reconhecida vulnerabilidade. Além disso, a relação é, ao menos tendencialmente, permanente, sendo custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão

⁴⁶ POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Bari: Laterza, 1998. p. 159.

do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso (Código Civil, arts. 1.637 e 1.638).

Embora nosso direito de família esteja entre os mais avançados do mundo, a família brasileira não vai bem. Estimou-se em cerca de 30%, anualmente, o número de crianças brasileiras cuja paternidade não consta do registro de nascimento, percentual este altíssimo, atribuído principalmente ao “sexismo” em vigor no país, o qual permite que os homens se eximam da responsabilidade de registrar e sustentar seus filhos: “No Brasil, ocorre a *blindagem do pai, que não se sente obrigado a reconhecer filhos concebidos fora do casamento ou em relações não-estáveis*”⁴⁷. É o resultado de séculos de patriarcalismo que ainda hoje se manifesta.

As pesquisas realizadas demonstraram, pois, que a responsabilidade parental no Brasil, em cerca de um terço dos casos⁴⁸, é suportada unicamente pela mãe que, em caso de gravidez acidental, vive o dilema atroz entre o aborto criminoso e a parentalidade solitária. Como forma de incrementar a responsabilização do pai, cuja “deserção” configura verdadeiro drama social, começou-se a aplicar nos tribunais o princípio da presunção de paternidade em caso de recusa à realização do exame biológico, agora consolidado pelo entendimento da Súmula 301 (2004) do STJ⁴⁹; a propósito, ressalte-se que o Código Civil de 2002 já estabelecia, no art. 232, que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Outras duas soluções, mais radicais, propugnam a determinação da paternidade por meios outros que não o da presunção em caso de recusa. De um lado, sustenta-se a inversão do ônus da prova⁵⁰; de outro, a realização de perícia compulsória⁵¹.

Como forma de diminuir o número de crianças não registradas, considerando útil mas insuficiente a presunção de paternidade em caso de recusa ao exame (Código Civil, art. 232 e Súmula 301/STJ), propôs-se a inversão do ônus da prova, presumindo-se a veracidade da declaração materna, tendo então o suposto pai que provar sua não paternidade. Afirma Ana Liési Thurler: “para a efetiva aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres, anunciado na nossa Constituição, e para superar diferenças de sexo, de

⁴⁷ Assim, THURLER, Ana Liési. **Paternidade e Deserção. Crianças sem Reconhecimento e Maternidades Penalizadas pelo Sexismo**. Tese de Doutorado em Ciências Sociais, UnB, 2005.

⁴⁸ Ana THURLER, Liési. **Paternidade e Deserção**, cit. A autora, depois de ter investigado milhares de certidões em cartórios de registro civil e os dados do IBGE, concluiu que, anualmente, cerca de 800 mil crianças são registradas sem a filiação paterna estabelecida.

⁴⁹ Eis o teor da Súmula: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

⁵⁰ Ana THURLER, Liési. **Paternidade e Deserção**, cit.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Direito Personalíssimo à Filiação e a Recusa ao Exame de DNA: uma hipótese de Colisão de Direitos Fundamentais. In: AA.VV. **Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 225-238.

*raça e de classe que se transmutaram em desigualdades, desfavorecendo fortemente, neste quadro, as mulheres-mães, impõe-se a exigência de que o ônus da prova da paternidade seja retirado da parte mais vulnerável*⁵².

Quanto à outra solução proposta para minorar a situação dramática dos filhos não reconhecidos, qual seja, a determinação de perícia forçada, mediante a obrigatoriedade de entrega de material para a realização do exame de DNA, há uma decisão do STF a respeito, entendendo que ninguém pode ser obrigado a submeter-se a exame pericial com a finalidade do estabelecimento da paternidade biológica⁵³. O aspecto extraordinário desta decisão é o teor dos votos vencidos, da lavra dos Ministros Francisco Rezek (relator original), Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Ilmar Galvão, os quais consideraram que, na pesagem dos argumentos contrapostos, havendo dois interesses (*rectius*, direitos) em conflito, quais sejam o da criança à sua real identidade e o do suposto pai à sua incolumidade física, deveria prevalecer o interesse superior da criança.

Não se duvida que a incolumidade física abranja o direito de recusa a submeter-se a tratamento médico ou exame de qualquer espécie, sem o consentimento expresso de seu titular, não podendo o indivíduo ser compelido a realizá-lo⁵⁴. No entanto, a perícia compulsória se, em princípio, repugna aqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual⁵⁵.

No que se refere à responsabilidade civil propriamente dita, interessante hipótese tem sido posta em causa, qual seja a responsabilidade do pai por danos morais causados ao filho, decorrentes de abandono afetivo⁵⁶.

⁵² Ana THURLER, Liési. **Paternidade ainda é tabu no Brasil, diz socióloga**. Entrevista disponível em: <<http://www.agenciartamajior.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2005.

⁵³ STF – HC 71.373-4/RGS – Tribunal Pleno – Rel. p/ o acórdão: Min. Marco Aurélio – j. em 10.11.1994 – DJ 22.11.1996, v.m.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18 ed., rev. e atuali. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. I, p. 159, o qual afirma: “Assunto ainda polêmico (sobre o qual já tenho me pronunciado) é o que diz respeito à perícia médica, sustentando o direito à recusa em nome do resguardo à integridade física, assumindo o recusante os efeitos de sua oposição, como se o exame fosse realizado”.

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Direito Personalíssimo à Filiação e a Recusa ao Exame de DNA**, cit., p. 238, onde se afirma: “O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade”.

⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Deveres Parentais e Responsabilidade Civil**. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005, com ampla bibliografia.

Recentemente, três decisões judiciais causaram clamor público ao condenarem os pais a indenizarem seus filhos por dano moral causado por abandono afetivo. A primeira decisão, datada de agosto de 2003, foi proferida na comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, e condenou o pai, por abandono material e afetivo de sua filha Daniela, a pagar-lhe uma indenização por danos morais no valor R\$ 60 mil⁵⁷; a segunda decisão, de abril de 2004, proveio da 7ª C.C. do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, condenando o pai, por abandono afetivo de seu filho Alexandre, ao pagamento de 200 salários mínimos⁵⁸; a última decisão, datada de junho de 2004, é proveniente da 31ª Vara Cível de São Paulo e condenou o pai a indenizar em R\$ 50 mil a filha Melka, por danos morais gerados por falta de assistência moral⁵⁹.

A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores (art. 229). Em ausência deste cuidado, ou de cuidado equiparado, com prejuízos necessários à integridade de pessoas a quem o legislador atribuiu prioridade absoluta, há dano moral a ser reparado. De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de outras comprovações. É notória sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a apropriada estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: ou se tem pais, ou se tem ausência de pais. Quando este último caso ocorrer, configurado na ausência do exercício da paternidade (ou da maternidade), estará caracterizado o dano moral.

Entretanto, faz-se necessário melhor explicitar o posicionamento aqui sustentado. Para a configuração de dano moral à integridade psíquica de filho, será preciso que tenha havido o abandono por parte do pai (ou da mãe) e a ausência de uma figura substituta. Se alguém “faz as vezes” de pai (ou de mãe), desempenhando suas funções, não há dano a ser reparado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não é de se admitir qualquer caráter punitivo à reparação do dano moral⁶⁰. Não se trata, esclareça-se, de condenar um pai que abandonou seu filho (eventual “dano causado”) mas de reparar o dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico, nem com uma figura substituta, configurando-se, então, só aí, o que se chamou de “ausência de pai” (isto é, ausência de uma figura paterna).

⁵⁷ Decisão do Juiz Dr. Mario Romano Maggioni, noticiada no *Espaço Vital*, coluna de 18.06.2004. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2005.

⁵⁸ TAMG – 7ª C.C. – Ap. Cív. 408550 – Rel. Juiz Unias Silva – j. em 01.04.2004, v.u., publicado na *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20, p. 177-179, 2004.

⁵⁹ São Paulo, Capital, 31ª V.C., Juiz Dr. Luis Fernando Cirillo, Proc. n. 000.01.36747, j. em 07.06.2004.

⁶⁰ Para o posicionamento contrário ao caráter punitivo do dano moral, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193 e ss., espec. p. 258 e ss.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no final de novembro de 2005, não caber indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. O julgamento foi da Quarta Turma e deu provimento ao REsp. 757.411, interposto pelo pai de Alexandre para modificar a decisão condenatória da 7ª C.C. do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, antes aludida. Por maioria, a Quarta Turma deu provimento ao recurso do pai, considerando que a lei apenas prevê, como punição, a perda do poder familiar. O Min. Rel. Fernando Gonçalves observou que “a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização por dano moral”. Ao ser provido o recurso, afirmou-se ainda que, por maior que seja o sofrimento do filho, o direito de família tem princípios próprios, que não podem ser contaminados por outros, com significações de ordem material, patrimonial. A propósito, manifestou-se o Min. Jorge Scartezini: “O que se questiona aqui é a ausência de amor. Na verdade, a ação poderia também ser do pai, constrangido pela acusação de abandono (...) É uma busca de dinheiro indevida”.

Já o Min. Barros Monteiro, único a votar pelo não conhecimento do recurso, destacou que a destituição do pátrio poder não interfere na indenização, entendendo que “ao lado de assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho”. Segundo Barros Monteiro, o pai somente estaria desobrigado da indenização se comprovasse a ocorrência de motivo maior para o abandono.

7 O QUE FALTA MUDAR

Para alcançar-se a plena democracia nas relações familiares ainda há muito por fazer, mesmo do ponto de vista estritamente jurídico. Ao longo do texto já se indicou aspectos que merecem realinhamento, mas outros devem ser especificados. A relação a seguir é meramente indicativa do que uma análise superficial pode trazer à colação uma vez que o detalhamento da matéria seria tema para outro trabalho.

Com violência não há que se falar em democracia, sendo sua ausência uma condição *sine qua non* para a democratização das relações familiares. Em primeiro lugar, portanto, como aspecto primordial a ser salientado, cumpre envidar todos os esforços para diminuir o quanto possível a violência física e sexual no âmbito familiar.

Sabe-se que a violência doméstica representa em nosso país um problema de graves proporções, configurando-se como uma questão de saúde pública já que se apresenta como uma das principais ameaças à saúde das mulheres. Os

números variam, mas as pesquisas apontam que o lugar mais perigoso para uma mulher é, justamente, dentro de casa. Recentemente, a Organização Mundial de Saúde divulgou estudo indicando que cerca de 30% das mulheres entrevistadas, provenientes de lugares tão distintos quanto a cidade de São Paulo e a Zona da Mata pernambucana, afirmaram já ter sido vítimas de violência conjugal⁶¹.

Um dos maiores obstáculos ao combate da violência conjugal parece ser a falta de uma lei específica para enfrentar o problema que é também cultural, com a notória e quase ufanista associação entre masculinidade e violência. Aliás, o ordenamento penal brasileiro deu um passo atrás no que se refere à proteção da mulher ao regulamentar a lesão corporal culposa como crime de ação pública condicionada, com base na Lei 9.099/95. Em doutrina, criticou-se contundentemente tal opção legislativa:

com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou-se a 'surra doméstica' com a transformação do delito de lesões corporais de ação penal pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite agora, o 'duelo nos limites das lesões', eis que não interfere na contenda entre as pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se, que eu não tenho nada com isso. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada 'teoria do bem jurídico', própria do modelo liberal individualista de Direito⁶².

A igualdade de gênero também é condição essencial da democratização de qualquer instituição, sendo necessário pôr termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações. Embora tenha havido nítidos progressos em termos de escolaridade e profissionalização das mulheres no Brasil, a ma-

⁶¹ A OMS realizou em dez países, inclusive no Brasil, entre 2000 e 2003, uma pesquisa intitulada "A Saúde das Mulheres e a Violência Doméstica". Os resultados foram divulgados em novembro de 2005 e foram considerados preocupantes. Entre 15% das mulheres ouvidas no Japão e 71% na Etiópia foram vítimas alguma vez na vida de violência física ou sexual por parte de seu parceiro, ou dos dois tipos. O relator especial da ONU sobre a violência contra a mulher, Yakin Ertürk, disse que "o estudo questiona a idéia de que o lar é o local de mais segurança, ao demonstrar que é justamente onde as mulheres são mais expostas à violência". A OMS enumerou 15 recomendações concretas para mudar uma situação que considera "muito espalhada" e "profundamente enraizada", apesar de oculta na maioria das vezes. Entre as recomendações estão medidas como a promoção da igualdade sexual, o aumento da segurança nos colégios, a tomada de posição por parte de líderes religiosos e autoridades civis e a inclusão de medidas contra a violência de gênero nos programas existentes de prevenção da Aids. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultnot/afp/ult613u181.jhtm>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

⁶² Lenio L. Streck citado por Leticia Massula e Mônica de Melo. **Balanço sobre esforços e atividades dirigidas a erradicar a violência contra as mulheres na América Latina e Caribe**. Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. Cladem/Unifem, 2003. Disponível em: <<http://www.cladem.org/portugues/regionais/Violenciadegenero/Projeto/brasil.asp>>. Acesso em: 22 nov. 2005.

nutenção das desigualdades representa a reafirmação da dominação masculina⁶³. Neste caso, o ordenamento jurídico nacional deve ser mobilizado para realizar ações afirmativas de maior amplitude.

Além disso, não há paridade profissional possível sem paridade doméstica e, neste particular, ainda é estatisticamente irrelevante a contribuição masculina no desempenho das tarefas domésticas. Outro aspecto correlato a ser ressaltado, com relação à demanda pela igualdade de gênero, é o avanço da discussão em torno da guarda compartilhada. Atualmente, cerca de 90% das atribuições de guarda são para as mães e, socialmente, a mulher chega a ser mal vista quando não fica com a guarda dos filhos. No entanto, em tramitação no Congresso Nacional, há três projetos de lei sobre o tema, os PL 6.315/02, 6.350/02 e 7.312/02, todos propondo a alteração dos arts. 1.583 e 1.584 do CC de 2002 para que se explicita a possibilidade de guarda compartilhada. No entanto, ressalte-se, como o Código Civil não proíbe o compartilhamento da guarda entre os pais, pode o juiz decidir-se por sua atribuição. Os Tribunais têm, algumas vezes, se manifestado favoravelmente à guarda compartilhada desde que presentes os dois requisitos geralmente considerados essenciais: os genitores residirem na mesma cidade e manterem uma relação de respeito e cordialidade entre si.

No que se refere à liberdade na família, o Código de 2002 também merece reparos. Assim, por exemplo, com relação ao problema da culpa na separação, o rol de causas de separação por culpa chegou mesmo a ser ampliado pelo art. 1.573, dando-se ainda ao juiz a possibilidade de identificar outras causas não expressamente previstas, quando o instituto da culpa na separação deveria ter sido expurgado de nosso ordenamento, como já ocorreu em tantos países. Outro aspecto, no que se refere à redução de liberdade, diz respeito à obrigatoriedade do regime de bens para as pessoas maiores de 60 anos, previsto no art. 1.641, II. Claramente, o objetivo do legislador foi protecionista; no entanto, não se justifica a limitação da liberdade de escolha de pessoas plenamente capazes, a não ser os interesses patrimoniais dos parentes, os quais, justamente por serem patrimoniais, devem ceder diante do direito à livre opção do nubente.

Enfim, quanto à solidariedade no âmbito familiar, o Código Civil apresenta grave incongruência. No afã talvez de assegurar a mais ampla proteção ao estado das pessoas, considerou o direito de contestar a paternidade presumida como imprescritível (*sic*), conforme o disposto no art. 1.601, seguindo juris-

⁶³ Sobre o tema, v. BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 45, segundo o qual "A primazia universalmente concedida aos homens se afirma na objetividade de estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, baseadas em uma divisão sexual do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, que confere aos homens a melhor parte (...)".

prudência estabelecida pela Quarta Turma do STJ⁶⁴. Contudo, esta solução não protege o melhor interesse da criança. De fato, a busca da verdade biológica, neste caso, pode ensejar graves prejuízos ao menor ao permitir ignorar, manifestamente, relações socioafetivas consolidadas. Mais importante, a solução legal mostra-se tecnicamente falha, uma vez que é errônea a idéia de que a imprescritibilidade deva ser estendida a todas as ações de estado. Como bem se sustentou em doutrina, “as ações de estado, que tendem em via principal a reclamar, contestar ou modificar os estados pessoais, de regra são imprescritíveis quando a pessoa age para afirmar a veracidade do próprio status e são prescritíveis quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem”⁶⁵.

8 CONCLUSÃO

Cabe concluir indagando se o Código Civil de 2002, em matéria de família, deve ser considerado democrático, à luz do que se veio argumentando até aqui. A resposta, todavia, não é unívoca. Na realidade, somente a interpretação conforme a Constituição da República, na perspectiva do direito civil-constitucional, permitirá o pleno desenvolvimento daquele diploma legal, do ponto de vista da consagração de relações familiares, conjugais e parentais, unidas pelos ideais democráticos constitucionalmente estabelecidos e pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Segundo afirma Carole Pateman, “ideais democráticos devem ser postos em prática na cozinha, no cuidado dos filhos, no quarto de dormir”⁶⁶. A democracia, contudo, não é uma panacéia. Ela também tem problemas, que são agravados quando de sua inserção no ambiente familiar. Um dos aspectos mais difíceis, aliás, para a aceitação da concepção democrática da família, diz respeito à autoridade em relação aos filhos, havendo posições antagônicas a respeito. Por um lado, numerosos são os especialistas que sustentam a necessidade de imposição da autoridade pelos pais; por outro, na concepção da democracia familiar, a autoridade parental deve ser negociada, nunca imposta, e propõe-se que se baseie em princípios⁶⁷.

A opção pela democracia familiar, no entanto, mostra-se perfeitamente compatível com dois grandes movimentos históricos característicos dos países ocidentais: o da busca da liberdade no amor e o do cuidado com desenvolvimento psíquico e intelectual da criança. Também por isso é concepção que tende a se consolidar no futuro próximo.

⁶⁴ V., por todos, STJ – 4ª T. – REsp. 146.548 – Rel. Min. César Asfor Rocha – j. 29.08.2000 – DJ 05.03.2001. Mas, diversamente, manifestava-se a Terceira Turma: v. STJ – 3ª T. – REsp. 194.866 – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 20.04.1999 – DJ 14.06.1999.

⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 138.

⁶⁶ PATEMAN, Carole. *Feminism and Democracy*. *Apud* GASTIL, J. *Democracy in Small Groups*, cit., p. 145.

⁶⁷ GIDDENS, Anthony. *A Transformação da Intimidade*, p. 209 e 213.

9 REFERÊNCIAS

- BEASLEY, Christine. How Can the Family Breed Democracy?. *In: Marriage and Family Living*, p. 201, aug. 1953.
- BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- COOPER, David. *A Morte da Família*. São Paulo: Martins Fontes, 1986 [1974].
- DAHL, Robert. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Rosana Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GASTIL, John. *Democracy in Small Groups: Participation, Decision Making and Communication*, Philadelphia: New Society Publishers, 1993.
- GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via: Reflexões sobre o Impasse Político Atual e o Futuro da Social-Democracia*, Rio de Janeiro: Record, 2000 e
- _____. *A Transformação da Intimidade. Sexualidade, Amor e Erotismo nas Sociedades Modernas*. São Paulo: Unesp, 1992.
- GRZYBOWSKI, Luciana Suárez. Famílias Monoparentais. *In: A. WAGNER (Org.). Família em Cena*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- LASKER, Bruno. Democracy through Discussion. *Apud* GASTIL, J. *Democracy in Small Groups*, p. 143.
- LUMMIS, Charles. The Radicalism of Democracy. *Apud* GASTIL, J. *Democracy in Small Groups*, p. 5.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A União entre Pessoas do Mesmo Sexo: Uma Análise sob a Perspectiva Civil-Constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n. 1, p. 89-112, 2000. V. item 5, *infra*.
- _____. Danos Morais na Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade civil. *In: PEREIRA, T. da Silva; PEREIRA, R. da Cunha (Coords.). A Ética da Convivência Familiar*. Sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. Danos à pessoa humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Deveres Parentais e Responsabilidade Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 31, p. 39-66, ago./set. 2005.
- _____. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. *In: SARLET, I. (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. O Direito Personalíssimo à Filiação e a Recusa ao Exame de DNA: uma Hipótese de Colisão de Direitos Fundamentais. *In: AA.VV., Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- _____. O Princípio da Solidariedade. *In: PEREIRA, A. C. Alves; MELLO, C. de Albuquerque (Orgs.). Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PATEMAN, Carole. *Feminism and Democracy*. *Apud* GASTIL, J. *Democracy in Small Groups*, cit., p. 145.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18 ed., rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare. *In: Rassegna di diritto civile*, 1982.

_____. **Perfis do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PITTMAN, Frank. **Man Enough: Fathers, Sons and the Search for Masculinity**, New York: G. P. Putnam's Sons, 1993.

POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. **La famiglia e il diritto**. Bari: Laterza, 1998.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

SINGLY, François de. A Reinvenção da Família. *In: Label France*, n. 39, p. 3, abr. 2000. V., também, do Autor, **Le soi, le couple e la famille**. Paris: Nathan, 1996.

_____. *In: Libération*, 27 juillet 2004. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl/presse/libe20040727-1.htm>>. Acesso em: 10 out. 2005.

_____. **Famille et individualisation**. Paris: Harmattan, 2001. 2 v.

_____. **Sociologie de la famille contemporaine**. Paris: Nathan, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. *In: Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THURLER, Ana Liési. **Paternidade e Deserção. Crianças sem Reconhecimento e Maternidades Penalizadas pelo Sexismo**. Tese de Doutorado em Ciências Sociais, UnB, 2005.

VELHO, Gilberto. Família e Parentesco no Brasil Contemporâneo: Individualismo e Projetos no Universo das Camadas Médias. *In: Interseções*. UERJ, n. 2, p. 48, 2001.

_____. **Nobres e Anjos**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

DIREITO COMERCIAL E DO TRABALHO

JUSTIÇA COMO EQUIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DO CONTRATUALISMO DE RAWLS

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações iniciais; 3. A posição original; 4. Conclusão; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo examinar, sob perspectiva crítica, aspectos bem específicos da teoria pela qual John Rawls busca trazer à baila sua concepção de justiça equitativa.

Rawls consolidou sua tese de justiça na obra *A Theory of Justice*, publicada pela *Harvard University Press*, em 1971. É dela, pois, que se irá tratar neste ensaio.

A análise completa de *Uma Teoria da Justiça* demandaria do pretenso crítico a elaboração de algumas centenas de laudas. A complexidade e o alcance da teoria de Rawls a respeito da justiça como equidade não permitem encerrar nesta oportunidade tudo aquilo que se poderia dizer a seu respeito. À vista disso, a metodologia adotada neste trabalho consistiu em eleger, para efeito de observação, ponto fundamental da referida teoria, cujo entendimento é substancial para a compreensão de todo seu conteúdo.

Esse ponto fundamental é o que Rawls chama de *posição original*.

Uma Teoria da Justiça, de caráter contratual e formalista, é construída a partir da simulação de uma situação na qual figuram determinadas pessoas – futuros contratantes – que vão se propor a fixar uma *alternativa de justiça*, priorizando *bens primários* (certos direitos e liberdades, oportunidades e poderes, rendimentos e riqueza), que assim são considerados substanciais, para que seja alcançado um modelo aceitável de justiça política.

Em termos superficiais, Rawls elabora sua teoria da seguinte forma: a *priori*, indica os princípios básicos da justiça como equidade – liberdade e

¹ Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

igualdade material – e, em segundo momento, passa a expor as razões pelas quais os princípios anteriormente eleitos são verdadeiramente os que melhor justificam o funcionamento do sistema.

Nessa empreitada, Rawls concebe uma *agenda* que deverá ser rigorosamente cumprida pelas contrapartes, as quais, por sua vez, são intencionalmente *posicionadas* em uma *situação equitativa*, ou em uma *posição original*.

Assim, colocadas na *posição original*, as partes são provocadas a conceber uma alternativa de justiça. O resultado desse trabalho, ou seja, a concepção dessa alternativa, vai coincidir justamente com a concepção de justiça como equidade, porquanto procede exatamente de uma situação equitativa, onde pessoas diferentes ostentam, ainda que artificialmente, idênticas oportunidades de escolha e simplesmente não conhecem desigualdade de condições entre si.

Em uma palavra, é a *posição original* que vai assegurar a concepção de justiça como equidade.

A construção da *posição original* não é simples. Muito ao contrário, se mostra repleta de peculiaridades. Interessante notar que cada uma dessas peculiaridades tem sua razão de existir, de modo que, dentro dessa complexidade, nada é elaborado ao acaso.

Colocadas essas primeiras palavras, propõe-se o estudo das principais particularidades da *posição original*, simultaneamente à formulação de reflexões sobre seu conteúdo.

Em homenagem à racionalidade da exposição, serão articuladas, nas próximas linhas, a breves anotações gerais acerca de **Uma Teoria de Justiça**, que funcionarão para a outorga de contextura ao estudo, com vistas à melhor compreensão de seus apontamentos conclusivos.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Dizem os críticos que **Uma Teoria da Justiça** foi obra determinante para a filosofia, a teoria política, a economia e a jurisprudência.

Dentre eles, Chandran Kukathas e Philip Pettit colocam que o impacto da obra de Rawls se deve ao fato de ter marcado o renascimento da Teoria Política no século XX, cujas principais preocupações – desejabilidade e exequibilidade – haviam se afastado uma da outra no princípio daquele século.

Com efeito, diz-se que o estudo do desejável permaneceu no campo da filosofia e o estudo do exequível no campo da economia e da ciência política. Indo de encontro a esse programa disciplinar, Rawls propõe uma teoria que reputa ideal e, de igual modo, demonstra sua aplicabilidade, reunindo assim as características de desejabilidade e exequibilidade.

Logo, Rawls, na busca do desejável, segue determinadas formalidades: adotando o método contratualista, abre às partes – que se situam na *posição original* – um elenco de alternativas de justiça, dentre as quais deverão ser indicadas as melhores opções, na estrita conveniência daquelas partes. O resultado, portanto, será a opção mais desejável, o que leva a crer que sua concepção de justiça como equidade exibe o requisito de desejabilidade.

A justiça equitativa é também exequível, conquanto assegura a estabilidade da justiça, que, depois de instalada, se manteria mediante a aplicação de seus princípios. Em outras palavras, a prática da justiça como equidade desenvolveria nas pessoas um *senso de justiça*, a permitir a manutenção do sistema. Essa pretensão de Rawls é duramente criticada por alguns, que nela vêem um certo ranço, próprio do conservadorismo, que objetiva justificar o *estado das coisas*, assim como elas se apresentam. Há nítida impressão de que **Uma Teoria da Justiça** não se exhibe como reformista, mas sim como embasamento de uma *democracia organizada*, cuja melhor amostra, na opinião de Rawls, é o modelo norte-americano de *sociedade bem ordenada*. Em suma, Rawls considera sua teoria como sendo uma concepção filosófica para uma democracia constitucional.

Aspecto relevante, também salientado por críticos, diz respeito ao modo como Rawls emprega a teoria contratualista, atribuindo ao contrato um *papel avaliativo* e não legitimador. Com efeito, o acordo na *posição original* é encarado como um teste de desejabilidade e exequibilidade, e não se propõe a legitimar um regime, *mas sim a lhe conferir validade*.

A teoria é considerada heurística. Rawls não visa definir o que é justo. Ele sugere o contrato como procedimento que leva à identificação de estruturas justas. Funciona como método que conduz à descoberta do justo.

O contratualismo de Rawls é ainda econômico e não político. Cada uma das partes considera na *posição original* seus interesses pessoais. Há um desinteresse mútuo entre elas, que assim não interagem, de forma que não há negociação. Essa particularidade da *posição original* é muito interessante e a ela se irá voltar no curso deste estudo, visando sua melhor explicação. Por ora, basta dizer que o processo político é afastado do conceito contratual, justamente para impedir a comunicabilidade entre as partes e a utilização do poder de barganha, o que poderia conduzir a situações iníquas, fruto da preponderância dos interesses dos mais fortes sobre os mais fracos. Essa situação prejudicaria a principal preocupação de Rawls, que é a preservação da equidade.

Rawls formula uma concepção de justiça que forneça alternativa razoavelmente sistemática ao utilitarismo, que dominou por longo tempo a tradição anglo-saxã do pensamento político. A razão dessa iniciativa é pautada no entendimento que considera frágil a doutrina utilitarista como fundamento das instituições democráticas. Daí se compreendem as demoradas comparações que Rawls faz entre sua teoria e a teoria utilitarista.

Rawls vai distinguir a *democracia da propriedade privada de estado do bem-estar social*. Ambos permitem a propriedade privada de patrimônios produtivos, podendo, segundo Rawls, ser erroneamente consideradas como substancialmente a mesma coisa.

De acordo com as palavras de Rawls, no estado do bem-estar social o objetivo é que ninguém fique abaixo de um padrão decente de vida, e que todos possam receber certas proteções contra acidentes e má-sorte, como por exemplo, seguro-desemprego e assistência médica. A redistribuição de renda serve a esse propósito quando, ao final de cada período, aqueles que precisam de assistência podem ser identificados. Esse sistema pode permitir grandes desigualdades hereditárias de riqueza que são incompatíveis com o valor equitativo das liberdades políticas, como também grandes disparidades de ganho que violam o princípio da diferença. Embora se esforce para assegurar a igualdade equitativa de oportunidades, o sistema é insuficiente, ou ainda ineficaz, dadas as disparidades de riqueza e a influência política por ele permitida.

Em virtude desse entendimento, Rawls simplesmente vai refutar a idéia de assistencialismo, que pressupõe certa passividade dos assistidos. Ao contrário, Rawls sugere uma atitude positiva, representada pela atuação da parte na *posição original*, buscando defender aquilo que lhe agrada e, portanto, aquilo que considera justo, dadas as demais particularidades da *posição original*, adiante comentadas.

Ademais, a política assistencialista transmite a idéia de pessoas vivendo sem dignidade, como *resultado* de um sistema equivocado e incapaz de permitir o desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse sentido, vale destacar que essa linha pensamento rawlsiana tem nítida origem em Kant, chamado por muitos de “pai” do individualismo moderno, por focar sua teoria na pessoa humana, sobretudo a partir de sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, obra pela qual propõe uma segunda formulação de imperativo categórico, consistente na consideração da pessoa humana como um fim em si mesmo, surgindo daí a idéia de dignidade do homem, que mais tarde vai fundamentar o princípio da solidariedade, da correção de desigualdades, levando afinal ao embasamento dos direitos sociais e a materialização do Estado Democrático de Direito. Não por acaso Höffe se refere a esse segundo imperativo categórico como “*imperativo jurídico categórico*”².

Com efeito, não se pode deixar de considerar que Rawls é um kantiano, sobretudo porque se trata de um formalista e estudioso das liberdades humanas. Contudo, deve-se registrar uma diferença substancial entre o pensamento

² Nas palavras do Professor Vicente de Paulo Barreto, proferidas nos seminários realizados no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esse segundo imperativo categórico poderia ser assim resumido: “*age de forma que o outro seja para você um fim em si mesmo e não um instrumento de sua vontade*”. Essa é a base do princípio da dignidade da pessoa humana, a raiz da liberdade solidária e da legislação social, surgida no Brasil em meados do século XX.

kantiano e a doutrina rawlsiana: o alcance de suas teorias. Enquanto Kant vai trabalhar no campo metafísico³ e universal, Rawls vai construir sua teoria tendo como paradigma o modelo político de democracia organizada e sociedade bem ordenada.

Em outros termos, a expressão maior de modelo de uma democracia organizada, na opinião de Rawls, é o sistema norte-americano. Por isso se diz que Rawls faz uma leitura muito limitada da teoria de justiça de Aristóteles e de Kant, cosmopolitas por excelência.

Assim, Rawls tenta elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social apresentada por Locke, Rousseau e Kant. É a este último que Rawls atribui o fato de considerar sua teoria como pouco original, dizendo que suas principais idéias são clássicas e bem conhecidas, sobretudo no que se refere ao significado de liberdade e, particularmente, à sua prioridade.

Interessante registrar que essas doutrinas, kantiana e rawlsiana, coincidem com a orientação jus-acadêmica atual, objeto de pesquisa nas universidades brasileiras, que privilegia a figura da pessoa humana nas relações sociais, à luz dos princípios constitucionais fundamentais e dos valores que os antecedem.

Pelo discurso de Rawls, a democracia da propriedade privada não vai atuar na redistribuição de renda em favor daqueles que têm menos ao final de um período, mas sim assegurar que as instituições básicas concedam aos cidadãos em geral e não apenas a poucos, desde o princípio, *no início do período*, os meios produtivos que lhes permitam ser membros totalmente cooperativos de uma sociedade.

O pensamento é procedente. Neste particular, vale ilustrá-lo com um exemplo, ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, que tende a contrariar aquilo que se pode admitir como *igualdade de oportunidades, no início do período*.

A referência é feita a medidas recentemente implementadas pelo Governo fluminense⁴, que impõem reserva de vagas para alunos oriundos da rede pública de ensino. Ao que tudo indica, essas medidas estão longe de demonstrar

³ A partir da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, KANT vai se permitir ir além da prática, que se manifestaria pelos costumes em si, por sua vez projetados em duas vertentes bem distintas, consubstanciadas na Doutrina da Virtude (no campo da ética e da virtude) e Doutrina do Direito (no campo das normas). Aqui, Kant não se conforma com a Física do Direito e dos Costumes (expressas pelas leis dos Estados Nacionais) e vai buscar fundamentos que possibilitem explicar o conhecimento que está acima das virtudes nacionais, ou seja, vai buscar os fundamentos dos costumes metafísicos, universais, cuja expressão mais aproximada se materializará, anos mais tarde, nos direitos humanos.

⁴ Trata-se do exame SADE, estabelecido a partir da criação do Sistema de Acompanhamento do Desempenho dos Estudantes do Ensino Médio, instituído pela Lei Estadual 3.524, de 28.12.2000, e pelos Decretos 29.090, de 30.08.2001, e 31.468, de 04.07.2002. O SADE tem como objetivo avaliar o desempenho dos estudantes do ensino médio mantido pelo Poder Público, com a finalidade de preenchimento de 50% (cinquenta por cento) das vagas dos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), levando-se em consideração cursos/habilitações, semestres e turnos, obedecida a limitação de vagas existentes, a serem preenchidas de acordo com o critério da melhor nota.

preocupação com o acesso democrático à universidade. A igualdade de oportunidades, tão defendida por Rawls, exige que o ensino público, fundamental e médio, possa, por sua qualidade, garantir aos economicamente menos favorecidos idêntico preparo educacional daqueles alunos provenientes da rede de ensino particular. Não será o acesso à universidade, demagogicamente assegurado, que virá a trazer dignidade a cidadãos brasileiros, preparando-os para a vida profissional.

Com efeito, *as oportunidades devem ser asseguradas desde o primeiro momento* em que, no caso em questão, seja possível o exercício de direitos sociais pelo administrado, dentre os quais o acesso à educação é prioridade, segundo o que dispõe o art. 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Sob esta perspectiva, não se obterá igualdade material com a aplicação de fórmulas paliativas e populistas, que poderão inclusive gerar desconforto futuro nos *pseudobeneficiários*. De outra feita, deve-se investir, na hipótese de que se trata, *na formação educacional da criança*, abrindo-lhe caminhos para seu pleno desenvolvimento intelectual, a ser conquistado com seus próprios esforços.

Voltando-se para **Uma Teoria da Justiça**, sustenta Rawls que deve haver uma crescente dispersão da propriedade de capitais e recursos, ao longo do tempo, por intermédio de direito das sucessões. Deve haver igualdade equitativa de oportunidades, assegurada por provisões para educação, treinamentos técnicos e atividades afins.

Enfim, deve-se priorizar as instituições que dão sustentação ao valor equitativo das liberdades políticas, para que, em suma, se tenha uma dimensão de toda a força do *princípio da diferença*, em que há reciprocidade, ou seja, em que se considera na sociedade um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais, de uma geração para outra.

O primeiro objetivo de **Uma Teoria da Justiça** foi a explicação das liberdades e direitos básicos e sua prioridade. O segundo escopo foi integrar essa explicação a um entendimento da igualdade democrática, o que conduziu ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades e ao princípio da diferença.

Em suma, são os seguintes os princípios de justiça como equidade, expostos por Rawls, em ordem de prioridade:

- i) Primeiro princípio: cada pessoa deve ter direito igual ao mais amplo sistema de liberdades básicas (prioridade da liberdade);
- ii) Segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente: (a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos favorecidos; (b) sejam consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades.

Nos termos assinalados na parte introdutória do presente estudo, Rawls elabora sua teoria indicando, *a priori*, os princípios básicos da justiça como equidade, passando a expor as razões pelas quais os princípios anteriormente eleitos são verdadeiramente os que melhor justificam o funcionamento da *estrutura básica*.

Portanto, para Rawls o *fim* (objeto do desejo) é *pressuposto da escolha*, que vai ser boa, se o fim for bom. Esse radicalismo, que incentiva Rawls a primeiro dizer os objetivos de sua doutrina (os princípios que conduzem à justiça como equidade) e só depois se ater a explicar os meios pelos quais aquela finalidade foi obtida, rendeu-lhe severas críticas, sobretudo quanto à *legitimidade de se empregar meios ilícitos quando a finalidade for boa*.

São razões como essas que faz de **Uma Teoria da Justiça** uma obra das mais polêmicas da Teoria Política do século XX. Vale dizer que **Uma Teoria da Justiça** não surgiu da noite para o dia. É fruto do trabalho de muitos anos. É portanto obra que consolida o pensamento do autor, externado em artigos de doutrina publicados no decorrer de doze anos. Representa, enfim, a consolidação de extensa produção acadêmica.

Desde a primeira edição de **Uma Teoria da Justiça**, em 1971, Rawls, provocado pelos críticos de sua obra, permitiu-se realizar diversas revisões de sua teoria, de modo que, muita vez, se podem perceber passagens em que o autor expõe diálogos travados continuamente com esses críticos, dentre os quais se pode destacar a atuação de Hart, declaradamente decisivo para que fossem esclarecidos determinados pontos da teoria de Rawls.

A *posição original*, da qual se passará a tratar, demonstra o método pelo qual Rawls tende a empregar a idéia de contrato social em uma versão mais geral e abstrata.

3 A POSIÇÃO ORIGINAL

3.1 Do que se trata a posição original?

Pode-se começar essa parte do trabalho pelo fim. E esse método não representa falta de bom senso do autor desta crítica (muito embora possa aparentar ao leitor). Como será visto, esse caminho será bem mais esclarecedor.

Logo, nada mais pertinente, para explicar inicialmente a *posição original*, que se tome por empréstimo as ponderações deduzidas pelo próprio Rawls, encerradas em sua amadurecida obra **Political Liberalism**, publicada em 1993 (e, portanto, vinte e dois anos após a primeira edição de **Uma Teoria da Justiça**).

Em **Liberalismo Político**, Rawls acrescenta que a idéia de *posição original* é introduzida em sua *Teoria* para que se descubra qual concepção de

justiça é capaz de especificar os princípios mais adequados para a realização da liberdade e da igualdade.

A contribuição da *posição original* é permitir a absoluta abstração das contingências do mundo social, as quais, acaso presentes, afetariam a *celebração de um acordo equitativo* sobre os princípios de justiça política.

As circunstâncias que compõem a *posição original* vão assegurar, dessa forma, a formação de um consenso a ser manifestado por pessoas livres e em posição de igualdade, que não terão poder de barganha em virtude de sua posição na sociedade e das influências que poderiam exercer, estando elas, em uma palavra, em *condições equitativas, ou seja, em posições simetricamente situadas*.

Nessa oportunidade, Rawls assume, reiterando o que de certa forma já havia dito em **Uma Teoria da Justiça**, que a *posição original* é um *artifício de representação*, de modo que o acordo dela resultante deve ser visto como não histórico e *hipotético*. E aqui Rawls vai enfrentar diretamente uma das maiores dificuldades para a plena compreensão de sua teoria: como acordos hipotéticos não geram obrigações, qual a importância da *posição original*?

Diante desse questionamento, Rawls sustenta que a importância da *posição original* é justamente representar um meio (um artifício!) pelo qual se garante a concepção de uma teoria equitativa, pois que produzida por partes que estejam em posições equidistantes, sob o *véu de ignorância*, entendido este como mecanismo criado para que uma parte não saiba da posição da outra e, o que é mais interessante, desconheça as particularidades de sua própria posição, de modo que não irá se aventurar a fazer proposições que entenda beneficiar imoderadamente um segmento social específico, em detrimento de outro, do qual a própria parte, uma vez afastado o *véu de ignorância*, pode ser surpreendida como dele sendo integrante.

O *véu de ignorância* é um dos pontos fundamentais para a caracterização e entendimento da *posição original* e a ele se retornará oportunamente, por ocasião do exame das características da *posição original*.

Portanto, pondere-se que a *posição original* não é um fim em si mesmo. Seu mérito não decorre de sua complexa e inteligente estrutura, cuidadosamente construída por Rawls, de modo artificial (fato que já seria meritório!). Aqui, está-se simplesmente no plano das idéias, da desejabilidade, da imaginação fértil.

Por conseguinte, sua importância será o resultado obtido: uma concepção equitativa de justiça, plenamente aplicável (concreta), que vai justificar a escolha dos princípios da liberdade e igualdade, como fundamentos da justiça como equidade.

Há um trecho de **Liberalismo Político** que vale ser reproduzido⁵, em conclusão a esse ponto, por refletir de modo conciso a réplica de Rawls às provocações formuladas por seus críticos. Nessa passagem, Rawls reafirma a adequação de sua teoria com o modelo de democracia organizada, aqui referida como *sociedade bem-ordenada*, salientando a perspectiva pouco universal de sua concepção de justiça, sob o ponto de vista de sua exequibilidade:

Tendo examinado a idéia de posição original, eu faria ainda um acréscimo, a fim de evitar mal-entendidos. É importante distinguir três pontos de vista: o das partes na posição original, o dos cidadãos numa sociedade bem-ordenada e, finalmente, o nosso – o seu e o meu, que estamos formulando a idéia de justiça como equidade e examinando-a enquanto concepção política de justiça.

Os dois primeiros pontos de vista fazem parte da concepção de justiça como equidade e são especificados por referência a suas idéias fundamentais. Mas, enquanto as concepções de uma sociedade bem-ordenada e de cidadãos como pessoas livres e iguais podem muito bem ser realizadas em nosso mundo social, as partes, vistas como representantes racionais que especificam os termos equitativos da cooperação social ao chegar a um acordo sobre os princípios da justiça, são simplesmente as partes na posição original. Essa posição é estabelecida por você e por mim na elaboração da justiça como equidade, de modo que a natureza das partes cabe somente a nós: elas são apenas as criaturas artificiais que povoam nosso dispositivo de representação. A justiça como equidade é terrivelmente mal-entendida quando as deliberações das partes, e os motivos que lhes atribuímos, são confundidos com uma visão da psicologia moral, tanto de pessoas reais quanto de cidadãos de uma sociedade bem-ordenada. A autonomia racional (II:5) não deve ser confundida com autonomia plena (II:6). Esta última é um ideal político e parcela do ideal mais completo de uma sociedade bem-ordenada. A autonomia racional em si não constitui ideal algum: ela é uma forma de expressar a idéia do racional (em contraposição ao razoável) na posição original.

O terceiro ponto de vista – o seu e o meu – é aquele a partir do qual a justiça como equidade, bem como qualquer outra concepção política, deve ser avaliada. Aqui o teste é o equilíbrio reflexivo: trata-se de saber em que medida a visão como um todo articula nossas mais firmes convicções refletidas de justiça política, em todos os níveis de generalidade, depois do devido exame e depois de feitos todos os ajustes e revisões que pareçam necessários. Uma concepção de justiça que satisfaça esse critério é, tanto quanto podemos avaliar agora, a mais razoável de todas.

Em suma, a *posição original* é a *situação inicial* da formulação da teoria da justiça, habilmente construída como ponto de partida para que se explique o raciocínio que conduz aos princípios de justiça como equidade. Para essa finalidade, Rawls vai caracterizar a *posição original*, sob vários aspectos, adiante estudados.

⁵ **Liberalismo Político**. 2. ed., da obra traduzida para a língua portuguesa. Ática, 2000. p. 71-72.

3.2 Características da posição original

Segundo Rawls, a *posição original* deve ser detidamente formulada e caracterizada, levando-se em consideração os seguintes elementos:

- circunstâncias da justiça;
- restrições formais do conceito de justo;
- o véu da ignorância;
- racionalidade das partes contratantes.

Esses elementos vão ser imprescindíveis para a explicação racional do resultado obtido pelo contrato celebrado na *posição original*, a qual, como se disse, se consubstancia em um *artifício de representação* e, assim, tem suas características idealizadas e *calculadas* por Rawls. Passe-se, assim, a analisar cada uma delas.

3.3 Circunstâncias da justiça

As circunstâncias da justiça podem ser definidas como as *condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária*. A *sociedade*, embora seja um empreendimento cooperativo, é marcada ao mesmo tempo por *uma identidade de interesses*, uma vez que a cooperação social possibilita a todos uma vida melhor do que qualquer um teria se vivesse sozinho, e *por um conflito de interesses*, basicamente em relação a como os maiores benefícios produzidos pela cooperação serão distribuídos.

Por isso, *os princípios são necessários para que se escolha entre as várias ordenações sociais que determinam essa divisão de vantagens* e para que se firme um acordo quanto às partes distributivas adequadas.

As condições que dão origem a essa necessidade são as *circunstâncias da justiça*, que podem ser divididas em *objetivas*, “*que tornam a cooperação humana possível e necessária*”, isto é, relativas à coexistência de indivíduos em um mesmo território, e *subjetivas*, originadas em uma “*condição de escassez moderada de recursos naturais e de outros tipos*”, em relação aos quais as partes fazem suas próprias reivindicações, *conflitantes entre si*, de acordo com o plano de vida e propósitos de cada um. Além disso, tendo em vista as várias deficiências humanas de conhecimento, pensamento e julgamento, os homens não apenas têm planos de vida diferentes, como também crenças filosóficas e religiosas e doutrinas políticas e sociais também diferentes.

Para simplificar, Rawls enfatiza a condição de escassez moderada (*circunstância objetiva*) e o conflito de interesses (*circunstância subjetiva*) e diz, em resumo, que *as circunstâncias da justiça se verificam sempre que as pessoas apresentam reivindicações conflitantes em relação à divisão das vantagens*

sociais em condições de escassez moderadas (são condições para a justiça, assim como a ameaça à integridade corporal é condição para a coragem física).

Nesse aspecto, Rawls adota o método a seguir comentado, que pode ser disciplinado mediante a colocação de duas premissas.

A primeira delas coincide com o fato de Rawls presumir que as partes na *posição original* sabem que as circunstâncias da justiça se verificam. A rigor, esse *conhecimento* ostentado pelas partes poderia ir de encontro com um outro elemento da *posição original*, que Rawls vai denominar *véu de ignorância*; o qual determina o estado de desconhecimento pelas partes das particularidades que envolvem desde seu lugar na sociedade (*status social*) a seu plano de vida racional, os traços característicos de sua psicologia (pessimismo ou otimismo) e as circunstâncias particulares de sua própria sociedade.

Porém, não há qualquer contradição. O *véu de ignorância*, que virá a assegurar a posição equidistante de cada uma das partes, não chega a atingir o conhecimento genérico e superficial a respeito das circunstâncias de justiça que as envolvem. Devem as partes ter noção de onde estão e para onde vão, ou seja, devem ter capacidade para discernir qual a medida (e não a exatidão!) da *escassez moderada* e dos *conflitos de interesse*, sem os quais não existirá o porquê de se obter uma concepção de justiça.

O segundo passo do método de Rawls se consubstancia na *presunção de que as partes tentam promover sua concepção do bem da melhor maneira possível*, não estando ligadas por vínculos morais prévios, como, por exemplo, uma relação de ascendência, que levaria uma das partes a abrir mão de certos bens em proveito de sua prole.

Rawls se dirige às partes da *posição original* como pessoas comuns, do cotidiano. Nesse plano, esclarece Rawls que essas pessoas são indivíduos (como, por exemplo, “chefes de família”) que naturalmente têm preocupações com seus descendentes. Mas Rawls não tenciona, por conta disso, discutir questões de justiça entre gerações, pois essa discussão levaria à reflexão de muitos outros aspectos não considerados em **Uma Teoria da Justiça**, desviando os objetivos de se conceber uma teoria alternativa de justiça. Em outros termos, a complexidade a que se chegaria a discussão da justiça entre gerações poderia desvirtuar o escopo de Rawls em conceber uma teoria aplicável em uma determinada sociedade, num determinado período.

Logo, Rawls chega à conclusão de que *há um postulado de indiferença mútua entre as partes na posição original, uma vez que elas não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício dos outros*. Isso significa que uma concepção de justiça não deve pressupor laços abrangentes de sentimento natural. Nesse ponto, diz Rawls: “*Não estamos em uma associação de santos que trabalham abnegadamente para um objetivo comum a todos e onde não ocor-*

rem disputas sobre a justiça. Estamos na sociedade humana, que é caracterizada pelas circunstâncias da justiça”.

Esse individualismo é muita vez interpretado como egoísmo, conduzindo a severas críticas ao contratualismo rawlsiano. Mas merece ser esclarecido: a indiferença é tratada por Rawls como mais um recurso que garanta condições equitativas entre as partes. As escolhas que serão feitas por cada uma das partes na *posição original* não levarão em consideração a posição que cada contraparte virá a ocupar na sociedade, após levantado o véu de ignorância. Como se disse, as partes saberão a respeito de circunstâncias genéricas da sociedade (circunstâncias da justiça), mas não específicas, sejam tais especificidades relativas à sociedade em si ou a seus membros. O resultado desse artifício é a impossibilidade de maximização de interesses para compensar eventual desigualdade que viesse a ser gerada, em tese, pela superioridade de uma contraparte.

Em resumo, quando as partes tentam promover sua concepção do bem, da melhor maneira possível, cientes apenas das circunstâncias da justiça e desconsiderando as peculiaridades dos interesses pessoais das demais pessoas que ocupam a *posição original*, chega-se ao mais alto grau de objetividade e impessoalidade das alternativas que, após escolhidas, conduzirão aos princípios de justiça como equidade.

Ainda que tal escolha leve em consideração os interesses próprios de cada parte (e só dela!), esse fato vai contemplar os interesses da pessoa humana, considerada em si mesmo.

Há, enfim, grande mérito de Rawls nesse primeiro aspecto da *posição original*, que é a obtenção do equilíbrio entre a escolha individual (aqui valorizada como manifestação da liberdade de escolha, à luz da dignidade da pessoa humana) e a impessoalidade que uma concepção de justiça deve ter, como forma de evitar privilégios injustificados de determinados segmentos sociais.

3.4 Restrições formais ao conceito de justo

Nessa etapa, Rawls surpreende pelo alto grau de formalismo de sua doutrina. As partes na *posição original* estão limitadas quanto às alternativas que têm para adotarem sua concepção de justiça e limitadas quanto ao conhecimento das circunstâncias dessas alternativas. A essas restrições Rawls se refere como *restrições do conceito de justo*, uma vez que elas se aplicam para a escolha de todos os princípios éticos e não apenas aos princípios de justiça.

Na exposição de seu raciocínio, Rawls considera, *prima facie*, as *restrições às alternativas* (há certas restrições que se incluem na lista apresentada às partes), que assim estão sujeitas a certas condições formais, organizadas em cinco grupos:

- (i) **Os princípios devem ser gerais:** pois devem poder servir como estatuto público de uma sociedade perpetuamente bem-ordenada. Sendo incondicionais, esses princípios se aplicam dentro das circunstâncias da justiça, sendo acessíveis aos indivíduos de qualquer geração (o entendimento desses princípios não deve exigir o conhecimento de particularidades contingentes). O teste mais óbvio dessa condição é a idéia de que justo é aquilo que é “*conforme a vontade de Deus*”.
- (ii) **Os princípios devem ser universais em sua aplicação:** tendo em vista que devem se aplicar a todos, em virtude de todos serem pessoas éticas. Por isso, devem ser excluídos os princípios que conduzem à complexidade e aqueles que produzem resultados contraditórios, devendo ser escolhidos em vista das **conseqüências** decorrentes de sua aceitação por todos. Assim, a **generalidade** não se confunde com a **universalidade**. Rawls exemplifica a afirmativa, dizendo que o egoísmo pode ser universal, já que seus perniciosos efeitos irão atingir, indistintamente, a coletividade. Mas esse mesmo egoísmo não será geral, pois suas regras serão estabelecidas de acordo com o interesse de um indivíduo ou grupo. De outra feita, podem haver princípios gerais mas não universais, como aqueles aplicáveis a um grupo restrito de indivíduos (selecionados pela cor do cabelo ou situação de classe, por exemplo).
- (iii) **Publicidade:** que surge naturalmente numa visão contratualista; sua importância é fazer com que as partes considerem as concepções de justiça como instituições da vida social publicamente reconhecidas e eficazes. Aqui Rawls assume expressamente sua inspiração kantiana, ao mencionar que a condição de publicidade está implícita na doutrina do imperativo categórico, na medida em que este exige que se atue de acordo com princípios que, como pessoas racionais, estar-se-ia dispostos a elaborar como leis para o reino dos objetivos. Nas palavras de Rawls, pensava Kant nesse reino como uma comunidade ética, que tem esses princípios morais como estatuto público.
- (iv) **Ordenação:** é desejável que a concepção de justiça seja capaz de ordenar todas as reivindicações que possam surgir, sem que haja aqui necessidade de se recorrer à força.

A ordenação de justiça como equidade não pode ser confundida com todo e qualquer tipo de medida que imponha ordem à comunidade social. Nesta ordem de idéias, Rawls sustenta que o conflito

físico e o recurso às armas resultam em uma ordenação. Mas defende o ponto de vista no sentido de que os princípios de justo e de justiça são aceitos justamente para evitar o apelo à força e à esperteza. Nessa linha, Rawls assume que dar a cada um de acordo com sua capacidade de ameaçar não pode fazer parte de uma concepção de justiça.

No entendimento de Rawls, uma concepção de justiça não pode ameaçar as instituições. Muito pelo contrário, essa justiça deve trabalhar diuturnamente para assegurar a manutenção do sistema político, ou em outras palavras, na manutenção da ordem. Aqui Rawls deixa claro que sua intenção não é sugerir uma teoria reformista, mas sim que venha a fundamentar o funcionamento do sistema, trazendo estabilidade à *estrutura básica* da sociedade, de modo que, dentro desse escopo, não se pode afastar a condição formal que a garante, substanciada na ordenação.

- (v) **Caráter terminativo e conclusivo dos princípios:** as partes devem avaliar o sistema de princípios como a última instância de apelação do raciocínio prático (não há padrão mais elevado). Não seria útil que se permitisse às partes a revisão de suas decisões em um momento posterior, pois, se assim fosse, as escolhas não seriam tomadas com seriedade e responsabilidade. As partes devem estar cientes de ser aquela a única oportunidade para a dedução de suas colocações, motivo pelo qual devem estar estritamente comprometidas com as opções que houverem sido eleitas.

Rawls vai resumir toda a construção acima comentada em um único parágrafo, que se apresenta como auto-explicativo: “*Uma concepção de justo é um conjunto de princípios, gerais em sua forma e universais em sua aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como uma última instância de apelação para a ordenação de reivindicações conflitantes de pessoas éticas*”⁶.

Em conclusão a esse ponto, Rawls vai defender que as restrições formais não excluem as concepções tradicionais de justiça, *mas certamente excluem as variantes do egoísmo*.

O egoísmo é, sem dúvida alguma, uma das maiores preocupações de Rawls, já que se traduz, na vida em sociedade, como uma peculiaridade do ser humano, enquanto ser político. Por isso, em sua construção teórica, vai o filósofo considerar importante a influência do egoísmo, não propriamente por conta dos supostos benefícios trazidos pela concepção egoística (inexistentes!) – já que, como se disse, defende que *uma concepção séria de justiça deve desconhecer qualquer modalidade de egoísmo* – mas sim pelo fato de o egoísmo ser lógico e racional, mas, de outra feita, incompatível com que se

entende por justo, analisado tal conceito do ponto de vista moral. Portanto, filosoficamente, o egoísmo já não será mais importante com uma concepção alternativa do justo, mas sim como um desafio, ponto de dissensão, algo em que as partes se apegam se não fossem capazes de alcançar um entendimento.

3.5 O véu de ignorância

A *posição original* deve estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. Assim, devem-se anular as contingências específicas que levam o homem à disputa. Para isso, Rawls assume que as partes se situam atrás de um *véu de ignorância*. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar seu caso particular e são obrigadas a avaliar os princípios com base em considerações gerais (que são as *circunstâncias da justiça*).

Assim, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade (seu *status social*), nem sua sorte na distribuição de dotes naturais ou habilidades, sua inteligência e força, seu plano de vida racional, os traços característicos de sua psicologia (pessimismo/otimismo). Também não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade, tal como o nível de civilização e cultura, nem recebem informações sobre a qual geração pertencem.

A rigor, o único fato particular que conhecem é que sua sociedade está sujeita às *circunstâncias da justiça*. Por conta disso, conhecem os fatos genéricos da sociedade humana, que incluem as relações políticas e os princípios da teoria econômica. De fato, presume-se que as partes conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça.

Rawls reconhece que a noção de véu de ignorância levanta várias dificuldades. As exclusões de quase todas as informações podem dificultar o entendimento de significado da *posição original*. Mas ele diz que qualquer pessoa pode atuar nessa situação hipotética, considerada um *artifício de representação*, desde que raciocinando com as restrições apropriadas.

A *posição original* não deve ser considerada como uma assembléia geral que inclui todas as pessoas que vivem numa determinada época. Não é uma reunião de todas as pessoas reais ou possíveis. A interpretação correta é de que a *posição original* pode ser adotada a qualquer tempo, sendo indiferente a ocasião ou quem a adota. Neste particular, o *véu de ignorância* é condição essencial na satisfação dessa exigência.

Daí Rawls vai responder à seguinte questão: pode o *véu de ignorância* ser considerado irracional?

Alguns poderiam objetar a existência e finalidade do *véu de ignorância*, sob o argumento de que os princípios deveriam ser escolhidos à luz de todo o conhecimento disponível.

⁶ Uma Teoria da Justiça. 1. ed., da obra traduzida para a língua portuguesa. Martins Fontes, 2000. p. 145.

Contra essa argumentação, Rawls sustenta que há várias respostas. A principal delas, ao que parece, é a de que o *véu* é instrumento indispensável para que as partes fiquem sem condições para negociar, resultado de extrema importância, pois evita o favorecimento pessoal e assim mantém condições equitativas, imprescindíveis para a concepção de uma alternativa de justiça como equidade.

Outro ponto salientado por Rawls é no sentido de que o *véu* irá evitar que se formem coalizões entre determinadas pessoas, em prejuízo das demais. Evidentemente, ponderando-se a respeito de uma situação em que as partes desconhecem o plano de vida próprio e das demais contrapartes, logo se conclui pela inviabilidade destas partes se reunirem para defenderem interesses que sequer têm conhecimento.

Rawls admite uma exceção, de cunho desenganadamente econômico, que se refere à questão da poupança. Como as partes sabem que são contemporâneas, podem favorecer sua geração, recusando-se a sacrifícios em proveito de seus sucessores. Por essa razão e nos termos acima salientados, Rawls vai evitar tratar do tema de justiça entre gerações, admitindo, de toda forma, que, quanto a esse ponto, só o *véu de ignorância* não é suficiente para se assegurar o resultado equitativo, devendo ser acrescida uma restrição, consubstanciada na combinação entre determinadas estipulações, como, por exemplo, considerar que as partes na *posição original* são chefes de família que se preocupam em promover o bem estar dos descendentes ou que as partes concordem com princípios sujeitos à restrição de que elas desejam que todas as gerações precedentes tenham seguido aqueles princípios.

3.6 Racionalidade das partes

As pessoas na *posição original* são racionais, mas não conhecem a concepção do bem (na verdade, elas vão postular sua própria concepção do bem). Ou seja, embora saibam que têm algum plano racional de vida, elas não conhecem os detalhes desse plano (seus objetivos).

Rawls postula que elas aceitam a explicação do bem supondo que geralmente preferem ter uma quantidade maior de bens sociais primários ao invés de uma menor. Com efeito, é racional que elas queiram uma fatia maior, já que, de qualquer forma, elas não são obrigadas a aceitar se não o desejarem.

As partes sabem que em geral devem proteger suas liberdades e ampliar suas oportunidades, guiadas pela teoria do bem e pelos fatos genéricos da psicologia moral. Suas deliberações deixam de ser um exercício de adivinhação, podendo tomar uma decisão racional no sentido comum.

O conceito de racionalidade invocado por Rawls é aquele clássico da Teoria Social: é pessoa racional aquela que tem um conjunto de preferências

entre as opções que estão a seu dispor, as quais classifica de acordo com seus propósitos (aqui se aplica a questão do desinteresse mútuo, que trata da motivação das partes na *posição original*, de modo que os interesses dos demais não vão influenciar as escolhas individuais).

Supõe Rawls que um indivíduo racional não é dominado pela inveja, de forma que não fica desanimado em saber que os outros têm uma quantidade maior de bens sociais primários. Essa ponderação levanta certa perplexidade, que Rawls vai fazer questão de enfrentar: o método está distanciado demais da realidade? Se os homens certamente são acometidos pela inveja, como uma concepção de justiça pode ignorar isso?

Rawls sugere uma resposta dividindo em dois grupos o argumento a favor dos princípios de justiça: (i) os princípios são derivados com base na suposição de que a inveja não existe (porque na escolha dos princípios os homens devem considerar a si próprios, sendo irrelevante a situação dos demais); (ii) se a concepção resultante é aplicável em vista das circunstâncias da vida humana.

O procedimento se justifica porque a inveja tende a piorar a situação de todos e, assim, é coletivamente desvantajosa. A concepção de justiça elimina as condições que dão origem a atitudes desagregadoras e portanto é intrinsecamente estável.

A suposição da *racionalidade mutuamente desinteressada* resulta que as pessoas na *posição original* tentam reconhecer princípios que promovam seus sistemas de objetivos na melhor forma possível, tentando garantir para si mesmas o maior número de bens sociais primários.

Com efeito, a racionalidade e a ausência do sentimento de inveja conduzem ao resultado no sentido de que as partes não buscam conceder benefícios ou impor prejuízos umas às outras, não são movidas nem pela afeição, nem pelo rancor, nem tentam levar vantagens umas sobre as outras: não são invejosas e nem vaidosas.

Outra importante presunção de Rawls é de que as partes são capazes de um senso de justiça. Elas podem confiar umas nas outras, assumindo que todas entendem e agem de acordo com os princípios acordados, pois a sua capacidade para um senso de justiça assegura que todos os princípios escolhidos serão respeitados.

Em outros termos, reconhece-se que quando as partes chegam a um acordo, tal resultado não é em vão. O fato de terem esse senso influencia na conclusão desse acordo e sua posterior obediência, gerando a tão relevante estabilidade.

Com essas colocações, Rawls sustenta que a configuração da *posição original* está praticamente completa. Mas faz antes alguns esclarecimentos, que valem ser mencionados e interpretados na presente análise:

- (i) As partes na *posição original* são indivíduos definidos teoricamente (são pessoas movidas na maneira descrita pela explicação da teoria). Aqui cabe reiterar tudo aquilo que se colocou a respeito da construção teórica da *posição original*, principalmente quanto à sua natureza instrumental, a que Rawls se refere, mais tarde, em sua obra **Political Liberalism**, como *artifício de representação*.
- (ii) A motivação das pessoas na *posição original* não pode ser confundida com a motivação das pessoas na vida quotidiana, pois na situação concreta estas vão agir, impulsionadas por seu senso de justiça, de acordo com os princípios previamente estabelecidos na *posição original*, naquele estado de desinteresse mútuo, que assim só vai ter efeitos para a escolha desses princípios.
- (iii) Diz-se que uma teoria contratualista é eficaz quando adota a boa vontade das partes; mas a justiça como equidade, com a combinação do desinteresse mútuo e do véu de ignorância, atinge praticamente o propósito da benevolência, pois força cada pessoa na *posição original* a levar em consideração o bem dos outros (não os particulares, tendo em vista o desinteresse mútuo, mas sim os gerais), justamente porque essa parte desconhece a posição que ocupará na sociedade, quando desconsiderado o véu de ignorância. Essa orientação, segundo Rawls, é mais vantajosa, em virtude de sua simplicidade e clareza. Nesse sentido, se houvesse de se considerar a benevolência e o conhecimento pelas partes da situação umas das outras, se chegaria a um plano de complexidade que inviabilizaria a elaboração de uma teoria bem definida.

3.7 Natureza do argumento a favor das concepções da justiça

Nessa etapa de sua teoria, em que já foram devidamente trazidos à baila os princípios de justiça como equidade e as características da situação inicial a partir da qual tais princípios foram concebidos, Rawls chega ao ponto que considera maduro o suficiente para sustentar por quais razões sua concepção de justiça é a melhor alternativa dentre as opções existentes.

Melhor dizendo, a justiça como equidade considera que os princípios primordiais da justiça são objeto de um acordo original, em uma situação inicial, bem definida. São aqueles princípios que pessoas racionais e desejosas de promover seus interesses aceitariam numa posição de igualdade. *Deve-se demonstrar portanto que os dois princípios são a solução de escolha na posição original*. Deve-se considerar que um acordo baseado nesses princípios é a melhor maneira para cada pessoa assegurar seus objetivos, em vista das alternativas possíveis.

Rawls reconhece, com irretocável acerto, que ninguém pode ter tudo que deseja. Por isso, o melhor possível para cada homem é que todos o acompanhem na promoção de sua concepção do bem. Ou seja, ao invés de se buscar a todo custo aquilo que à primeira vista trará maior satisfação pessoal, é preferível atingir um alvo que seja de interesse de todos, garantindo assim a adesão de maior número de pessoas. Esse raciocínio é reforçado pela noção de *véu de ignorância*, pois que, se não é franqueado à parte o conhecimento das especificidades de seu plano de vida, não pode ela correr o risco de trazer a si, na *posição original*, toda a sorte de bens primários, quando, na verdade, após baixado o véu, ela venha a constatar (com muita frustração!) que não ocupa o *status social* cujos membros foram eleitos como destinatários jus de tais bens.

Mencione-se um exemplo. Suponha-se que uma das partes na *posição original* seja líder de uma família de lavradores “sem-terra”, cujo cotidiano é ocupar dia após dia propriedades rurais no interior do Estado de Goiás. Qual a melhor alternativa para esse cidadão? Seria propor a desapropriação indiscriminada dessas terras para posterior assentamento de famílias?

É intuitivo que, sob seu particular ponto de vista, essa seria a melhor solução.

Mas o que fazer, caso – reitere-se que este é um exercício a partir de uma situação hipotética, sujeita ao *véu de ignorância* – após aceita a proposta, ele descubra que, na verdade, é um empresário rural cujas produtivas terras deveriam ser desapropriadas, não obstante ele venha rigorosamente observando o princípio da função social da propriedade, repetidamente consagrado na Constituição Federal de 1988?

Haveria justiça aqui?

Em contrapartida, trabalhe-se com a situação em que o líder “sem-terra” tenha em mãos uma outra opção. Pode ele propor a criação de uma cooperativa rural (constituída por algumas dezenas de trabalhadores) à qual seria arrendada uma parte de uma propriedade produtiva, por uma quantia razoável e atrativa para ambas as partes subscritoras do contrato de arrendamento, cujas cláusulas, em qualquer hipótese, deveriam facilitar o cultivo e exploração da terra por longo tempo, de forma a trazer para os cooperativados riqueza suficiente para que, após alguns anos, tenham condições de adquirir a preço de mercado sua própria terra.

Na *posição original*, a tendência do “sem-terra” será adotar a segunda alternativa, simplesmente porque ele não sabe ao certo qual sua situação no momento em que executadas as escolhas anteriormente formuladas.

Assim, escolhida a alternativa da cooperativa rural, pode-se concluir, ainda que em tese, que há uma certa composição entre os interesses de duas posições bem antagônicas, a contribuir para um *resultado equitativo e equilibrado, cuja justeza será causa para sua estabilidade*.

Nesse exemplo, pode-se afirmar – com alguma dose de desengano de consciência – que haveria igualdade de oportunidades, no sentido que a todos os contratantes seria assegurado produzir e acumular riqueza a partir do cultivo da terra.

Os dois princípios de justiça – e isso é o que Rawls deseja demonstrar – são a melhor resposta que alguém pode dar às exigências correspondentes dos outros. Por isso a escolha *dessa concepção de justiça é a única* solução a ser adotada na situação original.

Com base nessas colocações, Rawls faz um paralelo com a *Teoria do Preço*, mais precisamente sobre o *equilíbrio dos mercados*, em que indivíduos cedem uns aos outros em troca do que mais desejam. Nessa situação, o equilíbrio é resultado de acordos livremente firmados entre negociantes interessados. Esse equilíbrio persistirá, se não houver mudanças posteriores nas circunstâncias, e, se houver um desvio e ainda assim houver uma ação que o restaure, pode-se considerar com certa tranquilidade que *o equilíbrio é então estável*.

O fato de a situação ser de equilíbrio (ainda que estável) não significa que a situação seja justa, mas apenas que os homens agem para preservá-la. Nessa linha, nada impede que exista uma situação de equilíbrio de ódio e que, não obstante, tal situação seja estável.

Assim, a *avaliação moral* das situações de equilíbrio depende da situação básica que as determina. *Por isso a Teoria Moral deve ser considerada na concepção da posição original*. O objetivo é caracterizar a posição original de modo que os princípios escolhidos sejam aceitáveis do *ponto de vista moral*. Por conseguinte, qualquer consenso na posição original é justo: as partes são pessoas dignas, o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais.

Conseqüentemente, vale reiterar que a *posição original* é meramente hipotética. Portanto, não se deseja que a concepção da *posição original* explique a conduta humana, exceto quando ela ajuda a explicar que se tem um senso de justiça. Por isso é que *a justiça como equidade é uma teoria dos sentimentos morais da pessoa humana, que se manifestam por seus juízos ponderados, em estado de equilíbrio refletido*.

Esses sentimentos afetam os pensamentos e as ações humanas. Apesar de daí se poder concluir que a concepção da *posição original* faça parte da Teoria da Conduta, não se pode inferir que haja situações reais a ela semelhantes (os princípios devem apenas ser aceitos no raciocínio moral).

A aceitação dos princípios não é uma lei ou uma fórmula, muito embora Rawls chegue ao ponto externar seu desejo de poder trabalhar com uma “*geometria moral*”, deixando claro seu ideal de manusear a Teoria Política por meio de cálculos (e aqui sim se pode criticar o autor, por desejar trazer o cálculo para a seara das humanidades).

De toda forma, é interessante registrar o fato de Rawls reconhecer que o raciocínio matemático é muito aquém daquilo que se espera com a construção de uma teoria político-social. É pena que os economistas não pensem assim e teimem em subordinar a satisfação de direitos fundamentais do cidadão aos limites quantitativos do orçamento do Estado.

3.8 Apresentação das alternativas

Como acima comentado, Rawls segue detidamente uma *agenda*, que deve ser observada pelas partes na *posição original*. Um dos primeiros passos previsto nesta *agenda* diz respeito à escolha dentre as concepções possíveis de justiça.

À vista da amplitude da tarefa, é difícil caracterizar essas concepções, pois é provável que alguns princípios que devam ser priorizados sejam afinal negligenciados. Além disso, não se pode deixar de admitir que para cada concepção de justiça exista, em tese, uma melhor, de modo a prorrogar indefinidamente tal processo de escolha, fato que levaria ao malogro da teoria contratualista de Rawls, formulada a partir da idéia da *posição original*.

Sugerindo uma resposta, admite Rawls que algumas soluções para a escolha da alternativa podem ficar claras a partir da uma *reflexão cuidadosa*.

Diante do problema – a existência de indefinido número de alternativas – Rawls traça a seguinte estratégia: *toma uma pequena lista de alternativas, ou, melhor dizendo, de concepções de justiça, como a melhor, assumindo como desinfluentes todas as demais (e infinitas) alternativas que não estejam estritamente previstas nesta lista*.

Daí se concorda que os dois princípios de justiça são preferíveis, já que todos concordam que eles devem ser escolhidos em relação a cada uma das alternativas.

Em uma palavra, fica demonstrado que, a partir dessa lista, os princípios de justiça seriam escolhidos.

É importante registrar o reconhecimento de Rawls de que esse modo de proceder é insatisfatório. Rawls não deixa transparecer a exatidão de sua insatisfação, mas a interpretação mais correta parece ser que ela se fundamenta na possibilidade de cometimento de erros causados pela precipitação em se excluir da lista algumas concepções tidas como relevantes.

Mas Rawls não vai se preocupar em dar nesse momento a melhor solução para o problema, pois ele não vê como evitar métodos frágeis e incompletos. Sua intenção é demonstrar que os dois princípios de justiça seriam escolhidos dentre as concepções de justiça que constam da lista que ele próprio vai definir como sendo aquela apresentada às partes na *posição original*, abran-

gendo como alternativas de justiça, além dos dois princípios, as concepções mistas, as concepções teleológicas clássicas (utilitaristas), as concepções intuitionistas e, por fim, as concepções egoísticas⁷.

Cada uma dessas concepções tem seus prós e contras. A decisão das pessoas na *posição original* depende de um equilíbrio de várias considerações e, nesse sentido, há um apelo à intuição na base da Teoria da Justiça.

Rawls teve o cuidado de elaborar uma lista cujas concepções de justiça, segundo alega, se aplicam incondicionalmente; *quaisquer que sejam as circunstâncias* ou o estado da sociedade.

Assim, é desejável caracterizar a *posição original* de modo que as partes escolham princípios que se apliquem incondicionalmente, razão pela qual as concepções variáveis, consubstanciadas naquelas aplicáveis apenas, por exemplo, a um estágio de cultura, não podem ser acrescentadas à lista, sob pena de complicar ainda mais o problema.

3.9 Raciocínio que conduz aos dois princípios de justiça

No decorrer de sua construção teórica, Rawls aborda, por diversas vezes, a teoria utilitarista, justamente por considerar que o utilitarismo teve grande relevância no pensamento político anglo-saxão e que, não obstante, não mais se apresentava como satisfatório, de modo que se fazia necessário substituí-lo por uma concepção de justiça mais adequada ao liberalismo que então vigia nos Estados Unidos.

Com efeito, Rawls passa a abordar a escolha entre os princípios da justiça e o princípio da utilidade média: determinar a preferência racional por uma dessas opções é ponto central do desenvolvimento da concepção de justiça como equidade em alternativa à tradição utilitarista.

Rawls tenta encontrar argumentos que sejam decisivos do ponto de vista da *posição original*, considerando útil, como estratégia heurística, pensar nos dois princípios como uma solução que denomina *maximin* para o problema da justiça social.

A questão do *maximin* – interessantíssima! – traduz uma *estratégia de escolha* pelas partes na *posição original*. Consideram-se as alternativas segundo seus piores resultados possíveis, adotando aquela cujo pior resultado possível é superior ao pior resultado possível de qualquer outra alternativa. É uma estratégia atraente para quem tem uma perspectiva conservadora ou pessimista. As partes adotam princípios configuradores de uma sociedade como se os seus

lugares nessa sociedade estivessem para ser determinados por seus piores inimigos.

E porque isso? Porque a estratégia teoricamente contrária, a do *maximax*, é de alto risco. O método do *maximax* é aquele pelo qual se devem ordenar as alternativas segundo o melhor resultado possível, adotando aquela cujo melhor resultado possível é superior ao melhor resultado possível de qualquer outra alternativa. Em exemplo de como o *maximax* pode ser arriscado, Rawls cita a escolha da ditadura de uma só pessoa, desde que houvesse uma hipótese dessa pessoa ser o ditador e as demais suas servas. Em outras palavras, seria arriscar tudo em uma única hipótese, por mais remota que seja, desde que seu possível resultado seja teoricamente superior (lembre-se o caso do “sem-terra” que propõe a desapropriação e depois descobre que é um dono de terra produtiva, abrangida pelo ato expropriatório). Não vale a pena correr riscos para obter maiores benefícios. Além disso, essa estratégia pode conduzir a resultados intoleráveis.

Mas a regra do *maximin* poderia muitas vezes, na vida cotidiana, ir de encontro com a própria intuição humana. Um exemplo muito proveitoso, sugerido por Chandran Kukathas e Philip Pettit, diz respeito a seguinte hipótese: imagine-se a situação em que há, para determinada família, duas opções que poderia adotar no mês em que todos os seus membros estivessem de férias.

A primeira alternativa seria viajar de avião para uma cidade de veraneio, caso em que o divertimento seria assegurado a todos. A segunda hipótese seria permanecer em casa nas férias e receber a visita de um parente chato. Dessas situações, vários resultados são possíveis. Adotando o método *maximin* – e portanto levando em consideração os piores resultados possíveis de cada opção – chegar-se-ia à conclusão de que a primeira opção poderia gerar o resultado morte, em razão da queda do avião, e, quanto à segunda alternativa, o máximo de risco que se poderia incorrer seria ficar com os ouvidos cheios pelas besteiras propagadas pelos tais parentes desagradáveis. Daí esta última ser preferível, por ser manifestamente menos ruim.

Esse exemplo levaria à conclusão de que a aplicação do *maximin* se exibiria evidentemente inadequada, pois faz parte do bom senso do ser humano que ele se sujeite a correr pequenos riscos, para posteriormente colher proveitos razoáveis.

Em resposta, Rawls diz que o *maximin* é uma regra que só tem aplicação em certos problemas de escolha em *grande escala*, de modo a não se aplicar para a resolução de pequenas casualidades da vida cotidiana. Além disso, frisa Rawls que a *posição original* é muito especial e, sendo um *artifício*, não se equipara às circunstâncias que se verificam na vida real.

Enfim, pode-se dizer que há duas espécies de razões que levam à escolha dos princípios de justiça como equidade:

⁷ Para melhor averiguação da lista apresentada por RAWLS, vide *Uma Teoria da Justiça*. 1ª ed. da obra traduzida para a língua portuguesa. Martins Fontes, p. 133-134, 2000.

- (i) Essa concepção é capaz de resistir a um exame crítico comparativo na *posição original* com outras concepções, como as utilitaristas, egoísticas e perfeccionistas. A estratégia do *maximin* conduz a que a justiça como equidade seja ordenada preferencialmente sobre qualquer outra alternativa disponível. Em particular, o princípio da diferença zelaria pelo bem-estar dos grupos de desfavorecidos, garantindo-lhes melhores condições, sem por em risco a liberdade.

O utilitarismo, por exemplo, torna possível que a maximização da utilidade conduza algumas pessoas a condições de vida muito difíceis, como a escravidão, se esta pudesse ser considerada como maximização da utilidade média ou total.

- (ii) A justiça como equidade possui várias vantagens positivas, que dão a entender serem os dois princípios a única proposta realmente exequível. Isso porque:
- por eles cada uma das partes pode esperar que, uma vez adotados esses princípios, os outros vão aderir;
 - é a concepção mais estável, pois tem o seu próprio apoio e proclama o bem de todos, garantindo a liberdade e o benefício de todos, obtido pelo próprio princípio da diferença. Uma vez que o bem de todos é afirmado, eles se sentem inclinados a aceitá-lo (diferente do que ocorreria no utilitarismo);
 - assegura o respeito do homem pelos outros homens e o auto-respeito faz aumentar a eficácia da cooperação social.

Esse último ponto parece ser fundamental na teoria da justiça como equidade. À semelhança de Kant, em sua **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, Rawls traz à baila importantíssimo conteúdo ético em sua proposta de justiça política, fazendo crer que está acima das incontáveis críticas que vem sofrendo, desde que editou **Uma Teoria da Justiça**.

3.10 A questão das concepções utilitaristas

Rawls insiste em analisar as concepções utilitaristas por variadas vezes, justamente para afinal concluir pela preferência da concepção da justiça como equidade.

Primeiramente, vai comparar a utilidade clássica com a utilidade média, assumindo ser a última preferível, por maximizar não a utilidade total, mas sim a *per capita*. Isso porque, na primeira, se o número total de pessoas numa sociedade dobra, a utilidade total é duas vezes maior, enquanto que na segunda a utilidade média não se altera com o crescimento da população. Assim, pela utilidade clássica, a população seria encorajada a crescer indefinidamente, não

importando o quanto do nível da média tenha diminuído, pois a soma da utilidade total, obtida pelo número maior de pessoas, compensa o declínio da utilidade *per capita*.

Feito isso, Rawls vai apontar as falhas do raciocínio a favor do princípio da utilidade média, de modo a reforçar sua concepção de justiça como equidade:

- Não há fundamentos objetivos na *posição original* para a aceitação de probabilidades iguais, já que essas probabilidades são meras suposições.
- O argumento utilitarista supõe que as partes não têm vontade ou caráter definidos e que não tem objetivos finais determinados, nem uma concepção particular de seu próprio bem que estejam interessadas em proteger. Assim o raciocínio utilitarista chega a uma expressão puramente formal: é como se continuasse a utilizar argumentos probabilísticos e modos de fazer comparações interpessoais muito tempo depois de as condições necessárias para o seu uso legítimo terem sido excluídas pelas circunstâncias da *posição original*.

3.11 Argumentos a favor dos dois princípios da justiça

A parte teórica da obra de Rawls não poderia deixar de apresentar uma última argumentação, a um só tempo sucinta e conclusiva, que viesse a corroborar tudo aquilo que o autor expôs a respeito da procedibilidade de seus princípios de justiça como equidade.

Rawls defende que a publicidade e o caráter definitivo do acordo feito na *posição original* são fundamentais para que ele explique os argumentos a favor da justiça como equidade, que se resumem no seguinte:

- Força do compromisso:** o fato de as partes convencionarem um acordo definitivo as leva a ponderar e escolher alternativas que terão condições de cumprir, assegurando-se mutuamente direitos básicos.
- Estabilidade, que decorre da publicidade:** quando se reconhece publicamente que a *estrutura básica* da sociedade satisfaz *princípios de justiça*, as pessoas tendem a agir de acordo com esses princípios. Ou seja, a *justiça é estável* quando o reconhecimento geral de sua realização tende a fomentar nas pessoas o *senso de justiça*. Esse reconhecimento público conduz à auto-estima das pessoas, ao respeito mútuo.

Em sentido oposto, o princípio da utilidade não gera estabilidade, porquanto não há garantia de que todos se beneficiem. Ao lado disso, o utilitaris-

mo exige que alguns menos favorecidos aceitem perspectivas de vida ainda mais baixas, visando à promoção do bem de todos.

Quanto ao último argumento – volte-se a repetir – Rawls faz um paralelo com a visão de Kant, indicando como sua concepção de justiça faz com que os homens tratem uns aos outros não apenas como meios, mas como finalidades em si próprias.

4 CONCLUSÃO

Muitos bons juristas e estudiosos da Teoria Política externam certo desconforto com a obra de Rawls, principalmente por ser ele, declaradamente, um *liberal* que propõe uma teoria destinada à *manutenção do sistema*.

Sob este ponto de vista, Rawls representaria o intelectual conservador, que tem por objetivo conferir *estabilidade à justiça política de uma sociedade bem-ordenada*.

Em resposta a esta tendência, registre-se que o termo *liberal* não tem nos Estados Unidos o mesmo significado que lhe é conferido na Europa e no Brasil. O *liberal* norte-americano pode ser qualificado nos parâmetros brasileiros como partidário da *social-democracia*, caracterizada por defender (ao menos em tese) a adoção de mecanismos oficiais que sejam aptos a promover a elevação dos padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo por intermédio da economia de mercado.

John Rawls é, pois, um social-democrata. Ao publicar **Uma Teoria da Justiça**, avançou na Teoria Política, abraçando e sustentando a noção da justiça como parte da vida humana e não apenas de uma classe. Daí seu ideal de justiça como equidade, fundada no princípio igualitário pelo qual todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, progressos e riquezas e as bases do respeito a si mesmo – devem distribuir-se igualmente, a menos que uma distribuição desigual desses bens seja vantajosa a todos.

Afastando-se de quem vê em **Uma Teoria da Justiça** certa pitada de egoísmo, pode-se concluir com bastante tranquilidade que o egoísmo foi uma das maiores preocupações de Rawls, o qual, ciente da natureza do ser humano, criou uma série de artifícios, tais como o *véu de ignorância*, o *desinteresse mútuo* e a regra do *maximin*, para neutralizar no mais alto grau possível os perniciosos efeitos daquela peculiaridade humana.

Nesse sentido, pode-se indicar como maior mérito da teoria de Rawls a confirmação do pensamento kantiano, sobretudo no que se refere à consideração do homem como finalidade em si mesmo, e não como instrumento, a serviço dos demais.

Por tal razão, Rawls se distancia da idéia de Estado assistencialista. Não é remediando as diferenças que se garantirá a igualdade: a atuação do Estado deve ser para fins de permitir a igualdade desde o primeiro momento em que é facultado ao indivíduo o ingresso no sistema, ainda quando criança, sobretudo zelando pelo desenvolvimento de sua personalidade, mediante positiva atuação nas comunidades e nos grupos que sobre ela exercem maior influência, dentre os quais se destacam o grupo familiar e o grupo escolar.

Interessante notar que esse pensamento tem uma justificativa histórica.

Com efeito, o igualitarismo de Rawls veio a dar novo alento aos social-democratas (*liberals*) norte-americanos. Como, em 1965, nos Estados Unidos, as famílias consideradas pobres compusessem 17,3% da população, o nível mais alto da história americana, o governo Lyndon Johnson se pôs a lançar programas de assistência, em decorrência do qual os gastos públicos alcançaram rapidamente montantes de US\$ 400,000,000,000 (quatrocentos bilhões de dólares norte-americanos) anuais, sem que disso resultasse a redução da pobreza daquele segmento populacional.

Diante da natural queda do igualitarismo e do pleito por reformas políticas, **Uma Teoria da Justiça** surge para fortalecer e reagrupar os social-democratas, sendo amplamente acolhida nos Estados Unidos e na Europa.

Uma última questão, que merece ser tratada nestas notas conclusivas, é respeitante à alegada ausência de universalismo na teoria de Rawls, que assim só seria *exequível* em uma *sociedade bem-ordenada*.

Em **Political Liberalism**, Rawls deixa claro que o conceito de *sociedade bem-ordenada* resume-se em duas palavras: *democracia constitucional*.

Logo, infere-se que sua tese de justiça como equidade é em princípio exequível em sistema político pautado em bases democráticas e conduzido por uma constituição.

Não poderia ser diferente.

Uma teoria de justiça seria absolutamente inútil em qualquer sistema mantido pelo regime da força (e essa questão é muito bem exposta por Rawls), no qual a ética e a moral inexistem, não havendo que se falar nessas circunstâncias de justiça política, incompatível com a força física.

Sob tal enfoque, a busca pelo *Estado Democrático de Direito* precede a qualquer outra medida tendente a estabelecer e aplicar uma teoria de justiça política.

E, uma vez alcançada a *democracia-constitucional*, devem ser vertidos os melhores esforços para sua manutenção, visto que a experiência mostra que essa estrutura política é a mais fértil para a valorização do ser humano em seu ambiente social. Nada há de mau, portanto, em defender sua *estabilidade*, con-

siderando-se que as circunstâncias de instabilidade política favorecem a quebra de direitos e garantias constitucionais.

Desenganadamente, o raciocínio acima descrito abre caminho para uma aplicação muito mais universal que se esperava, *prima facie*, de **Uma Teoria da Justiça**: para alguns povos, mais *organizados*, devem ser alcançados e praticados os princípios de justiça como equidade. Para outros, ainda na estrada do desenvolvimento político, é urgente a conquista do regime democrata-constitucional, para que, então, se pensem em postulados de justiça política.

No Brasil, o regime inaugurado pela Constituição Federal de 1988 é amplamente receptivo aos princípios de justiça como equidade. O Estado Democrático de Direito evoluiu rapidamente nos últimos anos. Este processo de amadurecimento político faz do Brasil de hoje um modelo de *sociedade bem-ordenada*, digna de alçar vôos mais altos, mediante a institucionalização de uma igualdade material de oportunidades a todos os seus cidadãos, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

5 REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente de Paulo. O conceito de cidadania moderna. **RDA**, p. 29-37, 192.
- HABERMAS, Jürgen, **The Inclusion of the Other**: Studies in Political Theory, editado por Pablo De Greiff e Ciaran Cronin.
- HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da Introdução à Doutrina do Direito. **Revista da Sociedade Kant Brasileira**, v. I, n. I, p. 203-234.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Edições 70.
- KUKATHAS; RAWLS, Pettit. **Uma Teoria da Justiça e os seus críticos**. Gradiva.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Martins Fontes.
- _____. **Liberalismo Político**. Ática.
- TORRES, Ricardo Lobo. **A Teoria da Justiça de Rawls e o Pensamento de Esquerda**.

DIREITO DO ESTADO

A PARTICIPAÇÃO E A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS INDEPENDENTES: O CASO BRASILEIRO

Alexandre Santos de Aragão¹

Sumário: 1. Aspectos gerais; 2. O déficit democrático a ser suprido; 3. Referências.

OBJETIVOS DO ESTUDO

O objetivo do presente estudo é analisar como vem se dando a participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes brasileiras. Apesar de serem possibilidades contempladas e até mesmo fomentadas pelo Direito Positivo, não vêm obtendo o mesmo alcance prático.

Inicialmente abordaremos os aspectos gerais das agências, situando-as no Direito positivo brasileiro, fixando-lhes as principais características e realizando alguns paralelos com o Direito comparado, especialmente com o Direito francês.

Em seguida, na segunda parte enfrentaremos os problemas do seu déficit de legitimidade democrática, em relação ao qual a composição de conflitos e a participação são os principais elementos eleitos pelo Legislador para supri-lo.

1 ASPECTOS GERAIS

1.1 Origens e Características

No Brasil as agências reguladoras são consideradas um instituto novo no Direito Público, surgido apenas a partir da década de noventa. A afirmação, contudo, se não é falsa, não é inteiramente verdadeira. Se, por um lado, a divisão

¹ Professor-adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Cândido Mendes. Professor-visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV (Rio de Janeiro e São Paulo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado.

da Administração Pública em mais de um único centro de poder é um fenômeno muito mais amplo do que o surgimento das recentes agências reguladoras, não há de se menosprezar a importância destas, principalmente diante do contexto de desestatização e desregulamentação em que surgiram.

As agências reguladoras são instituições que, no Brasil, surgiram durante o processo de desestatização comandado pelo Governo de oito anos que agora se encerra. Inicialmente circunscritas ao âmbito dos serviços e monopólios públicos, à época recém-abertos à iniciativa privada mediante concessões, permissões e autorizações, em um segundo momento também foram empregadas para regular determinadas atividades econômicas privadas, consideradas pelo Legislador de especial sensibilidade para a coletividade. É assim que na esfera federal hoje temos, no primeiro grupo, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei 9.427/96), Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei 9.472/97), Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478/97), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.433/97), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei 10.233/01) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei 10.233/01); e, no segundo grupo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei 9.782/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei 9.961/00) e Agência Nacional do Cinema – Ancine (Medida Provisória 2.219/01).

Este novo contexto faz com que uma série de institutos e competências administrativas sempre presentes em Direito sejam submetidos a uma releitura, atualizando-os às mais modernas leis de regulação da economia, cuja implementação, em sua maior parte, incumbe às agências reguladoras independentes criadas em seu bojo. Assim, uma das mais fortes razões da riqueza teórica e prática do estudo das agências reguladoras independentes no Brasil, é o fato de, sob o ângulo da conjuntura em que vivemos, impor a retomada de velhas polêmicas, uma nova visão de institutos clássicos e o conhecimento de fenômenos normativos ainda em consolidação.

Quanto à estrutura administrativa em si, agências reguladoras independentes constituem uma novidade no Brasil mais pelo óbice jurisprudencial aposto pelo Supremo Tribunal Federal no passado, do que por uma suposta desacolhida do modelo pelo legislador.

Com efeito, há algumas décadas começou a ser instituída, via legislativa, uma série de autarquias de regime especial a cujos dirigentes a lei restringia o poder de exoneração do Chefe do Poder Executivo ao estabelecer a sua nomeação por mandato determinado. O STF, contudo, à época, considerou inconstitucional este reforço de autonomia por violar o poder de direção do Presidente da República sobre toda a Administração pública. Esta posição jurisprudencial foi consolidada pela Súmula 25, que dispõe: “*A nomeação a termo não impede a livre demissão, pelo Presidente da República, de ocupante de*

cargo dirigente de autarquia”. Apenas recentemente, no julgamento da liminar requerida na ADIN 1949-0, este entendimento foi revertido.

Assim, podemos ver que em termos estritos de organização administrativa a novidade mais relevante que as agências reguladoras independentes trazem para o nosso direito, a partir desta histórica decisão do STF, é a sua independência, assegurada principalmente, e aqui seguimos o direito comparado, pela vedação da exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes (**autonomia orgânica**) e pela inexistência de ingerência hierárquica da Administração Central (dos Ministros de Estado ou do Próprio Presidente da República) sobre os seus atos decisórios (**autonomia funcional**), sendo incabível, por exemplo, o chamado “recurso hierárquico impróprio”, pelo qual o Ministro pode revogar ou anular as decisões das autarquias a ele vinculadas.

Sendo assim, partindo dos elementos do termo utilizado – “agência”, “reguladora” e “independente” – podemos afirmar que o grande divisor de águas em relação a uma série de entidades há muito existentes é a “independência”, sendo necessário que também possua competências reguladoras. Só a conjunção destas duas características caracteriza uma entidade como uma “agência reguladora independente”.

Uma associação que comumente se faz é a associação do modelo estrutural das agências reguladoras independentes com o modelo de um Estado tendencialmente *absenteísta*². Ao nosso ver, as agências reguladoras independentes constituem um modelo organizacional que pode ser instrumentalizado por diversos modelos políticos de Estado. E mais, não podemos olvidar que a sua própria denominação denota a atividade reguladora do Estado sobre setores da economia – seria um *contra-senso* atribuir às agências **reguladoras** uma função que fosse eminentemente **desreguladora**.

A associação, ao nosso ver equivocada, entre “agência reguladora” e “absenteísmo estatal” pode até ser compreensível, uma vez que, de fato, surgiram no Brasil em uma conjuntura (a) de transferência à iniciativa privada da prestação de uma série de serviços públicos que, após privatizados, não poderiam ficar desregulados³, e (b) de uma regulamentação da prestação destes serviços em um regime jurídico de certa forma concorrencial, e conseqüentemente de menor regulação, até então inédito em nosso Direito Positivo (cf. Item V.9).

Merece também menção o fato de que as agências reguladoras no momento da desestatização resultaram em grande monta das “sugestões”, às vezes

² Exemplo desta postura, que, favorável ou contrária ao liberalismo, nos parece, *data venia*, mais ideológica do que jurídica, é a adotada por Ricardo L. Camargo. In: **Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

³ Também são feitas afirmações no sentido de que as agências reguladoras foram criadas para que os serviços desestatizados não ficassem sem regulação. A assertiva é correta, mas, a rigor, a regulação poderia ser exercida tanto por agências independentes, como por órgãos ou entidades integrantes da linha hierárquica do Poder Executivo.

bastante fortes, de investidores estrangeiros interessados nos serviços e de instituições multilaterais que financiavam o processo de desestatização⁴.

Admitimos, portanto, que as agências reguladoras foram, em um primeiro momento, adotadas no Brasil em decorrência da desestatização de serviços públicos, o que está muito longe de significar que sejam por essência um instrumento de desregulação ou da desestatização.

Passados alguns anos da criação das primeiras agências reguladoras, revela-se que a busca deste modelo organizativo destina-se a regular, antes do que especificamente serviços públicos desestatizados, as atividades que em geral possuem uma especial sensibilidade para a coletividade, a respeito das quais os interesses são fortes, múltiplos e conflitantes, notadamente atividades que possuem elevado potencial de comoção da opinião pública⁵, entre as quais incluem-se, obviamente, os serviços públicos.

O surgimento das agências reguladoras no Brasil constitui, portanto, fenômeno muito mais profundo do que o de sua utilização episódica para o aumento ou para a retração da intervenção do Estado na economia. No dizer de Luciano Parejo Alfonso, em lição perfeitamente aplicável à nossa realidade, estas entidades dotadas de autêntica autonomia não são

um substitutivo da supostamente degradada objetividade da Administração Pública clássica. Muito pelo contrário, são uma continuação, por outros meios, da mesma e única objetividade administrativa, ali, e apenas ali, onde a progressiva complexidade da sociedade atual – de cujo ‘arranjo’ o ‘Estado é hoje o responsável universal’,

⁴ O Banco Mundial, em Relatório sobre a desestatização do setor elétrico, condiciona: “Uma exigência para qualquer empréstimo no setor elétrico será um movimento explícito do país rumo ao estabelecimento de um quadro jurídico e processos regulatórios satisfatórios para o Banco. Para este fim, em conjunção com outras iniciativas de âmbito econômico, o Banco exigirá dos países que estabeleçam processos regulatórios transparentes que sejam claramente independentes dos fornecedores de energia e que evitem interferência governamental nas operações cotidianas da companhia” (WORLD BANK. The World Bank's Role in the Electric Power Sector. Washington: The World Bank, 1993. p. 14. Apud AGUILLAR, Fernando Herren. **O Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 234-235). Neste mesmo sentido, ainda são importantes os depoimentos de juristas que participaram ativamente da criação das primeiras agências reguladoras brasileiras. Veja-se, por exemplo, Sérgio Nelson Mannheim em palestra proferida acerca da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, no Simpósio de Direito da Regulação promovido pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB e Universidade Cândido Mendes em junho/2001; e Carlos Ari Sunfeld, abordando as origens da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, no Seminário Internacional de Direito – Direito da Regulação, promovido em São Paulo pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP em outubro/2000. Um dos maiores temores dos investidores era a manipulação política do valor das tarifas dos serviços públicos desestatizados. Sobre este receio, que se deu em todos os países que realizaram desestatizações, ver ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999. p. 582 e 583.

⁵ Como exemplo, podemos citar a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada, não nos esqueçamos, após o escândalo da venda de medicamentos falsos e adulterados. O mesmo se pode dizer da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, instituída após os protestos da imprensa e a insatisfação da opinião pública com uma série de atitudes das empresas de planos de saúde.

qualificado em nosso caso de Estado social (v. Itens III.5 e III.6) – conduziu o sistema ordinário de poderes-fontes a um ponto limite a partir do qual se torna incapaz de satisfatoriamente gerar a racionalidade jurídica necessária para sustentar o processo de realização, com objetividade, do interesse geral próprio da Administração tradicional ou clássica. Está-se, assim, diante de uma manifestação específica do ponto de ruptura de um sistema geral ante a emergência e desenvolvimento, em seu seio, de um subsistema diferenciado, cuja absorção – nas palavras de Garcia Pelayo – seria impossível a partir da racionalidade global própria daquele, sendo imperativa a atenção e a incorporação de dito subsistema para a recuperação da coesão do sistema em um novo equilíbrio⁶.

1.2 Natureza Institucional

Muito se tem falado na figura da “agência” como um instrumento de modernização da Administração Pública. O termo, no entanto, em si, é vazio de conteúdo, e a mera denominação de um órgão ou entidade como tal, sem que a medida venha acompanhada da disciplina jurídica que lhe assegure efetiva autonomia, nada significa.

Poder-se-ia dizer que a qualificação de um órgão como “agência”, até por sua origem etimológica (do latim, *agentia*, direção, condução, incitação), denota a especialidade de suas funções e/ou a sua independência funcional. Não discordamos da assertiva, mas mais importam as normas que venham a estabelecer as funções específicas e/ou a autonomia do órgão, do que a simples denominação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ entende, em tom crítico, que “o vocábulo ‘agência’ é um dos modismos introduzidos no direito brasileiro no movimento da globalização. Foi importado do direito norte-americano, onde tem sentido mais amplo, que abrange qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”.

No Direito francês também é destacado o vazio existente no conceito de agência, que objetiva apenas reforçar a necessidade de eficiência através da flexibilização dos controles hierárquicos. O Mestre Jean Rivero⁸, por exemplo, afirma que “a seguir a 1919 surge a preocupação de tornar mais flexíveis, por meio da personalização, os métodos administrativos: os estabelecimentos criados nessa altura tomam muitas vezes o nome de ‘ofício’, que, aliás, não tem qualquer significado jurídico, tal como o de ‘agência’, em voga desde há alguns anos”.

⁶ ALFONSO, Luciano Parejo. Prefácio à obra de Andrés Belancor Rodríguez. **Las Administraciones Independientes**. Madrid: Tecnos, 1994. p. 17.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 385.

⁸ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 529.

O que, destarte, a idéia de “agência” transmite é a necessidade em se obter maiores poderes e eficiência mediante a adoção de mecanismos de gestão administrativa não hierarquizada.

Em nosso Direito todas as agências reguladoras foram qualificadas institucionalmente por suas respectivas leis instituidoras como “*autarquias especiais*”⁹.

Note-se que as agências reguladoras, para serem dotadas de personalidade jurídica, só poderiam, tendo em vista as funções coercitivas – de *jus imperii* – que exercem (fiscalização, aplicação de penalidades, imposição de normas constrictivas de atividades dos particulares, etc.) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF¹⁰, revestir a forma de autarquia – pessoa jurídica de Direito Público¹¹.

É, contudo, necessário observar que a mera criação de autarquia ou de qualquer outra espécie de ente da Administração Indireta, sem que possua um grau de razoável autonomia para desenvolver suas atribuições, não torna o seu desempenho mais ágil e eficiente, não as caracterizando como entidades descentralizadas em sentido material, ou seja, efetivo, verdadeiro, constituindo, outrossim, entidades apenas formalmente descentralizadas (v. Item VII.3).

Como afirma o clássico Alberto Venancio Filho,

o funcionamento das autarquias, inclusive as de caráter econômico, confirma, no entanto, um processo de atrofiamento em virtude de irem perdendo, progressivamente, as características autônomas que apresentavam, para serem absorvidas pelo regime da administração direta do Estado. (...) A deturpação desta caracterização deu lugar ao fenômeno chamado, com felicidade, de ‘desautarquização das autarquias’¹².

É assim que Eurico de Andrade Azevedo observou que “o controle finalístico das autarquias (controle de resultados) foi sendo substituído pelo controle dos meios de sua atuação (admissão de funcionários, folha salarial,

⁹ Aneel (Lei 9.427/96, art. 1º), Anatel (Lei 9.472/97, art. 8º), ANP (Lei 9.478/97, art. 7º), Anvisa (Lei 9.782/99, art. 3º), ANS (Lei 9.961/00, art. 1º), ANA (Lei 9.984/00, art. 3º), ANTT e Antaq (Lei 10.233/01, art. 21), Ancine (MP 2.219/01, art. 5º). A mesma denominação foi adotada pelas leis criadoras das agências reguladoras dos demais entes da Federação.

¹⁰ Trata-se da ADI 1.717-6, em cujo julgamento liminar foi considerada inconstitucional a transformação dos Conselhos Profissionais, titulares de poder de polícia sobre os membros das respectivas profissões, em pessoas jurídicas de direito privado. O julgamento encontra-se suspenso em virtude do surgimento de uma série de incidentes processuais (Disponível: <www.stf.gov.br>). Interessante análise da questão consta das decisões do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça publicadas, respectivamente, na RDA 214/301 e RDA, 216/211. Nenhum dos órgãos chegou, no entanto, a se pronunciar peremptoriamente acerca da controvérsia.

¹¹ Abstemo-nos aqui da contenda quanto à natureza das fundações instituídas pelo Poder Público.

¹² VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico – O Direito Público Econômico no Brasil*. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 414.

licitações, etc.), resultando no engessamento de suas atividades, de tal sorte que pouco se distinguiam as autarquias de um departamento de administração direta”¹³.

Estes fatores foram a razão de todas as agências reguladoras terem sido legalmente qualificadas como “*autarquias de regime especial*”¹⁴.

A primeira vez que a expressão foi utilizada pelo Legislador foi na Lei 5.540/68, em relação às universidades públicas. Em geral a nomenclatura de “autarquia especial” remete a uma maior autonomia da autarquia, às vezes assegurada, como no caso das universidades, pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes.

É neste contexto que Diogo de Figueiredo Moreira Neto nota perspicazmente que

*a descentralização autárquica, depois de um certo declínio, ressurgiu restaurada, como a melhor solução encontrada para conciliar a atuação típica de Estado, no exercício de manifestações imperativas, de regulação e de controle, que demandam personalidade jurídica de direito público, com a flexibilidade negocial, que é proporcionada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da administração direta e, sobretudo, como se exporá, pelo relativo isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária*¹⁵.

Aqui vemos uma diferença de perspectiva em relação ao Direito francês, em que o conceito das autoridades administrativas independentes, aproximadamente equivalente ao das agências reguladoras independentes brasileiras, pressupõe justamente a inexistência de personalidade jurídica como entidade da Administração Indireta, o que importaria a tutela administrativa. No Brasil, a exemplo da Espanha e da Itália, ao revés, é justamente a concessão de personalidade jurídica própria, acompanhada de uma tutela (não subordinação hierárquica, existente apenas em relação aos meros órgãos administrativos) mitigada, que propicia a “independência” (autonomia reforçada comparativamente com a da maioria das demais autarquias) destas entidades.

1.3 Conceito

Todo conceito é sempre a tentativa de apreensão de uma realidade – sempre fluida e imprecisa. Por isto, apesar da elaboração de conceitos ser de

¹³ ANDRADE AZEVEDO, Eurico de. *Agências Reguladoras*. RDA, v. 213.

¹⁴ FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto S. Os Novos Rumos do Direito da Eletricidade. RDA, 224/20.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Agências Reguladoras (Descentralização e Deslegalização)*, Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 147.

enorme importância para a sistematização da ciência do Direito¹⁶, não podemos deixar de considerar os resquícios de imprecisão que lhes é natural.

Postas estas naturais dificuldades existentes na atividade de elaboração de conceitos, e com os dados que já expusemos, podemos conceituar as agências reguladoras independentes brasileiras como sendo as “*autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias (cf. Capítulo II) e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração ad nutum*”.

2 O DÉFICIT DEMOCRÁTICO A SER SUPRIDO

O ponto jurídico-político mais tormentoso dos amplos poderes, mormente os de natureza normativa, das agências reguladoras é o seu déficit democrático, causado por razões gerais decorrentes da administrativização do Direito Público¹⁷ e específicas, oriundas da “estabilidade temporária” dos seus dirigentes, que não podem ser exonerados *ad nutum* pelos agentes legitimados democraticamente através das eleições – especialmente pelo Presidente da República.

De fato, pode vir a acontecer que o Presidente da República eleito, possua posições distintas da maioria do colegiado de determinada agência reguladora independente, hipótese na qual, enquanto a lei da agência não fosse alterada, prevaleceria a decisão dos dirigentes da agência em detrimento da vontade do Presidente da República e do seu programa de governo sufragado nas urnas¹⁸.

Estes fatores fizeram com que o Legislador, a interpretação e a construção doutrinária e jurisprudencial engendrassem mecanismos e paradigmas legitimadores da atuação das agências reguladoras independentes¹⁹.

¹⁶ Naturalmente que não chegamos a ponto de adotar a vetusta e ultrapassada “jurisprudência dos conceitos” do século XIX, que, de certa forma, reduzia a atividade intelectual do jurista à piramidização, sistematização, associação e diferenciação de conceitos jurídicos. Quanto à jurisprudência dos conceitos, ver, sobretudo, Karl Larenz. In: *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução de José Lamego, 1997. p. 21-44.

¹⁷ Quanto aos fatores gerais de legitimação da inevitável (em um Estado Democrático de Direito), ver Itens IV.7 e IV.8.

¹⁸ Ver Item XII.5.1.

¹⁹ Além dos dois principais que veremos a seguir, há menções também à própria lei, instituidora das entidades reguladoras independentes, e à Teoria dos Poderes Neutrais, de origem alemã. A respeito, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 433-434 e 441-446.

2.1 Composição entre os Interesses Envolvidos

Pode-se constatar na legislação das agências reguladoras que devem buscar a realização de interesses tão múltiplos e díspares como a universalização dos serviços sob sua regulação, a proteção dos consumidores, o desenvolvimento tecnológico nacional, a atração de investimentos estrangeiros, a ampliação da concorrência, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro (em se tratando de agência reguladora de serviço público), etc.

O art. 5º da Lei 9.472/97, por exemplo, dispõe que

na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Como observa Massimo Severo Giannini²⁰, os órgãos e entidades públicos curam de interesses primários, que constituem o objeto principal da sua ação, sem deixar de levar em consideração os interesses secundários àqueles relacionados. Órgãos e entidades há que possuem apenas um interesse primário (ex.: os órgãos de defesa dos consumidores), enquanto a outros é incumbida a persecução de diversos interesses primários, às vezes contraditórios, que devem ser conformados e ponderados entre si (ex.: os órgãos urbanísticos, que devem proteger os mais diversos interesses humanos existentes na área objeto da sua regulação).

As agências reguladoras fazem parte da segunda espécie de órgãos ou entidades, ou seja, são entidades que devem tutelar uma pluralidade de interesses primários, públicos ou privados.

As decisões das agências reguladoras devem se pautar por critérios ponderados de exercício da discricionariedade muito mais complexos do que uma ultrapassada “supremacia do interesse público”: há diversos interesses públicos, alguns contraditórios entre si; há interesses de várias categorias de consumidores; os interesses das empresas reguladas podem ser antinômicos etc.

Diante disto, as agências reguladoras devem buscar, dentro do mandato de otimização que lhes é inerente, a *maior compatibilização possível entre eles, compatibilização esta que, no ponto ideal, alcançaria o consenso*.

Naturalmente que na cura destes interesses e na busca da realização destas finalidades, as agências reguladoras – e a Administração Pública em geral – revestem-se de um largo poder discricionário.

²⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993. p. 48-49.

Portanto, além da baixa densidade semântica com que a lei coloca estes interesses e finalidades, em muitas situações concretas eles entram em contradição.

Isso faz com que, sobretudo a partir dos ensinamentos de Massimo Severo Giannini²¹, cada vez mais se encare o exercício da discricionariedade pela Administração Pública – e *a fortiori* pelas agências reguladoras – como o exercício de uma profícua ponderação entre os diversos interesses públicos e privados envolvidos, buscando, dentro da metodologia própria, realizar a maior efetividade possível de todos eles (“mandados de otimização”), alcançando, se possível, o consenso, até porque, entre as competências das agências reguladoras, encontra-se a de compor conflitos²².

Ademais, como advertido por Carlos Ari Sunfeld,

*é-nos difícil compreender – e aceitar – que o Judiciário não seja o único foro para mediação e solução de conflitos. Daí causar-nos certo choque que esse papel seja também exercido por um ente administrativo, a agência reguladora. Afinal, nossa compreensão profunda de Direito ainda tem resistência em aceitar que a produção de Direito que se faça na Administração Pública possa ser tão importante socialmente quanto a do Poder Judiciário, donde a dificuldade de aceitar a existência de outros espaços de solução de conflito que não sejam o Poder Judiciário alargado*²³.

No que diz respeito às agências reguladoras de serviços públicos, a competência para decidir administrativamente os conflitos entre os delegatários, o Poder Concedente/a própria agência e os usuários decorre da Lei 8.987/95 (*verbi gratia*, arts. 7º e 23, XV). Mas, de toda sorte, as suas leis específicas também prevêem a competência para realizar julgamentos (ex.: art. 3º, V, Lei 9.427/96). Também as leis instituidoras das demais agências reguladoras prevêem a sua competência para dirimir conflitos (ex.: art. 18, Lei 9.478/97).

O que deve ser destacado é que a função julgadora das agências reguladoras não é, a exemplo do que se dá quando exercida pelo Poder Judiciário, voltada para o passado, tendo, ao revés, um marcante caráter prospectivo de realização das políticas públicas cuja implementação lhes incumbe. E conseqüentemente, mais do que visar apenas à composição de determinado conflito

²¹ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993. Volume Secondo, p. 45-50.

²² Odele Medauar traz à colação as lições de Nigro, segundo as quais “o exercício do poder administrativo para a satisfação do interesse público comporta, se não quer ser arbitrário, de um lado, a identificação do quadro completo dos interesses, públicos ou privados, que estão em conexão com a atribuição da autoridade; de outro, a representação completa e exata dos fatos em relação aos quais o poder é exercido. A liberdade-vínculo que se chama discricionariedade consiste no poder-dever de representar fiel e completamente todos os fatos e de levar em conta todos os interesses envolvidos: **ter em conta não é só considerar, mas atribuir a cada um o seu peso**”. NIGRO *apud* MEDAUAR, Odele. **Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: RT, 1992. p. 187, grifamos.

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Agências Reguladoras e os Novos Valores e Conflitos**. *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados*, versão CD-ROM.

inter-partes, objetiva precipuamente a composição de latentes conflitos inter-subsetoriais (ex.: entre determinadas categorias de consumidores, entre consumidores e concessionárias, entre estas e o Estado etc.).

2.2 Legitimação do Processo Decisório

Um dos mecanismos de legitimação que a Administração Pública brasileira mais vem sendo institucionalizado no direito positivo é o da participação dos titulares e defensores dos interesses individuais, coletivos e difusos²⁴ no processo de tomada das decisões que lhes afetarão.

Se, como visto no Item anterior, o exercício da discricionariedade²⁵ se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em questão²⁶, nada mais justo e natural que os seus titulares e defensores possam manifestar as suas posições perante a Administração²⁷, com o que estarão inclusive contribuindo para o controle da legalidade e da efetividade dos seus atos, vez que os participantes no processo administrativo carrear-lhe-ão elementos e opiniões para que possa tomar decisões mais equânimes e eficientes²⁸.

Luciano Parejo Alfonso constata que “a importância da função participativa do procedimento tem vindo a crescer a par da extensão, da intensidade e da complexidade das tarefas públicas, da intervenção administrativa, por um

²⁴ Há ampla legitimação processual-administrativa, inclusive para as entidades defensoras de interesses coletivos ou difusos, estabelecida pelo art. 9º da Lei do Processo Administrativo Federal – Lei 9.784/99.

²⁵ “Logo que há diversas soluções utilizáveis ou ‘defensáveis’, e isso é típico das situações reais da administração, o próprio processo de seleção adquire um peso real” (LUHMANN, Niklas. **A Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Revisão de Tércio Sampaio Ferraz Jr. UNB, 1980. p. 165).

²⁶ MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques**. Paris: LGDJ, 1999. p. 103. O autor cita como exemplo, uma decisão do Tribunal Federal suíço: “a idéia de compensar a falta de densidade normativa pela participação não é ausente na jurisprudência. O Tribunal Federal, assim, por exemplo, considerou que, em virtude da fraca densidade normativa da regulamentação de prevenção de catástrofes, a Administração deveria instaurar um diálogo com as empresas a fim de determinar em comum as medidas a serem tomadas” (p. cit.).

²⁷ “A Participação é, não apenas consubstanciada no instituto do contraditório”, mas destinada à ‘ponderação dos interesses’, sendo o seu escopo principal a “composição material dos interesses” (PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em Busca do Ato Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 406. grifamos).

²⁸ Para uma análise dos mais profundos fundamentos políticos e constitucionais da participação pública nos processos administrativos, remetemos o leitor a MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Audiências Públicas*. In: **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 199-219; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As Audiências Públicas e o Processo Administrativo**. RTDP, 161-172; GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. t. 2, p. XI-1 e XI-19; SOLÉ, Juli Ponce. **Deber de Buena Administración y el Derecho al Procedimiento Administrativo Debido. Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo y del Ejercicio de la Discricionariedad**. Valladolid: Lex Nova, 2001. p. 45-208. Aludindo, sem encampá-los, aos vários argumentos contrários à participação nos processos administrativos, tais como a de confusão processual, o emperramento da máquina administrativa e a acusação de ser utópica, ver MEDAUAR, Odele. **Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: RT; 1992. p. 219-221.

lado, e da generalização do fenômeno da entrega ou remissão à Administração, pelo Legislador, da tomada de decisões, por outro lado²⁹.

Como nota Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira Da Silva,

a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários³⁰.

Tratando das agências reguladoras, asseverou Diogo de Figueiredo Moreira Neto³¹, em Conferência realizada na Universidad Complutense de Madrid, que,

além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, pela proximidade e abertura social de sua ação em relação aos administrados interessados, e a possibilidade de promover negociações em procedimentos participativos e, não menos importante, de atuar, em certos casos, com poderes 'para-jurisdicionais' para evitar intermináveis conflitos entre administrado e Estado. Em teoria, o princípio da participação tem plena aplicação em vários aspectos em que o instituto pode ser analisado, mas a sua importância sobressai principalmente pela criação de uma conexão administrativa imediata e despolitizada, às vezes bastante interativa, entre a agência e o administrado interessado.

No que toca especificamente às agências reguladoras, os mecanismos de participação popular são notáveis³², uma vez que a maior parte das leis que as instituíram fixam a necessidade de realização de audiências públicas prévias à tomada de decisões, inclusive normativas, pelas agências reguladoras (*verbi*

²⁹ ALFONSO, Luciano Parejo. La Actividad Unilateral y Formalizada de la Administración: el Procedimiento y los Actos Administrativos. In: Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco/Ortega Álvarez. **Manual de Derecho Administrativo**. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1990. p. 353, grifamos. De fato, a mitigação do perfil originário do Princípio da Legalidade fez com que a legitimidade, até então confundida com a mera legalidade, tivesse que buscar novos valores e procedimentos de legitimação.

³⁰ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em Busca do Ato Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 402.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Consideraciones sobre la Participación en el Derecho Comparado Brasil-España. **Revista da Administración Pública – RAP**, v. 152, p. 79, maio/ago. 2000 (os grifos são do próprio autor).

³² André de Laubadère chega a considerar "a renovação dos processos jurídicos empregados pelo poder público na sua ação econômica, como uma das mais marcantes características do direito administrativo econômico" (LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985. p. 108).

gratia, o art. 18 da Lei 9.478/97 – Lei do Petróleo³³. O art. 4º, § 3º, da Lei 9.427/96 estabeleceu a obrigatoriedade de que todas as decisões da Aneel que possam afetar direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores devem ser precedidas de audiência pública. Já a Lei 9.472/97 estabeleceu para a Anatel a obrigação de realizar consultas públicas prévias aos seus atos relevantes, inclusive, expressamente, os de natureza normativa (arts. 19, III; 39; 42; 89, II; 195). O art. 68, da Lei 10.233/01, instituidora da ANTT e da Antaq, prescreveu, por sua vez, que "as iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública". O art. 32, do Decreto 3.327/00, que regulamenta a Lei 9.961/00, estabelece a obrigatoriedade da ANS realizar de audiências públicas prévias à formulação de anteprojetos de lei. No mesmo sentido o Decreto 3.029/99 em relação à Anvisa.

Note-se que aludimos apenas aos dispositivos que tornam obrigatória a realização de audiências ou consultas públicas. Há uma série de outros dispositivos (mormente regimentais), e aí sim para todas as agências sem exceção, que fixam detalhadas normas de realização facultativa de audiências públicas. Note-se, inclusive, que a Lei do Processo Administrativo Federal – Lei 9.784/99, aplicável, naturalmente, às agências reguladoras federais (*ex vi* art. 1º, Lei 9.784/99), previu genericamente a possibilidade de convocação de consulta pública nos processos que, ainda que individuais, envolvam "assunto de interesse geral" (Lei 9.784/99, art. 31).

Entendemos que mesmo nos casos em que as audiências ou consultas públicas não tiverem sido cogentemente fixadas por lei, sendo, portanto, discricionárias, se algum agente econômico ou entidade interessada requerer a sua realização, a recusa da Administração³⁴ deverá ser satisfatoriamente motivada

³³ Além da realização de consultas e audiências públicas, a legislação prevê alguns outros mecanismos de participação, dotados, todavia, de menor importância efetiva e influência sobre o processo decisório das entidades reguladoras (ver a este respeito, AGUILLAR, Fernando Herren. **O Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 248-255). A Lei 8.987/95, por exemplo, prevê a fiscalização dos serviços públicos concedidos ou permitidos por comissão composta por representantes do Poder Público, dos usuários e da delegatária (art. 30, parágrafo único), e a obrigação do Poder Concedente estimular a formação de associações de usuários para a defesa dos seus interesses (art. 29, XII). O art. 13 da Lei 8.631/93 cria os Conselhos Consultivos dos Consumidores de Energia Elétrica, aludidos também pelo art. 17, § 6º, do Regimento Interno da Aneel. A Anatel possui um Conselho Consultivo, "órgão de participação institucionalizada da sociedade na agência" (Lei 9.472/97, art. 33). A Comissão de Serviços Públicos de Energia – CSPE, do Estado de São Paulo (Lei Complementar 833/97), a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei 10.931/97) e a Agência Catarinense de Regulação e Controle – SC/ARCO (Lei Estadual 11.355, 18.01.2000) chegam a ter a participação no próprio colegiado diretor de representantes da sociedade civil, dos usuários e dos concessionários, consistindo, em certa (e pequena, já que a entidade é estatal) medida, em modalidade, mesmo de auto-regulação (cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 480-1 e 483-4).

³⁴ Dispõe o art. 48 da Lei 9.784/99: "A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência".

face aos princípios e valores constitucionais que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas (art. 1º, *caput* e inc. I; art. 5º, XXXIII e XXXIV; 37, *caput* e § 3º; e 175, II, Constituição Federal)³⁵.

*Mister se faz distinguir as audiências das consultas públicas, que, apesar de possuírem o mesmo espírito, não se equivalem: “na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através de debates orais em sessão previamente designada para tal fim”*³⁶.

Podemos inferir do fato de as leis das agências reguladoras imporem a adoção de modernos mecanismos de participação procedimental, a necessidade de que fosse suprido o déficit democrático co-natural a todas as agências reguladoras que, além de amplos poderes normativos, têm os seus dirigentes resguardados da livre exoneração pelos titulares de poder político democraticamente eleitos.

Note-se que estas exigências procedimentais, longe de serem meras formalidades, constituem requisito da validade dos atos e normas a serem editadas.

*Ainda que o poder regulamentar contenha inevitavelmente aspectos discricionários, com um núcleo de oportunidade em que são possíveis várias soluções igualmente justas, não cabendo substituição da decisão administrativa pela judicial, a participação cidadã é essencial nesta ‘zona de pura oportunidade’, de modo que a omissão na realização deste trâmite deve ser considerada como causa invalidadora do ato normativo expedido*³⁷.

³⁵ Após a pacificação em nossa doutrina (*verbi gratia*, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 194-5), a jurisprudência também vem se consolidando no sentido de que tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários devem ser motivados. Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ: “O repositório normativo que regula a instauração do Conselho de Justiça confere expressamente ao Ministro Militar certa margem de liberdade em aceitar ou rejeitar a deliberação tomada e adotar a providência cabível no caso, competência esta situada no âmbito do poder discricionário, impondo-se, todavia, a necessidade de declinar os motivos de sua decisão na hipótese de rejeição das conclusões do julgamento colegiado” (MS 4.162/DF. Disponível em: <www.stj.gov.br>). A motivação também foi expressamente positivada nos arts. 2º e 50 da Lei do Processo Administrativo Federal – Lei 9.784/99 para quaisquer atos administrativos que “*nequem, limitem ou afetem direitos ou interesses*” (art. 50, I).

³⁶ CARVALHO FILHO, José Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 186, grifos no original.

³⁷ VELA, David Ciriano. **Administración Económica y Discrecionalidad**. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 87-100. Também afirmando expressamente a nulidade das decisões concretas ou normativas da Administração Pública que não sejam precedidas de audiência ou consulta pública, quando a lei as exigir, GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. 2, p. XI-8 e XI-9.

E mais, impõe-se não apenas a mera realização da audiência ou consulta pública, como, em virtude dos Princípios da Publicidade e da Motivação (CF, art. 37, *caput*), respectivamente, a publicação prévia da sua realização e a apreciação, e se for o caso, a recusa justificada, de todas as críticas e sugestões formuladas – doutrina do *hard look*³⁸.

Com efeito, como asseverou Lélia Cuéllar em obra específica a respeito das agências reguladoras, “*a expedição de regulamento deve sempre ser fundamentada, apresentando motivação pública de fato e de direito, contemporânea à sua edição. Ainda que geral e abstrato, o regulamento é ato administrativo – e como tal deve ser emanado*”³⁹.

Esta “*processualização visa não tanto garantir posições jurídicas subjetivas ou prestações sociais, mas sim assegurar ou estabelecer as condições de possibilidade dessas prestações e dessas garantias*”, radicando, portanto, “*na transformação do contexto social de liberdade legal num sistema de justificação do novo conceito de idéias e interesses*”⁴⁰.

*Mister se faz advertir, no entanto, que a participação pública no processo regulatório (decision-making process) se reporta essencialmente à sua fase preparatória, não retirando da Administração a última palavra na matéria*⁴¹, desde que o faça motivadamente e dentro dos quadros estabelecidos pela lei.

2.3 Balanço Prático

Podemos constatar que o legislador, com forte esteio doutrinário, busca caracterizar as agências reguladoras independentes brasileiras como privilegiados espaços públicos de participação dos cidadãos e de composição extrajudicial de interesses.

A realidade, contudo, não acompanhou a prática, vez que, como se depreende das primeiras pesquisas realizadas sobre o tema, os consumidores e os cidadãos comuns vêm as agências mais como potenciais adversárias do que como árbitros imparciais e céleres em suas decisões, preferindo, na maioria das vezes, aceder diretamente ao Judiciário, principalmente através dos seus Juizados

³⁸ RUBIRA, Juan José Lavilla. **La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América**. Madrid: Civitas, 1991. p. 142-146.

³⁹ CUÉLLAR, Lélia. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 126. Observe-se que a necessidade de motivação dos atos das agências reguladoras independe que, a exemplo do que se dá quanto à Anatel (Lei 9.472/97, art. 40), a lei a consigne expressamente.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 1.294.

⁴¹ MONCADA, Luis S. Cabral de, observa que “*a concertação das decisões administrativas modificou o processo de formação respectiva, mas não as afectou na sua estrutura de decisões unilaterais. Assim sendo manteve-se quase sempre inalterado o modelo tradicional (unilateral) da actuação administrativa, muito embora a respectiva orgânica tenha se modificado radicalmente*” (**Direito Económico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 43).

especiais de pequenas causas, dotados de um procedimento mais rápido e informal.

Com efeito, é sintomático que, em pesquisa realizada no seio do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento – Cibrap⁴², tenha ficado constatado que na mais bem estruturada e legislativamente aberta à participação agência reguladora independente brasileira, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, apesar de a participação ter aumentado consideravelmente no período 1997-2001⁴³, as consultas públicas foram formuladas principalmente por empresas, por pessoas físicas ou associações delas representantes, não tendo havido, pasme-se, qualquer participação de consumidor, de órgãos ou associações de defesa dos seus interesses, em contraste com a intensa participação destes nos órgãos administrativos específicos de defesa dos consumidores (os chamados Procom's), desprovidos de independência, já que hierarquicamente subordinados ao Chefe do Poder Executivo.

Os dados certamente são um alerta para que as agências reguladoras busquem, na prática das suas ações cotidianas, legitimarem-se como espaços públicos de discussão e resolução de conflitos de interesses, o que certamente constitui pressuposto da manutenção do modelo institucional inovador que representam.

3 REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **O Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALFONSO, Luciano Parejo. La Actividad Unilateral y Formalizada de la Administración: el Procedimiento y los Actos Administrativos. In: Parejo Alfonso, Jiménez-Blanco/Ortega Álvarez. **Manual de Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 1990.
- _____. Prefácio à obra de Andrés Betancor Rodríguez. **Las Administraciones Independientes**. Madrid: Tecnos, 1994.
- ANDRADE AZEVEDO, Eurico de. Agências Reguladoras. **RDA**, v. 213.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO-FILHO, José Santos. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CUÉLLAR, Lélia. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

⁴² A pesquisa foi realizada por Paulo Todescan Lessa Mattos, sendo minuciosamente descrita e analisada no seu precioso artigo Agências Reguladoras e Democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 182-230.

⁴³ Em 1997 houve 3 participações por consulta pública realizada (ao todo 7); em 2000, alcançou-se a média máxima com 4.640 contribuições por consulta (ao todo 73).

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto S. Os Novos Rumos do Direito da Eletricidade. **RDA**, 224/20.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1993. Volume Secondo, p. 45-50.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. t. 2.
- LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
- LUHMANN, Niklas. **A Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Revisão de Tércio Sampaio Ferraz Jr. UNB, 1980.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: RT, 1992.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.
- MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques**. Paris: LGDJ, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Agências Reguladoras (Descentralização e Deslegalização), Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. Audiências Públicas. In: **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. Consideraciones sobre la Participación en el Derecho Comparado Brasil-España. **Revista da Administración Pública – RAP**, v. 152, p. 79, maio/ago.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As Audiências Públicas e o Processo Administrativo**. RTDP.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em Busca do Ato Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- RUBIRA, Juan José Lavilla. **La Participación Pública en el Procedimiento de Elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América**. Madrid: Civitas, 1991.
- SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOLÉ, Juli Ponce. **Deber de Buena Administración y el Derecho al Procedimiento Administrativo Debido. Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo y del Ejercicio de la Discricionalidad**. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Agências Reguladoras e os Novos Valores e Conflitos. **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados**, versão CD-ROM.
- VELA, David Ciriano. **Administración Económica y Discrecionalidad**. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- VENANCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico – O Direito Público Econômico no Brasil**. Ed. fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- WORLD BANK. The World Bank's Role in the Electric Power Sector. Washington: The World Bank, 1993. p. 14. *Apud* AGUILLAR, Fernando Herren. **O Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

O DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL NO BRASIL PÓS EC 45/2004

Carmen Tiburcio¹

Sumário: 1. Conflito entre fontes; 2. Tribunal Penal Internacional; 3. Homologação de Decisões Estrangeiras e Exequatur a Cartas rogatórias; 4. Arbitragem em matéria trabalhista; 5. Arbitragem envolvendo a administração pública; 6. Referências.

A Emenda Constitucional 45/04, conhecida como 'A Reforma do Judiciário', tratou também de inúmeros temas que interessam ao direito internacional. Essas inovações serão aqui analisadas sistematicamente. Comentar-se-á brevemente a questão da participação de empresas que integram a Administração Pública em arbitragens, tema que chegou a integrar a PEC 29, mas suprimido na versão final da Emenda.

1 CONFLITO ENTRE FONTES

Art. 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Por muito tempo o país isolou-se em matéria internacional. Como recentemente o Brasil tem ratificado um número bastante expressivo de tratados internacionais, a questão do conflito entre normas provenientes de tratado e lei interna tem sido cada vez mais freqüente. Primeiramente, note-se, há três tipos de conflitos possíveis: a) conflito entre a Constituição Federal e o Tratado; b) conflito entre lei ordinária e tratado²; c) conflito entre lei interna e tratados de direitos humanos.

¹ Professora Adjunta de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Internacional da Faculdade de Direito da UERJ. Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Virginia, EUA. Consultora da área internacional do escritório Luis Roberto Barroso & Associados.

² Sobre esses dois tipos de conflitos, vide DOLINGER, Jacob. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo. *Revista Forense*, n. 334.

a) Conflito entre a CF e tratado

A doutrina e a jurisprudência brasileiras são quase unânimes quanto à solução desse tipo de conflito: tem-se entendido que prevalece a Constituição, sem atentar para qualquer critério cronológico³.

Em sentido oposto, a Convenção de Havana sobre Tratados (Havana, 1928), ratificada pelo Brasil, traz a posição do direito internacional sobre a matéria. Como regra (art. 11), ela prevê a supremacia dos tratados sobre as normas internas, sem distinguir entre leis constitucionais e ordinárias. Na mesma linha, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), não ratificada pelo Brasil, fixa a supremacia das normas convencionais.

Os tribunais superiores enfrentaram a questão com relação a três temas recentes:

- I) conflito entre a CF e a Convenção de Varsóvia, quanto ao cabimento de indenização por dano moral: o STF (RExt. 172.720-9)⁴ concedeu a indenização por dano moral prevista na CF/88 (art. 5º, V e X), ao contrário do que estabelece a Convenção de Varsóvia, ratificada pelo Brasil;
- II) conflito entre a CF e a Convenção da OIT que trata da reintegração compulsória do trabalhador demitido sem justa causa: o STF julgou a ADIn. 1.480-3⁵, proposta pela Confederação Nacional do Transporte, relativamente à Convenção 158 da OIT, ratificada pelo Brasil, que prevê a reintegração compulsória do trabalhador demitido sem justa causa, contra a CF, art. 7º, I, que prevê somente a indenização. Após decisão que determinava que a Convenção fosse interpretada conforme a Constituição, ela foi denunciada pelo Executivo, interrompendo-se o julgamento.
- III) conflito entre a CF e o Pacto de San José da Costa Rica, que não admite prisão civil por dívida: trata-se de polêmica acerca da possibilidade de prisão civil do devedor fiduciante à luz da CF. Discute-se se a legislação ordinária pode acrescentar, às já previstas em sede constitucional, outras hipóteses em que caiba prisão civil por dívida, ainda mais tendo em vista a ratificação, pelo Brasil, do Pacto, que só admite prisão civil por inadimplemento de prestação ali-

³ Ressalve-se a posição contrária de Haroldo Valladão: "Em conclusão: a disposição interna, mesmo de natureza constitucional, não poderá ser observada se contraria preceito em vigor de direito internacional básico, geral, ou de direito internacional convencional: de tratado válido e vigente. Assim, prevalecem as regras dos tratados anteriores ao texto constitucional; só não prevalece a norma internacional convencional que vier a ser aprovada e ratificada após a vigência do texto constitucional que a ela se opõe, pois nesse caso decorreria dum ato internacional inválido, não vigorante, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado". VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5. ed., 1980. v. I, p. 96.

⁴ STF – RE 172.720-9 – Rel. Min. Marco Aurélio – j. em 06.02.1996 – DJ 21.02.1997, p. 2.831.

⁵ STF – ADIn 1.480-3 – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 04.09.1997, p. 429.

mentar. O STF tem reiteradamente julgado possível a prisão civil do devedor fiduciante, já que a legislação ordinária o equipara ao depositário⁶. Com algumas exceções, o STJ tem adotado entendimento contrário, decidindo ser incabível tal prisão⁷.

b) Conflito entre lei ordinária e tratado

Quanto a esse tipo de conflito, não há uniformidade entre a posição de nossa doutrina e o que decidem os tribunais, que têm preferido claramente o *monismo moderado*: tratado e lei federal possuem a mesma hierarquia; logo, a prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo. O precedente mais famoso do STF é o RExt. 80.004, cuja ementa determina:

Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias- Aval aposto à Nota Promissória não registrada no prazo legal- Impossibilidade de ser o avalista acionado mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Dec.-lei 427, de 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec.-lei 427/69 que instituiu o registro

⁶ Recurso Extraordinário 302.624-1/MG – 1ª T. – Rel. Min. Moreira Alves – j. em 29.05.2001, un., DJU 29.06.2001, p. 60: "Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Inconstitucionalidade da interpretação dada ao art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derrogar o Dec.-lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia. É de observar-se, por fim, que o § 2º do art. 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido".

⁷ Embargos de Divergência em Recurso Especial 149.518/Goiás – Corte Especial – Rel. Min. Ruy Rosado – j. 05.05.99, un., DJU 28.02.2000, p. 29: "Alienação fiduciária. Prisão civil. Não cabe a prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária. Embargos acolhidos e providos"; HC 7.859/SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio F. Teixeira – j. 04.05.2000, un., DJU 05.06.2000, p. 160: "Habeas Corpus. Alienação fiduciária. Prisão civil. Descabimento. Orientação da Corte Especial. Concessão da ordem. A partir do julgamento dos EREsp 149.519/GO [rectius: 149.518] julgados em 05.05.1999 (DJ 28.02.2000), a Corte Especial, modificando o entendimento anterior em relação ao tema, consolidou a orientação de que incabível a prisão civil em alienação fiduciária, em razão da inocorrência de relação de depósito." Em sentido oposto, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 14.423/MG – 3ª T. – Rel. Min. A. de Pádua Ribeiro – j. 05.06.2003, unânime, DJ 04.08.2003, p. 290: "(...) I. – O Pacto de São José da Costa Rica não derogou as normas infraconstitucionais sobre a prisão civil de depositário infiel. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal".

*obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade de título cambial a que foi aposto. Recuso extraordinário conhecido e provido*⁸.

Mais recentemente, há os que questionam a terminologia empregada, entendendo que esse sistema, adotado entre nós, deveria chamar-se *dualismo moderado*, pois exige decreto presidencial que marca, no plano interno, o início da vigência do tratado⁹. A meu ver, sem razão os que assim entendem, pois o dualismo pressupõe a promulgação de lei que reproduza os termos do tratado para que ele possa vigorar no plano interno, o que não é o caso. O Brasil exige a edição do referido decreto tanto para os tratados que vigorem somente para as relações internacionais como para as internas. No dualismo, ademais, a lei doméstica passa a ter existência própria, independente do tratado, que vige somente no plano internacional, o que também não ocorre entre nós. A denúncia do tratado implica a sua revogação tanto no plano interno como no externo, sem que se exija uma revogação específica do decreto presidencial que faz o diploma convencional vigorar no plano interno.

Excetuam-se à regra do monismo moderado principalmente as normas tributárias, por força do art. 98, do CTN: "*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*". Todavia, algumas decisões do STJ têm entendido que o dispositivo estabelece, em matéria tributária, a supremacia dos tratados sobre a legislação interna, mas só no caso dos chamados *tratados-contrato*, que prevêem obrigações recíprocas para os contratantes. Portanto, em se tratando de tratados-lei, que estabelecem regras de conduta, prevalece a regra *posteriori derogat priori*¹⁰.

⁸ RTJ 83/809. DOLINGER, Jacob *Direito Internacional Privado: Parte Geral*. 7. ed., 2003. p. 102 e ss., faz um sumário dos votos dos Ministros.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 3, 2000.

¹⁰ Medida Cautelar 6.567/PR – 1ª T. Rel. Min. Teori A. Zavascki, decisão monocrática de 20.08.2003, DJ 27.08.2003, p. 220: "(...) Alega a requerente que a lei ordinária não pode revogar as disposições da 'Convenção para evitar a dupla tributação sobre a renda entre Brasil e Suécia', a qual constitui lei especial em face da legislação interna, de caráter geral. Sustenta que o acórdão, ao reconhecer a prevalência do art. 75 da Lei 8.393/91 sobre o art. 24 do Decreto n. 77.053/76, acarretou ofensa a esta norma e ao art. 98 do CTN, bem como ao princípio da isonomia, pois estabelece tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente em face da legislação tributária. (...) 3. Não há verossimilhança nos fundamentos do pedido de cautelar. A tese contida no acórdão do Tribunal de origem mostra-se compatível com entendimento jurisprudencial desta Corte, ao qual me filio, segundo o qual a parte final do art. 98 do CTN aplica-se somente aos tratados contratuais. Nesse sentido, REsp. n. 196.560/RJ – 1ª T. – Min. Demócrito Reinaldo – DJ 10.05.1999. (...)".

c) Tratados de direitos humanos

Adotando posição progressista, parte da doutrina já entendia que, em matéria de direitos e garantias individuais, a CF/88 estabeleceu que tais tratados gozam de hierarquia de norma constitucional¹¹. Tal posição não foi aceita pelo STF¹². O texto introduzido pela Emenda não deixa dúvida: os tratados sobre direitos humanos têm a mesma hierarquia das emendas constitucionais, desde que obedecido o *quorum* privilegiado de aprovação.

Restam, entretanto, inúmeras questões a serem respondidas. Por exemplo: tratado sobre a matéria pode ser aprovado por *quorum* simples? A solução não traz maiores problemas: os tratados assim aprovados adquirem o *status* de lei ordinária, como qualquer outro vigente no País, submetendo-se ao critério geral de que o *posteriori derogat priori*.

Como ficam os tratados de direitos humanos aprovados antes da EC 45? Quanto a isto, acredita-se também poder responder-se facilmente: os tratados aprovados continuam a vigorar como lei ordinária, já que não submetidos ao *quorum* privilegiado. Após a aprovação, tais tratados podem ser denunciados pelo Executivo, seguindo a regra geral de denúncia dos tratados? Para a doutrina tradicional, a denúncia dos tratados cabe ao Executivo, mas decisão recente do STF contraria esse entendimento e pressupõe que, se são indispensáveis duas vontades (a do Executivo e a do Legislativo) para que um pacto entre em vigor no País, essas mesmas vontades devem ser necessárias para a revogação do ato¹³. No Brasil, via de regra, o tratado e a lei ordinária têm o mesmo grau hierárquico; como o Legislativo tem papel imprescindível (reservadas as medidas provisórias) na revogação das leis em geral, pode-se cogitar de que o Congresso devesse interferir também na revogação dos pactos internacionais.

Por outro lado, a vontade do Legislativo só é fundamental para a vigência interna do tratado. O Presidente da República é o responsável pelas relações internacionais (CF, art. 84, VII): as questões atinentes a essas relações incumbem exclusivamente ao Chefe do Executivo. Caso o Legislativo pretenda

¹¹ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional*. 6. ed., 2004. p. 75 e ss.

¹² HC 72.131 – RE 206.482; HC 76.561 – RE 243.613.

¹³ STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.625 – Distrito Federal, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, sessão de 02.10.2003, Informativo STF 323: "*Convenção 158 da OIT e Denúncia Unilateral – Iniciado o julgamento de ação direta (...) contra o Decreto 2.100/96, por meio do qual o Presidente da República torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da OIT (...) o Min. Maurício Corrêa, relator, entendendo evidenciado o caráter normativo do Decreto impugnado, e considerando que a derrogação de tratados e convenções internacionais, à semelhança do que ocorre para que sejam positivados, exige, para a sua concretização no âmbito interno, a manifestação conjugada dos Poderes Executivo e Legislativo, proferiu voto no sentido de julgar procedente em parte o pedido formulado na ação direta, a fim de emprestar, ao Decreto impugnado, interpretação conforme ao art. 49, I, da CF, segundo a qual a denúncia formalizada pelo Presidente da República condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produzirá eficácia plena (...)*".

manter em vigor as normas de um pacto que tenha sido denunciado, a única maneira possível é aprová-las por lei ordinária, cuja elaboração compete, via de regra, àquele Poder da República.

Todavia, atente-se, o novo dispositivo produz importante efeito. O art. 60, § 4º, IV, da CF determina que não serão apreciadas as emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. Como o novo dispositivo equiparou às emendas constitucionais os tratados de direitos humanos, estes não podem ser denunciados pelo Presidente, até porque nem mesmo com o aval do Congresso tais regras podem ser revogadas. Assim, uma vez ratificados, tais diplomas passam a integrar definitivamente o ordenamento nacional.

2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Art. 5º, § 4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Deve-se analisar primeiramente a necessidade desse dispositivo. Por que o constituinte derivado achou por bem prever expressamente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional?

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma (Decreto 4.388/02), já estando, assim, obrigado a obedecer às suas normas. Desnecessária, assim, a previsão expressa da jurisdição do TPI. Porém, como já se questionou a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos¹⁴, especificamente a do que determina a entrega de nacionais e a do que admite a pena de prisão perpétua, o constituinte derivado, por precaução, resolveu inserir esse dispositivo, visando assegurar efetividade ao Estatuto, objetivo altamente louvável, dada a importância do TPI.

A entrega de nacionais é prevista no art. 12, do Estatuto. Já se disse que isso violaria o art. 5º, LI, da CF, que proíbe a extradição de nacionais. A crítica não tem fundamento: a CF veda a *extradição* de nacionais, e aqui se trata da *entrega* do indivíduo ao TPI. Não se trata de questão só terminológica: a *ratio* do dispositivo é proibir que outro Estado julgue brasileiro, mas não que Tribunal – do qual o país faça parte por força de tratado – possa julgá-lo.

Já se questionou também a constitucionalidade do art. 77, do Estatuto, que prevê a aplicação da pena de prisão perpétua, face ao art. 5º, XLVII, “b”, da CF. O STF já apreciou o problema da aplicação da pena de prisão perpétua

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Tribunal Penal Internacional. (Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos Orgs.). RT, 2002. p. 245- 289.

em pedidos de extradição¹⁵. A partir do julgamento do caso Russel Wayne Weisse¹⁶, alterando entendimento anterior¹⁷, o STF deferiu a extradição sem a necessidade de comutar-se a pena de prisão perpétua em restrição de liberdade por no máximo 30 anos¹⁸. Além disto, argumentou-se que nem a Lei 6.815/80 (art. 91, III) nem a maioria dos tratados de extradição em vigor impõem a comutação, salvo para a pena de morte ou corporal. As decisões posteriores mantêm a posição¹⁹: a regra constitucional só se aplica às penas cumpridas em território nacional.

3 HOMOLOGAÇÃO DE DECISÕES ESTRANGEIRAS E EXEQUATUR A CARTAS ROGATÓRIAS

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente: (...)

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.

Esse dispositivo trata de duas das formas da cooperação entre Estados, tema que tem alcançado uma relevância cada vez maior, face à constante interação de pessoas e coisas, por um lado, mas limitado pelo conceito de soberania estatal, por outro²⁰. Cada soberania, também chamada jurisdição (em sentido *lato*), compreende um poder sobre as pessoas e coisas em seu território e se divide em jurisdição para legislar, para administrar ou para aplicar a lei no caso concreto. São as funções da soberania do Estado: executiva, legislativa e jurisdicional (em sentido *estrito*), cada uma exercida por um dos Poderes estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como o Judiciário de um Estado só é competente dentro de seus limites territoriais, caso se devam produzir efeitos extraterritoriais, recorre-se à coopera-

¹⁵ TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Algumas Questões sobre a Extradição no Direito Brasileiro. RT 787, p. 437-460, 2001.

¹⁶ STF – Extradição 426 – Estados Unidos – Rel. Min. Rafael Mayer Pleno – j. em 04.09.1985 – RTJ 115/969.

¹⁷ Extradição 399 – Rel. Min. Aldir Passarinho – RTJ 108/18; Extradição 417 – Rel. Min. Alfredo Buzaid – Rel. para Acórdão Min. Oscar Correa – RTJ 111/16.

¹⁸ Do voto do Ministro Sidney Sanches se extrai que: “É certo que o § 11, do art. 153, da CF [de 1967 conforme Emenda 1 de 1969] impede no território nacional a pena de prisão perpétua. Mas somente pode operar nesse âmbito, afetando apenas os brasileiros e alienígenas que aqui tenham de ser julgados. Não há de vincular nações estrangeiras, a ponto de impedir que punam seus nacionais com esse tipo de sanção”.

¹⁹ Vejam-se as seguintes Extradições 588 (RT 752/509), 429 (RTJ 119/483), 472 (RTJ 128/998), 486 (RTJ 132/1083), 469 (RTJ 136/1051), 669 (DJU 29.03.1996), 773 (DJU 28.04.2000).

²⁰ Note-se que o Ministro da Justiça promulgou Portaria 2.199 em 10.08.2004, criando comissão para elaborar anteprojeto de lei sobre cooperação jurídica internacional.

ção judiciária internacional, quando um país requer o auxílio de outro para cumprir atos processuais no território desse último.

Essa cooperação permite que decisões proferidas em uma jurisdição possam produzir efeitos em outra, bem como que diligências requeridas pela autoridade judiciária de uma jurisdição para instruir processo que tramita no foro possam ser efetivadas alhures.

Nota-se que, com a freqüente interação de pessoas e movimentação de bens decorrentes da globalização em que se vive, cada vez mais surgem litígios envolvendo pessoas domiciliadas em países diversos, que podem necessitar de provas situadas fora dos limites territoriais do país em que tramita o processo ou que impliquem que a decisão deva produzir efeitos em outra.

Para que essa interação seja possível em face da diversidade de jurisdições é essencial que existam meios para viabilizar a cooperação jurisdicional internacional. Há instrumentos de cooperação judiciária nas esferas cível e penal: na primeira, destacam-se, no Brasil, as cartas rogatórias (para a realização de diligências como citações, notificações, intimações e coleta de provas) e a homologação de sentenças estrangeiras (que visa reconhecer as decisões alienígenas transitadas em julgado); na segunda, além de extradição, avultam as cartas rogatórias (também com o fim de realizar diligências no outro país) e a homologação de sentenças estrangeiras (de efeitos bastante limitados nessa área criminal).

Recentemente, principalmente na esfera penal, estão sendo celebrados diversos acordos bilaterais de cooperação que objetivam suprir deficiência nos outros meios de cooperação, já que a carta rogatória tradicional, salvo acordo internacional em contrário, conforme entendimento da jurisprudência e doutrina, se destina à solicitação de atos sem conteúdo executório²¹. Assim, utiliza-se esse novo instrumento para repatriar bens ou valores produto de crimes; transferir pessoas sob custódia, com o fim de prestar depoimento; executar pedidos de busca e apreensão, arresto, restituição e cobrança de multas. Ademais, por esta via, normalmente o pedido de colaboração não é submetido ao Judiciário nacional e sim à autoridade brasileira designada como competente no diploma convencional²².

Com relação a este dispositivo constitucional que trata da cooperação, duas inovações merecem destaque: (1) a alteração da regra de competência interna do STF para o STJ e (2) a mudança na redação do dispositivo que se referia à homologação *das* sentenças estrangeiras e agora menciona a homologação *de* sentenças estrangeiras.

Quanto à autoridade judiciária competente para conceder a homologação ou o *exequatur* às cartas rogatórias provenientes do exterior, pode-se adotar o critério de autoridade única, com exame centralizado, como no caso do Brasil, ou o sistema descentralizado, em que vários órgãos têm essa competência. O Brasil adotou o sistema descentralizado por um breve período: havendo reciprocidade, a sentença se tornava executível no território nacional mediante o *cumpra-se* de juiz brasileiro; não havendo, seria necessário o *exequatur* do Poder Executivo.

A partir da Lei 221/1894, implantou-se o sistema de competência centralizada: as cartas de sentença de tribunais estrangeiros não seriam executíveis sem a prévia homologação do Supremo Tribunal Federal, com audiência das partes e do Procurador-Geral da República. Essa alteração foi objeto de polêmica doutrinária e jurisprudencial, pois se questionava se lei ordinária poderia criar para o STF uma competência não prevista na Constituição. A questão foi finalmente pacificada, mantendo-se a competência centralizada.

Todas as Cartas posteriores, expressamente concentraram a competência no órgão judicial supremo: desde a CF/34, o STF é competente para homologar decisões estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias. A Emenda Constitucional 45 transferiu essa competência para o STJ²³. Portanto, adota-se agora um sistema híbrido em matéria de cooperação jurídica internacional: para a homologação das decisões e *exequatur* às rogatórias passa a ser competente o STJ; para o exame do pedido de extradição, continua competente o STF; para os pedidos de cooperação, feitos com base em tratados, competente será a autoridade prevista no diploma convencional, sendo certo que, se a medida solicitada depender de autorização judicial, a questão deverá ser submetida ao juiz federal, com base no art. 109, I e III, da CF.

O objetivo da mudança da regra de competência interna (do STF para o STJ) é, sem dúvida, reduzir as competências do STF, já assoberbado de processos, e assegurar-lhe um perfil mais definido, de Corte Constitucional. Todavia, já se criticou a alteração, alegando-se que o processo de cooperação pode tornar-se menos célere: da decisão do STJ, em tese, pode-se interpor recurso extraordinário para o STF. Para não sobrecarregar o STF com recursos protelatórios, a Emenda previu, no art. 102, a exigência de demonstrar-se, no caso, a repercussão das questões constitucionais numa tentativa de minimizar o problema apontado. Sabe-se, porém, que para isto é necessária a manifestação de 2/3 do Tribunal, mecanismo que só funcionará excepcionalmente.

²¹ TIBURCIO, Carmen. As Cartas Rogatórias executórias no Direito Brasileiro no âmbito do Mercosul, RF 348/77, 1999.

²² Ressalte-se que essa possibilidade já foi admitida pelo STF. Nesse sentido, v. STF, Carta Rogatória 10.992, Portugal, Rel. Min. Pres. Maurício Corrêa, j. em 03.12.2003, DJ 12.12.2003, p. 55.

²³ O Código de Processo Civil silenciou quanto aos requisitos que devem ser apreciados, tanto para as sentenças estrangeiras como para as rogatórias, remetendo a questão ao regimento Interno do STF, respectivamente nos arts. 438 e 211. Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 9, de 06.05.2005, que dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Supremo Tribunal de Justiça pela EC 45/05.

Importa observar que o Brasil perdeu a chance de modernizar-se, transferindo essa competência aos juízes federais de 1ª instância, para tornar o seu sistema de cooperação mais ágil e similar ao da maioria dos países europeus, onde vigora um sistema bem desenvolvido, hoje fundado essencialmente no Regulamento 44/01²⁴, do Conselho da Europa. Durante a tramitação da Emenda, cogitou-se transferir tal função aos juízes federais: se por um lado esse sistema garante rapidez aos processos, por outro, poderia ser mais uma fonte de morosidade, tendo em vista a quantidade de recursos que poderiam ser interpostos até o trânsito em julgado da decisão. Para que tal alteração fosse implantada no Brasil, haveria que se criar um sistema próprio de interposição de recursos.

O segundo ponto que deve ser ressaltado diz respeito à alteração na redação do dispositivo em questão: as Cartas anteriores previam a competência do STF para a homologação das sentenças estrangeiras; já o texto aprovado da Emenda determina a competência do STJ para a homologação de sentenças estrangeiras. Essa diferença, que pode parecer mera questão de estilo, traz importantes conseqüências. A doutrina majoritária fundava-se na redação original do dispositivo para concluir que todas as sentenças estrangeiras precisavam ser homologadas, inadmitindo a possibilidade de qualquer tipo de sentença ser dispensada desse procedimento por lei ordinária.

Esta polêmica diz respeito à distinção entre reconhecimento (produção de todo e qualquer efeito sentencial da decisão) e execução (prática de atos de constricção forçada) dos julgados provenientes do exterior: para ambos é necessária a homologação ou somente para a execução?

Historicamente, o direito brasileiro só exigia a homologação para a execução de sentenças estrangeiras. Porém, era manifesta a incoerência das normas então em vigor, que também exigiam a homologação das sentenças meramente declaratórias, não passíveis de execução. A LICC manteve a exigência de homologação só para execução de sentenças, corrigindo a impropriedade quanto às meramente declaratórias do estado das pessoas (art. 15, parágrafo único), que suscitou muita polêmica na doutrina, inclusive sob fundamento de sua inconstitucionalidade (o Texto Constitucional de 1946 foi o primeiro a prever a competência do STF para a homologação das sentenças estrangeiras).

²⁴ Esse regulamento veio substituir a Convenção de Bruxelas entre os Estados da União Européia, com exceção da Dinamarca, que optou por ficar excluída do âmbito desse Regulamento. Assim, atualmente na Europa, afora as Convenções bilaterais, que não podem ser olvidadas, três sistemas coexistem: 1. Regulamento 44 – vigora para as relações entre os países da EU, exceto a Dinamarca; 2. Convenção de Lugano – prevalece para as relações entre os países da EU e os que integram o EFTA (*European Free Trade Agreement*). Assim, as relações envolvendo a França e a Islândia, por exemplo, são regidas por esta Convenção; 3. Convenção de Bruxelas de 1968 – ainda vigora para as relações envolvendo a EU e a Dinamarca. Vide: RAMOS, Rui Manuel Moura. *The New EC Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments*, Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur t. von Mehren, ed. James A. R. Nafziger e Symeon C. Symeonides, 2002. p. 199-218.

O art. 483, do CPC de 1973 determina que a sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois da homologada pelo STF. Nessa linha, o CPC define a sentença estrangeira homologada como título executivo judicial no seu art. 584, IV.

Em suma, na atual sistemática, a doutrina majoritária entende que a homologação constitui pressuposto tanto para o reconhecimento quanto para a execução de uma sentença estrangeira. Enquanto a homologação cabe ao STJ (CF, art. 105, I, “i”), a execução compete ao juiz federal (CF, art. 109, XX).

4 ARBITRAGEM EM MATÉRIA TRABALHISTA

Art. 114, § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Na versão anterior à aprovação da Emenda, PEC 29, o art. 116 previa:

Art. 116-A. A lei criará órgãos de conciliação, mediação e arbitragem, sem caráter jurisdicional e sem ônus para os cofres públicos, com representação de trabalhadores e empregadores, que terão competência para conhecer de conflitos individuais de trabalho e tentar conciliá-los, no prazo legal.

Por um lado, o dispositivo trazia importante alteração em matéria trabalhista, pois previa a possibilidade de arbitragem para os conflitos individuais. Por outro lado, estabelecia que a arbitragem não teria “caráter jurisdicional” e que os órgãos arbitrais iriam “tentar conciliá-los”, o que negava a natureza jurisdicional da arbitragem²⁵ (dada pela Lei 9.307/96).

Em alguns casos, porém, indaga-se se é possível que as partes escolham a via arbitral ou se a judicial é a única admissível. Incluem-se aí os litígios envolvendo a Administração Pública (abordados a seguir), os consumeristas, os oriundos de contratos de adesão e os trabalhistas. Quanto aos últimos, a polêmica limita-se, no Brasil, aos litígios individuais; para os coletivos, a CF, já na versão original (art. 114, § 1º), prevê a escolha de árbitros no caso de negociação coletiva frustrada; a Emenda manteve a regra.

²⁵ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*, 2003, p. 94.

Nas questões trabalhistas individuais, o problema diz respeito à exegese do art. 1º da Lei de Arbitragem, que limita sua aplicação aos direitos patrimoniais disponíveis. Coexistem duas teorias para inadmitir a arbitragem nessa esfera: (1) o empregado é a parte mais fraca da relação jurídica e a Justiça do Trabalho foi criada com o objetivo de protegê-lo, sendo, portanto, a única competente para apreciar tais litígios; (2) questões trabalhistas não são arbitráveis (ausência de arbitrabilidade objetiva). Diferem as consequências práticas dessas teorias. Adotada a primeira, admite-se a arbitragem instituída ou aceita pelo empregado²⁶; já a segunda não a admite de forma alguma²⁷.

Dessa forma, entende-se a arbitragem de conflitos coletivos do trabalho como uma exceção criada pela CF, tendo em vista que o direito do empregado só é disponível em juízo. Assim, seria necessária uma mudança legislativa que admitisse a arbitragem nos conflitos individuais, já que a disponibilidade do direito é pressuposto de validade da arbitragem (Lei de Arbitragem, art. 1º) e os direitos trabalhistas, como regra, não possuem esse requisito²⁸. Portanto, a Emenda não inovou, admitindo somente a arbitragem para dissídios coletivos.

5 ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A PEC 29 visava incluir no art. 98, da CF a proibição de arbitragem para resolver conflitos oriundos dos contratos celebrados pela Administração Pública:

²⁶ STJ – REsp. 635.156/Bahia – 2ª T. – Rel. Min. Castro Meira – j. em 01.06.2004, unânime, DJ 09.08.2004, p. 261: "(...) FGTS. Despedida imotivada. Levantamento dos depósitos. Arbitragem. (...) 2. Configurada a despedida imotivada, não há como negar-se o saque sob o fundamento de que o ajuste arbitral celebrado é nulo por versar sobre direito indisponível. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado e não pode ser interpretado de forma a prejudicá-lo como pretende a recorrente. (...)"; STJ – REsp. 637.055/Bahia – 2ª T. – Relª. Minª. Eliana Calmon – j. em 28.09.04, unânime, Inf. STJ 223: "FGTS. Levantamento. Sentença. Juízo arbitral. A Justiça do Trabalho aceita a sentença arbitral como meio hábil a pôr fim à relação de trabalho, tal como uma sentença judicial. Logo, também é apta para proporcionar o levantamento dos saldos de conta vinculada ao FGTS (art. 20, I, da Lei 8.036/90). Precedente citado do TST: RR 491.080, DJ 17.10.2003. (...)".

²⁷ TRT – 2ª R. – 4ª T. – Recurso Ordinário (RO 00958200201602005) da Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais – ASBACE contra sentença da 16ª Vara do Trabalho (VT) de São Paulo: "Juízo Arbitral. Lei 9.307/96. Incompatibilidade com o Direito do Trabalho. A Lei 9.307/96 está direcionada às relações civis e comerciais e, portanto, não tem aplicação subsidiária no âmbito desta Justiça Especializada pelo portal do artigo 8º consolidado, eis que lhe falta a conditio essencial da compatibilidade com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Nem a presença de um sindicato de trabalhadores por trás dessa aparente 'negociação' afasta a manifesta fraude (art. 9º, CLT), até porque a entidade que se prestou a esse papel sequer detém o munus representativo dos bancários, tendo a reclamante sido reconhecida como tal, à luz da prova produzida. (...)".

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*, 2001, p. 86.

Art. 98, § 1º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei.

É polêmico o tema da participação, em arbitragens, de empresas integrantes da Administração Pública, não sendo uniformes, a respeito, a doutrina e a jurisprudência. Louve-se a intenção de inserir, na CF, regra que extinguiria a incerteza, sobretudo as dos investidores que contratam com o Estado. Por outro lado, proibir que a Administração Pública participe de arbitragens parece solução retrógrada e que desconsidera inúmeras leis que prevêm tal possibilidade. Como o texto acima foi cortado na versão afinal aprovada, a polêmica continua.

6 REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, v. 3, 2000.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: Parte Geral. 7. ed., 2003.
- _____. As Soluções da Suprema Corte Brasileira para os Conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um Exercício de Ecletismo. *Revista Forense*, n. 334.
- _____; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*, 2003, p. 94.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*, 2001.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional*. 6. ed., 2004. p. 75 e ss.
- RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Tribunal Penal Internacional. (Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos Orgs.). RT, 2002. p. 245-289.
- TIBURCIO, Carmen. As Cartas Rogatórias executórias no Direito Brasileiro no âmbito do Mercosul, *RF* 348/77, 1999.
- _____; BARROSO, Luís Roberto. Algumas Questões sobre a Exatidão no Direito Brasileiro. *RT* 787. 2001.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5. ed., 1980. v. I, p. 96.

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O TRIUNFO TARDIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL)

Luis Roberto Barroso^{1/2}

Sumário: Introdução; Parte I. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo; I. Marco histórico; II. Marco filosófico; III. Marco teórico; 1. A força normativa da Constituição; 2. A expansão da jurisdição constitucional; 3. A nova interpretação constitucional; Parte II. A constitucionalização do Direito; I. Generalidades; II. Origem e evolução do fenômeno; III. A constitucionalização do Direito no Brasil; 1. O direito infraconstitucional na Constituição; 2. A constitucionalização do direito infraconstitucional; 3. Constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática; IV. Alguns aspectos da constitucionalização do Direito; 1. Direito civil; 2. Direito administrativo; 3. Direito penal; V. Constitucionalização e judicialização das relações sociais; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

“Chega de ação. Queremos promessas”.

Anônimo

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os

¹ Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School* e Doutor livre-docente pela UERJ.

² Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA). Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tornado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto.

dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes³ e a *insegurança* é a característica da nossa era⁴.

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guindas de 360 graus.

O artigo que se segue procura estudar as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, lançando sobre elas uma visão positiva e construtiva. Procura-se oferecer consolo e esperança. Alguém dirá que parece um texto de auto-ajuda. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

PARTE I NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

I MARCO HISTÓRICO

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã⁵), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer

⁵ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de "Lei Fundamental", que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31.08.1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 03.10.1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

³ BRECHT, Bertold. Elogio da dialética. In: *Antologia poética*, 1977.

⁴ GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*, 1984.

solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso⁶.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

II MARCO FILOSÓFICO

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo⁷.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção

⁶ V. BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de direito constitucional*, 2002, t. I.

⁷ Autores pioneiros nesse debate foram: RAWLS, John. *A theory of justice*, 1980; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, 1977; ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993. V. CALSAMI, Albert. Postpositivismo, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política".

da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito⁸.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia⁹.

III MARCO TEÓRICO

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

1 A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador

⁸ Para um estudo mais aprofundado do tema, com referências bibliográficas, v. Luis Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, t. III.

⁹ V. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005. p. 41: "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias".

ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha¹⁰ e, com maior retardo, na Itália¹¹. E, bem mais à frente, em Portugal¹² e na Espanha¹³. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis¹⁴. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

¹⁰ Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1991.

¹¹ V. GUASTINI, Ricardo. *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico*. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

¹² V. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 43 e ss..

¹³ Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991; e *La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica*, 2003.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?*. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, 1986; e tb. *A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais*, 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990 (data da 1ª ed.). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1968.

2 A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. O caso francês será objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura¹⁵. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade¹⁶ e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁷.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência

¹⁵ Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da "representação de inconstitucionalidade" era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esta hegemonia, prevenido um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103.

¹⁶ Introduzida pela Emenda Constitucional 3, de 1993. V, ainda, Lei 9.868, de 10.11.1999.

¹⁷ V. Lei 9.882, de 03.12.1999. Antes da Lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável.

originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas¹⁸. De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso¹⁹.

3 A nova interpretação constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. *supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público,

¹⁸ As ações diretas no direito constitucional brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, "a", e 103, § 4º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Há, ainda, duas hipóteses especiais de controle concentrado: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (art. 36, III). Sobre o tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, v. dentre muitos: MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*, 1990; CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000; POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*, 2001; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, 2002; VELLOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2003; BARROSO, Luís Roberto *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

¹⁹ A EC 45/04 introduziu o § 3º do art. 102, com a seguinte dicção: "§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade²⁰.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico²¹. Proceda-se, a seguir, a uma breve comparação entre os dois modelos.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*²².

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado

²⁰ V. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003.

²¹ No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*, 2005.

²² Identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.

normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas.

As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado 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 e boa fé, 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 limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação²³.

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, razoabilidade, 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 alcance²⁴.

²³ As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira do artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.

²⁴ Tome-se, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e veja-se a divergência quanto à sua interpretação, manifestada por dois juristas da nova geração, criados no mesmo ambiente acadêmico. Ana Paula de Barcellos situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305). Dessa posição diverge Daniel Sarmento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais²⁵, passou a ser percebida como um fenômeno 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. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se 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 demais²⁶. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*²⁷. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco 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. Neste 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 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*²⁸, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*,

exclusão de outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito à “saúde curativa” (*Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 114).

²⁵ Note-se que há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).

²⁶ Sobre o tema das restrições aos direitos fundamentais, *v. Jane Reis Gonçalves Pereira, Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, 2004, tese de doutoramento apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 2000.

²⁸ Sobre o tema, *v. PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie Tratado da argumentação: A nova retórica*, 1996 (1. ed., do original *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, 1958); ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*, 1989 (1. ed., do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*, 2003; MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. *Notas sobre direito, argumentação e democracia. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). 1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. 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 limita-se 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 fundamento 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 fatos²⁹.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

PARTE II A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

I GENERALIDADES

A locução constitucionalização do Direito é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada.

²⁹ Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, 2005. V. tb. MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*, 1978.

Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando³⁰.

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico³¹. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da proprieda-

³⁰ Embora não se possa negar que a presença, na Constituição, de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (civil, administrativo, penal) influencie a interpretação do direito infraconstitucional correspondente. Votar-se-á ao ponto mais à frente.

³¹ Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu – notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 –, *La constitutionnalisation du droit*. In: Mathieu, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 191: “*Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação*”. E, também, Ricardo Guastini, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 49: “*Por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales*”.

de privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

II ORIGEM E EVOLUÇÃO DO FENÔMENO

O estudo que se vem empreendendo até aqui relata a evolução do direito constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últimas décadas. Este processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos acima expostos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo é a constitucionalização do Direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual³². O leitor atento já terá se dado conta, no entanto, de que a seqüência histórica percorrida e as referências doutrinárias destacadas não são válidas para três experiências constitucionais marcantes: as do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o "*Human Rights Act*", incorporando ao direito interno a Convenção Européia de Direitos Humanos³³. Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês³⁴. No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição

³² Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 50 e ss., que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdiccional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a "sobreinterpretação" da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

³³ A nova lei somente entrou em vigor em 2000.

³⁴ A propósito, e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do Constitutional Reform Act, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (Disponível em: <www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm>. Acesso em: 08 ago. 2005). Assinale-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea³⁵. O grande debate doutrinário nos Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (v. infra).

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores³⁶. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso *Lüth*³⁷, julgado em 15.01.1958³⁸.

³⁵ Veja-se, a este propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de direito processual penal, pela submissão do *common law* dos Estados aos princípios constitucionais. Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4ª. Emenda. Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6ª. emenda assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. V. HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; BARTHOLOMEW, Paul C.; MENEZ, Joseph F. *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; LOCKARD, Duane; MURPHY, Walter F. *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos, em língua portuguesa, v. BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

³⁶ Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 2001. p. 149; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 214; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 371.

³⁷ Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) ("*Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados*"). O Tribunal Constitucio-

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “*revolução de idéias*”³⁹, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subsequentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação⁴⁰. De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas)⁴¹ e direito dos contratos⁴².

nal Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

³⁸ *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal alemán**, 2003, p. 132-37: “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”.

Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 220-2, onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfüer” e “Wallraff”; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004, p. 141 e ss.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Direitos fundamentais e interpretação constitucional**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, p. 416 e ss.; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 105 e ss.

³⁹ CORNELOUP, Sabine. Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: VERPEAUX, Michel. **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 85.

⁴⁰ CORNELOUP, Sabine. Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: VERPEAUX, Michel. **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 87-8, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na seqüência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

⁴¹ Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17.07.2002, com votos dissidentes dos juizes Papier e Hass, v. [sítio www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)). Acesso em: 04.08.2005).

⁴² Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, Table ronde: Le cas de l’Allemagne. In: VERPEAUX, Michel. **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 01.01.1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário⁴³.

Somente com a instalação da Corte Constitucional – e, aliás, desde a sua primeira decisão – as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão⁴⁴, tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como “*guerra das cortes*”⁴⁵. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do Direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas infraconstitucionais em vigor.

parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 06.02.2001, unânime. Disponível em: <www.bverfg.de>. Acesso em: 04 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22.03.2004, unânime. Disponível em: <www.bverfg.de>. Acesso em: 04 ago. 2005).

⁴³ Sobre o tema, v. CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizione di principio**, 1952; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 1968; GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003; DI MANNO, Thierry. Code Civil e Constitution en Italie. In: VERPEAUX, Michel (Org.). **Code Civil e Constitution(s)**, 2005.

⁴⁴ Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) *decisões interpretativas*, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com *recusa* da arguição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com *aceitação* da arguição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) *decisões manipuladoras*, nas quais se dá a aceitação da arguição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) *sentença aditiva*, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e b) *sentença substitutiva*, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, p. 63-7.

⁴⁵ DI MANNO, Thierry. Table ronde: Le cas de l’Italie. In: VERPEAUX, Michel. **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 107.

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas⁴⁶ (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério⁴⁷, uso do nome do marido⁴⁸ e direitos sucessórios de filhos ilegítimos⁴⁹, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito de família, inclusive em relação ao divórcio, no direito à adoção e no direito do trabalho. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil⁵⁰.

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor⁵¹. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de

⁴⁶ DI MANNO, Thierry. Table ronde: Le cas de l'Italie. In: VERPEAUX, Michel. **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 103.

⁴⁷ Sentença 127/68 – Rel. Bonifácio – j. em 16.12.1968. Disponível em: <www.cortecostituzionale.it>. Acesso em: 04 ago. 2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de “injúria grave à mulher”.

⁴⁸ Sentença 128/70 – Rel. Mortali – j. em 24.06.1970. Disponível em: <www.cortecostituzionale.it>. Acesso em: 04 ago. 2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação (ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

⁴⁹ Sentença 55/79 – Rel. Amadei – j. em 15.06.1979. Disponível em: <www.cortecostituzionale.it>. Acesso em: 04 ago. 2005. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

⁵⁰ IRTI, N. **L'età della decodificazione**, 1989. V., tb., PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, 1997, p. 5.

⁵¹ Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembleia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribui, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade; por via de decreto, de leis que possuíssem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr>. Acesso em: 26 jul. 2005; LUCHAIRE, François. **Le Conseil Constitutionnel**, 3 vs., 1997; BELL, John. **French constitutional law**, 1992.

16.07.1971⁵². A ela seguiu-se a Reforma de 29.10.1974, ampliando a legitimidade para suscitar-se a atuação do Conselho Constitucional⁵³. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição⁵⁴. Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação⁵⁵.

⁵² Objetivamente, a Decisão 71-44 DC, de 16.07.1971 (Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm>. Acesso em: 26 jul. 2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a ideia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. HAMON, Léo. Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels. **Daloz**, 1974, p. 83-90; HAIMBOWGH, G. Was it France's Marbury v. Madison?, **Ohio State Law Journal** 35:910, 1974; BEARDSLEY, J. E. The Constitutional council and Constitutional liberties in France. **American Journal of Comparative Law**, 1972, p. 431-52. Para um comentário detalhado da decisão, v. FAVOREU, L.; PHILIP, L. **Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel**, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. VILLIERS, Michel de. **Dictionnaire du droit constitutionnel**, 2001; DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. **Dictionnaire constitutionnel**, 1992.

⁵³ A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes recaía apenas sobre o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958. In: <www.conseil-constitutionnel.fr>. Acesso em: 26 jul. 2005.

⁵⁴ V. FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. Disponível em: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. **La constitutionnalisation des branches du droit**, 1998, p. 190-2.

⁵⁵ Veja-se a discussão do tema em DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Orgs.). **La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel**, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspere à ascensão da influência do Conselho Constitucional: “*Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumission de l'État à des juges, sous l'influence conjugée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l'Allemagne Fédérale et de l'américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d'appel sont devenus paroles d'évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, le cas échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel*” (p. 409).

III A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

1 O direito infraconstitucional na Constituição

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa⁵⁶.

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável⁵⁷, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

2 A constitucionalização do direito infraconstitucional

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente,

⁵⁶ Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: *Temas de direito constitucional*, 2002, t. 1.

⁵⁷ Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do direito penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos "crimes hediondos" (art. 5º, XLIII). V., por todos, LEAL, João José. *Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade*, 2003.

embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a "descodificação" do direito civil⁵⁸, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003⁵⁹.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem

⁵⁸ Sobre o caso italiano, v. Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 6: "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisa pelo Texto Constitucional". Sobre o caso brasileiro, vejam-se, dentre outros: TEPELINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil* 65:21; TEPELINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa. In: TEPELINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

⁵⁹ O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tepelino referiu-se a ele como "retrógrado e demagógico" acrescentando: "Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário que tempere o desastre" (*Revista trimestral de direito civil* 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título *Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição*. *Revista trimestral de direito civil* 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. COSTA, Judith Martins. O direito privado como um "sistema em construção". Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2005; REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2005; O novo Código Civil e seus críticos. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2005.

jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional⁶⁰.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

- a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);
- b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:
 - (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;
 - (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

3 A constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal. Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 45: "A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo". V. também, SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*, 1999.

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a consequente convocação à atuação do legislador⁶¹;
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
 - (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
 - (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição⁶².

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria⁶³.

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação constitucional – como é o caso da interpretação conforme a Constituição – continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas⁶⁴, seja

⁶¹ Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do direito italiano. Esta atuação envolve a sempre controvertida questão da atuação como legislador positivo (v. *infra*).

⁶² Relativamente a esta segunda possibilidade, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 189.

⁶³ Nesse sentido, v. STF – DJU 15.04.1988 – Rp 1.417/DF – Rel. Min. Moreira Alves: "Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo". Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juízes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de co-participação na criação da norma.

⁶⁴ A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato: *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação,

porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo⁶⁵.

IV ALGUNS ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

1 Direito civil⁶⁶

As relações entre o direito constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convi-

isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o preso tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF – DJU 14.12.2001 – HC 80.949 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF – DJU 16.02.2001 – HC 79.812 – Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999, p. 45 e ss.; GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, 1996, p. 82-3; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 2003, p. 13.

⁶⁵ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: "Ao juiz não é permitido mediante 'interpretação conforme a Constituição' dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente" (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: "se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo" (STF – DJU 15.04.1988 – Rp 1.417-7/DF – Rel. Min. Moreira Alves).

⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, 1997; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993; A constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:76, 1999; Danos à pessoa humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo dos danos morais, 2003; Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2004; *Problemas de direito civil constitucional* (Coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional. In: *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004; FACHIN, Luiz Edson. *Pensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (Coord.), 1998; *Teoria crítica do direito civil*, 2000; BARBOZA, Heloisa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, *Revista da Faculdade de Direito*. UERJ, 1998-99; NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; *Teoria do contrato: Novos paradigmas*, 2002; COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado*, 2002; LOBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do direito civil*. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002; VERPEAUX, Michel (Org.). *Code Civil et Constitution(s)*, 2005.

vência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

1ª fase: Mundos apartados

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, frequentemente mencionado como a "Constituição do direito privado". Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

2ª fase: Publicização do direito privado

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado⁶⁷.

⁶⁷ Sobre o tema, v. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 1999, p. 26; MÁRIO, Caio; PEREIRA, Silva. *Instituições de direito civil*, 2004, v. I, p. 18.

3ª fase: Constitucionalização do direito civil

“*Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma*”⁶⁸. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral⁶⁹. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da 2ª Guerra Mundial, tem início a *reconstrução dos direitos humanos*⁷⁰, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana⁷¹, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas⁷², tendo figurado na Carta brasileira de

⁶⁸ A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “*Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer*”.

⁶⁹ Para este fim, v. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil constitucional**, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, 1999; Negreiros, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, 1998.

⁷⁰ Este é o título do celebrado trabalho de LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, 1988. Sobre o tema, v. tb. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**, 1991.

⁷¹ O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos, nas suas três dimensões: individuais, políticos e sociais. Sobre o tema, vejam-se BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios: O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002; SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, 2004; SILVA, José Afonso da. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo** 212:89, 1998; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público** 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**, 1998, p. 102: “[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”; SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição brasileira**, 2000, p. 59-60, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

⁷² Como, e.g., na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Constituição italiana de 1947, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas⁷³, expressando-se em diferentes dimensões⁷⁴. No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização*⁷⁵ e uma *repersonalização*⁷⁶ do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*⁷⁷. O debate remonta à decisão do caso *Lüth* (v. *supra*), que superou a rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca⁷⁸. Nada obstante, com exceção da

⁷³ Sobre o tema, v. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002, p. 305: “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

⁷⁴ Em denso estudo, MORAES, Maria Celina Bodin de. Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2003, decompõe o conteúdo jurídico da dignidade humana em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade.

⁷⁵ O termo foi colhido em PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi DONISI, Carmine. Verso la ‘depatrimonializzazione’ del diritto privato. In: **Rassegna di diritto civile** 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004, p. 115).

⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista trimestral de direito civil** 4:243, 2000: “(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais”. A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também CUPIS, Adriano de. **Diritti della personalità**, 1982.

⁷⁷ Sobre este tema, v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, ambas aprovadas com distinção e louvor e publicadas em edição comercial: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Direitos fundamentais e interpretação constitucional**, 2005. Aliás, trabalhos de excelente qualidade têm sido produzidos sobre a matéria, dentre os quais STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2003; KAUFMANN, Rodrigo. **Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 2004, mimeografado, tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo – USP; VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2004; SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**, 2004.

⁷⁸ Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?; b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discrimi-

jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

- a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;
- b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)⁷⁹.

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável⁸⁰. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o

nação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?

⁷⁹ Para um aprofundamento do tema, v. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

⁸⁰ No caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esta é uma das principais linhas do Programa de Pós-graduação em Direito Civil, onde foram pioneiros doutrinadores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barbosa. Na Universidade Federal do Paraná, destacam-se os trabalhos do Professor Luiz Edson Fachin. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Professora Judith Martins Costa. Na PUC de São Paulo, do Professor Renan Lotufo. Na Universidade Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

direito privado⁸¹. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

2 Direito administrativo⁸²

O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o direito constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata (v. *supra*). O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. A existência de uma jurisdic-

⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil e a legalidade constitucional. *Revista Del Rey Jurídica* 13:23, 2004: "Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional". Em seguida, em preciosa síntese, identifica o autor as quatro objeções mais frequentes à aplicação da Constituição às relações de direito civil: a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada; b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados; c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional; d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.

⁸² Sobre as transformações do direito administrativo na quadra atual, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e administração pública*, 1996; *Mutações do direito administrativo*, 2000; e *Direito regulatório*, 2003; TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de direito administrativo* 202:1, 1995; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 1990; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 1998; PIETRO, Maria Sylvia di. *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 1999; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, 2003; Batista, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2003; JURUENA, Marcos. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000; MODESTO, Paulo. A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, 2004; ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: *O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*, 1999; ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras*, 2002; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de direito administrativo* 239:1, 2005. V. tb. BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In: *Temas de direito constitucional*, 2002, t. I; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*, 2003, t. II; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: *Idem*; Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Idem*; Para a formação da doutrina administravista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a Miguel Seabra Fagundes. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1ª ed. de 1957, e MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo brasileiro*, 1ª ed. de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 a Revista de Direito Administrativo, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*, 1ª ed. de 1980, e, depois, *Curso de direito administrativo*, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania e não da Administração.

ção administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado francês deram ao direito administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público⁸³, associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições⁸⁴. Somente após a 2ª Guerra Mundial, com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral⁸⁵ e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. *supra*), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo⁸⁶ e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional 19, de 04.06.1998, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência⁸⁷. A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade⁸⁸.

⁸³ Sobre o tema, v. BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 36-7.

⁸⁴ A propósito, v. o célebre artigo de VEDEL, Georges. *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif*. In: *Mélanges Waline*, 1974. Sobre o tema, v. também FAVOREU, Louis. *La constitutionnalisation du droit*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *La constitutionnalisation des branches du droit*, 1998, p. 182.

⁸⁵ V. por todos, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 1993, p. 31. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

⁸⁶ V. BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 74.

⁸⁷ A Lei 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁸⁸ V. BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. In: *Temas de direito constitucional*, 2003. t. II, p. 303-4.

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica⁸⁹.

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais⁹⁰. Dentre eles é possível destacar:

a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* – isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social – e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário⁹¹. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará

⁸⁹ As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2º, III).

⁹⁰ Sobre este tema específico, v. os projetos de doutoramento de BINENBOJM, Gustavo. *Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública*, 2003, e de FERNANDES, Arícia Corrêa. *Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração*, 2003, ambos apresentados ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha orientação. V. tb. V. BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2003; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo* 239:1, 2005.

⁹¹ Esta classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del diritto administrativo italiano*, 1960, p. 197. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 429 e ss.

de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto⁹².

b) *a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária*

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

c) *a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo*

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)⁹³.

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma *privatização do direito público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do direito privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de

⁹² Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binbenojm, Daniel Sarmento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de Fábio Medina Osório, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?*. *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

⁹³ Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*, 1994; BACELLAR, Romeu. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, 1998; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 1999; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas*. *Interesse Público* 21:57, 2003.

direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa⁹⁴.

3 Direito penal

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º, (v. *supra*). Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas⁹⁵, assim como impede a criminalização de outras⁹⁶. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes⁹⁷, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável⁹⁸.

⁹⁴ Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam-se, sobre a questão: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, 1997, p. 17; MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. *Revista de Direito Civil* 65:23, 1993, p. 25; TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 19: "Daí a inevitável alteração dos confines entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado; não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores".

⁹⁵ Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

⁹⁶ Como por exemplo: "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos"; "Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar".

⁹⁷ É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como os de sedução (art. 217), adultério (art. 240) ou de escrito obsceno, assim descrito: "Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa".

⁹⁸ Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se *habeas corpus* em favor de um jovem acusado de estupro, por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224, do CP é relativa e que o crime

A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes⁹⁹. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica¹⁰⁰. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade¹⁰¹; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição¹⁰².

não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF – HC 73662/MG – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 20.09.1996). Num outro caso, a Corte trançou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal (STF – HC 77003-4 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 11.09.1998). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iniqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

⁹⁹ O presente parágrafo beneficia-se da discussão de idéias trazidas por Valéria Caldi de Magalhães, *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações*, mimeografado, 2005, trabalho de final de curso apresentado na disciplina *Interpretação Constitucional*, do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Averbou a autora: "Ao mesmo tempo em que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o direito penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade. Este é o papel do direito penal: atuar como última ratio, quando seja absolutamente necessário e não haja outros mecanismos de controle social aptos a impedir ou punir aquelas lesões".

¹⁰⁰ STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*, 2003, p. 44-5: "No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)".

¹⁰¹ É o caso da disciplina penal dada pela Lei 9.677/98 (Lei dos Remédios) à adulteração de cosméticos. O delito é equiparado à adulteração de medicamentos que, por sua vez, prevê penas mínimas superiores à do crime de homicídio para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273 e § 1º, "a"). Sobre o tema, v. REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. *Revista dos Tribunais* 763:415, 1999. Outro exemplo é o da Lei 9.437/97, que em seu art. 10 pune com penas idênticas o porte de arma de fogo e o porte de arma de brinquedo. Sobre a proporcionalidade no âmbito do direito penal, v. SARLET, Ingo. *Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. *Revista de Estudos Criminais* 12:86, 2003.

¹⁰² MAGALHÃES, Valéria Caldi de. *Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações*, 2005. p. 15, mimeografado, considera de "duvidosa constitucionalidade" a previsão legal de extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária, em razão do pagamento do tri-

Uma hipótese específica de constitucionalização do direito penal suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico. Na ação constitucional ajuizada pediu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência naquela situação de inviabilidade fetal. A grande questão teórica em discussão era a de saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador¹⁰³.

Não é propósito desse estudo, voltado para uma análise panorâmica, percorrer caso a caso o impacto da Constituição sobre os diferentes segmentos do Direito. A constitucionalização, como já observado, manifesta-se de maneira difusa pelos diferentes domínios, ainda que em graus variados. As idéias gerais apresentadas são válidas, portanto, para todos os ramos, aí incluídos o direito do trabalho, o direito comercial, o direito ambiental, o direito processual e assim por diante.

V CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos

buto antes e, até mesmo, após o recebimento da denúncia. A matéria é disciplinada pelo art. 34, da Lei 9.249/95 e pelo art. 9º da Lei 10.684/03.

¹⁰³ STF – ADPF 54 – Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos tecnológicos de diagnóstico, quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levar a termo uma gestação inviável.

interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional¹⁰⁴.

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduziu a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final¹⁰⁵. Vejamos abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

- (i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);
- (ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra

¹⁰⁴ A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC 16/65 (sistema continental europeu). V. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2004.

¹⁰⁵ O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., no entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice de; MELO, Manuel Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. E também, para duas visões diversas, VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*, 2002; ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: Duas análises. *Lua Nova* 57:113, 2002.

de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

- (iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;
- (iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Relativamente ao controle de constitucionalidade das normas, já há alguma literatura recente¹⁰⁶. No tocante ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, o tema só agora começa a ser desbravado¹⁰⁷. Vale a pena investir uma energia final nessa matéria.

¹⁰⁶ No direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, v., exemplificativamente: Hamilton, Madison e Jay. *The federalist papers*, 1981 (a publicação original foi entre 1787 e 1788), especialmente O *Federalista* n. 78; John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, 1931; SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*, 1931; ELY, John Hart. *Democracy and distrust*, 1980; BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, 1986; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, 1985; RAWLS, John. *A theory of justice*, 1999; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*, 1989; ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*, 1993; NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejamos: FERNANDES, Bianca Stamato. *Jurisdição constitucional*, 2005; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2004; PEREIRA NETO, Cláudio de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, 2002; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002.

¹⁰⁷ V. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo* 240, 2005; GOUVÊA, Marcos Maselli Pinheiro. *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2004.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo exposto, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*¹⁰⁸: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação¹⁰⁹.

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas¹¹⁰.

¹⁰⁸ A expressão "dificuldade contra-majoritária" (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander BICKEL. *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1ª edição é de 1962.

¹⁰⁹ Sobre o tema, vejam-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, 2002; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002; STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹¹⁰ V., especialmente, BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito administrativo* 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois pólos da questão: "Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral". Porém de outra parte: "Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo" (grifos no original).

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia¹¹¹ constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo popular *versus* supremacia judicial. A terminologia acima deixa traçar a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial¹¹² e para a invalidação das leis sociais em geral¹¹³, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte¹¹⁴. A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos funda-

árquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo" (grifos no original).

¹¹¹ Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo. In: *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, 2005, p. 87 e ss.: "Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que 'é' uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versam sobre o que a constituição 'deve ser', i.e., incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando 'filosofia constitucional'".

¹¹² Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 687.

¹¹³ A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na ideia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis. Esse período ficou conhecido como era *Lochner*.

¹¹⁴ Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era *Lochner*, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso, ampliando a composição da Corte – *Court-packing plan* –, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

mentais¹¹⁵, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto¹¹⁶.

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-americana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo judicial, e, de outro, conservadores, favoráveis à auto-contenção judicial e a teorias como originalismo e não-interpretativismo¹¹⁷. De algum tempo para cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “*supremacia judicial*” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “*retirada da Constituição dos tribunais*”¹¹⁸.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado¹¹⁹. No geral, o processo político majoritário se move por

¹¹⁵ Veja-se o registro dessa mudança em KRAMER, Larry D. Popular constitutionalism, circa 2004. *California Law Review* 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of countermajoritarianism”.

¹¹⁶ Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: *Brown vs. Board of Education* (1954), que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas; *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de pílula anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e *Roe vs. Wade* (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram preferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. *supra*), em casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) e *Miranda vs. Arizona* (1966).

¹¹⁷ A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada de *originalismo*, defensora da ideia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. BORK, Robert. *The tempting of America*, 1990; REHNQUIST, William. The notion of a living Constitution, *Texas Law Review* 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. HORWITZ, Morton J. Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism. *Harvard Law Review* 107:30, 1993; TRIBE, Laurence. *American constitutional law*, 2000, p. 302 e s. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*, 2005.

¹¹⁸ Vejam-se alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do “popular constitutionalism”, v.: KRAMER, Larry D. *The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review*, 2004; TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the courts, 1999; WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*, 1999; PARKER, Richard D. “Here the people rule”: A popular constitutionalist manifest, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional self-government*, 2001; CHERMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: A reply to professor Kramer, *California Law Review* 92:1.013, 2004; SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest Constitution, *California Law Review* 92:1.045.

¹¹⁹ EISGRUBER, Christopher L. Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics. *University of San Francisco Law Review* 37:115, p. 119-31, 2002.

interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los¹²⁰. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação¹²¹.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais¹²². Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação

¹²⁰ A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas ideias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atrepele o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandato de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. Inf. STF 393 – MS 24.831 – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 22 jun. 2005.

¹²¹ V. MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001, p. 323: “Na fórmula constitucional primordial, ‘todo poder reside no povo’. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, ‘nem todo o poder vem do povo’. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo”.

¹²² Luís Roberto Barroso, *Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. In: Temas de direito constitucional*, 2005. t. III, p. 314-5: “Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu.

A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a consequente superação da força bruta, dá o toque de civildade ao modelo. Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via oblíqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o intérprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador”.

constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

CONCLUSÃO

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Guiffre, 1960.

- ALEX, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- _____. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BACELLAR, Romeu. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998-9.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. n. 240.
- _____. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- _____. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?. In: *Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado*. 1986.
- _____. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Temas de Direito Constitucional*. t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de Direito Constitucional*. t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Disciplina Legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do legislativo e do judiciário. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2005. t. III.
- _____. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada a história de sucesso. In: *Temas Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. t. I.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar 2002. t. I.

- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: **Temas de Direito Constitucional**. Rio Janeiro: Renovar, 2003. t. II.
- BARTHOLOMEW, Paul C.; MENEZ, Joseph F. **Summaries of leading cases on the Constitution**. Ne Jersey: Rowman & Allanheld, 1980.
- BATISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BEARDŚLEY, J. E. The Constitutional council and Constitutional liberties in France. In: **American Journal of Comparative Law**. Hartford: The American Society of Comparative Law, 1972;
- BELL, John. **French constitutional law**. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2005. n. 239.
- _____. **Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública**. Mimeografado, 2003.
- BORK, Robert. **The tempting of América: the political seduction of the Law**. New York: Free Press, 1990.
- BRECHT, Bertold. Elogio da dialética. In: **Antologia poética**. Rio de Janeiro: Elo, 1977.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa 21/209**. Madrid: Universidad de Alicante, 1998.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988-1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CANATILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, **Doxa 21/209**. Madrid: Universidad de Alicante, 1998.
- CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: a reply to professor Kramer. **California Law Review**. Berkeley: University of California Press, 2004. n. 92.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CORNELOUP, Sabine. Table ronde: Le cas de l'Allemagne. In: VERPEAUX, Michel. **Code civil et constitution(s)**. Paris: Economica, 2005.
- COSTA, Judith Martins. **O direito privado como um "sistema em construção"**. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2005.
- CRISAFULLI, Vézio. **La Costituzione e le sue disposizione di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.
- CUPIS, Adriano de. **Diritti della personalità**. Milão: Giuffrè, 1982.
- DI MANNO, Thierry. Table ronde: le cas de l'Italie. In: VERPEAUX, Michel. **Code civil et Constitution(s)**. Paris: Economica, 2005.

- DONISI, Carmine. Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato. **Rassegna di Diritto Civile 80**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1980.
- DRAGO, Guillaume; FRANÇOIS, Bastien; MOLFESSIS, Nicolas (Orgs.). **La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel**. Paris: Economica, 1999.
- DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. **Dictionnaire constitutionnel**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- DWORKIN, Ronald. **A metter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- _____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.
- _____. **La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**. Madrid: Civitas, 2003.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas. **Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. n. 21.
- EISGRUBER, Christopher L. **Constitutional self-government**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- _____. Constitutional self-government and judicial review: a reply to five critics. **University of San Francisco Law Review**. San Francisco: University of San Francisco School of Law, 2002. n. 37.
- FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000. n. 4.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FAVOREU, L.; PHIPLIP, L. **Les grandes decision du Conseil Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2003.
- FAVOREU, Louis. La constitutionnalization du droit. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. **La constitutionnalization des branches du droit**, 1998.
- _____. **La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958**. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr>. Acesso em: 26 jul. 2005.
- FERNANDES, Arícia Corrêa. **Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração**. Mimeografado, 2003.
- FERNANDES, Bianca Stamato. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FREITAS, Juez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GALBRAITH, John Kenneth. **A era da incerteza**. São Paulo: Pioneira, 1984.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GONÇALVEZ, Jane Reis. **Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- GOUVÊA, Marcos Maselli Pinheiro. **O controle judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GAUSTINI, Ricardo. La "constitucionalización" del ordenamiento: el caso italiano. In: CARBORNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- _____. **Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto**. Torino: Giappichelli, 1996.
- _____. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. In: CARBORNEL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- HAIMBOWGH, G. Was it France's Marbury v. Madison? **Ohio State Law Journal**. Columbus: Ohio State University Press, 1974. n. 35.
- HALL, Kermit L. **The Oxford guide to the United States Supreme Court decisions**. New York: Oxford University Press, 1999.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Bantam, 1981.
- HAMON, Léo. **Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels**. Paris: Dalloz, 1974.
- HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HORWITZ, Morton J. Forward: the constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism. **Harvard Law Review**. Cambridge: Harvard Law Review, 1993. n. 107.
- IRTI, N. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1989.
- JÜRGEN, Habermas. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- JURUENA, Marcos. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- KAUFMANN, Rodrigo. **Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Madrid: Tecnos, 1931.
- KRAMER, Larry D. The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review. **California Law Review**. Berkeley: University of California Press, 2004. n. 92.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969.
- LEAL, João José. **Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade**. Curitiba: Juruá, 2003.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. n. 17.
- LOCKARD, Duane; MURPHY, Walter F. **Basic cases in constitutional law**. Washington: CQ Press, 1992.
- LOTUFO, Renan. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Malheiro, 2002. v. III.
- LUCHAIRE, François. **Le Conseil Constitutionnel**. Paris: Economica, 1997. 3 vs.
- MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. São Paulo, n. 57, p. 113, 2002.
- MAGALHÃES, Valéria Caldi de. **Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações**. Mimeografado, 2005.

- MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. Notas sobre direito, argumentação e democracia. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEDAVAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1964.
- _____. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MODESTO, Paulo. A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Org.). **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. n. 65.
- _____. A constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. n. 17.
- _____. Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Top Books, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: UFRGS, 1999.
- 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.
- NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.
- NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D.; YOUNG, Nelson J. **Constitutional Law**. St. Paul: West Pub Co, 2000.

- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Atlas, 2000. n. 220.
- PARKER, Richard D. *Here the people rule: a popular constitutionalist manifest*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PEREIRA NETO, Cláudio de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIETRO, Maria Sylvia Di. *Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1999.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- REALE, Miguel. *O novo Código Civil e seus críticos*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2005.
- _____. *Visão geral do novo Código Civil*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 04 ago. 2005.
- REALE JÚNIOR, Miguel. A inconstitucionalidade da Lei do Remédios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. n. 763, p. 415.
- REHQUINST, William. The notion of a living constitution. *Texas Law Review*. Austin: University of Texas at Austin School of Law Publications, 1976. n. 54.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípios da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, 1999. n. 4.
- _____. *Princípios constitucionais da administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, 2003. n. 12, p. 86.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- _____. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2003.

- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Barcelona: Labor, 1931.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. n. 212.
- SILVIA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Mimeografado, 2004.
- _____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest constitution. *California Law Review*. Berkeley: University of California Press, 2004.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: Fabris, 2004. n. 92.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. In: XIMENES, Fernando; MORAES, Filomeno (Orgs.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STAMATO, Bianca. *Jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. n. 202.
- TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padua, 2001. n. 7.
- _____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. O direito civil e a legalidade constitucional. *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. n. 13.
- _____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Temas de direitos civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 2000.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

VEDEL, Georges. Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administrative. In: *Mélanges Waline*. Paris: L.G.D.J., 1974.

VELLOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VERPEAUX, Michel (Org.). *Code Civil et Constitution(s)*. Paris: Economica, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: Luperj/Faperj, 2002.

_____. *et. alii. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLIERS, Michel de. *Dictionnaire du droit constitutionnel*. Paris: Armand Colin, 2001.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL¹

Marilda Rosado de Sá Ribeiro²

Sumário: 1. Introdução; 2. Perspectiva do Direito Internacional; 3. Cooperação – a posição do Brasil no cenário internacional; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Propomos a abordagem do tema da cooperação em três níveis: primeiramente um panorama das premissas filosóficas do tema, acompanhado de considerações sobre múltiplos desdobramentos do conceito. Em segundo lugar comentamos a importância do princípio da cooperação para o direito internacional, tanto público quanto privado. Finalmente destacamos a importância da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente tendo em vista a inserção do país no contexto internacional.

O princípio da cooperação internacional está enraizado nos primórdios do pensamento filosófico grego, presente na formulação platônica, antecipatória da preocupação maquiavélica e hobbesiana com o tema da paz³.

O conceito de cooperação pode ser considerado o que melhor exprime as aspirações e tendências do homem moderno, refletindo, dentre os grandes progressos do pensamento humano do século XX, a concepção de unidade mundial, bem como da família humana⁴.

A cooperação pode ser vista como um ideal, guardando analogia com a evolução ocorrida nos princípios aplicáveis à proteção dos direitos humanos⁵.

¹ Colaboraram na pesquisa desde sua fase inicial a mestranda Clarissa Brandão e a graduanda Maria Florencia Saladino Delgado, e na revisão final os graduandos Daniel Sampaio e Priscilla Pimentel e os mestrandos Guilherme Sandoval e Ricardo Perin. A autora agradece especialmente os comentários das professoras Carmen Tiburcio e Nádia de Araújo e o material gentilmente fornecido pela última.

² Doutora em Direito Internacional pela USP. Professora Adjunta de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da UERJ.

³ AMORIM, Celso Luiz Nunes. Perspectivas da Cooperação Internacional. In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Cooperação Internacional: Estratégia e Gestão*. São Paulo: Edusp. 1994. p. 149-163.

⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. A cooperação internacional. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 3, 1958.

⁵ Nádia de Araújo vê o Direito Internacional Privado sob nova perspectiva, a partir da influência da universalidade dos direitos humanos. Citando Antônio Augusto Cançado Trindade constata que, decorridas quatro

A análise dos Direitos do Homem feita por Norberto Bobbio assume, em determinado momento, a perspectiva de uma filosofia da história. Trata-se de colocar o *sentido* diante de um evento ou série de eventos, segundo uma concepção finalística e teleológica da história, como algo orientado para um fim, para um *telos*⁶. Se o homem é considerado um animal teleológico, que atua em função de finalidades projetadas para o futuro, há uma problemática transposição do nível do indivíduo para o da humanidade, como um todo, permitindo que se plasme uma história que é, na formulação kantiana, não uma história cognoscitiva, mas uma história cuja função é aconselhadora, exortativa ou sugestiva⁷.

No mesmo sentido, alguns autores chegam a afirmar que a própria lei da coexistência entre os Estados foi substituída por uma *lei internacional da cooperação*⁸. Devemos, entretanto, ter presente a noção de que a cooperação internacional de certa forma pode encerrar uma antinomia com o conceito de soberania, por exigir restrições a esta⁹. Os novos estudos sobre a soberania levam em conta o impacto do novo nível de interdependência, como um princípio ativo do jogo internacional, que pode ser considerado contraditório com o conceito de soberania¹⁰. Constata-se uma tensão dialética entre soberania e cooperação. Pretende-se evitar, de toda forma, a imposição de uma nova forma de imperialismo de princípios. Trata-se de apoiar, no exercício dos diversos níveis da atividade jurídica internacional, o ideal de contribuir para uma sociedade internacional mais solidária, em contraponto a um ideal de “*sacrifício da sobe-*

décadas e meia de experiência acumulada na proteção internacional da pessoa humana, adentramo-nos, hoje, enfim, na era dos direitos humanos. Testemunha-se o reconhecimento generalizado da identidade dos objetos do direito público interno e do direito internacional no tocante à proteção do ser humano. Em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo como operacional, acarretam os direitos humanos obrigações *erga omnes*”. No mesmo sentido Erik Jayme, que reafirma seu entendimento no sentido de não ser exclusividade do direito público a proteção da pessoa humana, representando elo de ligação entre o direito internacional público e o privado. ARAÚJO, Nádia de. A aplicação do direito internacional privado e a proteção da pessoa humana – utilização do princípio de sua dignidade como informador da ordem pública. In: ANNONI, Danielle (Coord.). *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 421-423.

⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. *Op. cit.*, p. 50. Outra questão kantiana retomada por Bobbio, a da possibilidade de haver um contínuo progresso do gênero humano para melhor, no qual procura distinguir não somente o progresso material, ou conjunto de esforços para tornar o mundo menos hostil, mas também o progresso moral, relativo às regras de conduta. Embora admitindo que a parte obscura da história do homem é mais ampla que a parte clara, há zonas de luz inquestionáveis, e entre elas estão incluídos os movimentos ecológicos e pacifistas. *Idem*, p. 51.

⁷ *Idem*, p. 51.

⁸ GARCIA-AMADOR, F. V. *The Emerging International Law of Development: a New Dimension of International Economic Law*. New York: Oceana, 1990. p. 3.

⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰ BADIE, Bertrand. *Um Monde sans Souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*. Paris, Fayard, 1999. p. 10. *Apud* ARAÚJO, Valtter Shuenquener de. *Novas Dimensões do Princípio da Soberania*, dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da UERJ como requisito para obtenção do título de mestre em direito público. 2003. Orientador: Professor Doutor Paulo Braga Galvão, p. 47.

rania no altar do desenvolvimento” ou de “*desenvolvimento pelo direito*” em substituição ao lema do pós-guerra “*paz pelo direito*”¹¹.

Segundo Celso Amorim, os primeiros pressupostos da cooperação internacional estão concentrados na idéia de autoridade estatal, distanciados, entretanto, da idéia hobbesiana da vida internacional como guerra de todos contra todos, moderada, apenas, pela razão e o auto-interesse, já que este pensamento inviabilizaria qualquer iniciativa de cooperação internacional¹².

Como desdobramentos do princípio da cooperação podemos identificar, de forma genérica, o dever de assistência e o direito ao desenvolvimento. As premissas do dever de assistência encontram fundamento em perspectivas filosóficas diversas, podendo ser incluídas na visão sobre a justiça internacional¹³.

Quanto ao assim denominado Direito do Desenvolvimento, ligado à questão da soberania permanente sobre os recursos naturais e à emancipação dos povos menos favorecidos, sua conexão com o princípio da cooperação é explícita, porque o próprio desenvolvimento passou a ser um objetivo declarado da cooperação^{14/15}.

Esse Direito Internacional do Desenvolvimento pode ser considerado, na concepção de Michel Virally, um direito de finalidade, que, diferente do habitual, não é apenas uma finalidade interna que propugna os valores de justiça, igualdade e independência, mas um sentido que exige também um posicionamento pragmático, procurando uma transformação da sociedade internacional¹⁶.

A cooperação admite algumas vertentes principais do ponto de vista da viabilidade de sua implementação. Dentre essas destacam-se a tecnológica e a

¹¹ VIRALLY, Michel. *Conclusions du Colloque*. In: *Pays en Voie de Development*, (Annales) 1978. P. 310-311.

¹² AMORIM, Celso L. N. *Perspectivas da cooperação internacional*. In: MARCOVITCH, Jacques. *Competição, cooperação e competitividade... op. cit.*, p. 52.

¹³ RAWLS, John. em suas obras *Uma teoria da Justiça* (1971), *O Liberalismo Político* (1993), e *O Direito dos Povos* (1999) busca traçar um paralelo entre a visão liberal e a visão cosmopolita de sociedade no que tange, entre outros aspectos, ao dever de assistência que uns povos têm para com outros. Rawls, cujo pensamento segue a linha liberal, acredita que os povos podem ser divididos em (i) os que são “bem ordenados” e, (ii) os que são “onerados”. Bem ordenados seriam aqueles considerados, por Rawls, como decentes, liberais, detentores de uma cultura moral e religiosa, bem como de tradições políticas e legais, em consonância com os princípios de igualdade e liberdade. BRAGA, Leonardo Carvalho. *A Justiça Internacional e o Dever de Assistência no Direito dos Povos de John Rawls*. dissertação de mestrado apresentada na PUCRJ, Rio de Janeiro, maio 2003, p. 149.

¹⁴ AMORIM, Celso Luiz Nunes. *Perspectivas da Cooperação Internacional*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁵ O desenvolvimento sustentável, consagrado na Conferência do Rio sobre o Meio Ambiente, aponta, no prisma endossado por Celso Lafer, não só a aspiração pela eficiência na produção de riqueza mas, também, a noção de “sustentabilidade” ambiental, como uma força motriz da nova ordem internacional, mais justa do ponto de vista político-econômico e ético. LAFER, Celso. *Política Externa Brasileira: Reflexão e Ação*. In: MARCOVITCH, Jacques. *Cooperação Internacional Estratégica e Gestão*, *op. cit.*, p. 23-46.

¹⁶ VIRALLY, M. Michel. *Conclusions du Colloque*, *op. cit.*, p. 309.

econômica, que serão brevemente abordadas, antes de passarmos ao plano jurídico.

Vários aspectos da cooperação tecnológica foram objeto das convenções assinadas durante a Reunião Rio 1992¹⁷, tais como: acesso à tecnologia, sistemas de informação, desenvolvimento de recursos humanos e mecanismos financeiros. Além desses, foram reiterados princípios internacionais consagrados pelo Programa de Ação votado em Viena em 1979, tanto que, na Declaração do Rio, estão relacionados em seus arts. 5º, 7º e 9º, princípios relacionados à mobilização para o desenvolvimento e à questão da transferência de tecnologia. Esses princípios internacionais foram, ainda, ratificados pela Assembléia Geral das Nações Unidas também em 1992. Entretanto, apesar do aparente consenso e desse reconhecimento internacional, enquanto países menos desenvolvidos e ONGs buscam facilitar o acesso à tecnologia, verifica-se a fortificação das barreiras protecionistas, de propriedade intelectual, dos países desenvolvidos, mantendo o conflito e a dualidade de interesses constantes das negociações das convenções e acordos internacionais¹⁸.

As iniciativas de cooperação econômica na esfera internacional têm procurado enfrentar a intensa turbulência pela qual a economia mundial tem passado, possibilitando a consecução de objetivos comuns dos parceiros. Há iniciativas que procuram reconciliar o rigor econômico com a consciência ambiental e a redução do desemprego, sem prejuízo da competitividade¹⁹. Embora o passado tenha demonstrado oportunidades em que a cooperação contribuiu para aprimorar os fatores de competitividade²⁰, a constatação de que a solidariedade internacional tem produzido retórica maior que resultados tem sido uma constante²¹. Os estudos que têm abordado a evolução do conceito de assistência

¹⁷ Marcovitch lembra que as difíceis negociações na RIO-92 resultaram progressos no campo da propriedade intelectual, e que a Agenda 21 constituiu um programa "generoso e bem-intencionado", o qual possui um capítulo dedicado à transferência de tecnologia, e ainda propõe "a constituição de fundos especiais para a aquisição de tecnologias determinantes para produtos e serviços destinados às largas camadas da população mundial sem poder de compra e sem acesso ao mercado consumidor", que poderia ainda custear a "criação de redes de inovação". Essas, seriam "redes baseadas em centros de excelência, distribuídos regionalmente, com o objetivo de favorecer o desenvolvimento, o acesso e a cooperação internacional no campo técnico-científico". MARCOVITCH, Jacques. **Competição, cooperação e competitividade**, p. 53-54.

¹⁸ MARCOVITCH, Jacques. **Competição, cooperação e competitividade**... *op. cit.*, p. 53.

¹⁹ MARCOVITCH lembra que no final do século XX, a melhor distribuição de recursos materiais é uma realidade ainda muito distante. O Relatório sobre Desenvolvimento Humano na ONU de 1992 concluiu que 1/5 da população mundial constitui o segmento mais rico, detendo 83% do PIB mundial, 81% dos investimentos, 95% dos empréstimos comerciais, 81% da poupança interna e 81% dos investimentos. Esta realidade resulta em fluxos migratórios indesejados para os países mais desenvolvidos, além de, internamente, dar origem à corrupção, violência, comércio de recém-nascidos, narcotráfico, assim como, à endemias erradicadas e que voltam a ter novos casos registrados.

²⁰ MARCOVITCH, Jacques. **Competição, cooperação e competitividade**. In: MARCOVITCH, Jaques (Coord.). **Cooperação Internacional: estratégia e gestão**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994. p. 47.

²¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. *op. cit.*, p. 69.

estrangeira, no contexto da doutrina do desenvolvimento, incluem a cooperação e assistência técnica como um dos desdobramentos do tema maior, que abrange, não somente o alívio da pobreza, bem como a desigualdade, o emprego, a proteção ambiental, a estabilidade e outros²².

O debate atual sobre a Nova Ordem Internacional vem impregnado da denominada globalização²³. Na perspectiva econômica, uma parcela do mundo, efetivamente, somente colhe os aspectos negativos da globalização²⁴, o que estaria desvinculando alguns países dessa economia global. São vistos sob forma crítica, pelos próprios representantes da OCDE, os atuais mecanismos de assistência que, se de um lado, propiciam cerca de 54 bilhões em assistência ao desenvolvimento, de outro lado, drenam o que se dá em assistência ao desenvolvimento, recursos em grande parte esvaziados pela incoerência nas políticas econômicas internacionais²⁵.

Apesar das grandes expectativas criadas pelas perspectivas da cooperação internacional, os resultados têm sido modestos, e dentre as causas dos fracos resultados os especialistas enumeram a fragilidade dos projetos, bem como a dificuldade da articulação entre o Estado, o setor acadêmico e o setor produtivo. Deste ponto decorre outra dificuldade que é a da adoção de tecnologia necessária para o desenvolvimento sustentado²⁶.

No plano jurídico, a questão da ética de globalização é suscitada pelo ocaso do Estado – Nação e sua repercussão nos modelos de organização so-

²² TARP, Finn. **Foreign Aid and Development – Lessons learnt and Directions for the Future**. London: Routledge, 2000. p. 6.

²³ No plano econômico, a mundialização ou globalização é muito bem descrita pelo relatório da OCDE: "Mundialização (...) um processo pelo qual os mercados, as tecnologias e os modos de comunicações se internacionalizam com o tempo. Em geral, a mundialização deveria favorecer o crescimento da produção econômica mundial [efeitos de escala]. De igual forma, causaria modificações na composição da localização das atividades de produção e de consumo [efeito estruturais]. Tal fato significa, dentre outros, que trajetórias tecnológicas diferentes [efeitos sobre a tecnologia] se imporão e que estoques novos de produtos serão fabricados e consumidos [efeitos sobre os produtos]" (*OCDE Mondialisation Économique et Environnement*), Paris: OCDE, 1997. p. 7. *Apud* SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades**, *op. cit.*, p. 140 (tradução livre do autor).

²⁴ Sob o prisma econômico, a análise da nova ordem internacional indica que há três velocidades de integração no denominado mercado global ou economia mundial, estando na raia mais veloz os países da OCDE, o Oriente e o Sudeste Asiático, na raia intermediária a América Latina, o Sul da Ásia, o Oriente Médio a China e a Europa Oriental, e no outro extremo a raia lenta – a África e um certo número de países. EMMERIJ, Louis. **Governabilidade Nacional e Internacional: Discrepâncias**. In: MARTINS, Luciano. **A Nova Ordem Mundial em Questão**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993. p. 66. Marcovitch também aponta que "Enquanto os países industrializados destinam anualmente US\$ 50 a 55 bilhões para projetos de ajuda ao desenvolvimento, o protecionismo relacionado às áreas agrícola e têxtil acarreta perda anual de US\$ 150 bilhões em exportações nos países em desenvolvimento". Contudo, as formas de mobilização para cooperação têm alcançado resultados importantes, apesar de ainda tímidos. MARCOVITCH, Jacques. **Competição, cooperação e competitividade**. In: MARCOVITCH, Jacques. **Cooperação Internacional: estratégia e gestão**. *Op. cit.*

²⁵ EMMERIJ, Louis. **Governabilidade Nacional e Internacional: Discrepâncias**. In: MARTINS, Luciano. **A Nova Ordem Mundial em Questão**, p. 69.

²⁶ MARCOVITCH, Jacques. **Competição, cooperação e competitividade**. In: MARCOVITCH, Jacques (Coord.). **Cooperação Internacional: estratégia e gestão**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994. p. 47.

cial²⁷. A perplexidade provocada pelo fenômeno da globalização é bem descrita por Alberto Nogueira, ao expor uma visão apocalíptica ou aterradora da globalização. Esse aspecto caótico seria devido à multiplicação de uniões econômicas regionais por um lado, e por outro o renascimento dos nacionalismos, a ascensão dos integrismos e o recrudescimento de conflitos, além da escala planetária do crime organizado²⁸. Outra dimensão perversa desse fenômeno é a ameaça à capacidade tributária e arrecadadora dos Estados²⁹.

Embora no plano jurídico a idéia de cooperação estivesse presente nos primeiros acordos bilaterais que contemplavam as mais diversas áreas, como regularização da dupla nacionalidade, extradição, imunidade e cooperação judiciária, identifica-se um novo patamar com o surgimento do multilateralismo, traço fundamental da organização internacional contemporânea³⁰. O estudo da evolução e principais características dessas organizações, embora de interesse para o enfoque jurídico, teve seu escopo ampliado em tempos recentes por disciplinas relacionadas ao estudo das relações internacionais, que abordam, dentre o algumas características fundamentais dessas organizações, como a própria multilateralidade, a permanência e a institucionalização³¹. Com efeito, a cooperação internacional adquiriu nova dimensão na denominada Era Pós-Bipolar, e sua compreensão exige uma visão interdisciplinar que interliga o Direito, a Economia e a Geopolítica. Pode-se considerar que as leis do mercado internacional e sua *força normativa* invadem os mais diferentes ordenamentos jurídicos internos, enfraquecendo-os e estimulando-os à desregulamentação³². Alguns estudiosos da matéria vislumbram, nesse processo, orientação emanada, dissimuladamente, da orientação geopolítica das nações hegemônicas³³.

A cooperação jurídica internacional suscita reflexão sobre a formação dos juristas na época contemporânea, cogitando-se das limitações da formação jurídica puramente nacional, na perspectiva de um espaço europeu e comunitário³⁴. André – Jean Arnaud analisa os dilemas e perspectivas do direito perante a

²⁷ NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, Regionalizações e Tributação**: a Nova Matriz Mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 15.

²⁸ RAMONET, Inácio. **Geopolítica do Caos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. *Apud* NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, Regionalizações e Tributação**: a Nova Matriz Mundial, *op. cit.*, p. 7.

²⁹ NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, Regionalizações e Tributação**: a Nova Matriz Mundial, *op. cit.*, p. 22.

³⁰ SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 23.

³¹ SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 28.

³² NATALINO. L'età della decodificazione de IRTI. Milano: Giuffrè, 1976. *Apud* SANDOVAL, Guilherme. Versão preliminar de monografia de final de curso, na disciplina Direito do Comércio Internacional ministrada pela autora, no mestrado da UERJ.

³³ SANDOVAL, Guilherme. *Op. cit.*

³⁴ ALLIOT, Michel. **Coopération Internationale et Formation Juridique**. In: **La Coopération Juridique Internationale, La Sixième Journée Nationale de Droit**. Association pour une Fondation Nationale des Études de Droit. Paris: LGDJ, 1994.

globalização, já que o ensino jurídico ainda não teria acompanhado a verdadeira mudança de paradigma, que supera o conceito de internacionalização, e até da transnacionalidade. A globalização dá conta de um processo, agudizado na era da internet, em que a teia de contatos e serviços não chega a considerar o internacional em sentido estrito³⁵.

2 PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL³⁶

Na doutrina do direito internacional encontramos diversas formulações do princípio da cooperação. Celso Mello apresenta conceituação inaugural ao constatar que os problemas de natureza econômica surgidos no mundo moderno exigem uma cooperação interestatal para sua solução³⁷. A própria distinção entre comunidade e sociedade internacional está vinculada ao conceito da cooperação, sendo a primeira centrada em uma cooperação natural, anterior a uma escolha consciente de seus membros, e a segunda baseada na noção de contrato³⁸.

A primeira fase de realização do processo de integração da humanidade é identificada na idealização da Liga das Nações e especialmente na estruturação de um sistema de cooperação formado pelos organismos das Nações Unidas e entidades a elas vinculadas³⁹. Já se encontrava o espírito norteador das iniciativas de integração no ideário formado no século XVI, com as descobertas marítimas, a consolidação da idéia de Estado, a estruturação de uma doutrina de direito internacional e depois, no século XVII, com o Tratado de Vestfália, em que são definidas as bases das políticas de cooperação internacional. Entretanto, hodiernamente, os esforços para constituição do sistema de cooperação não podem ser atribuídos exclusivamente a iniciativas estatais⁴⁰.

O reconhecimento da importância da cooperação internacional no combate ao subdesenvolvimento vem normalmente acompanhado, entretanto, da percepção de que se trata de uma obrigação difícil de ser exigida no plano jurí-

³⁵ ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 2-15.

³⁶ Uma ampla literatura da teoria das relações internacionais aborda o tema da cooperação. Cf., entre outros, BROWN, Chris. **Understanding International relations**. New York: Palgrave, 2001. Entre nós MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges. **A Guerra e a Cooperação Internacional**. Curitiba: Juruá, 2002. Adherbal Meira MATTOS também enfatiza a diferença de abordagens realizadas pelo estudo das relações internacionais e do Direito Internacional, identificando os aspectos considerados pelo primeiro – políticos, econômicos, financeiros, sociais, militares, culturais, *inter alia*, além de normas jurídicas específicas – e pelo outro, o qual se restringe ao estudo das normas que regulam as relações entre os atores da sociedade internacional MATTOS, Adherbal Meira. **Direito e relações internacionais**. Belém: Cesipa, 2003. p. 13-22.

³⁷ MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed., rev. e aument. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 54

³⁸ *Idem*, p. 55

³⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Cooperação Internacional**, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Cooperação Internacional**, *op. cit.*, p. 3.

dico internacional, “onde ainda predomina a idéia de soberania e o egoísmo dos Estados”⁴¹. O dever de cooperação está consagrado na Carta da ONU⁴², encontrando-se, da mesma forma, esculpido na carta da OEA⁴³, que exerce importante papel no sentido da obtenção da cooperação internacional no nível das Américas, ao propor abordagem conjunta para “participar e solucionar os grandes problema internacionais”⁴⁴.

Haroldo Valadão, traçando um paralelo entre o direito interno e o direito internacional, identifica que no plano interno houve uma revolução no tratamento para com os chamados direitos sociais, mas no direito internacional a evolução foi muito mais lenta, somente adquirindo sua dimensão democrática nos princípios do século XX, sobretudo com o encontro das idéias européias, predominantemente aristocráticas, com as americanas, na II Conferência da Paz, da Haia, em 1907⁴⁵.

Já se indicou, também, que o princípio da soberania dos Estados constituiu, nos debates inaugurais, um entrave à eficácia jurídica de uma organização internacional, isto porque estariam opostas a autodeterminação dos Estados e a pseudo-submissão destes aos interesses coletivos defendidos pelas organizações internacionais, as quais só teriam eficiência, se suas decisões fossem dotadas de coercibilidade⁴⁶. A superação dessa dicotomia somente se torna possível se o Estado usa sua autonomia para transigir em benefício da paz e dos interesses comuns dos Estados, consubstanciados na noção de bem comum internacional⁴⁷.

As formas de cooperação foram expandidas acompanhando o processo sofrido pelo próprio direito internacional, à medida que este que alargou seu foco para abranger as várias formas de interação humana, não limitadas pelo conceito de nação, mas abrangendo a universalidade do homem⁴⁸. Podemos fazer remissão às reflexões de Cançado Trindade, sobre a importância da subjetividade internacional do indivíduo, como maior legado da ciência jurídica do

⁴¹ MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

⁴² **Art 1, 3**: “Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

⁴³ Cap II, i, “A cooperação econômica é essencial para o bem estar e para a prosperidade comuns dos povos do continente”.

⁴⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Cooperação Internacional**, op. cit., p. 7.

⁴⁵ VALLADÃO, Haroldo Teixeira. Problemas jurídicos da cooperação internacional no campo do desenvolvimento econômico e social. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro: 1985. v. 1, n. 1, p. 111-124. No entender do internacionalista, existiu, então, uma intensa aspiração dos povos americanos, em cooperarem para a solução de seus problemas comuns, tanto que se incluiu na Carta do Atlântico, de 14.08.1941: “promover, no campo da economia, a mais ampla colaboração entre todas as nações com o fim de conseguir, para todos, melhores condições de trabalho, prosperidade econômica e social”. *Idem*, p. 113-114.

⁴⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Cooperação Internacional**, op. cit., p. 5.

⁴⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Cooperação Internacional**, op. cit., p. 6.

⁴⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Cooperação Internacional**, op. cit., p. 6.

século XX. O século XX representa um marco, com inquestionável progresso na ciência e tecnologia – sem eliminação da miséria e violência⁴⁹. Essas mesmas contradições forçaram, por outro lado, a que o direito internacional desempenhasse um papel de instrumento jurídico, não só de regulação das relações jurídicas, mas também de “libertação”⁵⁰. As relações internacionais evoluíram no sentido da desestruturação dos antigos fundamentos do direito internacional – regras oriundas da vontade dos Estado, e da superação do positivismo, incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral. A realidade da tutela dos direitos humanos em âmbito internacional, e da existência de um direito postulatório que independe da intermediação do Estado, equivale a um mecanismo jurídico emancipatório do ser humano com relação ao Estado de origem, no plano internacional, facultando-lhe maior proteção no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Essa perspectiva pode ser reinterpretada⁵¹ quanto aos objetivos e abrangência da cooperação e remonta aos ensinamentos de Grotius, já que seria absurdo pensarmos que as relações internacionais estivessem submetidas à “vontade” individual dos Estados. Ele afirmava, ainda, que “as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à ‘razão de Estado’”⁵² que, em sua gênese, é oposta à própria existência da comunidade internacional, a qual tem como objeto central a proteção do indivíduo⁵³.

Admite-se uma nova feição de um novo direito internacional da cooperação a partir do reconhecimento da necessidade de revisão da regra tradicional da igualdade jurídica entre os Estados, para admissão de uma visão mais realista, que percebe as clivagens econômicas e ideológicas⁵⁴.

Verifica-se um consenso no sentido de que os congressos, conferências e reuniões internacionais são instrumentos valiosos “na formação desse espírito de cooperação”⁵⁵, já que as relações, assim configuradas, se desenvolvem em ambiente de “convivência desinteressada”⁵⁶, dando “profundidade e consistência à formação de um espírito de boa compreensão internacional”.

⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, Danielle (Coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**. Rio de Janeiro, 2002. p. 1-31.

⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A personalidade e capacidade...**, op. cit., p. 30.

⁵¹ Lembrando os ensinamentos de Hugo Grotius, TRINDADE busca demonstrar o cerne do Direito das Gentes e seu papel na origem do direito internacional, a medida que Grotius afirmava que o Estado constituía um meio para estabelecimento e manutenção do ordenamento social, e não um fim em si mesmo, de forma que toda a humanidade fosse alcançada pela racionalidade, o que extirparia a mediocridade existente. O Direito das Gentes seria a rede de relações entre os indivíduos, indivíduos e o Estado, e entre os Estados, vez que cria direitos e obrigações recíprocas.

⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A personalidade e capacidade...**, op. cit., p. 3.

⁵³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A personalidade e capacidade...**, op. cit., p. 3.

⁵⁴ SOARES, Guido. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 95.

⁵⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A cooperação internacional**, op. cit., p. 3.

⁵⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Cooperação Internacional**, op. cit., p. 4.

Para o delineamento de políticas externas tem sido exigido o desenvolvimento, por parte dos Estados, de uma sensibilidade capaz de absorver as intensas e freqüentes mudanças geopolíticas e econômicas na esfera internacional, além da necessidade de engajamento de seus representantes para a implementação efetiva da cooperação internacional. As convenções e acordos internacionais precisam ser transpostos para o plano interno. Por um lado, pelo ângulo político, pois as metas da política internacional precisam ser tornadas inteligíveis a mobilização da massa da população⁵⁷, e por outro lado, pelo enfoque jurídico, pela internalização dos Tratados⁵⁸.

Concomitantemente, a área de abrangência desses encontros ampliou-se de forma extraordinária, alcançando progressivamente novas frentes⁵⁹. Este ambiente definiu, de certa forma, a criação das organizações que se dedicam ao desenvolvimento internacional, pois tem em sua formação o caráter atemporal derivado “de um processo histórico pela formação de um espírito internacional”⁶⁰, e que coloca em evidência o ser humano e as suas relações com o ambiente internacional⁶¹.

A institucionalização da cooperação internacional evoluiu no sentido da integração econômica⁶², sustentando alguns autores⁶³ que a diferença existente entre as organizações de cooperação e de integração reside em sua natureza. Enquanto as organizações de cooperação têm natureza econômico-social, como é o caso da ONU⁶⁴, as de integração são de natureza político-social, como a União Européia e o Mercosul⁶⁵.

Os novos estudos sobre a cooperação no âmbito do Mercosul possibilitam um novo patamar de compreensão sobre os desafios e complexidades das estruturas de integração, em uma era em que os países buscam uma reinserção internacional a partir da articulação regional⁶⁶.

⁵⁷ MARCOVITCH, Jacques. *Competição, cooperação e competitividade*, op. cit., p. 48.

⁵⁸ Cf., sobre conflito de fontes, DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, p. 91 e ss. MELLO Celso D. De Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 920 e ss.; ARAUJO, Nádia. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 123 e ss.

⁵⁹ O levantamento de tais conferências internacionais: em 1902 foram 90, em 1910, 258, chegando a 1957 com a realização de 1380 encontros internacionais. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A cooperação internacional*, op. cit., p. 4. Ver Celso Mello,....

⁶⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A cooperação internacional*. In: op. cit., p. 4.

⁶¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A cooperação internacional*. In: op. cit., p. 4.

⁶² MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*, cit., p. 69.

⁶³ MATTOS, Adherbal Meira. *Direito e relações internacionais*. Belém: Cesipa, 2003. p. 13-22.

⁶⁴ A ONU, como maior exemplo de organização de cooperação, é formada por seis órgãos principais (Assembleia Geral, Conselho de Segurança, Conselho Econômico Social, Conselho de Tutela, Corte Internacional de Justiça e Secretariado), órgãos regionais como a OEA e a OTAN, órgãos especializados como o FMI, BIRD e a OMC, órgãos técnicos como a AIEA, e programas como o PNUD e PNUMA. MELLO, Celso. *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 707 e ss.

⁶⁵ MATTOS, Adherbal Meira. *Direito e relações internacionais*, cit., p. 17.

⁶⁶ ARAUJO, Nádia, et al *Cooperação interjurisdicional no Mercosul-Análise do Protocolo de Lãs Leñas e de suas modalidades*: cartas rogatórias, homologação de sentenças judiciais e arbitrais e informação do

O Direito Internacional Privado também realça a importância da cooperação internacional. A celebração de Tratados e Convenções, multilaterais e bilaterais permite soluções uniformes que constituem também fontes do Direito Internacional Privado. As matérias processuais são fundamentais nessa pauta, elencando normas para homologação de sentenças estrangeiras, extradição e citação e obtenção de provas no exterior⁶⁷. Também aponta-se, como correlato do incremento do fluxo de capitais, pessoas e serviços no contexto dos blocos regionais, a necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos existentes para solução de litígios, bem como a intensificação do intercâmbio de providências jurisdicionais entre os Estados envolvidos⁶⁸.

A cooperação judiciária internacional é o mecanismo pelo qual as autoridades competentes dos Estados se prestam auxílio recíproco para executar em seu país atos processuais que pertencem – e portanto estão destinados a integrar-se – a processos que correm no estrangeiro⁶⁹.

O direito processual internacional em geral, e a cooperação judiciária internacional em particular, têm como um de seus objetivos fundamentais impedir que a ação da justiça se detenha nas fronteiras dos Estados⁷⁰.

A cooperação interjurisdicional ou simplesmente cooperação internacional significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de outro Estado⁷¹.

A cooperação entre as jurisdições é, na verdade, correlato da complementaridade entre jurisdições, incrementado com a característica global das sociedades atuais⁷², tornando-se fundamental para possibilitar a eficácia da

direito estrangeiro (fonte...), p. 3. Os autores comentam os demais processos de integração em curso na América Latina, como a ALADI, o Pacto Andino, A União Centro-Americana, o grupo dos Três (Colômbia, México e Venezuela) e o NAFTA, além da ALCA. *Idem*, nota

⁶⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 7. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 71.

⁶⁸ ARAUJO, Nádia et al *Cooperação interjurisdicional no Mercosul-Análise do Protocolo de Lãs Leñas e de suas modalidades*: cartas rogatórias, homologação de sentenças judiciais e arbitrais e informação do direito estrangeiro (fonte...), op. cit., p. 4.

⁶⁹ VESCOVI, Eduardo. *Derecho processal civil internacional. Uruguay, el mercosur y américa*. Montevideo: Idea, 2000. p. 90, apud PERIN, Ricardo Fontes. *Direito do Comércio Internacional e Cooperação Judiciária*. Trabalho de final do segundo semestre de 2004 apresentado na disciplina de Direito do Comércio Internacional do Programa de Mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica da UERJ.

⁷⁰ VESCOVI, op. cit., p. 131.

⁷¹ ARAUJO, Nádia et al *Cooperação interjurisdicional no Mercosul- Análise do Protocolo de Lãs Leñas e de suas modalidades*: cartas rogatórias, homologação de sentenças judiciais e arbitrais e informação do direito estrangeiro (no prelo – artigo cedido pela autora) Os autores alertam para a posição predominante da doutrina internacional, que tem excluído desta rubrica a competência internacional, para deixar apenas a inclusão do atendimento a medidas processuais e à execução extraterritorial de sentenças estrangeiras.

⁷² MADRUGA, Antenor. *O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional*, (no prelo, artigo cedido pelo autor) op. cit., p. 3. Madruga nos alerta que, na escala global são produzidos fatos e ameaças sociais transjurisdicionais suficientes para comprometer a eficácia do poder ju-

decisão judicial estrangeira. O crescimento do volume das demandas envolvendo conflito de interesses interfronteiras realçou a *conveniência de normas plurilaterais uniformes, capazes de garantir rapidez e eficácia no trâmite internacional de atos processuais e jurisdicionais*⁷³.

Os novos estudos apontam o crescimento dramático da cooperação internacional em matéria cível e criminal nos últimos anos⁷⁴, com a percepção da contraditória resistência⁷⁵, por parte das autoridades judiciárias e sistemas jurídicos internos de todo o mundo em relação à integração internacional. São também detectadas algumas tendências atuais na cooperação jurídica internacional, em número de três: a normativa – a lei interna cede espaço para a internacional na disciplina da matéria –, a ideológica – a preservação dos valores nacionais é suplantada pelo bom funcionamento do processo transnacional como norte da produção legislativa na matéria – e a dinâmica – os ordenamentos internos tendem a reproduzir as normas internacionais⁷⁶.

Há entendimento consagrado de que o instituto da extradição é o ponto alto da cooperação internacional nos processos penais⁷⁷, Antenor Madrugá, em seu exemplar estudo sobre o tema⁷⁸, pondera que, paradoxalmente, a cooperação internacional para a extradição de pessoas é muito mais fluida que a cooperação internacional para quebra de sigilos legais e outras medidas restritivas de direitos.

Nádia de Araújo frisa que a cooperação interjurisdicional constitui não somente uma obrigação entre nações soberanas, mas permite o exercício de

risdicional e a própria justificação do Estado como a organização suprema e independente de pacificação social. O controle desses fatos e ameaças transjurisdicionais pelos próprios Estados, essencial para a efetividade de suas funções soberanas, não existirá no mundo de hoje sem que as jurisdições se complementem por estreita cooperação".

⁷³ ARAUJO, Nádia et al. **Cooperação interjurisdicional no Mercosul- Análise do Protocolo de Lãs Leñas e de suas modalidades**: cartas rogatórias, homologação de sentenças judiciais e arbitrais e informação do direito estrangeiro, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁴ McCLEAN, David. *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 3. *Apud* MADRUGA, Antenor. **O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional**, p. 4.

⁷⁵ MADRUGA Antenor *op. cit.* **O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional**, p. 3.

⁷⁶ PEREIRA, Marcela Harumi T. **As novas tendências da cooperação jurídica internacional**, trabalho de final do segundo semestre de 2004 apresentado na disciplina de Direito Processual Civil do Programa de Mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica da UERJ, ministrada pela Professora Carmen Tiburcio, p. 2. *Apud* PERIN, Ricardo Fontes. **Direito do Comércio Internacional e Cooperação Judiciária**. Trabalho de final do segundo semestre de 2004 apresentado na disciplina de Direito do Comércio Internacional do Programa de Mestrado em Direito Internacional e da Integração Econômica da UERJ.

⁷⁷ VALADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. III, p. 248.

⁷⁸ Em seu artigo Madrugá demonstra que no Brasil pode ser mais fácil, no âmbito da cooperação internacional, entregar a liberdade de uma pessoa que fornecer seus dados bancários ou indisponibilizar seus bens, graças à jurisprudência que se formou no STF sobre a impossibilidade de se conceder *exequatur* a estas cartas rogatórias. MADRUGA Antenor *op. cit.* **O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional**, p. 3.

direitos humanos fundamentais, ligados ao funcionamento da própria justiça. Essa relação direta entre os atos processuais transfronteiriços e os direitos fundamentais através do processo no qual as garantias de defesa devem ser respeitadas tem sido objeto de convenções internacionais, multilaterais ou oriundas dos processos de integração⁷⁹. Nesse mesmo sentido, consoma-se uma nova perspectiva de que *os verdadeiros destinatários do novo aparelho normativo são fundamentados não mais na soberania dos Estados nacionais, mas no direito do Homem*⁸⁰.

Nesse tema, vislumbra-se quatro elementos distintos para a questão da cooperação: sua utilidade, pois o Estado se beneficia da prestação de outro Estado; a cortesia internacional (*comitas gentium*), o que faria da cooperação uma questão facultativa; a reciprocidade, também de caráter facultativo; a justiça, pois a sua recusa importaria um obstáculo à realização do objetivo maior de provimento jurisdicional do Estado⁸¹.

3 COOPERAÇÃO – A POSIÇÃO DO BRASIL

A inserção internacional do Brasil foi fortalecida pela constitucionalização de princípios de relações internacionais, acelerada pela Constituição de 1988⁸². O art 4º, IX da CF assim dispõe: *A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*.

Se todos os países vivem a sua dimensão internacional pela conjugação entre o universal – o pensar a humanidade – e o específico – o cogitar sobre o nacional e o regional –⁸³ plasmados em forças centripetas (aglutinação, cooperação e integração) e centrífugas (de fundo étnico, nacionalista ou religioso), é natural que no jogo de interesses do cenário internacional haja, senão controvérsias específicas, tensões que dominam as relações⁸⁴.

Uma visão crítica da cooperação pode ser detectada nas reflexões, inspiradas no pensamento de Araújo Castro, segundo o qual ninguém põe em dúvida que o mundo tenderá a ser tornar cada vez mais interdependente, mas que tal interdependência pressupõe a independência, a emancipação econômica e a

⁷⁹ ARAUJO, Nádia. **Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 242.

⁸⁰ ANDOLINA, Italo. *La cooperazione internazionale nel processo civile*. In: ____ (Dir. e Coord.). **Cooperazione internazionale in materia giudiziaria**. Catania: Torre, 1996. p. 171-183. *Apud* PEREIRA, Marcela Harumi T. **As novas tendências da cooperação jurídica internacional cit.**

⁸¹ BADAN, Didier. *Oppetit Exortos y Embargo de bienes extranjeros*. Ed. Jurídicas Amalio Fernandez, Montevideu, 1976. *Apud* ARAUJO, Nádia. **Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira**, p. 242.

⁸² LAFER, Celso. **Política Externa Brasileira: Reflexão e Ação**, *op. cit.*, p. 30.

⁸³ *Idem*, p. 24.

⁸⁴ *Idem*, p. 35.

igualdade soberana dos Estados como condição prévia e indispensável⁸⁵. Chega-se a mencionar a obstinação em promoção da reflexão sobre a cooperação internacional, que viabilize, mesmo em um mundo dilacerado por impasse existencial e conflitos viscerais, a recuperação da soberania nacional nas negociações políticas internacionais, o desenvolvimento interno e a paz e a cooperação entre as nações⁸⁶.

É verdadeiro o ensinamento de Luiz Olavo Baptista de que o Brasil deveria abordar o mundo como um *global trader* e, também, no sentido de se acreditar que o país deve aumentar e manter a diversificação de mercados nos quais atua. Essa diversificação é um fator de estabilidade econômica, de segurança nacional e de força internacional⁸⁷. Mais adiante, ele defende uma atitude conciliatória, em que o país deve evitar o confronto na área do comércio internacional, “até porque esta – nos tempos em que há uma potência hegemônica e em que a globalização financeira, e desenfreada, predomina – não levaria a nenhum resultado, senão, ao isolamento do país e à perda de oportunidades”⁸⁸.

Propugna-se um novo modelo de cooperação, que propicia a articulação entre sociedade e Estado constaria a seguinte pauta:

*priorizar programas e projetos escolhidos com base no critério de qualidade para valorizar a excelência nos âmbitos espacial e temático; escolher iniciativas dentro do marco maior de referência da política externa e das prioridades internas; atuar, sempre que possível, através das instâncias existentes a fim de desburocratizar a cooperação, descentralizando-a junto às unidades próximas das atividades-fim; induzir o engajamento de pessoas, áreas e unidades, desde a concepção até a avaliação dos projetos de cooperação, para garantir elevado nível de participação*⁸⁹.

No plano jurídico, tem sido destacada a tradição brasileira em matéria de cooperação jurídica internacional, já considerada bastante avançada, desde o direito imperial até o republicano⁹⁰. Antenor Madrugá aponta o paradoxo entre

⁸⁵ VIANA, José Marcos Nogueira. *Cooperação Internacional*. Rio de Janeiro: Salamandra, p. 128.

⁸⁶ VIANA, José Marcos Nogueira. *Cooperação Internacional*. Rio de Janeiro: Salamandra, p. 128.

⁸⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Brasil na Encruzilhada das Negociações Globais. Política Externa*. [S.l.], v. 10, n. 4, p. 52, mar./maio 2002.

⁸⁸ MARCOVITCH, afirma que, no Brasil, desde a promulgação da CF/88, a contratação para cooperação internacional tem fomentado um aumento constante dos pedidos, porém, a crise econômica tem dificultado a consecução dos projetos. Apresenta, também, dados do Relatório anual do Brasil referente a 1990, comparando as transferências líquidas relacionadas com a dívida externa, que alcançaram US\$ 16,2 bilhões, a cooperação financeira, que totalizou US\$ 1,2 bilhão. Ressalta, ainda, que “valores, provenientes da assistência oficial externa para a cooperação internacional, só podem gerar resultados se forem alocados de forma adequada à constituição de competências em âmbitos estrutural, setorial e empresarial”.

⁸⁹ MARCOVITCH, Jacques. *Competição, cooperação e competitividade...* op. cit., p. 61.

⁹⁰ “O Brasil sempre encarou com elevado espírito de solidariedade internacional o dever que incumbe aos vários Estados de se auxiliarem reciprocamente na repressão dos crimes. Assim, quanto à extradição, ao trânsito de criminosos, à entrega de objetos, às rogatórias criminais e às próprias decisões criminais estran-

a fluidez da cooperação internacional para a extradição de pessoas e a insuficiência da cooperação internacional para quebra de sigilos legais e outras medidas restritivas de direitos⁹¹.

A conscientização em relação à necessidade de mudanças no sistema nacional, ainda em descompasso com iniciativas internacionais no tocante à admissibilidade de procedimentos via rogatória independentemente de *exequatur* tem encontrado eco na doutrina recente sobre a matéria⁹². Chamamos a atenção para o alerta de que é preciso e urgente que a autoridade judiciária brasileira, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, com a competência para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* a cartas rogatórias que recebeu na recente reforma constitucional, dê esse passo que reclama a efetividade do próprio poder jurisdicional brasileiro⁹³.

Cresce entre nós a percepção da necessidade de desenvolvimento entre nossos juízes e operadores do direito de uma “cultura da cooperação internacional”⁹⁴.

Na esfera do executivo, registrem-se as iniciativas no sentido de incrementar a cooperação, através do Ministério da Justiça⁹⁵, e mais especificamente através da criação de uma comissão especial para elaborar uma anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional⁹⁶.

geiras. E isso desde o direito imperial até o direito republicano e o contemporâneo, segundo veremos ao estudar cada uma daquelas diversas formas de cooperação internacional nos processos criminais. VALLADÃO, Haroldo. Da Cooperação Internacional nos Processos Criminais. *Revista dos Tribunais*, v. 87, p. 463, ago. 1933. *Apud* MADRUGA, Antenor, op. cit., p. 5

⁹¹ A visão crítica da posição do STF sobre carta rogatória assumida por Madrugá decore da constatação de que é mais fácil, no âmbito da cooperação internacional, entregar a liberdade de uma pessoa que fornecer seus dados bancários ou indisponibilizar seus bens, graças à jurisprudência que se formou no STF sobre a impossibilidade de se conceder *exequatur* a estas cartas rogatórias. MADRUGA, Antenor, op. cit., p. 5 e 6.

⁹² ARAUJO, Nádia et al *Cooperação interjurisdicional no Mercosul-Análise do Protocolo de Lãs Leñas e de suas modalidades*: cartas rogatórias, homologação de sentenças judiciais e arbitrais e informação do direito estrangeiro, op. cit., p. 8.

⁹³ MADRUGA, Antenor op. cit., p. 5

⁹⁴ “Não podemos mais formar gerações de juristas ensimesmados no direito interno, desatentos aos aspectos internacionais da problemática jurídica”. MADRUGA, Antenor, op. cit., *O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional*, p. 3.

⁹⁵ Merecem registro não somente o DRCI cuja atuação vai adiante descrita: O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado por meio do Decreto 4.991, de 18.02.2004, está subordinado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça. O Departamento tem como principais funções analisar cenários, identificar ameaças, definir políticas eficazes e eficientes, bem como desenvolver cultura de combate à lavagem de dinheiro. Essas funções têm como objetivo a recuperação de ativos enviados ao exterior de forma ilícita e de produtos de atividades criminosas, tais como as oriundas do tráfico de entorpecentes, do tráfico ilícito de armas, da corrupção e do desvio de verbas públicas. Além disso, o DRCI é responsável pelos acordos internacionais de cooperação jurídica internacional, tanto em matéria penal quanto em matéria civil, figurando como autoridade central no intercâmbio de informações e de pedidos judiciais por parte do Brasil. Disponível em: <www.mj.gov.br>.

⁹⁶ Comissão criada pela Portaria 2.199, publicada no DO 11.08.2004. cf. ARAUJO, Nádia et al *Cooperação interjurisdicional no Mercosul-Análise do Protocolo de Lãs Leñas e de suas modalidades*: cartas rogatórias, homologação de sentenças judiciais e arbitrais e informação do direito estrangeiro, op. cit., p. 8.

Também com relação ao front diplomático a cooperação judiciária tem merecido atenção especial⁹⁷, cabendo referir os estudos que recomendam que a cooperação judiciária mereça prioridade na agenda externa brasileira⁹⁸.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cooperação é uma via de construção da paz internacional, tarefa assumida pela diplomacia multilateral, em meio ao ceticismo matizado e uma insatisfação relativa⁹⁹. Muitos dos acontecimentos recentes no panorama internacional têm reforçado a tendência ao ceticismo.

Na esteira da terminologia de Thomas Kuhn quanto à ruptura de paradigmas¹⁰⁰, coloca-se para a humanidade um renovado desafio, em todos os níveis, motivados ou não por disputas econômicas, ideológicas ou religiosas. O recrudescimento generalizado das hostilidades ou da postura predatória se encontra presente, mas os impulsos de cooperação e solidariedade buscam sempre mitigá-los.

Inexiste Estado que sobreviva sem relações com outros Estados, e principalmente, com organismos internacionais, o que torna o processo de cooperação internacional irreversível¹⁰¹. Themistocles lembra que a cooperação internacional não constitui uma “obra acabada”, vez que mutável e suscetível de aperfeiçoamento, mas afirma que sem sombra de dúvida representa a maior contribuição do século XX para a civilização, em sua busca pelo bem comum da humanidade, que é o fim da cooperação internacional¹⁰².

Tem havido crescente cobrança aos países industrializados quanto à sua parcela de responsabilidade no desenvolvimento equilibrado mundial¹⁰³, deve-se fazer uso da universalidade dos recursos disponíveis, especialmente da diplomacia¹⁰⁴ que pode desenvolver estudos, encontrar caminhos, que permitam o

⁹⁷ Registre-se, por ser de justiça, o enorme esforço empreendido pelo então consultor jurídico do Itamarati, Professor João Grandino Rodas, na década de noventa.

⁹⁸ KLEEBANK, Susan. **Cooperação Judiciária por via diplomática**. Brasília: Instituto Rio Branco, Fundação Alexandre Gusmão, 2004. p. 9. Em seu estudo, a autora apresenta propostas para aperfeiçoamento dos resultados da cooperação judiciária em quatro tópicos: 1) atualização do quadro normativo; 2) maior prioridade ao tema na agenda governamental; 3) reforço da coordenação entre os diferentes atores internos com responsabilidade nessa área; 4) ao esforço de divulgação, na justiça nacional, do quadro de acordos internacionais em que se dá a cooperação com as justiças de outros países.

⁹⁹ AZAMBUJA, Marcos. O Multilateralismo e a Inserção do Brasil no Mundo Contemporâneo. In: **Três Ensaios Sobre Diplomacia Brasileira**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1989. p. 190.

¹⁰⁰ KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

¹⁰¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A cooperação internacional**. In: *op. cit.*, p. 6.

¹⁰² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A cooperação internacional**. In: *op. cit.*, p. 6.

¹⁰³ MARCOVITCH, Jacques. **Competição, cooperação e competitividade...** *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁴ MARCOVITCH, Jacques. **Competição, cooperação e competitividade...** *op. cit.*, p. 62.

desenvolvimento sustentável, sugerindo estratégias de âmbito estrutural, setorial ou empresarial¹⁰⁵.

Nesse sentido, podemos tirar algumas lições das reflexões de Jürgen Habermas, um dos filósofos da denominada Escola de Frankfurt, sobre a Guerra do Golfo¹⁰⁶, que analisa a dimensão da “Política de Poder”, que revela o temor das nações industrializadas em relação ao controle do abastecimento do petróleo bruto, fonte de energia vital¹⁰⁷. Mas, como desdobramento, o texto reflete sobre a questão da guerra, da coexistência pacífica de formas de vida culturalmente distintas e do próprio entrelaçamento das questões dos direitos dos povos com a racionalidade ocidental¹⁰⁸.

A boa-nova nos vem anunciada em estudos que vislumbram a emergência e o fortalecimento de um paradigma de solidariedade em meio às ocorrências de violência e dominação totalitária. Maria Celina Bodin de Moraes nos brinda com comentário sobre a gênese desse paradigma na formulação dos novos direitos, entre os quais, conforme já comentado, figuram o direito ao desenvolvimento e o direito à paz social¹⁰⁹. Sua análise identifica a conversão da solidariedade social em um princípio geral do ordenamento jurídico, com máxima força normativa na jurisdicada sociedade contemporânea¹¹⁰. Da mesma forma, a nova perspectiva sobre os direitos humanos impregna e amplia os estudos iusinternacionalistas desenvolvidos pelos juristas brasileiros¹¹¹.

Projetando a inserção desse paradigma na sociedade internacional, vislumbramos a cooperação como uma necessidade imperiosa para a própria sobrevivência da humanidade.

¹⁰⁵ MARCOVITCH, Jacques. **Competição, cooperação e competitividade...** *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁶ Invasão do Kuwait pelo Iraque em agosto de 1989 com a subsequente deflagração da operação “Tempestade do Deserto” pelas forças militares dos Estados Unidos, Inglaterra e outras nações. Um ano após, houve a revolução do Iraque.

¹⁰⁷ Oportunamente, esclarece Bernard Taverne, que tal temor se justifica quando constatamos que: “self-sufficiency in oil and/or natural gas is still the exception among the western countries. (...) with exception of the UK and Norway, all western countries are net-importers of oil”. E acrescenta: “For any country and its government securing possession of and/or access to exploitable petroleum reserves is of primary importance”. (TAVERNE, Bernard. **Petroleum, Industry and Governments: an Introduction to Petroleum Regulation**. Economics and Government Policies, *op. cit.*, p. 88-93).

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 23-31.

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. O Princípio de Solidariedade. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso D. de Albuquerque (Coords.). **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**, *op. cit.*, p. 547.

¹¹⁰ *Idem*, p. 554.

¹¹¹ Ver TIBURCIO, Carmen. **The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law**. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001.

5 REFERÊNCIAS

- ALLIOT, Michel. Cooperation Internationale et Formation Juridique. In: **La Coopération Juridique Internationale, La Sixième Journée Nationale de Droit**. Association pour une Fondation Nationale des Études de Droit. Paris: LGDJ, 1994.
- AMORIM, Celso Luiz Nunes. Perspectivas da Cooperação Internacional. In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). **Cooperação Internacional: Estratégia e Gestão**. São Paulo: EDUSP, 1994.
- ANDOLINA, Italo. La cooperazione internazionale nel processo civile. In: _____ (Dir. e Coord.). **Cooperazione internazionale in materia giudiziaria**. Catania: Torre, 1996. p. 171-183. Apud PEREIRA, Marcela Harumi T. **As novas tendências da cooperação jurídica internacional cit.**
- ARAÚJO, Nádia de. A aplicação do direito internacional privado e a proteção da pessoa humana – utilização do princípio de sua dignidade como informador da ordem pública. In: ANNONI, Danielle (Coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- _____. **Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AZAMBUJA, Marcos. O Multilateralismo e a Inserção do Brasil no Mundo Contemporâneo. In: **Três Ensaio Sobre Diplomacia Brasileira**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1989.
- BADAN, Didier. **Oppetit Exortos y Embargo de bienes extranjeros**. Montevideu: Jurídicas Amalio Fernandez, 1976.
- BADIE, Bertrand. Um Monde sans Souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité. Paris, Fayard, 1999, p. 10. Apud ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Novas Dimensões do Princípio da Soberania**, dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da UERJ como requisito para obtenção do título de mestre em direito público. 2003.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **O Brasil na Encruzilhada das Negociações Globais. Política Externa**. [S.l.], v. 10, n. 4, p. 52, mar./maio 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRAGA, Leonardo Carvalho. **A Justiça Internacional e o Dever de Assistência no Direito dos Povos de John Rawls**. Rio de Janeiro: Dissertação de mestrado apresentada na PUCRJ, p. 149, maio 2003.
- BROWN, Chris. **Understanding International relations**. New York: Palgrave, 2001.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. A cooperação internacional. **Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 3, 1958.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 7. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GARCIA-AMADOR, F. V. **The Emerging International Law of Development: a New Dimension of International Economic Law**. New York: Oceana, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- KLEEBANK, Susan. **Cooperação Judiciária por via diplomática**. Brasília: Instituto Rio Branco, Fundação Alexandre Gusmão, 2004.

- KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. Chicago: University of Chicago Press, 1971.
- LAFER, Celso. Política Externa Brasileira: Reflexão e Ação. In: MARCOVITCH, Jacques. **Cooperação Internacional Estratégica e Gestão**, op. cit., p. 23-46.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges. **A Guerra e a Cooperação Internacional**. Curitiba: Juruá, 2002.
- MARCOVITCH, Jacques. Competição, cooperação e competitividade. In: MARCOVITCH, Jacques (Coord.). **Cooperação Internacional: estratégia e gestão**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994.
- MATTOS, Adherbal Meira. **Direito e relações internacionais**. Belém: Cesipa, 2003.
- McCLEAN, David. International Co-operation in Civil and Criminal Matters. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 3. Apud MADRUGA, Antenor. **O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional**, p. 4.
- MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed., rev. e aument. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, Regionalizações e Tributação: a Nova Matriz Mundial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- RAMONET, Inácio. Geopolítica do Caos. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. Apud NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, Regionalizações e Tributação: a Nova Matriz Mundial**, op. cit., p. 7.
- SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- TARP, Finn. **Foreign Aid and Development – Lessons learnt and Directions for the Future**. London: Routledge, 2000.
- TIBURCIO, Carmen. **The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law**. The Hague: Martinus Nijhoff, 2001.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, Danielle (Coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**. Rio de Janeiro, 2002.
- VALADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. III.
- VALLADÃO, Haroldo Teixeira. Problemas jurídicos da cooperação internacional no campo do desenvolvimento econômico e social. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1985.
- VESCOVI, Eduardo. **Derecho processal civil internacional. Uruguay, el mercosur y américa**. Montevideo: Idea, 2000.
- VIRALLY, Michel. Conclusions du Colloque. In: **Pays en Voie de Development**, (Annales) 1978.

DIREITO PENAL

REFLEXOS DA NOVA LEI DE DROGAS NA ÁREA CRIMINAL FEDERAL

Artur de Brito Gueiros Souza¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Diretrizes gerais da Lei 11.343/06: dois eixos e uma nova nomenclatura; 3. A questão do usuário e do dependente; 4. Tráfico de drogas e outros delitos; 5. Conclusões; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Atendendo a um reclamo da sociedade em geral e de cientistas, tanto do Direito quanto de outras disciplinas, como a Medicina, entrou em vigor, em 08.10.2006, a Lei 11.343, de 23.08.2006, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), prescrevendo medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e normas para repressão da produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Por fim, a Lei 11.343/06 define *crimes* e comina as respectivas *sanções*.

Trata-se de um diploma complexo, multidisciplinar, destinado à adoção de políticas públicas na área do uso e abuso de consumo de drogas, pressupondo a participação da Sociedade Civil e das três esferas da Administração Pública. Ao lado desse aspecto, a Lei 11.343/06 inovou na seara do Direito Penal, adotando medidas despenalizadoras (ou descriminalizadoras, como preferem alguns autores), majorando determinadas sanções e, ainda, introduzindo novas figuras delitivas.

Diante disso, é nosso intuito tecer breves considerações sobre dispositivos da nova lei que interessam mais de perto aos profissionais que militam na seara criminal federal.

Para tanto, é preciso que nos socorramos do Direito Penal Comparado, tendo em vista a ausência de parâmetros do Direito Interno referentes a determinados institutos. Sob outra vertente metodológica, necessário se faz o cotejo do novel diploma com os diplomas legais precedentes no trato da presente

¹ Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Procurador Regional da República na 2ª Região.

temática – uso e tráfico de drogas – em especial as, agora, expressamente revogadas Leis 6.368/76 e 10.409/02.

2 DIRETRIZES GERAIS DA LEI 11.343/06: DOIS EIXOS E UMA NOVA NOMENCLATURA

Por intermédio de uma panorâmica da Lei 11.343/06, percebe-se, já em suas disposições preliminares, a eleição de dois eixos centrais da nova Política Criminal, com uma nova nomenclatura: *prevenção do uso indevido*, com ênfase na reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e *repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas* (arts. 1º, 3º, 4º, IX e X, e 5º, da Lei 11.343/06).

Apesar da aparente harmonia desses dois vetores, cumpre observar uma *contradição* no âmago do sistema: o trato diferenciado entre usuário e traficante – ao primeiro, medidas despenalizantes; ao segundo, elevação dos patamares de pena privativa de liberdade, como se não se tratassem do verso e reverso do mesmo fenômeno do comércio ilícito de drogas proibidas. Evidentemente, um lado não sobrevive sem o outro; ou, melhor dizendo, o traficante só existe em função do consumidor.

Desse modo, ao dispor de um trato mais brando para o usuário, mercê de políticas de inclusão social e diminuição da sua vulnerabilidade jurídica, não estaria o novel diploma incentivando, por via oblíqua, o incremento do tráfico e o comércio de drogas proibidas?

No limite, é de se perguntar: não seria o usuário o *financiador*, direto ou indireto, do tráfico de drogas?

A propósito, de forma aparentemente paradoxal, criminaliza o art. 36, da lei sob comento:

Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Fica o registro desse antagonismo como primeira reflexão proposta ao leitor – que, por certo, envolve esferas maiores, como a Moral e o Direito, isso para não falar no viés da criminologia crítica relativa às classes sociais potencialmente consumidoras e vendedoras das drogas ilícitas.

De resto, é sabido que tal contradição não é exclusiva de nossa Sociedade, passando, pois, inúmeros outros modelos do Direito Comparado, inclusive

aqueles que optaram por descriminalizar a posse e o consumo de certas substâncias como a *cannabis sativa*.

Ainda nessa abordagem inicial, merece ser registrado, por oportuno, a substituição da antiga denominação *entorpecente* pela terminologia *drogas*.

Trata-se, em nossa opinião, de uma opção positiva do legislador, tendo em vista o estigma que a expressão “entorpecente” possuía – e ainda possui – no seio social.

Ademais, a nova terminologia atende ao que é preconizado por profissionais da área de saúde pública, sendo certo que a própria *Organização Mundial de Saúde – OMS* a utiliza, conceituando *droga* como sendo toda substância psicoativa, natural ou sintética, que induz aos fenômenos de dependência. É curioso observar que o álcool e os derivados do tabaco inserem-se naquela definição da OMS.

Correlacionada com essa questão, constata-se a manutenção da técnica legislativa da não definição legal do que se entende por “drogas”, remetendo-se, pois, tal *mister*, para uma outra norma – com *status* de lei ou infra-legal. Dito de outra forma, optou-se em prosseguir com a sistemática da *norma penal em branco*, conforme se depreende da leitura do art. 1º, parágrafo único da Lei 11.343/06:

Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo.

Conforme consulta ao *site* da Anvisa, encontra-se, atualmente, em vigor a Resolução da Diretoria Colegiada 202, de 01.11.2006, dividida em *Listas A1 a A3, B1 e B2, C1 a C5 e D1 a D2, E, F1 a F4*².

Recentemente, analisamos, na qualidade de Procurador Regional da República, um *Habeas Corpus* onde se discutia, justamente, se determinadas substâncias eram psicoativas e geradoras do fenômeno da dependência. Tratou-se de uma brasileira, detida no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, transportando para a Espanha, centenas de frascos que traziam, em seu interior, milhares de cápsulas de substâncias destinadas a dietas de emagrecimento, no total de 15.600 gramas.

O Laudo Definitivo da Polícia Federal indicou que tais cápsulas continham-se de um coquetel de *Anfepramona* (poderoso anorexígeno que provoca redução ou perda do apetite), *Fluoxetina* (inibidor da recaptção da serotina, utilizado como antidepressivo) e *Diazepam* (destinado ao tratamento dos transtornos de ansiedade). De acordo com a Resolução Anvisa 202/06, acima

² Disponível em: <<http://e-legis.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 22 jan. 2007.

referida, a Anfeparamona consta da Lista B2, a Fluoxetina está relacionada na Lista C1 e o Diazepam encontra-se catalogado na Lista B1.

Na ocasião, a defesa da acusada argumentava que aquelas drogas não poderiam ser “enquadradas” como entorpecentes. No entanto, na esteira da melhor jurisprudência, tal como verificado com o *Cloreto de Etila* (mais conhecido como “Lança-Perfume”), é evidente que se trata de fato capitulado como tráfico internacional de drogas, passível, portanto, de punição nos termos do art. 33, *caput*, da Lei Nova.

Nesse sentido, o seguinte acórdão:

Penal e processual penal. Habeas corpus. Arts. 12 e 14, da Lei 6.368/76. Interceptações telefônicas não realizadas. Caracterização dos crimes previstos na Lei 6.368/76. Portaria da Anvisa. Substâncias classificadas como psicotrópicas anorexígenas. Provas. Crime previsto no art. 14, da Lei 6.368/76 e constatação de ocorrência de erro de proibição. Inviabilidade de verificação na via eleita. Alegação de revogação do delito de associação. Inocorrência. Substituição da pena. Art. 44, do Código Penal. Pena fixada acima de 4 anos. Progressão de regime. Possibilidade. Inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 declarada pelo STF.

(...)

II – Uma vez previstas as substâncias ANFEPRAMONA e femproporex na Portaria n. 344, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde como psicotrópicos anorexígenos, incide, in casu, as sanções previstas na Lei 6.368.76. (Precedente)

(...)

(STJ – HC – 5ª T. – Rel. Min. Félix Fischer – DJ 05.06.2006, p. 302).

3 A QUESTÃO DO USUÁRIO E DO DEPENDENTE

Sobre a questão do dependente de drogas, não houve solução de continuidade relativamente à sistemática anterior. Ou seja, segundo o art. 45 da Lei Nova, é isento de pena o agente que, em razão da dependência ou sob o efeito, decorrente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A verificação das duas hipóteses de exclusão da culpabilidade (dependência ou ingestão involuntária de droga) ficará condicionada ao exame pericial e importará na *absolvição* e eventual encaminhamento do envolvido para “tratamento médico adequado”.

A hipótese de semi-responsabilidade penal está consagrada no art. 46, importando, seu reconhecimento, em causa de diminuição de pena, na escala variável entre 1/3 a 2/3.

Sobre o *usuário de drogas*, percebe-se significativa mudança no tratamento jurídico a lhe ser dispensado. De certa forma, avançou-se até mesmo com relação a diplomas legais que, reconhecidamente, abrandaram o rigor do Direito Penal, como as Leis 9.099/95, 10.259/01 e 11.313/06.

Nesse sentido, a *transação penal*, regulada no § 5º, do art. 48, da Lei 11.343/06, não sofre a restrição de “*ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa*”, conforme disposto no inc. II, do art. 76, da Lei 9.099/95.

A possibilidade de transação penal é, pois, ilimitada.

Na parte relacionada com a pena cominada ao usuário, o art. 28 da nova Lei arrola três medidas principais, a serem aplicadas isolada ou cumulativamente:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços a comunidade; e

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Em caso de descumprimento injustificado dessas sanções, pode o Juiz impor as seguintes medidas, coativas e sucessivas:

I – admoestação verbal; ou

II – multa, pela sistemática de dias-multa cominada no art. 29.

Constata-se, assim, que a pena de prisão não é mais cominada para o ilícito de consumo desautorizado de drogas ilícitas.

A propósito, instalou-se controvérsia acerca da natureza jurídica do ilícito em questão, ou seja, se se tratava, ainda, de um crime ou, na verdade, de uma mera infração administrativa.

Segundo os defensores da primeira corrente, o art. 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-lei 3.914/41), dispõe que se considera crime ou delito a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isolada, quer alternativa ou cumulativamente, com a pena de multa.

Considerando que o citado dispositivo penal não prevê a cominação de pena privativa de liberdade, parte da doutrina passou a considerar que ocorreu

uma *descriminalização* – isto é, retirada total da seara penal – da conduta de uso indevido de drogas³.

Passou-se a estar diante, para essa corrente, de uma infração não penal.

Para uma segunda corrente, não ocorreu a mencionada *descriminalização*, mas, apenas, *despenalização*; vale dizer, substituição da pena privativa de liberdade por um rol de penas alternativas.

É importante considerar, para essa segunda corrente, que a própria ementa do Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/06, diz, expressamente, *dos crimes e das penas*. Não teria sido, portanto, vontade do legislador promover uma *descriminalização* do ilícito sob consideração.

Uma corrente intermediária entende tratar-se de infração penal *sui generis*. Nesse sentido, leciona Luiz Flávio Gomes, *verbis*:

Diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de drogas para consumo pessoal passou a configurar uma infração sui generis. Não se trata de 'crime' nem de 'contravenção penal' porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perde o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, 'sui generis'. Não se pode, de outro lado, afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada). Em conclusão: não é 'crime' nem é 'contravenção' nem é um ilícito 'administrativo': é um ilícito 'sui generis'⁴.

A nós nos parecer tratar, na verdade, de um delito de *menor potencial ofensivo*. Nesse sentido, muito mais que uma visão formal, necessário se faz compreender o delito de uso de drogas na realidade contemporânea.

Com efeito, indubitavelmente, o ilícito tipificado no art. 28, da Lei de Drogas foi inspirado no modelo português da Lei 30/00, conforme se constata da leitura dos seguintes dispositivos:

Art. 2º. Consumo.

1 – O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem *contra-ordenações*.

2 – Para efeito da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder

³ Cabe considerar que, sob esse enfoque formal, tampouco se poderia dizer que o ilícito em foco passou a ser classificado como *contravenção penal*, pois, para essa última, há previsão da pena de *prisão simples*, inexistente no art. 28, da Lei 11.343/06.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas: Descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal*.

a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.

(...)

Art. 15º. Sanções.

1 – Aos consumidores não *toxicodependentes* poderá ser aplicada uma *coima* ou, em alternativa, *sanção não pecuniária*.

2 – Aos consumidores *toxicodependentes* são aplicáveis *sanções não pecuniárias*.

(...)

Art. 16º. Coimas.

(...)

Art. 17º. Outras sanções.

1 – A comissão pode impor em alternativa à *coima* uma *sanção de admoestação*.

2 – Sem prejuízo do disposto no n. 2 do art. 15º, a comissão pode aplicar as seguintes *sanções*, em alternativa à *coima* ou a título principal:

(...)

3 – Em alternativa às *sanções* previstas nos números anteriores, pode a comissão, mediante *aceitação* do consumidor, determinar a entrega a instituições públicas ou particulares de *solidariedade social* de uma *contribuição monetária* ou a prestação de serviços gratuitos a favor da comunidade, em conformidade com o regime dos ns. 3 e 4 do art. 58º do Código Penal.

4 – A comissão pode suspender a execução de qualquer das *sanções* referidas nos números anteriores, substituindo-a pelo cumprimento de algumas obrigações, nos termos do art. 19º⁵.

Verifica-se da leitura dos dispositivos acima destacados que, em Portugal, por força da Lei 30/00, em vigor desde 2001, o consumo de substâncias psicotrópicas não é mais considerado delito (conforme antes dispunha o art. 40º, do Dec.-lei 15/93), mas, sim, *contra-ordenação*, de resto submetidas ao julgamento e aplicadas por uma comissão para a *dissuasão da toxicodependência*, composta por um “jurista” e por médicos, psicólogos, sociólogos, técnicos de serviço social ou outros profissionais com currículo adequado na área da *toxicodependência*.

Ademais, em Portugal, afastou-se por completo a pena de prisão, havendo, em seu lugar, as *sanções* de *admoestação verbal*, *coima*, *prestação de serviços* à comunidade, *proibição* de frequentar determinados lugares, *sujeição* a tratamento, dentre outras.

⁵ Pub. no Diário da República, Seção I, Série A, em 29 nov. 2000.

Vê-se, assim, que o modelo português expressamente retirou o consumo de psicotrópico da esfera do Direito Penal, não só em razão da denominação (contra-ordenação), mas, igualmente, pelo rol de respostas punitivas (medidas diversas de pena de prisão) e, por fim, pela autoridade encarregada de aplicá-la (uma comissão administrativa não revestida de jurisdição).

Conquanto inspirada na lei lusitana, considera-se que a legislação brasileira não retirou o consumo de drogas da esfera penal e processual penal, mas transportou, expressamente, para o terreno das *infrações de menor potencial ofensivo*⁶.

Com relação à definição de *usuário*, e sua separação da categoria de *traficante*, a lei inovou, visto que – diferentemente do diploma anterior que dizia ser da atribuição da autoridade policial a classificação legal do fato, através de “despacho fundamentado”, sem prejuízo de posterior alteração da classificação pelo Ministério Público ou pelo Juiz – o § 2º, do art. 28, da Lei 11.343/06, determina que tal medida passe a ser da competência da autoridade judiciária, excluindo-se, assim, o MP e a Polícia, numa verdadeira afronta ao *sistema acusatório* de base constitucional (CF/88, art. 129, inc. I).

Contudo, na prática, mormente em casos nebulosos, pouco impacto terá a referida alteração legal, pois, certamente, os agentes de autoridade (policiais civis ou militares) tenderão a conduzir a pessoa detida até a delegacia de polícia, sendo inevitável que a autoridade policial, por travar o primeiro contato com o fato, proceda à classificação que entender pertinente, nos moldes disciplinados no art. 37, da revogada Lei 6.368/76.

Ao Ministério Público, por seu turno, ao receber o inquérito policial, será igualmente franqueada a possibilidade de formar *opinio delicti* num sentido ou em outro.

Ainda em relação às sanções cominadas ao usuário, cumpre registrar que a prestação de serviços à comunidade, bem como a medida educativa de comparecimento a programa têm duração máxima de cinco meses, podendo ser estendida para dez meses em caso de reincidência.

A reincidência é “específica” da presente Lei, não afetando a propositura de nova transação penal, apenas “elevando” o tempo máximo de cumprimento de pena, como dito acima.

Por outro ângulo, houve ampliação das hipóteses relacionadas com o consumo pessoal, havendo um total de *oito* verbos típicos, cinco no *caput* do art. 28, e três no seu § 1º (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer

⁶ Sobre a categoria tripartite de crimes hediondos, crimes não hediondos e infrações de menor potencial ofensivo como substituta da vetusta categoria bipartida crime ou delito e contravenção penal, *vide* o artigo que escrevi alhures: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago. 2004.

consigo, semear, cultivar e colher), contra os *três* verbos clássicos do art. 16, da lei revogada (adquirir, guardar e trazer consigo).

A competência para o conhecimento do ilícito em questão é do *Juizado Especial Criminal*, segundo o princípio da justiça restaurativa, de cunho terapêutico.

A competência da justiça comum, estadual ou federal, para conhecimento do ilícito de uso de drogas só será possível na excepcional hipótese de concurso com os crimes dos arts. 33 a 37, da referida lei.

Por fim, adote-se que o ilícito sob comento regula-se pelo lapso prescricional de dois anos.

4 TRÁFICO DE DROGAS E OUTROS DELITOS

Acerca da parte repressiva propriamente dita – que compreende os delitos de tráfico de drogas, fabricação de maquinário etc. para o tráfico de drogas, associação para o fim de tráfico, financiamento do tráfico e colaboração para o tráfico, tipificados nos arts. 33 a 37, da Lei 11.343/06 –, contemplam-se hipóteses de *novatio legis in mellius e in pejus*.

Vamos nos ater, primeiramente, ao tráfico de drogas que, em razão da do fenômeno da extraterritorialidade, é o que mais interessa aos atuantes na área criminal federal, conforme a regra de competência inscrita no art. 109, inc. V, da CF/88.

A nova legislação de drogas, de forma coerente com a mudança jurisprudencial havida no Supremo Tribunal Federal, não diz mais – ao menos expressamente – que a pena deva ser cumprida em regime integralmente fechado.

Em sentido inverso, cabe falar de *progressão de regime* para o tráfico de drogas e delitos assemelhados, muito embora a lei sob consideração proíba a fiança, graça, anistia, indulto, liberdade provisória ou a conversão da pena de prisão em pena alternativa, nos termos expressos no art. 44, *caput*, da Lei 11.343/06⁷.

Sob outro aspecto, a Lei 11.343/06, não reproduziu a causa de aumento de pena referente ao *concurso eventual de duas ou mais pessoas*, anteriormente prevista no art. 18, inc. III, 1ª parte, da Lei 6.368/76. É importante registrar o efeito retroativo dessa mudança legislativa *in mellius* (CP, art. 2º, parágrafo único), que redundará, decerto, em medidas judiciais no âmbito do juízo de execuções penais ou dos Tribunais Regionais Federais (pedidos de revisão criminal).

⁷ Sobre a suposta inconstitucionalidade do citado art. 44, *vide* adiante.

Na mesma esteira, não houve a reprodução do dispositivo inserto no inc. III, do § 2º, do art. 12, da Lei 6.368/76 – contribuição para o incentivo ou difusão do uso indevido ou do tráfico de drogas – tratando-se, no particular, de *abolitio criminis* (CP, art. 2º, *caput*).

Relativamente ao tipo nuclear em questão, o art. 33, da Lei 11.343/06 reproduz os *dezoito* verbos que existiam no revogado art. 12, da Lei 6.368/76.

Por se tratar, portanto, de *reprodução* do dispositivo contido na lei anterior, não há que se falar de solução de continuidade na doutrina e jurisprudência consolidada em torno da figura do tráfico de drogas e da interpretação de suas elementares.

Assim, *v.g.*, há que se entender, dada a amplitude do tipo penal em questão, pelo não cabimento de *tentativa* de tráfico de drogas, em especial quando o agente é detido ao embarcar para o exterior trazendo consigo certa quantidade de drogas (em geral, cocaína), conforme a melhor jurisprudência pátria.

Aliás, cumpre observar que dificilmente ocorrerá hipótese de *conatus* na jurisdição penal federal tendo em vista do delito de *tráfico internacional de drogas*. Por exemplo, a *tentativa* de “exportar”, através de embarque em vôo internacional, é sempre precedida pela *consumação* dos verbos “transportar” (na bagagem de porão) ou “trazer consigo” a droga (presa ao corpo em cinta abdominal ou embalada em cápsulas feitas com pontas de luva cirúrgica que são ingeridas ou introduzidas no ânus).

O § 1º, do art. 33, amplia o alcance da norma penal proibitiva para, em seus três incisos, tipificar hipóteses relacionadas não só com a *matéria prima*, mas acrescentando, ainda, os casos de *insumos* e *produto químicos* relacionados com a produção indevida ou o tráfico de drogas.

As penas privativa de liberdade e de multa, cominadas tanto no *caput* quanto no § 1º, da Lei de Drogas, sofreram, por seu turno, significativa elevação.

Com efeito, a pena mínima de reclusão, que antes era de 3 (três) anos, passou para o patamar de 5 (cinco), mantendo-se a cominação máxima de 15 (quinze) anos.

A pena pecuniária, que antes era de 50 a 360 dias-multa, segundo o coeficiente de atualização monetária prevista na Lei 6.368/76, passou a ser de 500 a 1.500 dias-multa, regulada, agora, pela sistemática de dias-multa regulamentada no art. 43, e seu parágrafo único, da nova Lei de Drogas.

Numa rápida leitura, vê-se um tratamento aparentemente mais severo ao traficante de drogas.

No entanto, na prática, há que se ter redobrada atenção ao Membro do MPF porque essa aparência pode ser falaciosa.

Isso porque a Lei 11.343/06 trouxe uma “*válvula de escape*” para os acusados por tráfico em geral, consistente na previsão, no § 4º, do art. 33, de uma expressiva causa de diminuição de pena, de 1/6 até 2/3, fazendo com que a pena caia para hipotéticos 1 ano e ½ até 5 anos de reclusão, quando se tratar (a) de réu primário, (b) de bons antecedentes, (c) que não se dedique às atividades criminosas e (d) nem integre organização criminosa – todavia, vedada a conversão em pena restritiva de direitos.

Embora tenha por escopo abrandar o rigor da lei relativamente àquele indivíduo que, ocasional e sem maiores vínculos, comercializa pouca quantidade de droga, a referida minorante já tem sido – e, por certo, o será cada vez mais – explorada por advogados no sentido de beneficiar não apenas aquele tipo de criminoso, mas toda sorte de pessoas engajadas em organizações de tráfico ilícito de drogas, notadamente por seus requisitos trataram-se de *prova negativa*, sendo o ônus invertido em desfavor do Ministério Público Federal.

A propósito, vide o seguinte acórdão:

Penal e processual penal. Apelação criminal. Tráfico internacional de entorpecentes. Reincidência. Prova. Ausência de certidão. Ônus da acusação. Recurso improvido. Fixação do regime integralmente fechado. Inconstitucionalidade. Concessão de *habeas corpus* de ofício.

(...)

I – Embora não afaste a possibilidade de aplicação retroativa da Lei 11.343/06, como, por exemplo, nas hipóteses que tratem do disposto nos arts. 28 e 33, § 3º, o presente caso não comporta a concessão de eventual incidência dos arts. 33, § 4º, e 40, I, dada a existência de dependência entre a pena fixada no caput e as causas de aumento e de diminuição tratadas nos parágrafos. Ademais, as circunstâncias do delito (natureza do entorpecente, quantidade, forma de ocultação da droga, condenação criminal por fato idêntico) revelam propensão criminosa, afastando a incidência do requisito contido na expressão ‘não se dedique às atividades criminosas’.

(...).

(TRF – 3ª R. – Apel. Crim. – 2ª T. – Pub. em 15.12.2006).

Ainda na parte referente ao tráfico de drogas, o § 2º, do art. 33, contém um *tipo privilegiado* relativo a participação ao uso de drogas, figura anteriormente compreendida no inc. I, do § 2º, do art. 12, da Lei 6.368/76. Trata-se, também, de *novatio legis in mellius*.

Uma outra figura original – e igualmente benéfica ao réu – foi regulada no § 3º, do art. 33, compreendendo a conhecida situação de quem oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem. Tal situação era objeto de controvérsias na lei ante-

rior, dado o regime maniqueista “traficante/usuário”. Admite-se, agora, esse “meio termo”, com apenação mais branda do que a que foi dispensada ao narcotraficante referido no *caput* do prefalado dispositivo legal.

A *associação para o tráfico*, tipificada no art. 35, da nova Lei de Drogas, possui redação equivalente à do art. 14, da Lei 6.368/76, com a quantidade de pena superior à que foi cominada pelo art. 8º, da Lei dos Crimes Hediondos, vale dizer, a pena atualmente cominada é de três a dez anos de reclusão e pagamento de 700 a 1.200 dias-multa.

Uma questão relevante, que toca não apenas ao delito do art. 35, mas, da mesma maneira, os que se encontram tipificados nos arts. 35, 36 e 37, diz respeito à vedação de fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedando-se, ainda, a conversão da pena de prisão em pena restritiva de direito, conforme disciplinado no art. 44, *caput*, da nova Lei de Drogas.

Alguns autores sustentam a inconstitucionalidade parcial daquele dispositivo – ressalvando a constitucionalidade apenas com relação ao delito de tráfico de drogas, i.e., ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/07.

Nesse sentido, o Professor e Procurador da República Leonardo Figueiredo Costa entende que as restrições discriminadas no art. 44, da Lei 11.343/06, transgrediriam a cláusula expressa no art. 5º, inc. XLIII, da CF/88, na medida em que a associação ao tráfico de drogas não se equivale ao delito de tráfico de drogas, não lhe sendo, assim, pertinente o trato restritivo constitucionalmente feito aos crimes hediondos e assemelhados.

Conforme suas palavras,

Na forma da previsão constitucional, o delito de associação ao tráfico não pode ser caracterizado como crime hediondo, pois em si não representa tráfico de entorpecentes, mas apenas a finalidade de realizá-lo. O vínculo estável entre agentes com a finalidade da prática de uma série indeterminada de crimes consuma o delito independentemente da prática de qualquer realização concreta de tráfico ou financiamento ao tráfico de entorpecente, evidenciando o caráter autônomo e formal do delito associativo. Neste sentido, deve ser mantido o entendimento jurisprudencial já consolidado no STJ e no STF⁸.

Em sentido oposto, há quem sustente a constitucionalidade do art. 44, da nova Lei de Drogas, visto que a expressão “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” deve ser densificada, pela Lei ou pelo intérprete, tendo por assento o ordenamento jurídico como um todo, sendo, assim, cabível considerar o delito associativo como forma de manifestação do tráfico de drogas contemplado constitucionalmente (CF/88, art. 5º, inc. XLIII).

⁸ COSTA, Leonardo L. de Figueiredo. O crime de associação ao tráfico e as modificações introduzidas pela Lei n. 11.343/06. Texto inédito.

Conforme lecionado pela Procuradora da República Clarisier Azevedo Cavalcante, *verbis*:

O núcleo base para a indicação do tipo de tráfico, a ser concretizado pelo legislador da norma incriminadora, deverá ser extraído a partir da Convenção de Viena, de 1988, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 154, de 25.07.1991, que, em sua Introdução, conceitua ser tráfico qualquer das condutas elencadas nos parágrafos primeiro e segundo de seu artigo terceiro, estando, dentre elas, elencadas a vulgarmente conhecida como 'associação para o tráfico'.

Desse modo, a Lei 11.343/06, ao contrário da legislação anterior, ao apontar maiores rigores aos delitos inscritos no art. 44, procurou, em seu texto normativo, definir, com fulcro no Decreto 154/91, que o crime descrito no art. 35 tratar-se-ia de 'tráfico de entorpecentes', e que, nessa condição, e com fulcro no próprio texto constitucional, mereceria maiores rigores durante a persecução penal, bem como na própria execução da pena, per se tratar de 'crime equiparado a crime hediondo'⁹.

A nós nos parece correta a segunda corrente, pois não se deve confundir “crime hediondo” com “ilícitos equiparados a crime hediondo”. Se a lei, baseada na Convenção de Viena – como bem lembrado pela Procuradora da República Clarisier Cavalcante – fixou que, para os tipos contidos no art. 33, *caput*, e § 1º, e nos arts. 34 a 37, será dispensado tratamento mais severo, equiparando-se, em síntese, ao disciplinado ao crime hediondo pela Lei 8.072/90, parece-nos que o fez dentro do marco de competência legislativa que lhe foi conferida pela Carta Magna – e isso nada tem de inconstitucional.

Sob outra vertente, o art. 36 tipifica a figura do *financiador do tráfico*, modalidade delitiva até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, a qual foi cominada a sanção mais alta do diploma em questão, vale dizer, reclusão de 8 a 20 anos e pagamento de 1.500 a 4.000 dias-multa.

Mais uma vez, o legislador brasileiro buscou inspiração no modelo lusitano, até mesmo no tocante ao preceito secundário.

Com efeito, o Dec.-lei 15/93, contempla, no art. 28º o seguinte delito:

1 – Quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos nos arts. 21º ou 22º é punido com pena de prisão de 10 a 20 anos.

(...)

⁹ CAVALCANTE, Clarisier Azevedo. In: Curso de Vitaliciamento de Procuradores da República. Escola Superior do Ministério Público da União.

Por se tratar de uma inovação legal, há que se ter redobrada atenção para com a exegese desse dispositivo. Conforme a provocação lançada no início do presente texto, de certa forma, o *usuário* não deixa de ser um *financiador* do tráfico de drogas.

Certamente, não foi propósito do legislador criminalizar, por via oblíqua, a figura do *usuário financiador*, mas, sim, aqueles que, abusando de seu poder econômico, sustentam a rede empresarial de produção, transporte e escoamento de drogas, tanto nacional como internacionalmente.

Nesse sentido, as recentes operações deflagradas para reprimir a importação em larga escala da droga conhecida como “*êxtase*” – Operação “Tsunami”, dentre outras, atualmente objeto de julgamento na Seção Judiciária Federal do Rio de Janeiro.

O mesmo rigor exegético há de se buscar para a compreensão do delito tipificado no art. 37, da Lei 11.343/06 – colaborar, como informante, com o grupo ou organização de tráfico de drogas – particularmente para ser traçada a linha divisória entre este e o crime de associação previsto no art. 35.

Numa palavra: como separar o informante colaborador do indivíduo que se associa, reiterada ou esporadicamente, ao tráfico de drogas?

Por certo, o informante *não integra* a associação ou grupo de tráfico de drogas. Sua colaboração há de ser acessória, como, *v.g.*, aquela prestada por um carregador de malas do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, que incidentalmente informa aos membros de uma organização criminosa qual ou quais vôos deverão ser inspecionados pela Alfândega ou por policiais federais.

Acerca das *causas de aumento de pena*, cumpre salientar que a elevação prevista no art. 40, da Lei Nova, é *inferior* à que existia na Lei 6.368/76: antes, a pena era aumentada de 1/3 a 2/3, agora a pena é aumentada de 1/6 a 2/3.

Trata-se, no particular, de *novatio legis in mellius*, com efeitos penais retroativos, com potencial de gerar a interposição de medidas a favor do réu, tais como *habeas corpus* e revisões criminais.

Anote-se, por oportuno, conforme já mencionado, não ter sido reproduzida a majorante relativa à associação eventual para fins de tráfico.

A propósito, *vide* o seguinte arresto:

Revisão criminal. Tráfico de drogas. Art. 12, c.c. art. 18, III, da Lei 6.368/76. Delação premiada. Aplicabilidade. Art. 32, §§ 2º e 3º da Lei 10.409/02. Arts. 40 e 41 da Lei 11.343/06. Novatio legis in mellius. Regime inicialmente fechado. Pena. Substituição.

(...)

2. A nova Lei de Tráfico (11.343/06) suprimiu a causa de aumento específica consistente no concurso eventual de agentes para a prática do comércio

ilícito de entorpecentes. Ademais, reduziu o patamar mínimo de aumento em razão das majorantes, de um terço para um sexto. Logo, deve ser aplicada no caso concreto, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, inc. XL, da Magna Carta, e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).

(...).

(TRF – 4ª R. – Revisão Criminal – 4ª Seção – Pub. em 10.01.2007).

Em sentido inverso, com base no princípio da *impossibilidade de combinação de leis*, *vide* o seguinte arresto:

Apelação criminal. Tráfico internacional de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Inexistência de ilegalidades no inquérito policial. Desnecessidade de defensor no ato de interrogatório realizado na polícia. Validade do testemunho de policiais. Testemunhos reduzidos a termo de maneira idêntica. Irrelevância. Causa de aumento de pena relativa à internacionalidade do tráfico mantida. Impossibilidade de criação de uma *lex tertius*. Dosimetria da pena privativa de liberdade que não comporta reparo. Redução de ofício do número de dias-multa. Apelação não provida.

(...)

8. *Internacionalidade do tráfico comprovada pela detalhada confissão do réu perante a autoridade policial acerca da aquisição da substância entorpecente no Paraguai, bem como pelos depoimentos uníssonos e incontroversos dos Agentes da Polícia Federal, em ambas as fases da persecução penal, nesse mesmo sentido. Ademais, a caracterização da internacionalidade do tráfico se afere também pela abrangência de mais de um país na prática criminosa, justamente o que ocorreu na espécie dos autos.*

9. *Quanto à incidência ou não da parte mais favorável da Lei 11.343/06 – já que a causa especial no limite mínimo (1/6) do que ocorreria sob a égide da Lei 6.368/76 (1/3) – nosso pensamento é no sentido de se prestigiar a doutrina tradicional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal porque veiculam um óbice intransponível contra a possibilidade de combinação de leis: criar uma *lex tertius*, o que tornaria o juiz um legislador.*

(...).

(TRF – 3ª R. – Ape. Crim. – 1ª T. – Pub. em 16.01.2007).

Dentre as causas de aumento de pena, chama a atenção aquela disposta no inc. I: a *transnacionalidade do delito*. Numa palavra, nunca é demais repisar que, se não houver a “*transnacionalidade*”, não haverá competência da Justiça Federal.

Dentre as demais majorantes, uma que dará, certamente, “dor de cabeça” ao exegeta é a contida no inc. IV, relativa ao crime praticado com violência física ou moral, emprego de arma de fogo ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva.

A dor de cabeça é dupla: primeiro, se a majorante do emprego de arma de fogo absorve o delito tipificado no art. 14 ou no art. 16, da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento. A segunda, consiste no alcance da expressão “processo de intimidação *difusa ou coletiva*”.

No mesmo sentido, há que se adotar especial atenção para a hipótese do inc. VII – agente que financiar ou custear a prática do crime – para não incidir em odioso *bis in idem* com o art. 36 retro-citado.

Sobre a figura do *réu colaborador* é necessário observar que a Lei 11.343/06, no seu art. 41, só alude a hipótese de ser beneficiado com a diminuição de pena – de 1/3 a 2/3.

Não há mais a possibilidade jurídica de concessão de *perdão judicial*, na forma regulada no art. 13, da Lei 9.807/99.

Trata-se, para nós, de um aspecto relevante da Lei, pois, no caso de “mula”, era comum, na nossa prática diária, o Membro do MPF efetuar uma espécie de “transação penal”, consistente na propositura de perdão judicial para a “mula” que se dispusesse a colaborar amplamente com o processo criminal na identificação dos membros de determinada organização do tráfico internacional.

O acordo era vantajoso para o réu, em regra *estrangeiro em situação irregular no país*, pois, com o perdão judicial, efetivava-se prontamente sua expulsão, não havendo, assim, o risco de vir a sofrer represálias ou atentado contra a sua integridade física no estabelecimento onde se encontrava preso preventivamente.

De outra parte, a colaboração redundava, em vários casos, na prisão de importantes membros do tráfico transnacional, fato extremamente positivo tendo em vista o caráter “empresarial” do narcotráfico internacional – prender somente “mulas”, não se alcançando os seus “agenciadores” é quase como querer “enxugar gelo”.

Vê-se, assim, que a mudança legislativa pode, na verdade, prejudicar pontualmente os interesses no combate eficaz ao tráfico internacional de drogas.

É certo, por fim, que o art. 49, da Lei 11.343/06, prevê o estabelecimento de *instrumentos protetivos e programas especiais de tutela* ao réu colaborador e a testemunhas referidas pela Lei 9.807/99, à exceção, obviamente, da concessão de perdão judicial àquele.

5 CONCLUSÃO

Sob o ponto de vista do Direito Penal, parece-nos que, no cômputo geral, a Lei 11.343/06 inovou positivamente o nosso ordenamento jurídico, em especial quando comparado ao *status quo ante*, qual seja, da vigência de uma lei da década de 70 do século passado (a Lei 6.368/76), remendada por um diploma absolutamente errático (a Lei 10.409/02).

Sob outro aspecto, como assinalado ao longo da exposição, trata-se de um diploma que, em regra, abrandou o rigor do Direito Penal para com o fenômeno do consumo e do tráfico ilícito de drogas. Concordamos que o Direito Penal não é “panacéia” para todos os males da Sociedade, sendo preferível a via da prevenção do uso indevido e da reinserção social dos dependentes de drogas.

Outrossim, para nós que atuamos na seara penal federal, far-se-á necessária uma redobrada atenção para com alguns dispositivos da Lei Nova, em especial determinadas causas de diminuição de pena que, talhadas para minorar hipóteses de venda episódica e – poder-se-ia dizer – “artesanal” de substâncias ilícitas, serão, certamente, exploradas no sentido de beneficiar membros de redes transnacionais do odioso tráfico de drogas.

6 REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Clarisier Azevedo. *In: Curso de Vitaleciamento de Procuradores da República*. Escola Superior do Ministério Público da União.

COSTA, Leonardo L. de Figueiredo. *O crime de associação ao tráfico e as modificações introduzidas pela Lei 11.343/06*. Texto inédito.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Drogas: Descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal*.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago. 2004.

DIREITO PROCESSUAL

DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA. SENTENÇA INCONSTITUCIONAL¹

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro²

Sumário: 1. Os fatos da causa; 2. A consulta; 3. Acertando os pontos: a sentença inconstitucional é inexistente, nula ou anulável?; 4. A sentença inconstitucional. O art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Outro meio de relativização da coisa julgada?; 5. Questão de direito intertemporal; 6. A relativização da coisa julgada através de medida judicial atípica; 7. Exame do caso concreto; 8. Resposta aos quesitos; 9. Referências.

1 OS FATOS DA CAUSA

1. A consulente, Fundação de Seguridade Social Braslight, teve por reconhecida, em ação de mandado de segurança (90.0010071-2), a sua imunidade tributária, através do acórdão, transitado em julgado em 29.08.1991, proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, confirmando anterior sentença, prolatada pela 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em 31.08.1990.

2. O acórdão acima citado interpretou como razão de decidir, “*extensivamente a norma contida no art. 150, VI, letra “c”, da Constituição Federal, entendendo como instituições sociais, para os fins ali especificados, as entidades fechadas de previdência privada*”.

3. No entanto, a União Federal propôs em 31 de março do corrente ano de 2005 ação ordinária pretendendo seja “declarada a nulidade” da sentença (em verdade, o acórdão) do mandado de segurança, com trânsito em julgado, e seja “*considerada eivada de vício desde a concessão da liminar no mandado de segurança*” (*sic*), com efeitos *ex tunc*, autorizando-se, por conseguinte, a Receita Federal a lançar tributos relativos aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação ordinária. Alternativamente, requer apenas “seja anulada a mencionada sentença”.

¹ Separata. Revista Forense, v. 384.

² Advogado.

4. Tal ação judicial tem por fundamento o fato de que a sentença proferida no mandado de segurança que reconheceu a imunidade tributária da consulente estaria eivada de vício insanável de inconstitucionalidade, na medida em que o STF, no julgamento do RE 202.700/DF – Pleno, por maioria, DJU de 01.03.2002, reconheceu que as entidades fechadas de previdência privada complementar não são contempladas pela imunidade prevista no art. 150, VI, “c”, da Constituição da República.

5. Entre outros argumentos, acrescenta a União Federal que, por se tratar de sentença inconstitucional, admitir-se-ia a relativização da coisa julgada na espécie, tendo em vista que o novo parágrafo único do art. 741 do Código Processo Civil daria base legal à quebra da coisa julgada que imunize sentença inconstitucional.

6. O juiz de primeiro grau reconheceu a sua incompetência para o julgamento do processo, extinguindo-o sem o julgamento do mérito, com base no inc. IV, do art. 267, do Código Processo Civil, porque, no seu entender, tratava-se de verdadeira ação rescisória e, assim, deveria ser processada e julgada pelo Tribunal Regional Federal.

2 A CONSULTA

7. Em vista disso, a Fundação de Seguridade Social Braslight, por meio de seu ilustre advogado, Dr. José Pontes, consulta:

- 1) É admissível, no caso concreto, ação ordinária proposta pela União Federal com o fito de rescindir a sentença transitada em julgado que reconheceria gozar a consulente de imunidade tributária?
- 2) Seria possível obter a medida por meio da ação de embargos prevista no parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil?
- 3) Pelo princípio da eventualidade, admitir-se-ia a chamada quebra atípica da coisa julgada, ou seja, sem previsão legal, na hipótese versada?

3 ACERTANDO OS PONTEIROS: A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL É INEXISTENTE, NULA OU ANULÁVEL?

8. É preciso não confundir os três planos dos atos jurídicos em geral, inclusive da própria sentença: a existência, a validade e a eficácia.

9. Na inexistência, falta um elemento essencial à caracterização do ato como jurídico, um suporte fático suficiente a incidência da norma jurídica a caracterizá-lo como *jurídico*, sendo, portanto, incapaz de gerar qualquer efeito. Na realidade, o ato inexistente é um não-ato e assim sequer precisa ser objeto

de desconstituição³. No tocante às sentenças, o exemplo clássico de sentença inexistente é aquela proferida por uma pessoa que não é juiz, pelo que jamais adquirira o *status* de coisa julgada e, muito menos, poderá se sujeitar à ação anulatória de qualquer espécie⁴ e, igualmente, não poderá ser considerada sentença inconstitucional, pelo simples fato de não existir no mundo jurídico como sentença.

10. O argumento de que a sentença ofensiva a mandamento constitucional ou fundada em lei considerada inconstitucional se torna inexistente é falso. O fato de uma lei que tenha sido utilizada como fundamento de uma sentença ser considerada inconstitucional não tem como consequência fazer desaparecer do mundo jurídico a sentença que nela se fundou.

11. A sentença contém uma norma jurídica concreta que regula uma determinada situação. Ela tem vida própria. E totalmente desvinculada da norma abstrata que lhe serviu de suporte, pelo que eventuais problemas que possam ocorrer com esta última – ainda que seja um vício de inconstitucionalidade – não lhe alcançam em sua existência.

12. Desta forma, a sentença transitada em julgado que contenha seus elementos essenciais não poderá ser considerada como inexistente seja porque injusta, ilegal ou inconstitucional. Em regra, ela produzirá seus efeitos próprios até que seja desconstituída e, assim, retirada do mundo jurídico.

13. Diz-se que o ato jurídico não é válido quando ele contém determinado vício, cuja possível consequência, dependendo do que dispuser a legislação própria, possa determinar a sua nulidade ou anulabilidade. Do mesmo modo, preconiza a doutrina predominante que o ato nulo desafia a ação declaratória, enquanto o ato anulável ou relativamente nulo precisa ser desconstituído.

14. É certo que o ato válido, em regra, deveria produzir seus efeitos próprios, enquanto aquele inválido não deveria produzi-los. Todavia, esta provável consequência não coloca os planos da validade e da eficácia como consequentes um do outro.

15. São planos distintos. É perfeitamente possível que um ato nulo produza efeitos e um ato válido não. Assim, no plano processual, a sentença su-

³ Eduardo J. Couture. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED, 1999. p. 302: “A fórmula que definiria esta situação seria, pois, a de que o ato inexistente (fato) não pode ser revalidando, nem precisa ser invalidado. Não é necessário a seu respeito um ato posterior que o prive de validade, nem tampouco é possível que atos posteriores o conformem ou homologuem, conferindo-lhe eficácia”.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 206: “Porque, se a sentença é inexistente, não é sentença: não cabe rescindir – seria rescindir o nada”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, p. 107: “A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em ‘processo’ a que falte pressuposto de existência, qual seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença inexistente, e será declarada tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até impossibilidade) de providência tendente a desconstituí-la: não se desconstitui o que não existe”.

jeita a recurso com efeito suspensivo não produz efeitos, apesar de válida, enquanto a sentença sem fundamentação e assim inválida, transitada em julgado, produz todos os seus efeitos.

16. Trazendo tais conceitos para a análise da eficácia da sentença de mérito transitada em julgado, pode-se dizer que ele produzirá todos os seus efeitos enquanto não desconstituída. Esta é a regra.

17. O legislador procurou, no plano processual, assegurar a garantia dos julgados, a segurança jurídica da coletividade, erigindo a coisa julgada como, garantia a coisa julgada como garantia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI).

18. Tal instituto toma imutável e, portanto, indiscutível a sentença de mérito transitada em julgado, aqui entendida como resultado do processo, ainda que ela contenha qualquer espécie de vício originário, inclusive de inconstitucionalidade. Pode-se afirmar que a sentença que contenha o selo da imutabilidade só pode ser desfeita através de ação própria de cunho anulatório, in dependente da natureza do vício que possua, o que passa a ser absolutamente irrelevante⁵.

19. O efeito pretendido decorre agora de uma nova situação jurídica que passou a existir a partir do trânsito em julgado da sentença de mérito com a conseqüente formação da coisa julgada material, pouco importando se ela tenha sido válida ou inválida.

20. Para justificar o desaparecimento do vício, não é necessário socorrer-se de ficções processuais como dizer que “convalesceu o ato”, “a nulidade foi sanada”, “houve o efeito sanatório da coisa julgada”. Ele como tal jamais desaparecerá. *V.g.*, a sentença nula sem fundamentação não passará a ter fundamentação pelo simples fato de ter transitado em julgado e, portanto, adquirido *status* de coisa julgada. E preciso deixar claro que no plano processual o selo da imutabilidade e da indiscutibilidade da parte dispositiva da sentença (do resultado do processo) impede a produção das conseqüências jurídicas eventualmente previstas para o vício existente. Aqui será sempre necessário desconstituir, ou melhor, anular a sentença, tenha ela o vício que tiver, inoperante que estará por força do efeito preclusivo da coisa julgada, vazio de conseqüências jurídicas.

21. Nas palavras do Prof. José Carlos Barbosa Moreira, “*opera-se, por assim dizer, uma cisão entre o que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível remontar à fonte senão na estrita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita*”⁶.

⁵ MOREIRA, Barbosa. *Comentário ao Código de Processo Civil*, cit. p. 108-109: “Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples rescindibilidade”.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, p. 95, 2005.

22. Daí por que a sentença transitada em julgado, quando fundada em norma ou interpretação declarada inconstitucional, não poderá ser acoimada de inexistente ou nula, mas apenas de injusta⁷.

23. Não foi por outra razão que o legislador estabeleceu, no art. 474, do Código Processo Civil, que, “*passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzi das e repetidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido*”. Tal dispositivo consagra a eficácia preclusiva da coisa julgada material.

24. No entanto, o legislador permitiu excepcionalmente que a sentença transitada em julgado pudesse ser alvo de ação rescisória e, assim, passou a admitir uma forma de relativização da coisa julgada, que deverá ser exercitada, necessariamente, no prazo de dois anos contados a partir do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

4 A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL. O ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OUTRO MEIO DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA?

25. Pode-se afirmar, em sentido amplo, que uma sentença proferida em contrariedade a Constituição Federal é inconstitucional⁸, pouco importando que a inconstitucionalidade tenha ou não sido reconhecida, sob qualquer forma, pelo Supremo Tribunal Federal.

26. Todavia, o que efetivamente interessa para o mundo jurídico é saber quais são os remédios típicos e adequados, seu âmbito de abrangência e respectivos limites para afastar, modificar ou desconstituir a sentença tida como inconstitucional.

27. Primeiramente, o remédio mais conhecido e de maior abrangência, que serve para modificar a sentença inconstitucional, no âmbito do próprio processo, é o recurso extraordinário (CF, art. 102, III, letra “a”). O seu cabi-

⁷ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). *Revista de Processo*, n. 106, p. 53, 2002: “A sentença que ao decidir o mérito aplica uma norma inconstitucional não é só por isso ‘nula’ ou ‘inexistente’. (...) Trata-se, isso sim, de sentença injusta ou errada. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa”.

⁸ Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira bem observa que não é propriamente a coisa julgada que se qualifica de inconstitucional, mas sim a sentença. *Verbis*: “Salvo engano, o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (*lato sensu*): nela própria, e não na sua imutabilidade (ou na de seus efeitos, ou na de uma e outros), é que se poderá descobrir contrariedade a alguma norma constitucional” (“Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, cit., p. 92). Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, referindo-se à coisa julgada inconstitucional, admitem como tal: a) as que violam diretamente a Constituição; b) as que aplicam norma inconstitucional, tenham sido ou não objeto de controle abstrato de constitucionalidade; e c) as que deixam de aplicar norma constitucional. *Por entendê-las, equivocadamente, inconstitucionais (A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, cit, p. 103).

mento independe do prévio reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo STF, ou mesmo da existência de anterior decisão do STF reconhecendo a incompatibilidade da interpretação da tese jurídica posta no processo com a Constituição Federal.

28. Nesta mesma linha, e com o âmbito de abrangência similar, há o remédio processual conhecido como ação rescisória (CPC, art. 485, V), que serve para atacar a sentença inconstitucional já transitada em julgado, pelo que terá necessariamente, natureza desconstitutiva. Aqui, como no recurso extraordinário, o cabimento da ação rescisória independe da anterior declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, da lei ou ato normativo em que se tenha fundado a sentença, ou mesmo de interpretação incompatível que esta tenha dado com a Constituição Federal.

29. Somente o segundo remédio, o da ação rescisória serve como meio de "reativizar" a anterior coisa julgada, visto que, na hipótese de recurso extraordinário, ela ainda não se formara.

30. Além desses remédios clássicos para o enfrentamento da sentença tida como inconstitucional, o legislador criou, recentemente, um novo remédio também destinado a esta mesma finalidade, mas com âmbito mais restrito do que aqueles anteriormente examinados: os embargos previstos no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Para efeito do disposto no inc. II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

31. Sem entrar no mérito da natureza jurídica desta específica ação de embargos tem por finalidade desconstituir a sentença inconstitucional ou simplesmente impedir a execução da mesma⁹ –, ela pressupõe que o título judicial tenha por base lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou que este tribunal tenha atribuído à norma uma interpretação conforme a Constituição, em qualquer caso com força *erga omnes*.

32. Assim, em princípio, somente através do controle abstrato, alcançar-se-á tal desiderato. A procedência do pedido nas ações próprias para a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto* levará a paralisação da eficácia da

⁹ A expressão contida no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, no sentido de que a sentença inconstitucional é inexigível, é absolutamente imprópria. A rigor a inexigibilidade significa que a obrigação está pendente de termo, condição ou de outra limitação (arts. 582, 615, IV, e 743, todos do Código de Processo Civil). Nenhuma dessas situações se aplica à sentença fundada em norma inconstitucional. Tal equívoco só se justifica pela necessidade que o legislador sentiu de enquadrar a nova situação em um dos incisos anteriormente existentes, do próprio art. 741. Esses embargos servem para desconstituir a anterior sentença e não, simplesmente; impedir que ela possa produzir os seus efeitos.

quela norma tida por inconstitucional. Tal norma inconstitucional é retirada do ordenamento jurídico, pelo que jamais poderá retomar ao mesmo, sendo vedada a possibilidade de nova decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, excluída até mesmo a possibilidade de ação rescisória¹⁰.

33. Pelas mesmas razões, também estariam ao abrigo do parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil, as declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle *incidenter tantum*, desde que o Senado Federal, após a comunicação do STF, suspendesse a execução da norma nos termos do art. 52, inc. X, da Constituição Federal¹¹.

Também neste caso, haverá definitividade do ponto de vista prático no reconhecimento da inconstitucionalidade, que não poderá mais ser revisto pelo STF¹². Diversamente, quando o Senado não retira do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional pelo STF incidentalmente, mesmo que venha a ser objeto de súmula, poderá a Corte Suprema rever a sua decisão por inicia-

¹⁰ A matéria é tratada pelas normas infraconstitucionais que versam o processo da jurisdição constitucional. Assim, o art. 26, da Lei 9.868/99, que trata das ações diretas de inconstitucionalidade e das declaratórias de constitucionalidade, dispõe que "a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo em ação direta ou ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo igualmente ser objeto de ação rescisória". Também estatui o art. 12, da Lei 9.882/99, que "a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória".

¹¹ Neste sentido, TALAMINI, Eduardo (Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade [CPC, art. 741, parágrafo único], cit. p. 66). *verbis*: "Quando o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo se der em via incidental, sua invocação em embargos (relativos a outros processos) em princípio dependerá da 'suspensão da execução' da lei pelo Senado Federal, e ficará subordinada aos limites temporais fixados nessa a 'suspensão'". E também a opinião de Araken de Assis, que assim se manifesta: "Quanto ao controle incidental, ainda que resulte de reiteradas manifestações uniformes e convergentes do STF, somente a partir da resolução do Senado Federal, na forma do art. 52, X da CF/88, suspendendo a lei ou o ato normativo, enseja-se a incidência do art. 741, parágrafo único, do CPC" (Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Revista Jurídica*, n. 301, p. 25, 2002). Sobre este tema o Min. Gilmar Ferreira Mendes, em proposta de *lege ferenda*, formulada em tese publicada em 1996, admitiu que os embargos pudessem ser opostos naquelas situações em que o STF tivesse se pronunciado no procedimento de controle abstrato ou incidental. desde que o Senado, nesta última hipótese, procedesse à suspensão da execução da norma declarada inconstitucional (**Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996).

¹² Nesse sentido, decidiu o STF – MS 16.519/DF – Rel. Min. Luiz Gallotti – DJ 09.11.1966, p. 3.873: "O ato do Senado, previsto no art. 64, da Constituição não é um ato legislativo. Se fosse, teria que competir não só ao Senado mas também à Câmara, dependendo ainda de sanção do Presidente da República. Trata-se de atribuição que o art. 64, da Constituição confere ao Senado, de suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, pelo Supremo Tribunal, fazendo com que a decisão deste produza efeito *erga omnes*. Porque as decisões judiciais, em nosso sistema, têm seu alcance delimitado às partes em litígio, salvo nos casos de representação do Procurador-Geral da República sobre inconstitucionalidade em tese (invocação trazida pela Constituição de 1946). O ato do Senado é complementar de uma decisão judicial, ampliativo dos efeitos desta. Não pode o Senado, ao exercer a atribuição que lhe confere o art. 64, da Constituição, rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal". Ademais, na AR 878/SP – Rel. Min. Rafael Mayer – j. em 19.03.1980 – RTJ 94/01, o STF assentou ser impossível rever seu posicionamento a respeito da inconstitucionalidade de uma norma, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

tiva de qualquer de seus ministros, nos termos dos arts. 11, incs. II e III, e 103 do seu Regimento Interno.

34. Também em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, o STF pode controlar o sentido da norma, de sorte a emprestar-lhe aplicação ou interpretação constitucionais. Cuida-se da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto¹³. Também esses pronunciamentos, quando desrespeitados, ensejam o cabimento dos embargos fundados no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que trata de “títulos judiciais” fundados em lei ou ato normativo em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

35. Admitir-se entendimento diverso, ou seja, de que qualquer reconhecimento incidental de inconstitucionalidade pelo STF possa estar ao abrigo do mencionado dispositivo legal, seria aceitar que todo tipo de sentença de mérito já transitada em julgado pudesse, em tese e em algum momento futuro, ser desconsiderada ou até mesmo impedida de produzir efeitos mais de uma vez, desde que outro e posterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal reexaminasse a mesma matéria.

36. Restringir a aplicação do art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, às decisões fundadas em lei ou ato normativo que tenha sido alvo de declaração de inconstitucionalidade (total ou parcial) em controle abstrato ou incidental (este, desde que suspensa à norma pelo Senado) é uma maneira de evitar a sucessão – talvez interminável – de quebras da coisa julgada, dando ao Supremo Tribunal Federal, como convém, a palavra final sobre o assunto¹⁴.

37. Ademais, cuida-se o instituto da coisa julgada de uma concretização do próprio acesso à justiça¹⁵ e de uma exigência do Estado de Direi-

¹³ Na clara lição de Luiz Guilherme Marinoni, “a interpretação conforme estabelece uma única interpretação conforme a Constituição, declarando que **todas as outras são com ela incompatíveis**. Na declaração parcial de nulidade, declara-se a inconstitucionalidade de **algumas interpretações**, preservando-se a literalidade do texto legal” (Relativizar a coisa julgada material?. *Revista dos Tribunais*, n. 830, p. 64-65, 2004).

¹⁴ Tal interpretação restritiva da norma concilia-se com a crítica articulada por alguns autores a respeito da relativização da coisa julgada, como Luiz Guilherme Marinoni, de que “as teses da ‘relativização’ não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada” (Relativizar a coisa julgada material?, cit., p. 58). Também responde à observação de Ovidio A. Baptista da Silva de que as teses relativizadoras equivocam-se ao imaginar que a sentença que ataque anterior decisão abusiva, injusta ou inconstitucional seja milagrosamente imunizada pela intangibilidade renascida (SILVA, Ovidio A. Baptista. Coisa julgada relativa? *Revista Jurídica*, n. 316, p. 13, 2004). No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material*, cit., p. 109.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Relativizar a coisa julgada material?*, cit., p. 58: “Ou seja, de nada adianta falar em direito de acesso à justiça, sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situa-

to¹⁶. Justamente em decorrência do princípio constitucional da segurança jurídica¹⁷, as causas de relativização da coisa julgada devem se limitar, em regra, àquelas hipóteses excepcionais previstas no direito positivo, de sorte a causar o menor abalo possível à estabilidade das relações jurídicas.

38. Nesta linha, o legislador infraconstitucional entendeu de reconhecer no parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil, outra forma legal, outro caminho jurídico, para possibilitar a chamada relativização da coisa julgada.

39. Antes da edição desta norma, já havia posição doutrinária e jurisprudencial absolutamente tranqüila no sentido de não admitir que o reconhecimento de inconstitucionalidade – via controle abstrato – da norma que servira de base à sentença inconstitucional pudesse desconstituir, automaticamente, a coisa julgada que a houvesse imunizado. Dependeria tal desconstituição, em qualquer caso, de ação rescisória¹⁸.

40. Tal orientação vem sendo adotada em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros. Assim, por exemplo, de acordo com a Lei do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), as sentenças civis transitadas em julgado não são alcançadas pela declaração de inconstitucionalidade da

ções indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada”.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1.004: “Em sede de Estado de Direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito”.

¹⁷ GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 set. 2005. p. 4: “*Todavia, parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no caput do art. 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica*”.

¹⁸ No STF, há o expressivo acórdão do RE 86.056 (Rel. Min. Rodrigues Alckmin – DJU 01.07.1977), em cuja ementa se lê: “Recurso extraordinário. Embargos à execução de sentença porque baseada a decisão transitada em julgado em lei posteriormente declarada inconstitucional. A declaração da nulidade da sentença somente é possível via da ação rescisória. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido”. No mesmo sentido, os acórdãos do RMS 17.976/SP, Rel. Min. Amaral Santos, em RTJ 55/744; Reclamação 148. Rel. Min. Moreira Alves, em RTJ 109/463. No STJ, o mesmo entendimento é esposado, como se infere dos acórdãos da AR 976/CE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 15.05.2000; do REsp. 191.093/RS, Rel. Min. Gomes de Barros, DJU 20.03.2000; e da AR 1.365/SC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 18.06.2001, a título de exemplo. Em doutrina, vale salientar as manifestações de Alfredo BUZOID (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 138), Gilmar Ferreira MENDES (*Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 279-280), Clémerson Merlin CLÉVE (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 251-253).

Corte¹⁹. O mesmo pode ser dito do ordenamento constitucional italiano²⁰, do português²¹ e do espanhol²².

41. A preocupação do ordenamento jurídico com a segurança jurídica é tão grande que, nos termos da recente norma do art. 27, da Lei 9.868/99, o STF poderá quando da declaração direta de inconstitucionalidade restringir os efeitos daquela declaração, ou até mesmo decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A regra que era da eficácia retroativa do pronunciamento do STF, passa a ser temperada justamente em decorrência de razões “*de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*”. De todo modo, como anteriormente mencionado, fica claro que a sentença já transitada em julgado permanece imune à eficácia retroativa da decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade, tenha ou não o Supremo restringido a eficácia de sua decisão.

42. Pode-se concluir que no direito positivo brasileiro a possibilidade de desconstituição da sentença que julga o mérito da causa, com fundamento na *injustiça* da mesma, está restrita àquelas hipóteses de cabimento de ação rescisória ou dos embargos introduzidos pelo parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil²³. Fora dessas situações, não existe no direito positivo brasileiro outra possibilidade para o alcance de tal finalidade.

43. Daí por que seria juridicamente impossível invocar outros fundamentos para anular a sentença transitada em julgado, via ação rescisória ou via ação de embargos, que não aqueles expressamente tipificados no ordenamento jurídico²⁴.

¹⁹ Sobre o tema, ver por todos FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

²⁰ Segundo o art. 136, da Constituição italiana, “*la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”. Sem embargo, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a eficácia *ex tunc* das declarações da Corte Constitucional, ressalvando, em todo caso, os “relações exauridos”, como aquelas atingidas por sentenças transitadas em julgado. A respeito, expõe a tese de doutoramento de Eduardo Talamini (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 427 e ss.).

²¹ Dispõe o art. 282, I, da Constituição portuguesa que “*A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado*”. Contudo, esclarece o item 3 do mesmo artigo: “*Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido*”.

²² Assim dispõe o art. 161, I, a, da Constituição espanhola: “*Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia. afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada*”.

²³ Por outras razões que não a injustiça do decidido, é possível obter o desfazimento da sentença proferida com julgamento de mérito, após seu trânsito em julgado, como na ação anulatória (CPC, art.) e nos embargos à execução fundados na inexistência ou vício de citação no processo que ensejou o título executivo judicial (CPC, art. 741, I).

²⁴ Referindo-se às hipóteses de cabimento previstas nos incisos do art. 485, do Código de Processo Civil, Cândido Rangel Dinamarco assim se manifesta: “*Fora dos casos ali indicados, é juridicamente impossível*

5 QUESTÃO DE DIREITO INTERTEMPORAL

44. Por outro lado, é evidente que a norma em exame somente pode ser aplicada às situações jurídicas constituídas após a sua vigência. Em outras palavras, o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, somente pode ser invocado para desconsiderar a anterior coisa julgada, caso a sentença tenha transitado em julgado após a sua vigência.

45. Do ponto de vista prático, tal norma apresenta novos fundamentos para a desconstituição da coisa julgada ou pelo menos para impedir a produção dos seus efeitos próprios e, assim, não poderá ser aplicada às sentenças pretéritas transitadas em julgado, seja porque a regra é de que a lei nova não tem efeito retroativo, seja pela própria garantia da coisa julgada (ambas situações com previsão na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI), a impedir que esta mesma lei possa ter o efeito de apanhá-la retroativamente.

46. Desta forma, as hipóteses previstas no direito positivo que autorizam a desconsideração da coisa julgada somente podem ser aplicadas às situações existentes quando da vigência da respectiva lei, ou seja, o regime legal da coisa julgada é aquele vigente à época do trânsito em julgado da respectiva sentença – *tempus regit actum*.

47. Esta situação é praticamente idêntica àquela que ocorreu quando o novo Código de Processo Civil (1973) entrou em vigor. Discutiu-se à época se os novos fundamentos para a ação rescisória aplicar-se-iam às sentenças transitadas em julgado anteriormente à vigência do novo código. O STF reconheceu expressamente que não, isto é, os novos fundamentos que ensejariam a ação rescisória somente poderiam ser opostos nas sentenças transitadas em julgado após a sua vigência²⁵.

48. Em linha de coerência, justamente para assegurar o princípio maior da segurança jurídica, deve-se admitir a aplicação do parágrafo único do art. 741, do Código Processo Civil, somente àquelas sentenças proferidas após o reconhecimento da in-constitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo STF. Nesta linha, a sentença transitada em julgado anteriormente ao reconhecimento

eventual demanda de rescisão porque se trata de situações em que, independentemente das peculiaridades concretas ou mesmo do modo como a sentença ou acórdão haja julgado a causa, a couraça da coisa julgada é mantida invulnerável pelo legislador” (Das ações típicas. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 305). No mesmo sentido. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 157.

²⁵ Assim: “*Não nega vigência ao art. 485, do Código de Processo Civil em vigor acórdão que deixa de aplicar restrição nele contida (o cabimento de ação rescisória apenas contra sentença de mérito) à ação rescisória que embora proposta já na vigência do novo Código, visa a rescindir sentença transitada em julgado ainda na vigência da codificação anterior*” (RT 504/259).

“*As condições de admissibilidade da rescisória são as da lei vigente ao tempo do transito em julgado de sentença rescindenda*” (RE 85.750/RJ – RTJ 82/982). No mesmo sentido, AR 1.066/MG (RTJ 120/969).

da inconstitucionalidade pelo STF não poderia ser mais desconstituída ou impedida de gerar efeitos através de tal via processual.

49. Tal interpretação está em perfeita sintonia com tudo que se disse antes, na medida em que, quando proferida a sentença, ela não poderia ser tachada de ilegal ou de inconstitucional. Era, sim, uma sentença válida, apta a produzir todos seus efeitos, sendo que a possível inconstitucionalidade da lei que lhe serviu de base não foi reconhecida naquele processo, pouco importando que a parte vencida não tenha levado, como deveria, a “matéria para a apreciação do STF através do recurso extraordinário próprio. A inconstitucionalidade para o futuro, após o reconhecimento pelo STF de tal situação, não poderia ter o condão de desconstituir tal decisão ou de impedir a produção de seus efeitos, nem mesmo pela via dos embargos introduzidos pelo parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil. Somente através de ação rescisória, observado o prazo decadencial de dois anos, seria possível discutir tal situação.

50. Imagine-se a imensa insegurança jurídica que a via dos embargos traria naquelas hipóteses em que o STF, 05, 10 ou 15 anos após o trânsito em julgado da sentença, venha a reconhecer, mesmo através de controle abstrato, a inconstitucionalidade da norma que servira de base a tal decisão, permitindo, *ipso facto*, uma avalanche de processos para desconstituir todo e qualquer julgado orientado por aquela norma, destacando-se aqui que a ação de embargos prevista no parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil, não tem prazo-limite para ser manejada.

51. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de não admitir a rescisão do julgado, mesmo que o STF tenha declarado inconstitucional a legislação que embasava a anterior coisa julgada, se ultrapassado o prazo da ação rescisória. Neste sentido, o recente acórdão da 1ª Turma, relatado pelo Min. Luiz Fux (REsp. 671.182/RJ, por unanimidade, DJU de 02.05.2005, p. 206), cujos trechos mais relevantes estão destacados abaixo, *verbis*:

Processual civil. Violação ao art. 535, do CPC. Inocorrência. Ação declaratória da inexistência de relação jurídica decorrente de decisão judicial transitada em julgado contrária a posterior decisão do STF que considerou inconstitucional a legislação que a embasava. Inadequação da via eleita. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Art. 267, do CPC. Aplicação.

(...) As empresas recorrentes ajuizaram ação ordinária com o intuito de tomar ineficaz decisão transitada, passível de revisão unicamente pela via da ação rescisória, cujo prazo decadencial já havia transcorrido.

(...) A declaração de decadência do prazo bienal atinge o próprio direito a rescisão, por isso que, nessa hipótese, a decisão faz coisa julgada material (art. 269, N, do CPC), fato que impede a repropositura de outra ação rescisória.

*(...) Em sendo possível discutir no controle difuso a legalidade do tributo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e em controle concentrado não tem o condão de reabrir prazos superados. A seguir esse raciocínio, vinte anos depois de incorporado o tributo ao erário, e satisfeitas necessidades coletivas com esses fundos, o Estado ver-se-ia instado a devolver as quantias sem que a contraprestação também ocorresse, gerando situação de enriquecimento por parte do cidadão em detrimento do Estado. Ademais, vale lembrar que a segurança jurídica opera-se *pro et contra* o cidadão e a Administração Pública”.*

6 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA ATRAVÉS DE MEDIDA JUDICIAL ATÍPICA

52. Sequer poder-se-ia invocar a possibilidade de uma injustiça tão grande que pudesse levar a uma interpretação mais abrangente do parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil. Para estas situações, seria possível, em tese – e assim tem admitido parte da doutrina –, sustentar a possibilidade da desconstituição da sentença e, portanto, da relativização da coisa julgada, independentemente de previsão legal, de forma atípica, via ação direta. Seria necessário para tanto que um determinado princípio constitucional pudesse superar em valor a garantia da coisa julgada, como ocorre na excepcional e conhecida hipótese de desconstituição de sentença proferida em ação de investigação de paternidade, quando o exame de DNA revela outra paternidade²⁶.

53. Poder-se-ia admitir aqui, como o ponto de partida para tal excepcionalidade, aquelas hipóteses em que a anterior sentença transitada em julgado pudesse ofender o princípio da dignidade da pessoa humana, passível, portanto, de rescisão, independentemente de previsão legal, ou até mesmo de nova ação para discutir a mesma matéria²⁷. Aqui, a ponderação dos valores em jogo ca-

²⁶ Em trabalho meu, publicado antes de o tema da relativização ganhar destaque entre os processualistas, já abordava a necessidade de estudar o instituto da coisa julgada, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, que deve informar sua ponderação com valores outros relevantes. E tipicamente o caso de novo processo que tenha por escopo a afirmação ou negação de uma paternidade antes negada ou afirmada. A garantia da coisa julgada deve ser sopesada com o direito à filiação correta (**Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 100-101).

²⁷ Questiono se a chamada relativização atípica da coisa julgada seria possível de ser alcançada através de ação que tivesse por finalidade desconstituir a anterior coisa julgada. Como examinado no corpo deste parecer, seria juridicamente impossível tal pedido. O caminho mais adequado para alcançar o mesmo objetivo prático seria admitir uma nova e idêntica ação para obter uma nova decisão sobre a mesma matéria versada na anterior sentença, desde que a relação jurídica material possa ainda ser alvo de seus efeitos. Seria algo similar àquelas situações previstas nas relações continuativas em que ocorresse a modificação da situação de fato, ensejando, assim, a possibilidade de novo julgamento. Aqui, a anterior coisa julgada seria mantida, assim como os efeitos que ela gerou. Não existe nenhuma incoerência com esta proposta porque, do ponto de vista prático, é perfeitamente possível coexistirem no tempo as duas coisas julgadas. Seria ponderado e discutido no caso concreto, como questão preliminar, o possível afastamento da regra legal do art. 267. V. do CPC. que impõe a extinção do processo, em face da coisa julgada anterior. Os parâmetros para tal confronto e os requisitos que o autorizariam, ficariam restritos a hipóteses excepcionalíssimas, como apontadas pelos

berá ao juiz, ante a ausência de ponderação do legislador, de que decorrem as hipóteses típicas de relativização da coisa julgada – a ação rescisória e, agora, a ação de embargos prevista no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil

54. Dada a absoluta excepcionalidade da quebra da coisa julgada através da via atípica, sem previsão legal, é fundamental que ela fique restrita a valores que compreendam tão-somente a dignidade humana, em todos os seus matizes, abstraída qualquer outra hipótese. É necessário, aqui, que o valor em jogo transcenda as questões meramente materiais e esteja inserido no plano imaterial da vida com dignidade²⁸. Por esta razão é que no campo do direito penal, no qual está em jogo a liberdade do homem, a revisão criminal pode ser promovida a qualquer tempo, quando a sentença condenatória for injusta. Tal padrão é seguido por praticamente todos os ordenamentos legais estrangeiros.

7 EXAME DO CASO CONCRETO

55. A hipótese versada no caso concreto não se enquadra em nenhuma daquelas situações previstas no parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil, como anteriormente examinado.

56. O acórdão proferido pelo STF que serviu de base para a tese da União Federal não considerou nenhuma lei ou ato normativo como inconstitucional e sequer admitiu a existência de qualquer diploma legal que porventura tratasse de imunidade tributária como incompatível com a Constituição Federal.

57. Como se pode verificar quer pela leitura do acórdão proferido no mandado de segurança, como naquele proferido pelo STF – o RE 202.700-6 –, a matéria objeto da divergência diz respeito à interpretação de um dispositivo da Constituição Federal: o art. 150, VI, “c”.

58. Nesta linha, não existe nenhuma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que *incidenter tantum*, sobre a matéria da imunidade, sendo, portanto, inaplicável o parágrafo único do art. 741, do CPC.

59. Em situação idêntica, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser inaplicável o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, *verbis*:

doutrinadores, afastadas aquelas situações patrimoniais, inclusive de natureza tributária, que não poderiam se sobrepôr à garantia constitucional da coisa julgada.

²⁸ Outro exemplo: transita em julgado uma sentença que tenha reconhecido que uma determinada fábrica poderia continuar a funcionar, porque a sua atividade não em poluente. Posteriormente, um dado científico com absoluto grau de certeza contradiz a perícia então realizada, que serviu de base para a sentença. sendo certo que a continuação da atividade poluidora poderá causar danos irreversíveis à saúde da população do local onde a fábrica funciona. Nesta hipótese, a garantia da coisa julgada não pode se sobrepôr à garantia da própria vida com saúde daqueles moradores, sendo, portanto, possível uma nova apreciação daquela mesma situação de fato.

O fato de o STF ter decidido, em situação concreta, inexistir direito adquirido aos percentuais dos Planos Bresser, Collor I e II, não conduz ao entendimento de que o art. 741, parágrafo único, do CPC, tem o condão de desconstituir os títulos judiciais que reconheceram como devidos os referidos índices de correção monetária. Essa hipótese não se amolda àquela prevista pela norma em questão, visto não se fundar a decisão exequenda em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, tampouco emprestar a eles interpretação incompatível com a Carta Magna (REsp. 730395/SC – 111 T. – por unanimidade – Rel. Min. José Delgado – DJU 30.05.2005)²⁹.

60. O alcance do acórdão proferido pelo STF, mencionado pela União Federal, restringe-se às partes daquele processo, não podendo, por óbvio, projetar efeitos *erga omnes* em qualquer hipótese, vez que não se trata de controle de constitucionalidade por via principal (abstrato) nem de controle incidental, seguido de suspensão da norma pelo Senado Federal.

61. Sequer a edição de súmula sobre a matéria aproveitada à União Federal. Em primeiro lugar, ela seria posterior – muito posterior – ao trânsito em julgado da decisão atacada. Em segundo lugar, tal súmula não possuiria eficácia vinculante e, ainda que a tivesse, em terceiro lugar, tal eficácia não seria retroativa. Mais do que isso, a súmula não tem o grau de definitividade que se exige para a quebra da coisa julgada, com base no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil (*vide* itens 32, 33 e 34), na medida em que o STF poderá modificá-la ensejando a reabertura da discussão da mesma matéria. Desse modo, a existência de súmula não altera a situação jurídica da decisão atacada.

62. Até mesmo a possibilidade atípica de desconsideração da coisa julgada nem de perto poderia ser admitida no caso concreto. A toda evidência, o valor em jogo resultante do pronunciamento do STF sobre matéria de imunidade tributária de uma empresa de previdência fechada não poderia superar a garantia da coisa julgada. Caso contrário, estaríamos admitindo que qualquer situação poderia se prestar a tal finalidade, permitindo a instalação de um verdadeiro caos processual.

63. Vale aqui tudo o que se disse anteriormente sobre o princípio da segurança jurídica e da possibilidade de relativização da coisa julgada, os quais excluem a hipótese versada no caso concreto.

64. Mais do que isto, a sentença que se pretende rescindir transitou em julgado no ano de 1991, enquanto o acórdão do Supremo Tribunal Federal veio a lume no ano de 2002 –, sendo certo, outrossim, que o parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil somente passou a vigor no ano 2002. Desta

²⁹ No mesmo sentido, os REsp. 717.413/SC, 733.755/SC, 730.395/SC, 721.776/DF e 710.452/MG.

forma, é absolutamente inaplicável tal dispositivo legal, independentemente da interpretação que se possa lhe dar, pelo fato de que as hipóteses legais de desconstituição da coisa julgada devem ser, pelo menos, aquelas existentes à época em que tal fenômeno se produziu.

65. Finalmente, deve-se concluir que o juiz de primeiro grau entendeu, acertadamente, que a hipótese seria de uma verdadeira ação rescisória e assim a competência seria do órgão jurisdicional competente para desconstituir a última decisão sobre o mérito da causa. No caso em exame o acórdão substituiu a sentença de primeiro grau e, assim, a ação deveria ser proposta junto ao órgão competente, qual seja, a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. O único reparo, aqui, estaria no fato de que tal situação não ensejaria a extinção do processo sem o julgamento do mérito, mas sim a remessa do processo ao órgão jurisdicional competente para exame da petição inicial.

8 RESPOSTA AOS QUESITOS

66. Em vista do anteriormente exposto, já se pode responder aos quesitos formulados pela consulente.

- 1) Não. Não existe previsão legal que autorize, na hipótese, sob qualquer ângulo, a propositura de ação ordinária para a rescisão do julgado proferido no mandado de segurança. O órgão jurisdicional competente para julgar a ação deverá indeferir a petição inicial, extinguindo o processo sem o julgamento do mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido – conforme item 42.
- 2) Nem mesmo seria possível opor os embargos previstos no parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil, seja porque os requisitos que poderiam em tese autorizar tal medida, não se encontram presentes na hipótese – itens 56, 51 e 58, *supra* –, seja porque tal dispositivo legal não poderia ser aplicado às sentenças transitadas em julgado antes da sua vigência, como ocorre no caso em exame – item 64, *supra*.
- 3) Caso se admita a possibilidade de desconstituir a coisa julgada, independentemente de previsão legal, deverá o órgão jurisdicional competente pronunciar-se, desde logo, sobre o mérito do pedido de rescisão, julgando-o improcedente, vez que a ponderação dos valores em jogo na hipótese versada não autoriza a quebra da garantia da coisa julgada, como examinado, nos itens 53, 54 e 62, *supra*.

É o parecer.

Rio de Janeiro, em 20.09.2005 – Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Professor-Titular de Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

9 REFERÊNCIAS

- BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Campinas: RED, 1999.
- FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V.
- _____. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 22, p. 95, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa julgada relativa? **Revista Jurídica**, n. 316, p. 13, 2004.
- TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). **Revista de Processo**, n. 106, p. 53, 2002.

MEDIAÇÃO: A REDESCOBERTA DE UM VELHO ALIADO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹

Sumário: 1. Considerações iniciais. Definição. Distinções; 2. A mediação. Espécies e barreiras; 3. O processo de mediação. Notas características; 3. O processo de mediação. Notas características. Filtragem e adequação típica dos conflitos; 4. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. DEFINIÇÃO. DISTINÇÕES

Já se vão algumas décadas, desde que Mauro Cappelletti² sistematizou as suas **Ondas Renovatórias do Direito Processual**.

Mesmo assim, a idéia de um pleno acesso à justiça continua sendo uma obsessão para os processualistas.

O mesmo Cappelletti já reconheceu que os esforços organizados sob a égide da “Terceira Onda” devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional³, e que há diversas formas para a concretização dos processos de herero-composição, notadamente, a mediação⁴.

Seguindo essa fórmula, fica mais fácil chegar ao que se denomina de quarta onda renovatória, a saber, a efetividade dos direitos processuais⁵.

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar

¹ Pós-Doutor em Direito (Uconn Law School). Mestre, Doutor e Professor Adjunto de Direito Processual Civil (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Promotor de Justiça Titular no Estado do Rio de Janeiro.

² CAPPELLETTI, Mauro. Bryant Garth. **Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective**-a General Report. Access to Justice: A World Survey. Mauro Cappelletti and Bryant Garth (Eds.). (Milan: Dott. A. Guiffiré, 1978).

³ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense**, n. 318, p. 123-124.

⁴ “Le recours à la médiation, se substituant à l’exercice d’actions en justice, a pris une importance considérable dans les réformes et expériences faites récemment aux Etats-Unis, au niveau local avec les tribunaux de communautés ou les Neighborhood Justice Centers, et aussi en rapport avec la protection des intérêts diffus avec des procedes tels que l’environmental mediation”. CAPPELLETTI, Mauro (Org.). **Accès a la justice et état-providence**. Paris: Economica, 1984. p. 29.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro, *idem*, p. 33.

solução adequada a certos tipos de conflito⁶ e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação⁷ e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais⁸ num sistema processual constitucionalizado, passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação, enquanto processo para a busca de uma solução de pacificação do litígio.

Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito.

Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

O *Uniform Mediation Act*⁹ dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg¹⁰ afirma que “*mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party*”.

Já para Maria de Nazareth Serpa¹¹, mediação “*é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões*”.

O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

José Maria Rossani Garcez¹² afirma que a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se.

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 17, p. 09-14, 2004.

⁷ FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication, 92 *Harvard Law Review*, 353, 1978.

⁸ FISS, O. M. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

⁹ Aplicável nos EUA e disponível em: <<http://www.adr.org>>. Acesso em: 15 out. 2004.

¹⁰ GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*. 4th ed. New York: Aspen Publishers, Inc, 2003. p. 111.

¹¹ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 90.

¹² GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 35.

Roberto Portugal Bacellar¹³ define mediação como uma “*técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas*”.

Para Gladys Stella Álvarez¹⁴ a mediação constitui um “*procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a um acuerdo*”.

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a mediação se difere da negociação justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam a conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo¹⁵. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la¹⁶.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito.

Nesse caso, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos.

A adjudicação vai assumir, basicamente, a forma ou de arbitragem ou de jurisdição.

¹³ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 174.

¹⁴ ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La Mediación y el Acceso a Justicia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003. p. 135.

¹⁵ No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um “*processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada*”. *Op. cit.*, p. 147.

¹⁶ Afirma João Roberto da Silva que “*a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer, pois, quando considera a concepção de realidade não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos de realidade*”. (*In: A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004. p. 15).

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (árbitro) que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.

Há aqui a figura da substitutividade, eis que há a transferência do poder de decidir para o árbitro, que por sua vez é um juiz de fato e de direito¹⁷.

A arbitragem pode ser convenionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes¹⁸.

A segunda forma de adjudicação é a jurisdição, monopólio do Estado, que hoje é ainda o instrumento mais utilizado na solução dos conflitos no Brasil.

Nela não há limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria). Ademais, ostenta a característica da coercibilidade e auto-executoriedade, o que não ocorre na arbitragem¹⁹.

Mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos.

Vistas essas notas conceituais e definida a amplitude da mediação, analisemos mais a fundo sua consistência.

2 A MEDIAÇÃO. ESPÉCIES E BARREIRAS

Três são os elementos básicos para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas).

O segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. É preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

¹⁷ Cf. Lei 9.307/96, arts. 1º e 18.

¹⁸ Cf. Lei 9.307/96, arts. 2º e 3º.

¹⁹ Explica-se: se o árbitro profere uma sentença arbitral que é descumprida por uma das partes, não pode ele aplicar providências coercitivas para garantir o adimplemento. Deve oficiar (ou requerer, segundo alguns) tal providência a um Juiz de Direito, na medida em que o legislador resolveu transferir ao árbitro todos os poderes do Juiz, exceto aqueles que decorrem da *coertio*.

É certo que é extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, deve haver um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

Por fim, o mediador deve ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que goze de boa credibilidade. Deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se confiável e apto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito.

Há duas formas básicas de estabelecer a metodologia e as premissas para a busca da solução.

A primeira é denominada "*rights-based*" e ocorre quando as partes analisam quais são as perspectivas da questão na hipótese de a causa ser levada à jurisdição, a fim de delimitar objetivamente a solução prática a ser alcançada. Esses dados são tomados como ponto de partida para a negociação.

A outra é denominada *interest-based* e se dá quando a solução for buscada com base nos interesses e necessidades das próprias partes no que tange aos direitos em conflito, deixando-se a análise fria do texto legal e das tendências jurisprudenciais para um segundo momento e apenas como forma de conferir executoriedade ao termo de acordo.

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória.

É o que se chama de mediação incidental ou judicial. Em nosso ordenamento pode ser feita em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um conciliador ou designando um auxiliar para tal finalidade (CPC, arts. 331 e 447); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (CPC, art. 265, inc. II, c.c. § 3º).

De acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador²⁰ do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes.

No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar

²⁰ O termo facilitação vem sendo largamente utilizado na literatura especializada em mediação. Confira-se, por todos, SINGER, Linda R. *Settling Disputes*. 2. ed. Colorado: Westview, 1994. p. 24.

propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas²¹, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam²².

É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de co-mediadores, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Contudo, independentemente do tipo de mediação ou da postura do mediador, é possível identificar alguns comportamentos recorrentes que se constituem em verdadeiras barreiras à mediação.

Essas barreiras podem ser institucionais ou pessoais.

Barreiras institucionais são aquelas opostas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados.

Apesar de toda a evolução da teoria da solução alternativa de conflitos, é possível ainda identificar pontos de resistência bastante fortes e que podem ser resumidos em três posições.

A primeira diz respeito à desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e conseqüências jurídicas.

A segunda se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito. A sociedade brasileira, de forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras como conciliadores, juízes leigos,

²¹ FISCHER, Roger and William Ury. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving*. In: Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

²² Cf. também, as seguintes obras: CRAVER, Charles B. *Effective Legal Negotiation and Settlement*. New York: Lexis, 2001; SINGER, Linda R. *Settling Disputes*. 2. ed. Colorado: Westview, 1994; WILLIAMS, Gerald R. *Legal Negotiations and Settlement*. Minnesota: West, 1983.

juízes de paz, integrantes de câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistos com certa desconfiança.

A terceira é traduzida pela falta de normatização²³ e sistematização da mediação, aliada a noção de que sempre, de alguma forma, caberá algum tipo de recurso ou medida a ser distribuída ao Poder Judiciário, como forma de questionar providência determinada no âmbito de um método alternativo de solução de conflitos.

Barreiras pessoais são as aquelas impostas pelos que estão diretamente envolvidos num processo de mediação.

O ex-Diretor do Centro de Conflito e Negociação da Universidade de Stanford²⁴, e atual Diretor do PON – *Program on Negotiation da Harvard Law School*, Robert H. Mnookin²⁵, procurou sistematizar as quatro principais barreiras que impedem a obtenção de um acordo entre partes em litígio.

Afirma o professor, com quem tive a honra de participar de um intenso seminário²⁶ em meados de junho de 2004, que a primeira das barreiras a ser transposta é a estratégica, que está embasada na barganha, onde cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro.

Os negociadores devem ter em mente que o processo de negociação deve ser encarado como uma forma de atingir o máximo de benefícios para ambos os lados, ao invés de implicar, necessariamente, grandes perdas para um e ganhos correspondentes para o outro, visto que um negócio bem feito pode potencializar os ganhos de ambas as partes²⁷.

Para tanto, *mister* que as partes negociem com boa-fé, abertas ao maior número de opções possíveis, expondo as suas preferências e os fatos de seu conhecimento.

Também temos como barreira à obtenção de um bom acordo o uso de um preposto (agente) para negociar em nome do titular do direito, visto que é muito difícil que esse terceiro conheça todos os interesses do seu representado, bem como os limites aceitáveis das propostas.

²³ Ressalte-se que hoje já há projeto de Lei sobre a adoção da mediação no Brasil. A versão atual, consultada em 10.10.2005, foi apresentada pelo Senador Pedro Simon, e encontra-se disponível em nosso sítio, no seguinte endereço: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>.

²⁴ Disponível em: <<http://www.stanford.edu/group/sccn>>.

²⁵ Mnookin, Robert H. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict. *The Ohio State Journal on dispute resolution*, v. 8, n. 2, p. 235-249, 1993.

²⁶ Para maiores informações dos interessados em atender aos Seminários de mediação e negociação promovidos pelo Programa de Negociação de Harvard Law School, e/ou obter material específico sobre o tema, cf o sítio em: <<http://www.pon.harvard.edu>>.

²⁷ Essa idéia de ganhos recíprocos e a permanente preocupação com esse parâmetro sempre foi um dos pilares da teoria clássica da negociação em Harvard. Para maiores esclarecimentos veja-se FISCHER, Roger; URY, William. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving in*, *op. cit.*.

Ademais, não raras vezes, estará também negociando em benefício próprio, pois seus ganhos pessoais dependem dos ganhos de seu cliente, o que tende a amesquinhar a questão e, por isso, dificultar o acordo.

A terceira barreira listada pelo professor Mnookin é a cognitiva, intimamente ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas.

Isso significa dizer que é da essência do ser humano ter medo de perder; esta insegurança natural leva ao receio de assinar um acordo, sem de dar conta de que, em não o firmando, as perdas podem ser potencializadas, até porque a solução consensual não costuma ser disponibilizada por muito tempo, eis que a demora levará, normalmente, à opção pela via adjudicatória para que a questão seja finalmente resolvida.

As inquietantes perguntas ecoam na mente daquele que está prestes a celebrar o acordo. *“Será que esse valor está bom? Será que não posso conseguir mais? Será que com um pouco mais de negociação não consigo uma proposta melhor? Será que os outros vão me achar um mau negociador ou meus amigos vão me recriminar por não ter perseguido uma oportunidade mais vantajosa?”*.

Finalmente, a quarta barreira consiste na tendência, quase que automática, de as pessoas rejeitarem ofertas elaboradas pela outra parte, mesmo que lhes pareça satisfatória, por infundada e pura desconfiança.

Há uma tendência de interpretar uma boa proposta do adversário como barganha baseada em informações não compartilhadas no curso do processo negocial; de acreditar que o outro negociante quer obter apenas ganhos próprios através do acordo, e não que deseja um acordo justo e bom para ambos.

Isto causa sensação de frustração e impotência. Instala-se um processo mental hermético e cíclico, se desvia do foco e inviabiliza o acordo.

Para que sejam ultrapassadas todas essas barreiras, e se chegue a um resultado final satisfatório, imprescindível será o desenvolvimento de um bom trabalho por parte do mediador.

Durante todo o tempo o processo deve ser transparente, com prévias e detalhadas explicações sobre tudo o que está sendo colocado na mesa, os futuros passos e as possibilidades e opções de cada um.

O mediador pode tomar conhecimento de um maior número de informações (as partes lhe confiam dados que dificilmente transmitiriam a seu adversário); pode ter, então, maior noção da atitude de cada um (as partes estarem agindo de boa-fé ou não no decorrer do processo negocial), auxiliando com isso o afastamento da barreira estratégica.

Quanto menos a parte se sentir surpreendida ou vulnerável, mais ela se entrega, sem reservas ou barreiras, ao processo de mediação e torna mais fácil

a tarefa e identificar os interesses (muitas vezes escondidos) por trás das posições, estabelecendo as possibilidades de composição entre esses interesses aparentemente antagônicos e inconciliáveis.

Também os mediadores podem superar os problemas decorrentes do uso de prepostos para a negociação visto que sua função será trazer os próprios litigantes à mesa para discutir o problema, estabelecendo relacionamento direto com eles e esclarecendo sobre a importância dessa conexão sem intermediários.

Ademais, será sua responsabilidade auxiliar a descoberta dos interesses comuns entre as partes e contabilizar os custos decorrentes da assinatura ou não do acordo, atitudes que auxiliarão a derrubada da terceira barreira.

E, por fim, segundo alguns, poderá o mediador elaborar as propostas em nome da parte proponente, com o que a quarta barreira ficará sensivelmente mitigada²⁸.

3 O PROCESSO DE MEDIAÇÃO. NOTAS CARACTERÍSTICAS. FILTRAGEM E ADEQUAÇÃO TÍPICA DOS CONFLITOS

Em primeiro lugar, para que seja instituída a mediação, *mister* que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária.

Imprescindível que as partes estejam optando pela mediação de boa-fé, e que conduzam todo o processo nessa perspectiva. Ademais, importante que as partes escolham conjuntamente um mediador (e se empenhem verdadeiramente nesse processo de escolha), que seja de sua irrestrita confiança e esteja apto a compreender aquele conflito, suas dimensões e potencialidades.

Devem as partes, a fim de garantir a aplicação das normas de razoabilidade e do devido processo legal, tomar algumas providências para oficializar o procedimento e preservar seus direitos e garantias.

Inicialmente, devem elaborar um termo de mediação (*“agreement to mediate”*), que deverá conter as informações relevantes no que tange à media-

²⁸ Isto é viável apenas quando se convencionou a mediação ativa. De se observar que hoje, ao contrário da maioria das escolas de mediação nos Estados Unidos, a escola de Harvard se coloca em posição francamente antagonista a essa modalidade de mediação, por acreditar que com isso estar-se-á desnaturando a essência do sistema de mediação. Pela mesma razão, não se admitem sessões privadas com uma das partes (*“caucus”*) ou a concretização de uma proposta até então abstrata, sob pena de violação da imparcialidade do mediador. Para maiores esclarecimentos, cf. HARVARD LAW SCHOOL. *Advanced Mediation Workshop*. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*. Cambridge: Harvard University Press, 2000; BRESLIN, J. William; RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

ção, como identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação e a aceitação do encargo de mediador.

Normalmente o mediador se obriga a manter sigilo sobre tudo o que for tratado, (salvo expressa autorização das partes). Deve haver ainda no termo a fixação do local e da forma como serão conduzidas as reuniões entre as partes, prazo para a conclusão dos trabalhos, forma de remuneração do mediador (e a sua divisão entre as partes submetidas à mediação), cláusula determinando o procedimento caso uma das partes desista da mediação (ou caso o próprio mediador chegue à conclusão de que aquele conflito não tem como ser mediado, ao menos naquele momento, hipótese que se denomina “denúncia à mediação”), entre outras.

O ponto chave do processo de mediação é a troca de informações e a barganha entre as partes. Essa troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado²⁹. Esse último tipo de sessão é denominado de “caucus” e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes.

João Roberto da Silva³⁰ alerta serem as informações obtidas em *caucus* confidenciais, sendo que, a seu ver, diversas vantagens podem resultar daí.

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas.

Deste modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir as “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas.

Durante as reuniões, sejam elas em conjunto ou separadamente, caberá ao mediador a condução dos trabalhos; ele deve estar sempre à frente e no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, sem nunca perder o foco e o objetivo de todo o trabalho.

Uma vez obtido o acordo, embora não exista regra que assim exija, normalmente será ele formalizado por escrito. Também os advogados das partes, juntamente com o mediador, devem intervir nesta fase, a fim de garantir a exequibilidade daquilo que foi acordado e a adequação às normas em vigor,

²⁹ Ver nota de rodapé supra sobre a posição da Escola de Harvard acerca do “caucus”, o que denota que nem todos os mediadores são adeptos de tal medida. Entendem os especialistas do P.O.N. da Harvard Law School que tal reduz o grau de confiabilidade das partes no mediador e impede a construção de um processo participativo, no qual todos (partes e mediador) devem se envolver nos problemas de todos. Uma expressão comumente utilizada nos Seminários, e que traduz bem essa mentalidade, é: “*anybody’s problem is everybody’s problem!*”.

³⁰ SILVA, João Roberto da. *Op. cit.*, p. 19.

evitando surpresas desagradáveis na indesejável, porém possível, hipótese de descumprimento dos termos do acordo.

Vale ressaltar que, na forma da lei brasileira, qualquer acordo extrajudicial, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, se converte em título executivo extrajudicial na forma do art. 585, inc. II, do CPC, o que dispensa a necessidade de ajuizamento de prévio processo cognitivo.

Também é facultado às partes que submetam o acordado à homologação pelo Juiz, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que aquele acordo adquira o *status* de título executivo judicial, conforme o art. 584, inc. III, do CPC, reduzindo, destarte, a hipótese de cabimento de embargos à execução e conferindo maior segurança ao título.

Tentando, de alguma forma, sistematizar o que se disse até aqui, a Escola de Harvard³¹ identifica cinco estágios do desenvolvimento do procedimento de mediação.

A primeira fase é chamada “*contracting*” e, como o próprio nome já revela, tem por escopo estabelecer o contato entre os interessados, explicar as regras da mediação e estabelecer os parâmetros e limites do processo.

A segunda é denominada “*developing issues*” e se presta à identificação das questões que importam às partes. Aqui são identificadas, claramente, as posições (manifestações externas) e se tenta visualizar os interesses (manifestações intrínsecas).

Como a base da mediação em Harvard é passiva, este processo deve se dar de forma cuidadosa, sem interferência direta do mediador. É aí que surge a tão falada técnica do “*looping*”, ou seja, o mediador faz uma série de perguntas às partes e, tendo em vista o teor da resposta, recoloca a pergunta em outros termos “*rephrasing*” e em outro contexto “*reframing*”, até que o próprio interessado consiga externar seu verdadeiro propósito.

Este é o núcleo da técnica. O mediador não põe palavras na boca da parte. Ele pergunta e repregunta quantas vezes for necessário, mudando termos e contextos, até que ocorra a verbalização do interesse.

É uma fase lenta que demanda extrema habilidade e paciência; é inegável que há aqui um forte componente analítico, quase como uma sessão de terapia. Mas, apesar das dificuldades, se for feita de modo adequado, estando ambas as partes realmente engajadas e de boa-fé, pode trazer grandes vantagens em termos de pacificação real e perene daquele conflito.

A terceira fase se destina a trabalhar a conflito. As partes são chamadas a refletir sobre as questões centrais. Devem examinar suas atitudes, as atitudes do oponente. Aqui também é feito um exercício de comparação, pedindo para

³¹ Ver nota de rodapé supra. HARVARD LAW SCHOOL. Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004.

que uma das partes se imagine na posição da outra, de modo a sair de seu referencial absoluto.

Algumas questões, mais complexas, podem ser decompostas em outras menores, que merecem exame individualizado, dadas as suas peculiaridades.

Neste momento é fundamental a utilização de recursos áudio-visuais como quadros-negros, painéis, cartazes, gravações, vídeos, enfim, tudo o que possa fazer com que as partes fiquem imersas naquele conflito, com a opção de examinar todas as facetas e ângulos das questões envolvidas.

A quarta fase é denominada “*brainstorming*”. O mediador vai iniciar uma etapa de busca de soluções fora do convencional, convidando as partes a que, livremente, pensem em alternativas.

Interessante como a dimensão das posições é limitada, ao contrário da dimensão dos interesses, razão pela qual toda a estratégia se foca na busca deles, e na manutenção do processo nesse patamar. Poderíamos dizer, sem exagero, que enquanto as posições são bidimensionais, os interesses se estabelecem em três dimensões, permitindo maior precisão e aumentando sensivelmente as hipóteses de combinação de soluções.

Apenas para exemplificar o que se disse acima, mencionamos um antigo exercício feito em Harvard, logo ao início dos seminários, que ficou conhecido pela sua simplicidade e clareza.

Em uma casa havia apenas uma laranja. A mãe é procurada por seus dois filhos que desejam a mesma laranja. Ela pergunta a um e, a seguir, a outro. “O que você quer?” A resposta é a mesma: “quero esta laranja!”. O conflito é, aparentemente, insolúvel: apenas uma unidade da fruta, sem possibilidades de obter outras unidades ou mudar a intenção de um dos filhos. Esta é a posição. Então a mãe faz a pergunta mágica: “para que você quer a laranja?”. Responde o primeiro filho: “quero fazer um suco!”; renovada a pergunta ao outro, ele diz: “quero a casca da laranja para enfeitar um prato!”.

Esses são os interesses. Nesta dimensão visualiza-se, tranqüilamente, a possibilidade de acordo.

Por vezes falta às partes informação, comunicação e direcionamento para novas possibilidades. Esta é a tarefa maior do mediador.

A quinta fase é a conclusão. Desnudados os interesses, examinadas as possibilidades e opções possíveis, chega-se ao acordo.

É hora de reduzir a termo as propostas, precisar o seu conteúdo e adequar aquela manifestação de vontade aos termos do direito positivado (“*drafting the agreement*”).

Examinadas as etapas do processo, já é hora de inserir a mediação no quadro geral de solução de conflitos e identificar as hipóteses nas quais pode se mostrar mais útil à sociedade.

Maria de Nazareth Serpa, que afirma que o objetivo da mediação não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura legal preestabelecida, mas conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes³².

Como já tive a oportunidade de ressaltar³³, as vias alternativas vêm para somar e não para disputar com a adjudicação.

A mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos.

Temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados.

Em outras palavras; havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (*business to business* – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (*business to person* – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (*person to person* – P2P).

Sendo um conflito entre duas pessoas físicas, é preciso investigar a natureza do relacionamento entre elas. Poder ser uma relação descartável (numa ação indenizatória oriunda de ato ilícito qualquer, como, por exemplo, num acidente de automóvel) ou numa relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados).

É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente.

Por óbvio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, a mediação também pode ser indicada para conflitos “B2B” e “B2P”. Cabe às partes e ao mediador avaliar as possibilidades caso a caso.

Nesse sentido, recebemos com certa preocupação o Projeto de Lei 94/02 (antigo Projeto 4.287/98) hoje em trâmite no Senado Federal, com relatoria atribuída ao Sr. Senador Pedro Simon.

Não vamos aqui ingressar no estudo sistemático das diretrizes do Projeto, o que será feito em outra oportunidade. Desejamos, contudo e desde logo, alertar para o fato de que a mediação não deve ser utilizada indiscriminadamente, quer prévia, quer incidentalmente, em todos os processos.

De nada adiantará ou contribuirá para o acesso à justiça.

³² *Idem*. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 146.

³³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Op. cit.* p. 13.

É imprescindível que exista uma forma de triagem e filtragem no início do processo conflituoso. Essa triagem deve ser feita de forma conjunta por todos os operadores do direito, dos advogados aos juizes.

Um confronto de cunho eminentemente emocional é passível de solução mais adequada se for submetido inicialmente à mediação. É necessário decompor os elementos psicológicos e jurídicos e examinar qual deles prepondera naquele caso específico, a fim de que se possa utilizar o “remédio” adequado.

Mais uma vez ressaltado, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADR's, e muito menos de utilização generalizadas de formas de solução alternativas, mas sim de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar.

5 REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La Mediación y el Acceso a Justicia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003. p. 135.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Forense*, n. 318, p. 123-124.

CAPPELLETTI, Mauro (Org.). *Accès a la justice et état-providence*. Paris: Economica, 1984.

FISCHER, Roger and William Ury. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, O. M. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication, 92 *Harvard Law Review*, 353, 1978.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E.A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*. 4th ed. New York: Aspen Publishers, Inc, 2003.

HARVARD LAW SCHOOL. *Advanced Mediation Workshop*. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004.

MNOOKIN, Robert H. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict. *The Ohio State Journal on dispute resolution*, v. 8, n. 2, p. 235-249, 1993.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 17, p. 09-14, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SINGER, Linda R. *Settling Disputes*. 2. ed. Colorado: Westview, 1994.

DISCIPLINAS BÁSICAS

A VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO E O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DOS EMPREGADOS

Vania Siciliano Aieta¹

Sumário: 1. O monitoramento eletrônico dos empregados; 2. Referências.

Indubitavelmente um dos efeitos resultantes dos notáveis avanços tecnológicos conquistados nas últimas décadas foi o de também revelar os graves problemas enfrentados no universo laboral. Tais enfrentamentos apresentam, por vezes, profundas lesões à *dignidade da pessoa humana*, fenômeno observado mundialmente.

Apesar do processo produtivo e das relações trabalhistas não se estabelecerem mais pelo modelo arcaico denunciado por Zola em **Germinal**, nem tampouco ao típico modelo representante da modernidade nos regimes *taylorista* e *fordista*, tão magistralmente apresentados ao mundo pela genialidade de Charles Chaplin em **Tempos Modernos**, os novos modelos de relações trabalhistas mantêm, vale-se dizer, o domínio do empregado e o seu controle, agora realizado, muitas vezes, pela *via eletrônica*².

Ao tecer comentários sobre o assunto, Richard Sennett, estudando tal conjuntura da pós-modernidade na sociedade norte-americana alerta-nos acerca do monitoramento eletrônico dos trabalhadores: “*Criou-se um monte de controles para regular o processo de trabalho concreto dos ausentes no escritório. Exige-se que as pessoas telefonem regularmente para o escritório, ou usam-se controles de intra-rede para monitorar o trabalhador ausente; e os e-mails são freqüentemente abertos pelos supervisores*”.

A problemática da violação da intimidade no ambiente de trabalho perfaz-se como um desses problemas. Atualmente, somos testemunhas das

¹ Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP.

² Richard Sennett. **A Corrosão do Caráter, Conseqüências Pessoais do Trabalho no Novo Capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 68.

radicais transformações observadas e vivenciadas em decorrência da chamada “Revolução da Informação”³.

Trata-se do surgimento de um novo modelo, onde a informação e o conhecimento passaram a desempenhar papel de envergadura na atividade econômica, impondo como foco principal a busca por novos mercados consumidores, cada dia mais exigentes.

Faz-se decisivo assinalar, neste *mister*, que os agentes produtores, conseqüentemente, buscam novas estratégias para que possam se adaptar e sobreviver a este novo modelo de produção de riquezas e novos valores⁴.

Neste contexto, resta inequívoca a evidência de que a *internet* e sua tecnologia foram rapidamente absorvidas pelas empresas. A informática tem sido apontada como a grande causa e também como a *ferramenta de trabalho* mais eficaz deste processo de transformação.

Resta incontestado que o surgimento de um novo modelo de sociedade, ou melhor afirmando o irrompimento da “*sociedade de rede*”, vem proporcionando um eficaz desenvolvimento e aprimoramento das empresas em razão de vantagens como *confiabilidade e segurança* na troca de informações, facilidade de armazenamento de informações, rapidez, menores custos e notadamente a inequívoca possibilidade de descentralização da produção, permitindo o gerenciamento de subsidiárias à distância, inexigindo-se a presença física do empregado na sede ou nas filiais de uma empresa⁵.

Em seqüência a esse elenco, torna-se decisivo assinalar que a revolução tecnológica tem sido avassaladora e *vem transformando completamente o cenário das relações trabalhistas*. Vale colacionar sobre o assunto o entendimento oportuno da irretocável lição de Manuel Castells ao asseverar *in verbis*: “*as fórmulas organizacionais tradicionais, baseadas em cadeias de comando verticais e racionais, estão cedendo espaço para redes caracterizadas pela flexibilidade, coordenação de esforços, descentralização e horizontalidade*”⁶.

Dessarte, urge a evidência de que as novas tecnologias têm modificado consideravelmente o desenvolvimento da atividade laborativa. Através da *internet*, efetuam-se transações comerciais, pesquisas e troca de informações de todo o tipo, proporcionando uma maior produtividade, uma vez que infor-

³ A “*Era da Informação*” ou também conhecida como a “*Nova Economia*”, caracteriza-se essencialmente pelo dinamismo e pela interatividade.

⁴ O antigo modelo *fordista*, onde cada empregado realizava uma determinada tarefa sob uma rígida hierarquia na empresa, vem sendo substituído rapidamente por um modelo produtivo dinâmico, com empregados cada vez mais preparados em múltiplas potencialidades, divididos em equipes autônomas malgrado concatenadas com a meta a ser atingida.

⁵ Segundo estudos do IES (*Institute of Employment Services* – Reino Unido), até o ano de 2010, na Europa, cerca de 27 milhões de pessoas irão dispensar o escritório e trabalharão pela *Internet*. Fonte: *Folha On line*, 09 jul. 2002. Fonte 2: <www.employmentstudies.co.uk>.

⁶ CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 7.

mações valiosas no desenvolvimento de trabalhos se encontram disponíveis de maneira fácil e rápida.

No entanto, de forma insofismável, há de se considerar que a questão da *segurança da informação* assume uma importância cabal para o êxito das empresas na disputa pelos mercados. Inarredável assinalar, neste cotejo, que a problemática da segurança da informação tornou-se o epicentro das tensões empresariais, exigindo dos empresários o implemento de políticas eficazes de segurança da informação que pudessem concretamente garantir o asseguramento dos sigilos das empresariais, notadamente no que tange às vicissitudes da concorrência.

Diante deste crescente, incessante e acelerado processo de desenvolvimento e avanço tecnológico, a análise das incidências lesivas à intimidade dos cidadãos no universo cibernético se faz absolutamente oportuna, notadamente em razão da anomia legislativa revelada pelo Ordenamento Jurídico, despido de um gizamento legal medular para o enfrentamento das cizânias advindas das colisões de interesses.

Observa-se, em rigorosa síntese que as novas tecnologias são desenvolvidas de modo mais acelerado do que a capacidade dos juristas de promoverem mudanças legislativas significativas que minorem o profundo abismo existente em face da heteromorfia dos subsistemas fático e jurídico⁷.

Na esteira desse raciocínio, há de se constatar, desde logo, que as mudanças tecnológicas em curso atingem de modo deletério as relações de trabalho, exigindo-se a inexcusável justeza dos doutrinadores de posicionarem-se academicamente, concedendo ao universo jurídico suas modestas contribuições com o fito de minorar e quiçá solucionar os conflitos decorrentes desta revolução cibernética em um curso avassaladoramente veloz.

Intimamente relacionada com a problemática da proteção do direito à intimidade, a utilização do aparato eletrônico no ambiente de trabalho merece rigorosa atenção, especialmente no que se refere à polêmica do monitoramento eletrônico dos empregados, tema constante no palco do direito pretoriano e das controvérsias doutrinárias que tanto desafiam os operadores do Direito.

1 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DOS EMPREGADOS

O advento da informática e das redes digitais provocou significativas mudanças nas relações de produção e na forma de comunicação entre empresas, empregados, fornecedores e clientes. A informação tornou-se um ativo

⁷ AIETA, Vânia Siciliano. O Dogma da Plenitude Hermética do Ordenamento Jurídico em face da Heteromorfia dos Subsistemas Fáticos, Axiológicos e Normativos no Sistema Aberto e o Fenômeno da Integração. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUCRJ Departamento de Direito, n. 20, p. 152-156, jan./jul. 2002.

de grande valia e seu asseguração passou a ter importância cabal no universo empresarial.

Analisando a problemática pela perspectiva da proteção à intimidade e considerando-se inclusive a tese sustentada por esta autora de que as pessoas jurídicas gozem, inclusive, de um direito à sua intimidade⁸, nota-se que hodiernamente a informação *assumiu o lugar do segredo*, tornando-se a “*alma do negócio*”, devendo ser guardada não a “*sete chaves*” para nos valermos de um ensinamento extraído do universo gnoseológico, mas sim através de mecanismos protetivos como os *firewalls*, *passwords*, *e-tokens*⁹, entre outros.

Paralelamente aos incontáveis benefícios que proporcionou para a civilização contemporânea, o avanço tecnológico passou a exigir, portanto, uma proteção especial quanto à coleta, o acesso e o armazenamento de informações sensíveis, privilegiadas e muitas vezes confidenciais das empresas.

Diante do aperfeiçoamento cada vez mais veloz dos meios de comunicação e do extraordinário desenvolvimento dos instrumentos destinados à penetração e à captação de informações, as empresas vêm almejando a adoção de métodos concretamente mais eficazes de garantia da segurança da informação.

Um desses métodos utilizados para proteger a informação é o *monitoramento eletrônico dos empregados*¹⁰ que pode ser feito através da fiscaliza-

⁸ Conforme ressaltado neste livro, no capítulo 4, especificamente no tocante ao alcance da esfera íntima – intimidade da pessoa jurídica, há de se asseverar que a maior parte da Doutrina nega a existência de um direito à intimidade das pessoas jurídicas, entre os quais doutrinadores do porte de BRICOLA, FERRARA e TALON. Ao revés, KAYSER posiciona-se favoravelmente entre os defensores da extensão da intimidade para as pessoas jurídicas, advogando que os segredos das empresas devem ser tutelados na sua inteireza, pois congregam não apenas aqueles segredos relativos aos segredos negociais das naturais disputas de mercado, mas alcançam um universo muito maior, atingindo toda a organização empresarial.

⁹ *Firewalls*, *passwords* e os *e-tokens* são dispositivos que proporcionam maior proteção e segurança a usuários em ambiente de rede. *Passwords* são senhas alfanuméricas utilizadas em ambiente de rede para autenticar o usuário, ou seja, é utilizada no processo de verificação da identidade de um usuário, assegurando que este é realmente quem diz ser. Apesar de ser o mecanismo mais utilizado, atualmente não apresenta a segurança esperada aos usuários, que normalmente costumam elaborar suas senhas colocando conjunções alfanuméricas ordinariamente fáceis de serem descobertas tais como: datas de aniversário, números de telefones ou nome de pessoas próximas ao usuário, tornando vulgarmente facilitada a burla de tal sistema. Por sua vez, os *firewalls* são dispositivos constituídos pela combinação de *software* e *hardware*, utilizados para dividir e controlar o acesso entre as redes de computadores. Esse mecanismo de proteção da intimidade, certamente mais seguro e eficaz, funciona como uma espécie de “porteiro das redes corporativas”. Desse modo, no momento em que o usuário conecta-se na rede, os *firewalls* permitem que todos os seus passos sejam registrados e verificados, só sendo permitido àquele indivíduo o ingresso em áreas autorizadas, sendo em qualquer hipótese checada sua senha. Ao depois, os *e-tokens* são pequenas chaves plásticas que possuem um *micro-chip* interno que funciona como uma chave de identificação do usuário, impedindo que uma pessoa que não a possua possa operar um determinado computador.

¹⁰ Em 2001, de acordo com a Associação Americana de Administração (*American Management Association*), cerca de 80% dos empregadores realizavam algum tipo de monitoramento eletrônico de seus empregados (em sentido amplo, não somente *e-mail* e navegação na *Internet*) contra 35% em 1997.

ção dos *e-mails* e das mensagens instantâneas^{11/12}, monitorando-se o conteúdo, os destinatários e os remetentes das mensagens recebidas/enviadas pelo empregado ou através da verificação de sua navegação por *websites*, onde é possível monitorar os endereços eletrônicos visitados, o tempo despendido em cada um deles e as informações trocadas.

Sabe-se que a internet tem sido um instrumento valioso para as atividades das empresas, propiciando maior eficiência nas empreitadas laborais. No entanto, observa-se um aumento considerável da incidência do abuso na utilização deste valioso instrumento por parte dos empregados que, com relativa frequência, utilizam-se da internet para o envio de fotos e mensagens pornográficas, divulgação de obscenidades, mensagens difamatórias, racistas e preconceituosas de um modo geral¹³.

Algumas vezes, ainda que não tratem de questões desabonadoras ou pornográficas, o teor das mensagens perfaz-se como elemento desviante dos assuntos relacionados à execução do serviço, como nos casos de baixar da *internet* músicas e filmes ou acessar sites de conversas no horário de trabalho.

Tais comportamentos provocam acentuados malefícios às empresas tais como: a possibilidade concreta de aquisição ou aumento dos vírus nos aparelhos, comprometendo os equipamentos de trabalho da empresa; consumo de tempo e recursos preciosos do empregador; queda de produtividade; lentidão no sistema de informática.

A prática reiterada desses comportamentos levou os empregadores à postura de monitorar eletronicamente seus empregados para que se pudesse detectar a incidência de desvio finalidade no exercício da função por parte dos empregados no horário destinado à execução das suas tarefas.

Trata-se de processo indutivo deflagrado não apenas pelas amostras suficientes destes comportamentos lesivos ao ambiente laboral, mas também pela opinião formada a partir das conseqüências de aplicação do raciocínio indutivo na elaboração de uma norma interna de conduta laborativa que venha a coibir tais práticas¹⁴.

O monitoramento pode ser de vários tipos, variando de acordo com a política de segurança da informação adotada por cada empresa. Ele pode ser

¹¹ Dois dos mais conhecidos e utilizados serviços de mensagens instantâneas são o ICQ e o MSN – *Messenger*. Através deles, é possível saber se pessoas incluídas em uma lista de contato estão conectadas à internet e, caso seja desejado, pode-se estabelecer contato em tempo real, permitindo a troca de mensagens multimedial.

¹² Segundo pesquisa do *International Data Corporation* – IDC, as mensagens instantâneas ameaçam o futuro do *e-mail* como a principal ferramenta de comunicação entre usuários corporativos. Fonte: “*Spam e mensagem instantânea ameaçam supremacia do e-mail*”, diz IDC”. Disponível em: <www.folha.com.br>.

¹³ Mais uma vez atentatórias à imagem construída pelo empregador, nas oportunidades em que tais mensagens passam a ser publicizadas.

¹⁴ AIETA, Vânia Siciliano et al. *A Indução e a Analogia no campo do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

objetivo ou completo, quando o software de monitoramento eletrônico confere o conteúdo de troca e qualquer informação que entre, saia ou circule em uma determinada rede, como também de todos os endereços eletrônicos visitados por seus empregados, o tempo de visita e os dados trocados¹⁵.

Outro método de monitoramento utilizado é o *randômico*, através do qual são conferidos *e-mails*, mensagens e históricos de navegação pela *internet*, sem a existência de uma ordem determinada ou previsível¹⁶.

Vale assinalar, desde logo, que o método que tem demonstrado ser mais eficaz e de critério técnico mais sólido é o da *procura pré-determinada*. Por este método, a aplicabilidade do mecanismo protetivo se dá através de uma busca por filtros eletrônicos na inteireza dos *e-mails* em tráfego pela rede interna da empresa, assim pelas mensagens instantâneas recebidas e enviadas e nas páginas da *internet* visitadas pelos empregados, à procura de *palavras-chave* (por exemplo, uma palavra obscena), e também através de arquivos com formatos específicos ou destinatários e remetentes pré-determinados¹⁷.

Há também o *monitoramento feito através de fotografias*, quando estas são tiradas pelo próprio computador do empregado, de tudo o que estiver sendo visualizado em seu monitor¹⁸. Trata-se de técnica cuja aplicação é cara e difícil de ser realizada se a empresa tiver um número elevado de funcionários a serem monitorados, pois seria necessário um número de técnicos compatíveis para a execução da tarefa de analisar todas as fotos tiradas, além da grande probabilidade de ocorrerem falhas na detecção das irregularidades¹⁹.

Na hipótese dos métodos supracitados não serem capazes de localizar eventuais violações às *regras pré-estabelecidas pelo empregador* e haja a suspeita de que a responsabilidade recaia sobre determinado empregado, torna-se mais prudente, neste caso específico, a utilização subsidiária do método fotográfico.

Desnecessário acentuar, diante deste mosaico factual, que malgrado não subsistam dúvidas acerca da exigibilidade de se tutelar a esfera de intimidade dos cidadãos, neste caso notadamente em se tratando da proteção da *intimidade*

¹⁵ Não há critério de busca. Qualquer texto ou arquivo, de qualquer tipo – sonoro, visual, executável será monitorado.

¹⁶ Trata-se de um método de *alta ineficácia*, pois não é possível manter um controle efetivo baseado em técnicas de busca que tenham resultados aleatórios.

¹⁷ MELO, Leonardo de Campos. **Monitoramento Eletrônico dos Empregados**: aspectos jurídicos. Monografia de conclusão de curso de Graduação em Direito apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito. Trabalho de Circulação Reduzida, p. 08. Segundo adverte-nos o autor, encontradas quaisquer dessas informações predefinidas, um terceiro, normalmente o administrador da rede, será informado. Só então é que o conteúdo das informações monitoradas poderá ser investigado, de acordo com as regras determinadas pela política de segurança da informação adotada pela empresa.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

da *correspondência eletrônica dos empregados*, há de se ressaltar que o direito à intimidade, assim como qualquer outro direito, sofre limitações naturais²⁰.

As delimitações surgem quando os interesses individuais são superados, em ordem de prioridade, pelos interesses da coletividade em respeito à supremacia do interesse público ou quando se faz necessário ponderar valores em se tratando de normas constitucionais tensionadas, devendo-se preservar o núcleo essencial dos direitos em colisão, permitindo-se concessões mútuas para o minoramento da problemática.

Os *e-mails pessoais*²¹ devem ser considerados como as missivas de outrora. Nestes casos, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador, ninguém poderá exercer qualquer tipo de controle sobre o conteúdo das mensagens, pois a Constituição da República de 1988 assegura não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, alcançando quaisquer formas de comunicação pessoal, ainda que no universo virtual. Assim, configura-se como sagrada e inviolável a comunicação de dados em *e-mail* particular.

O *princípio da inviolabilidade da correspondência* se manifesta como tutela indireta do direito à intimidade. Revelam o universo pessoal de cada indivíduo. Em se tratando, neste caso, de um universo de subjetividade, pessoalidade e confidencialidade, torna-se necessário protegê-lo para que não se transforme em objeto da curiosidade e da má-fé de terceiros.

Por sua vez, outra situação ocorre com os *e-mails corporativos*, deve-se salientar que se trata de instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado vale-se de um terminal de computador e de provedor da empresa, assim como do endereço eletrônico que lhe é disponibilizado para a realização do seu trabalho. Insta ressaltar que não se trata de um serviço postal, não sendo o depósito de mensagens tecnicamente uma caixa postal, mas sim um mero mecanismo de comunicação, sendo o *e-mail* apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual²².

Neste caso, as mensagens nele veiculadas devem apresentar *caráter estritamente profissional*, sendo seu *uso corporativo* e não *individual/pessoal*, salvo consentimento do empregador, levando-se em consideração a evidência de uma relação empregatícia de subordinação.

Por outro lado, em se tratando de relação de trabalho e não de emprego, por uma *perspectiva societária*, o sócio não estaria, a princípio, obrigado ao

²⁰ AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 164.

²¹ Entende-se por *e-mail* pessoal todo aquele em que o indivíduo arca com todos os custos e obrigações para a sua operacionalidade e utilização, existindo exclusivamente baseado pela vontade do indivíduo em criá-lo, sem qualquer vínculo com atividades laborais corporativas.

²² BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004. p.64.

cumprimento da regra de não utilizar *e-mails* para fins divorciados do trabalho, salvo se tal prescrição estivesse contida no próprio contrato social da empresa ou em uma norma interna de conduta a ser cumprida por todos os sócios.

1.1 Conceito e natureza jurídica do correio eletrônico

O *correio eletrônico* pode ser concebido como um mecanismo disposto por meio eletrônico que tem como finalidade principal a transmissão de conteúdo à distância. O *e-mail* nada mais é do que um recurso tecnológico auxiliar na transmissão de informações. Trata-se de um sistema mediante o qual se pode enviar e receber mensagens de uma caixa de correio de uma pessoa até a caixa de correio de outra, permitindo a emissão e recepção de mensagens.

Partindo de um computador a outro através da rede pode-se afirmar que o documento eletrônico é equivalente a um documento convencional escrito²³, tendo as mesmas características fundamentais e mesma natureza jurídica, qual seja, a de *correspondência*²⁴.

Dotado de rapidez, baixo custo e facilidade de arquivo e reenvio, o *e-mail* tornou-se o modelo da comunicação moderna, tendo inclusive validade probatória em alguns países como a França que dispõe expressamente em seu Código Civil:

*L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité*²⁵.

Entretanto, inarredável a constatação da existência de diferenças entre o correio postal e o eletrônico, uma vez que as condições de envio, modo de

²³ Nesse sentido, vale ressaltar que a legislação espanhola, em seu Código Penal, art. 197.1, já equipara o correio postal ao eletrônico, punindo a vulneração da intimidade de outro por parte de quem "sem seu consentimento, se apodera de seus papéis, cartas, mensagens de correio eletrônico".

²⁴ PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho.** Segundo o autor, o correio eletrônico nasceu da transmissão de uma mensagem efetuada entre dois computadores de forma experimental em Cambridge no ano de 1971. Apesar de realizada com sucesso, a nova tecnologia não despertou maiores interesses naquele momento. Ray Tomlison, seu inventor, utilizou-se do ar-roba @, que em inglês significa *at* (em tal lugar), visando diferenciar o nome do usuário, pois tal signo, ainda pouco usado, evitaria confusões com outras instruções. Dessa forma, teve início um dos mais importantes, rápidos e econômicos meios de correspondência de que se tem notícia atualmente, sendo utilizado por milhares de pessoas no mundo todo.

²⁵ Tradução livre da autora: "O escrito em suporte eletrônico tem a mesma força probante que o escrito de papel". "Escrito em forma eletrônica é admitido como prova com igual força que o escrito em suporte de papel, salvo a reserva de que possa ser devidamente identificada a pessoa de que emana e que seja gerado e conservado em condições que permitam garantir sua integridade".

execução e a questão da propriedade dos meios utilizados, dentre outros fatores, não podem ser considerados de maneira igual, sendo inadequada, portanto, qualquer aplicação sem a devida adequação da legislação já existente sobre correio postal em questões que envolvam correio eletrônico.

Cumprido ao aplicador do Direito analisar e interpretar cada caso concreto. Eis, por seu turno, o posicionamento do ilustre juiz Douglas Alencar Rodrigues que, na oportunidade de proferir seu voto em decisão sobre demissão por justa causa e utilização de *e-mail* pelo empregado, asseverou *in verbis*:

*não há como reconhecer a existência de direito a privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções geradas por contrato de trabalho. Considerando os objetivos que justificam a concessão de e-mail pelo Reclamado, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, alcançadas pela tutela constitucional inscrita no art. 5º, inc. XII, da CF*²⁶.

Resta evidente, na análise do voto do ilustre juiz, que se o *e-mail* é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, *não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas*, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inc. XII, da CRFB/88.

Tratando-se de ferramenta de trabalho e não de benefício contratual indireto, o acesso ao correio eletrônico *não se qualifica como espaço eminentemente privado*, insuscetível de controle por parte do empregador, titular do poder diretivo e proprietário dos equipamentos e sistemas operados.

Por esta razão, o rastreamento do sistema de provisão de acesso à internet, como forma de identificar o responsável pelo envio de fotos pornográficas a partir dos equipamentos da empresa, *não denota quebra de sigilo de correspondência*, nos termos da prescrição rezada no art. 5º, inc. XII, da Carta Magna, igualmente não devendo se desqualificar a prova assim obtida²⁷, *nulificando a justa causa aplicada*²⁸.

Ainda levando em consideração a necessidade de analisar cada caso concreto, o Ministro João Oreste Dalazen, relator nesse mesmo processo, asseverou que "*esse meio eletrônico fornecido pela empresa tem natureza jurídica equivalente a uma ferramenta de trabalho, sendo possível o controle por parte do empregador*".

²⁶ Vale trazer a colação a ementa de seu voto que afirma o seguinte: **Resolução contratual. Sistema de comunicação eletrônica. Utilização indevida. Envio de fotos pornográficas. Sigilo de correspondência. Quebra. Inocorrência.**

²⁷ Em consonância com o art. 5º, inc. LVI, da Constituição Brasileira.

²⁸ CLT, art. 482. (TRT-DF-RO 0504/2002 – Acórdão 3ª Turma).

Observa-se, na esteira deste raciocínio, que os velhos institutos não estão aptos a resolver todas as questões antes desconhecidas de maneira satisfatória, sendo necessário maior zelo na tentativa de se igualar o correio eletrônico ao correio postal.

Destarte, torna-se importante que o intérprete ou o aplicador do direito examinem as peculiaridades de cada situação concreta e analisem, de maneira individual, a possibilidade ou não da aplicação da legislação já existente sobre correio postal através da aplicação da analogia como meio de integração.

1.2 Intervenção do correio eletrônico nas empresas: a colisão do direito à intimidade versus as prerrogativas da empresa na condução da empreitada laboral

Em um primeiro momento, vários setores da sociedade civil organizada levantaram-se contra a prática do *monitoramento eletrônico*, julgando-o abusivo e violador do direito à privacidade. No Brasil, assim que foram instituídos os *e-mails corporativos*, os juízes consideravam as mensagens dos funcionários invioláveis. Julgavam os casos por analogia à inviolabilidade das correspondências asseguradas pela Constituição Brasileira.

Entretanto, esse entendimento foi sendo modificado pelos tribunais trabalhistas até o advento da decisão do Recurso de Revista do processo 613/2000-013-10-00.7, publicado pelo DJ em 10.06.2005, julgado pela 1ª turma do Tribunal Superior do Trabalho, tendo como Recorrente o banco HSBC e como Recorrido o Sr. Elielson Lourenço do Nascimento²⁹.

²⁹ O Egrégio Tribunal do Trabalho da 10ª Região deu provimento parcial ao recurso ordinário da Reclamada para reconhecer a dispensa por justa causa do Reclamante, afastando a condenação em verbas rescisórias e de entrega de guias de seguro desemprego. Ao recurso ordinário do Reclamante deu-se provimento parcial para acrescer à condenação do pagamento de horas extras referentes ao período compreendido entre março de 1997 e junho de 1999. Interpostos Embargos de Declaração pelo Reclamante e pela Reclamada, ambos foram conhecidos e parcialmente providos para prestar esclarecimentos. Quando informadas, as partes interuseram recurso de revista, oportunidade que o Exmo. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região denegou seguimento a ambos os recursos. Ao recurso de revista do Reclamante, amparou-se nas Súmulas 23, 126, 296 e 297 do Tribunal Superior do Trabalho, assim como por inexistência de ofensa direta à Constituição. Quanto ao recurso de revista da Reclamada foi trancado com amparo nas Súmulas 23, 126 e 297 do Tribunal Superior do Trabalho. O TST entendeu que o Egrégio Tribunal Regional não negou prestação jurisdicional às partes. Contra essa decisão, ambas as partes interuseram Agravo de Instrumento. O Reclamante, alegando que o *recurso de revista* é admissível por violação aos dispositivos constitucionais e legais, assim como por dissídio jurisprudencial. Por sua vez, a Reclamada, aduzindo ser o recurso admissível, na forma do disposto nas alíneas "a" e "c" do art. 896, da CLT. Acordaram os Ministros da primeira Turma do TST, por unanimidade, negar provimento ao Agravo de Instrumento do reclamante e dar o provimento ao Agravo de Instrumento da Reclamada, determinando o processamento do recurso de revista, conhecendo do recurso de revista da Reclamada por contrariedade ao art. 843, § 1º, da CLT e ao art. 333, inc. II, do CPC, além de, no mérito, dar-lhe parcial provimento para, anulando o Acórdão Regional, no tocante à condenação por horas extras, no período entre março de 1997 e junho de 1999, afastar a confissão ficta da Reclamada e determinar que fosse apurada a jornada do reclamante considerando o conjunto probatório trazido aos autos.

O fato é que o banco concedeu ao cidadão acima citado um *e-mail* com vistas à *exclusiva utilização para o trabalho*, visto que o provedor era do próprio HSBC³⁰. Neste caso, não poderia ser considerada a violação do *e-mail* do Reclamante, posto que isto não era de sua propriedade, sendo o referido *e-mail* propriedade exclusiva do banco, o que fazia com que a empresa empregadora pudesse ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizada esta ferramenta de trabalho.

A bem da verdade, se é certo que a Constituição brasileira de 1988 tutelou o direito à intimidade no seu art. 5º, inc. X, assim como o protegeu, por via oblíqua através de outros dispositivos constitucionais, há de se ressaltar que em se tratando de *e-mail corporativo* e não *pessoal*, o empregador estaria também protegido no tocante à sua imagem³¹ pela mesma normatividade inserta no art. 5º, inc. X da CRFB/88.

Atualmente, observa-se ainda muita polêmica acerca do tema, sendo o mesmo bastante contemporâneo, o que impõe que o assunto deva ser estudado e analisado com zelo e cautela, tendo em vista que, no Brasil, inexistente legislação do direito empresarial a respeito da questão, o que poderia sugerir a inexistência de quaisquer obstruções à utilização do *e-mail* para fins pessoais.

Por esta razão, há de se considerar a problemática levando-se em conta o posicionamento da jurisprudência e, sobretudo, analisar constitucionalmente os princípios que norteiam as relações trabalhistas, pois trata-se de assunto desta seara.

Desponta cristalina que, em se tratando de assunto também de *natureza trabalhista*, há de se levar em conta se, no exame de cada caso apreciado, existia ou não um *padrão laboral pré-estabelecido pelo empregador*, ou seja, se o impedimento para a utilização do *e-mail corporativo* para fins pessoais estava contido no *contrato de trabalho* ou se existia norma interna da empresa neste sentido.

Os defensores da *tese da permissão legal para o monitoramento eletrônico dos empregados* argumentam que toda a infra-estrutura necessária ao acesso do empregado à *internet* é fornecida pela empresa, sendo de sua propriedade os computadores, os *software* licenciados e a rede interna, podendo o empregador, desta forma, dispor destes recursos como melhor lhe aprouver.

Considerando-se que para o envio e recebimento de mensagens via correio eletrônico faz-se necessário ter um computador, um contrato de acesso à rede

³⁰ Sendo o empregador detentor do provedor, possui o direito de rastrear ou não os computadores da sua empresa, mormente quando são oferecidos aos funcionários como ferramenta de trabalho.

³¹ Não se poderia esquecer, neste *mister*, a existência de um outro dispositivo constitucional merecedor as atenções dos estudiosos deste tema, que é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet e sobre o próprio provedor, direito este também de envergadura constitucional.

por meio de um provedor e um endereço eletrônico, o empregador³² disponibilizou todo este aparato técnico, que faz parte do patrimônio da empresa, colocando-o à disposição dos funcionários como *ferramenta de trabalho*³³ disponibilizada pelo empregador para o exercício da função, sendo, portanto, bem intangível de propriedade da empresa³⁴.

Outra justificativa para a prática do *monitoramento eletrônico* é a necessidade de se manter elevado o nível de eficiência e foco na atividade desempenhada. O uso da *internet* apresenta grande potencial dispersivo. Diversas vezes, ao se navegar pela *internet* em busca de determinada informação ou produto, torna-se possível a visita por páginas de conteúdo totalmente diferente daquele que inicialmente nos levou a entrar na rede.

Se forem somados estes pequenos desvios ao longo de uma jornada de trabalho, pode-se perceber o gasto de considerável quantidade de tempo despendida em atividades não relacionadas àquelas que deveriam ser exercidas pelo empregado dentro de seu horário de trabalho³⁵, configurando-se acentuado *desvio de finalidade no exercício da função*.

O poder de direção do empregador³⁶ também é um argumento muito utilizado, consubstanciado no direito de organização, controle e disciplina, permitindo-lhe estabelecer medidas impeditivas e condicionantes sobre o uso particular em horário de serviço do que é oferecido na *internet*. Vale ressaltar que o descumprimento desta diretriz pode ensejar penalidades para o empregado, notadamente se o empregador deu a oportunidade para o seu funcionário corrigir-se na falta e o mesmo reincidiu³⁷.

³² Ao empregador são conferidos poderes de mando, de gestão, poderes organizacionais e disciplinares que funcionam como contrapartida ao risco econômico da atividade, em conformidade com o art. 2º, da CLT. Esses poderes são corolários do Direito do Trabalho, assim como a sujeição dos trabalhadores ao comando dos empregadores, em troca de salários para o exercício de suas funções.

³³ Nesse sentido, afirmou a juíza Márcia Mazoni, em seu relatório, reformando uma sentença da 13ª Vara do Trabalho de Brasília, o seguinte: "O dispositivo constitucional de inviolabilidade da correspondência não se aplica ao caso, uma vez que todos os instrumentos são de propriedade da empresa e disponibilizados aos empregados para suas atividades, não existindo confidencialidade, motivo pelo qual não se configuraria a suposta violação à garantia da intimidade e a obtenção de provas por meio ilícito".

³⁴ De fato, não haveria como reconhecer a existência de um direito à privacidade na utilização de equipamentos concebidos para a execução de funções advindas do contrato de trabalho.

³⁵ As pesquisas revelam que, em média, os empregados chegam a gastar em torno de cinquenta horas mensais em atividades na *internet*, pesquisando assuntos que não estão relacionadas com o seu trabalho e que 53% dos *e-mails* trocados durante o expediente têm conteúdo pessoal; podendo se configurar como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, em conformidade com o art. 482, da CLT, atos de indisciplina e insubordinação.

³⁶ Pelo art. 2º, da CLT, considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

³⁷ A rigor, costuma-se dar uma advertência para o empregado, que poderá ser seguida de uma segunda e de uma terceira advertência. Ao depois, o empregado poderá ter o seu contrato de trabalho suspenso e, se continuar reincidente na falta, poderá, por fim, ser dispensado por *justa causa*.

Conforme já explicitado, para que não ocorra a tipificação de desvio de finalidade no exercício da função, o correio eletrônico fornecido pela empresa ao seu empregado deve ser destinado necessariamente ao *uso estritamente profissional*, como uma *ferramenta de trabalho de propriedade da empresa*, não devendo ser utilizado para fins diversos do estipulado, pois comprometeria a produtividade, a imagem e a segurança da empresa.

A necessidade das empresas de estabelecerem mecanismos de prevenção em face de eventuais responsabilizações pelos atos de seus empregados, em virtude da *Teoria da Aparência*³⁸, também é levada em consideração pelos que defendem o monitoramento do correio eletrônico do empregado por parte do empregador³⁹.

A grande preocupação das empresas reside na má utilização dos correios eletrônicos pelos empregados que, muitas vezes, se utilizam até mesmo dos equipamentos da empresa para transmissão de mensagens pornográficas, de cunho racista ou mesmo para transmitir aos terceiros interessados informações confidenciais da empresa empregadora⁴⁰.

Além disso, justificar-se-ia o monitoramento pelo fato do *e-mail* não guardar qualquer privacidade já que seria previamente de todos sabido que o conteúdo dos *e-mails corporativos* poderia ser lido por qualquer administrador do provedor. Uma outra justificativa para a prática do monitoramento seria a crescente ameaça de vírus e invasões por *crackers* que resultam na perda ou violação de informações importantes.

A questão da lentidão da rede perfaz-se também como um outro ponto a ser considerado quando da análise dos argumentos favoráveis ao monitoramento dos *e-mails dos empregados*. Quando ocorrem trocas desnecessárias de arquivos e mensagens, a rede opera mais lentamente, inviabilizando, por vezes, atividades que exigem prazos determinados e curtos para a sua realização. Desse modo, urge a necessidade do monitoramento para que os empregados que se utilizem do correio eletrônico para fins particulares, não acabem por prejudicar o bom andamento das empresas.

³⁸ Sérgio Cavalieri afirma que "A Teoria da Aparência equipara o estado de fato ao estado de direito em certas circunstâncias e em atenção a certas pessoas. O empregador é responsável pela reparação do dano, até porque o terceiro prejudicado não tem obrigação nem condições de saber os limites das funções do empregado, reputando-se legítimos, em face da Teoria da Aparência, todos os atos praticados na esfera de suas aparentes atribuições". In: Programa de Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 200.

³⁹ O inc. III, do art. 932, do Código Civil diz que "São também responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhe competir, ou em razão dele". Neste caso, dá-se a responsabilidade objetiva por ato de outrem, responsabilidade esta que independe de culpa.

⁴⁰ Assim sendo, argumentam àqueles que são favoráveis à prática do monitoramento eletrônico que, sem a devida fiscalização e controle, a possibilidade de haver transferências indevidas de informações sigilosas torna-se muito mais fácil e rápida.

Deve-se atentar, no caso sob comento, uma questão de racionalidade e de contenção de custos, pois é a empresa que paga o *e-mail* podendo, portanto, determinar o fim com o que ele será utilizado. Não é viável exigir que o empregador arque com o pagamento do envio de uma série de mensagens que sobrecarregam o sistema, majorando custos, se a finalidade a que se destina o *e-mail corporativo* não for respeitada⁴¹.

Ao revés, os que condenam a prática do monitoramento sustentam que qualquer tipo de vigilância sobre o correio eletrônico do funcionário seria uma verdadeira *afrenta ao seu universo de intimidade*. A todas as luzes, o chamado "*sigilo epistolar*" apresentaria, atualmente, um entendimento mais alargado, alcançando também os *e-mails* e, para uma perspectiva analítica mais radical na defesa do direito à intimidade, alcançando, inclusive, os *e-mails corporativos*.

Neste sentido, vale analisar o posicionamento das principais centrais sindicais do Brasil. Segundo o Secretário Nacional de Comunicação da *Central Única dos Trabalhadores* (CUT), Antônio Carlos Spis, a entidade é contra o rastreamento indiscriminado pelas empresas dos *e-mails* de seus funcionários, pois as empresas podem desviar esse tipo de rastreamento para uma vigilância de caráter ideológico. A *Força Sindical* afirmou que a permissão às empresas de realização do monitoramento eletrônico é uma agressão à liberdade individual e que, guardadas as devidas proporções, seria semelhante à revista íntima feita pelo empregador no horário de saída dos funcionários⁴².

Para os que se posicionam de modo contrário ao monitoramento, entendem que o simples fato do correio eletrônico ser disponibilizado pela empresa como *ferramenta de trabalho*, não deve permitir que a interceptação do mesmo seja feita sem qualquer *justificação prévia*, considerando-se ato lesivo aos direitos fundamentais do empregado a ausência desta justificação.

Com tanto mais razão, a invocação do *direito de propriedade* e a incidência de mensagens de cunho não profissional não poderiam justificar o desrespeito à privacidade do trabalhador. Na esteira deste raciocínio, pode-se asseverar que ninguém questionaria que os banheiros instalados em um estabelecimento empresarial não sejam de propriedade da empresa, mas nem por isso pode-se admitir que o empregador venha a instalar câmeras para vigiar a atividade do empregado neste local⁴³.

⁴¹ DRUMMOND, Victor. *Internet, Privacidade e Dados Pessoais*, p. 81.

⁴² *Jornal O Globo*, p. 19, 17 maio 2005.

⁴³ A Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho – TST, em decisão unânime, manteve a condenação por dano moral para a empresa com câmeras em banheiros, negando provimento ao agravo de instrumento interposto por uma transportadora do interior mineiro, condenada ao pagamento de indenização por dano moral a um ex-empregado. A responsabilização foi imposta à *Peixoto Comércio, Indústria, Serviços e Transportes Ltda.* diante dos prejuízos de natureza íntima provocados pela instalação de câmeras de filmagem nos banheiros masculinos destinados aos empregados, no interior da empresa. "*Revelando-se incontroversa a instalação de*

Desnecessário acentuar que não obstante os telefones e suas respectivas linhas, malgrado sejam de propriedade das empresas e seu uso deva ser direcionado para as atividades profissionais, não há um só jurista que conteste a ilicitude da utilização de escutas telefônicas nas empresas para tomar conhecimento das conversas do empregado, sem autorização judicial.

Afirmam que mesmo estando subordinados ao poder de direção de seu empregador, os empregados não podem ser privados de seu direito a um mínimo de reserva sobre aspectos que digam respeito à sua esfera íntima. Para os que são contrários ao monitoramento do correio eletrônico do empregado por parte do empregador, *a segurança da empresa não é juridicamente mais relevante que a segurança e a privacidade do seu empregado*.

A privacidade do empregado é um direito personalíssimo e, por esta mesma razão, apresenta-se como um direito inato, intransmissível, imprescritível, inalienável e *erga omnes*. Sendo assim, a intromissão na esfera íntima do empregado, justificada pelo exercício do poder de direção apresentaria-se como um verdadeiro *abuso do direito de fiscalizar*.

Deve-se atentar que vários setores da sociedade civil organizada consideram o monitoramento dos empregados como algo *atentatório à dignidade da pessoa humana*, no caso em espécie à *dignidade do trabalhador*, tipificando

equipamentos – câmeras de filmagem – nas dependências dos banheiros de utilização dos empregados, mais especificamente na porta de entrada dos vasos sanitários e lavatórios, tal situação, por si só, gera constrangimento moral e social, caracterizando o dano moral, registrou o juiz relator Ricardo Alencar Machado, ao reproduzir a análise feita pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (jurisdição em Minas Gerais) sobre a causa. Após quatro anos de relação de emprego, período em que atuou nos setores de carregamento e fiscalização de mercadorias, o trabalhador ingressou com ação junto à Segunda Vara do Trabalho de Uberlândia (MG). Além de verbas de natureza trabalhista, pediu a condenação da empresa por danos morais. Os depoimentos recolhidos em juízo comprovaram a instalação das câmeras de vídeo nos sanitários dos empregados *"ainda que por um único dia ou por uma semana"*. As câmeras estavam voltadas para a entrada dos vestiários, dos vasos sanitários e dos mictórios. Uma testemunha indicada pela própria empresa, que foi exatamente o profissional que havia feito a instalação do equipamento, afirmou que *"o serviço foi executado com a supervisão da transportadora, pois nada no local é feito sem acompanhamento da empresa"*. Um assistente da gerência da transportadora, em depoimento, admitiu a instalação das câmeras, atribuindo tal medida *"ao desvio de mercadorias e bagunça nos banheiros"*. O mesmo empregado afirmou que, apesar de não estarem conectadas à rede elétrica, as máquinas eram verdadeiras. Os fatos levaram à condenação por danos morais, com valor fixado em R\$ 673,00 – correspondente a um mês de salário do ex-empregado. A empresa recorreu, então, ao TRT mineiro sob a alegação de inexistência de provas que caracterizassem a ocorrência do dano moral, até porque o equipamento permaneceu desligado desde sua instalação nos banheiros, fato que teria ocorrido por equívoco da empresa contratada. O exame dos autos pelo TRT/MG resultou na confirmação da sentença. *"Não se tem dúvida de que a instalação das aludidas câmeras configura prática de ato lesivo – desrespeito à dignidade e intimidade do trabalhador – que gerou constrangimento moral e social, caracterizando o dano moral"*. A alegação de erro por parte da empresa responsável pela instalação não evitou a manutenção da condenação. *"Ainda que seja admitida a culpa da empresa contratada, não há como afastar a responsabilidade patronal, cuja culpa decorre da negligência de não ter monitorado a prestação de serviço contratado"*. Segundo o TRT, o suposto ato negligente *"permitiu a instalação de câmeras – se verdadeiras ou falsas, não importa, pois a consequência é a mesma, provocando constrangimento, além de ser vexatório"*. As questões jurídicas envolvendo a condenação da transportadora sequer foram examinadas pelo Tribunal Superior do Trabalho diante da impossibilidade de reexame de fatos e provas, procedimento vedado pela Súmula 126/TST (AIRR 1926/2003-044-03-40.6).

esta conduta como uma prática abusiva e violadora do *direito constitucional à proteção da intimidade*, pois poderia caracterizar uma grave lesão aos direitos individuais dos empregados, notadamente junto com a intimidade, o da liberdade de expressão⁴⁴.

Ao tecer comentários sobre a problemática da dignidade humana Rizzatto Nunes assevera que o *princípio da intimidade* deve ser entendido por esta perspectiva. No conflito entre direitos será a dignidade humana que dará direção para a solução dos conflitos. Na incidência de colisão, a dignidade servirá para sopesar os direitos, os limites e os interesses impostos e gerar a resolução, aduzindo ainda que a isonomia também participará, mas, sem sombra de dúvida, a luz fundamental, a estrela máxima do universo principiológico será sempre a dignidade da pessoa humana.

Entre os doutrinadores, o constitucionalista Lênio Streck condena com veemência a vigilância dos correios eletrônicos por parte do empregador, ressaltando ainda que *para que não seja configurada a violação da privacidade o empregador precisa antes de proceder a qualquer interferência, de mandado judicial*⁴⁵.

O monitoramento do *e-mail* do empregado acaba por impedir o desenvolvimento de seu pensamento e de sua personalidade, sendo violado o seu direito à liberdade de expressão⁴⁶. O *e-mail* poderia ser também compreendido como um instrumento de reflexões, críticas, discussões e reivindicações sobre as condições de trabalho, mas torna-se, através da *prática de monitoramento irrestrito*, um mecanismo de controle abusivo que obriga o empregado a um comportamento conformista e em permanente vigilância pela empresa, tal como o olho censor do “*Big Brother*”, de Orwell.

Quanto à questão da responsabilização da empresa pelos atos de seus empregados perante terceiros, o juiz Antônio Silveira Neto pondera que “*existem instrumentos tecnológicos menos invasivos que podem evitar danos aos agentes externos, sem necessidade de desrespeito à garantia fundamental*”.

Na esteira deste raciocínio, a empresa pode se valer de programas que impedem o envio de mensagens para endereços não cadastrados, rastreando de maneira impessoal palavras ofensivas nas mensagens, *desde que previamente comunicado*, além de impedir o encaminhamento de imagens não relacionadas

⁴⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa Humana*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55-56.

⁴⁵ DRUMMOND, Victor. *Internet, Privacidade e Dados Pessoais*, p. 81. *Apud* Em lições no curso de especialização conducente ao Mestrado, na disciplina Direitos Fundamentais, 2000/2001, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.

⁴⁶ Conforme afirma SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 207. A intimidade abrange a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência, o segredo profissional. O sigilo de correspondência alberga também o direito de expressão, o direito de comunicação, que é forma da liberdade de expressão do pensamento.

com o trabalho, proibindo, por meio de *código de conduta interno*, o envio de imagens ou arquivos anexados aos *e-mails*⁴⁷.

Nas palavras do ilustre magistrado, resta claro, portanto, que o que os opositores da intervenção no correio eletrônico desejam é a *proibição da leitura do conteúdo dos e-mails*, não se excluindo, de forma alguma, a possibilidade da empresa fixar regras e vedações para a utilização do correio eletrônico por ela disponibilizado.

1.3 Proteção constitucional do correio eletrônico

Ao se abordar a questão da intervenção no correio eletrônico dos trabalhadores nas empresas dá-se a deflagração de uma cristalina colisão entre princípios constitucionais⁴⁸.

A Constituição Federal prevê, de um lado, a proteção à propriedade privada e à liberdade da iniciativa empresarial, direitos estes que justificariam o monitoramento do correio eletrônico dos empregados pelos empregadores.

Ao revés, a Carta Magna aponta o *direito à intimidade*⁴⁹ e à *inviolabilidade de correspondência do empregado* que se apresentam como *garantias constitucionais* e restam indubitáveis no texto da Constituição brasileira⁵⁰.

Diante do quadro exposto, deve-se asseverar que a Constituição pode tutelar valores tensionados entre bens juridicamente protegidos, pois a Carta Magna é dialética, apresentando normas também dialéticas e, muitas vezes, contrapostas.

Nesses momentos, deve-se recorrer ao método de ponderação de valores com o fito de decidir qual dos princípios constitucionais conflitantes, no caso concreto, tem maior peso ou valor.

⁴⁷ A privacidade do trabalhador no meio informático. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Teoria dos Direitos Fundamentais – Os Princípios Constitucionais e a Ponderação dos Bens*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Faz-se necessário, neste mister, estabelecer algumas distinções entre princípios e regras/normas: Os princípios têm maior grau de generalidade e abstração e menor determinabilidade do raio de aplicação, além de esclarecerem mais nitidamente os valores políticos e jurídicos de uma determinada sociedade. Os princípios situam-se entre os valores e as regras jurídicas. Conforme nos ensina Ronald Dworkin: as regras incidem sob a forma do “*all or nothing*”, ou seja, ou ela é aplicada ao caso a ela subsumido, ou não é considerada válida para o mesmo. Por sua vez, os princípios jurídicos atuam de modo que, presentes as condições de aptidão enunciadas como necessárias à sua incidência, serão imediatamente aplicados.

⁴⁹ Incluindo, neste cotejo, a inviolabilidade de dados.

⁵⁰ *Constituição Brasileira, art. 5º, inc. X* “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Constituição Brasileira, art. 5º, inc. XII “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Na realidade, a solução para esta problemática não estaria na norma em si⁵¹, haja vista estarmos tratando de princípios e não de normas. Por isso, há de se percorrer três etapas para a construção do raciocínio lógico: em um primeiro momento, identificar todas as normas que estejam no conflito; *ao depois*, identificar os fatos relevantes acerca do problema para, *por fim*, descobrir intuitivamente soluções possíveis, escolhendo a melhor opção para o ajuste correto da Constituição⁵².

Trata-se de um processo de escolhas, fazendo-se, muitas vezes, uma *opção ideológica* ou *política* dentro do universo jurídico⁵³. Dessarte, preserve-se o *núcleo essencial*, fazendo-se concessões mútuas. Sobre a matéria, vale recordar o ensinamento de Canotilho: “*a ponderação reconduz-se, no fundo, à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. Hierarquia, porque se trata de estabelecer um peso ou valor maior ou menor entre princípios. Móvel porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso*”⁵⁴.

Cabe ainda salientar que na tentativa de conciliar direitos deve-se aplicar a *lógica do razoável*⁵⁵, observando sempre o *princípio da proporcionalidade*⁵⁶ através da verificação de critérios de adequação, necessidade e proporcionali-

⁵¹ Por não ser possível a aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade (critérios de solução de antinomias) em se tratando de princípios e não de regras.

⁵² Faz-se necessário um balanceamento, uma pesagem ou ponderação, visando elaborar critérios de ordenação que, em face dos dados normativos e factuais, possam alcançar uma solução equilibrada e justa para o conflito dos bens protegidos constitucionalmente.

⁵³ Há de se ressaltar, neste mister, a trilogia da interpretação: *texto, contexto e intérprete*, evidenciando-se a impossibilidade do intérprete se despir de seus valores na sua inteireza.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.241.

⁵⁵ Para uma melhor colocação do tema proposto, impende trazer à colação dois exemplos sobre o fracasso da lógica formal e a necessidade do “razoável” na interpretação do Direito. Para isto, Radbruch relata um caso no qual, em uma estação ferroviária da Polônia, havia um cartaz proibindo a entrada de pessoas acompanhadas de cachorros. Sucede-se, entretanto, que certa vez chegou àquele recinto, um homem acompanhado de um urso. Ato contínuo, o empregado que vigiava a porta lhe impediu o acesso. O indivíduo protestou, afirmando que o regulamento transcrito no cartaz proibia somente cachorros, mas não outra classe de animais. Surgiu então um conflito em torno da interpretação daquele regulamento.

⁵⁶ Willis Santiago Guerra Filho ensina, em seu magistério jurídico, que a exata compreensão do significado do *princípio da proporcionalidade* requer uma transformação do próprio modo de se conceber a tarefa da ciência jurídica, agora diversamente da mera interpretação e aplicação de normas jurídicas com a estrutura de regras. As regras trazem a descrição de dada situação, formada por um fato ou uma espécie deles (a *fattispecie* a que se referem os italianos), enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Assim, pode-se afirmar que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma ou mais regras concretizadoras. Princípios, portanto, para o Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, pode-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios são “*determinações de otimização*” (*Optimierungsgebote*), na expressão de Robert Alexy, que se cumpre na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente – o que já nos remete, de imediato, ao princípio da proporcionalidade.

dade em sentido estrito⁵⁷. O princípio da proporcionalidade, ensina-nos Carlos Roberto de Siqueira Castro, se traduz no dever, não só do intérprete, mas de qualquer aplicador do direito, de guardar a sempre almejada *justa medida* no trato intersubjetivo. Com efeito, a idéia de proporcionalidade, de dosimetria e equilíbrio na conduta, é uma idéia que deve permear o âmago e o coração do jurídico⁵⁸.

Como observado no presente estudo, o *monitoramento do correio eletrônico dos empregados* tem suscitado diversas e intensas discussões em todo o mundo⁵⁹. O Reino Unido é certamente o país que a matéria mais evoluiu, pois o Parlamento aprovou uma lei⁶⁰ conhecida como RIP (*Regulation of Investigation Powers Act*)⁶¹, autorizando os empregadores a promover o monitoramento de seus empregados, tanto em relação aos *e-mails* quanto no que tange às ligações telefônicas.

Acrescente-se ainda que nos Estados Unidos da América, existem diversos precedentes que devem ser apreciados para o exame da matéria. A Suprema Corte deste país reconheceu que os empregados têm direito à privacidade no ambiente de trabalho, mas não de forma absoluta.

Sob tal entendimento, diversos cidadãos americanos moveram ações em desfavor dos empregadores sob o argumento de *invasão de privacidade pelo monitoramento eletrônico dos e-mails corporativos*.

Porém, a maioria das cortes americanas⁶² considera que, em relação aos *e-mails* fornecidos pelos empregadores, *não há expectativa de privacidade*.

⁵⁷ Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da proporcionalidade há de revestir-se de triplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar determinado fim; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens. *Manual de Direito Administrativo*, p. 25.

⁵⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, *passim*.

⁵⁹ No Brasil, ressente-se a falta de norma que tutele a matéria acerca da correta utilização do *e-mail corporativo* pelo empregado e do possível monitoramento desta ferramenta de trabalho pelo empregador.

⁶⁰ Desde 24.10.2000.

⁶¹ Em termos textuais, a referida lei estabelece, *in verbis*: “*Conduct consisting in the interception of a communication inauthorised by this section if –(a) it is conduct by or on behalf of a person who provides a postal service or a telecommunications service; and (b) it takes place for purposes connected with the provision or operation of that service or with the enforcement, in relation to that service, of any enactment relating to the use of postal services or telecommunications services*” (Part I Chapter 1).

⁶² A Egrégia Corte Suprema dos EUA analisou a questão referente à privacidade no ambiente de trabalho no famoso caso *O'Connor versus Ortega* (480 U.S., 107 S. Ct. 1492, 94. L.Ed. 2d.714, 1987). Naquela época, a Suprema Corte norte-americana reconheceu a existência de direito à privacidade dos empregados no ambiente de trabalho como matéria digna de proteção legal. No entanto, deve-se ponderar esta atividade em relação às peculiaridades de cada ambiente de trabalho. A Egrégia Corte, na oportunidade, assentou que, em certas áreas, os empregados podem e devem ter uma razoável expectativa de privacidade (*expectation of privacy*), porém jamais de modo absoluto (*The decision recognized that with the question of privacy in the work place there are no absolutes. Often whether an employee has a reasonable expectation of privacy is a question of specific practices within the employee's work place, and the issue of whether an employee has a*

Desse modo, em se tratando de recursos tecnológicos fornecidos pelos empregadores como *ferramentas de trabalho*, os tribunais americanos vêm julgando pela inexistência de razoável expectativa de privacidade quanto à utilização dos *e-mails*.

No Brasil, após o julgamento do caso *HSBC Seguros Brasil S.A. versus Elielson Lourenço do Nascimento*, percebe-se uma tendência pretoriana em não adotar uma opção jurídica diferente.

Há que se ponderar, contudo, que a prática irrestrita do monitoramento eletrônico dos *e-mails* dos empregados pode tornar-se abusiva, gerando a deflagração de ambientes de trabalho desagregadores e até improdutivos.

Neste momento, a técnica interpretativa da ponderação de interesses é de grande valia, pois os tribunais acentuam que mesmo que houvesse uma *razoável expectativa de privacidade*, tal expectativa cederia diante do interesse do empregador em assegurar que seus empregados não venham a abusar do *e-mail* da empresa e da *Internet*.

No entanto, desponta cristalina a possibilidade do empregado, em uma perspectiva de *proporcionalidade e de razoabilidade* poder utilizar o *e-mail corporativo* para fins pessoais, ou seja para por exemplo fazer um contato com a sua família para saber se as coisas vão bem, pagar suas contas no *bankline* através da *Internet* e essa gama de possibilidades ordinárias do cotidiano.

reasonable expectation of privacy must be addressed on a case by case basis)" (Id. IN 716, 1497). No famoso *leading case Smyth versus Pillsbury Co.*, determinado empregado alegou que fora dispensado de forma contrária à política da empresa, pois sua privacidade havia sido violada. Ao analisar o problema, a Egrégia Corte do Distrito da Pennsylvania entendeu que o empregado havia enviado uma série de mensagens do seu *e-mail laboral* e que o empregador, sem a sua anuência, havia lido todas. Ao lê-las, em razão de seu conteúdo impróprio, o empregador rescindiu o contrato de emprego. Há de se ressaltar que, malgrado o empregador tenha se comprometido com os empregados que a violação dos *e-mails* não seria prática usual na empresa e que o *e-mail corporativo* poderia ser utilizado para fins pessoais, o que inclusive explica a alegação do empregado de que a política da empresa não havia sido cumprida em seu caso, o Tribunal da Pennsylvania deu ganho de causa para o empregador. A Corte entendeu que, não obstante o empregador tivesse feito uma série de concessões preliminares de que as mensagens veiculadas jamais estariam expostas à perda da confidencialidade, o empregado não possuía expectativa de privacidade, ao sustentarem: "Even we found that na employee had a reasonable expectation of privacy in the contents of his e-mail communications over the company e-mail system, we don't find that a reasonable person could consider the defendant's interception of these communications to be a substantial and highly offensive invasion of privacy." Um outro caso jurisprudencial americano bastante expressivo e de relevo ocorreu no Estado do Texas, tendo o Quinto Distrito da Corte de Apelação do Texas se posicionado, também, favoravelmente ao empregador. Neste processo, não obstante a empresa Microsoft ter providenciado para o empregado uma senha de acesso para o *e-mail* e uma pasta pessoal para arquivar as suas mensagens, a Egrégia Corte do Texas também considerou que ao empregado não assiste razoável expectativa de privacidade nas mensagens veiculadas através de *e-mail corporativo* (Case 05-97-00824, 1999 Texas App. Lexis 4103 –Texas Court of App., May 1999). No mesmo sentido, também encontramos a decisão da Egrégia Corte de Apelação do estado da Califórnia, ao apreciar o caso *Bourke versus Nissan Motor Corporation*, manifestando-se in verbis: "Whether an individual's constitutional right of privacy has been violated depends first on a determination whether that individual had a personal and objectively reasonable expectation of privacy which was infringed".

Não seria razoável punir o empregado pela não utilização do *e-mail* estritamente para o trabalho, considerar como *desvio de finalidade a ferramenta de trabalho fornecida pelo empregador* – o *e-mail corporativo* – para a resolução de problemas de ordem pessoal, obviamente de pequena monta.

Urge a invocação do *princípio da proporcionalidade*, surgindo com o fito de *sopesar os múltiplos valores jurídicos, especialmente os constitucionais, que se deflagram com a matéria*.

Toda essa fiscalização que vem acompanhada, em inúmeros casos, de conseqüente *rescisão do contrato de trabalho por uso indevido das ferramentas tecnológicas fornecidas pelos empregadores aos trabalhadores*⁶³, deve ser, portanto, moderada, com fins de se evitar excessos⁶⁴.

⁶³ Em maio de 2002, um *e-mail* com fotos pornográficas que circulou entre funcionários da montadora General Motors causou a demissão de 33 pessoas nas fábricas de São Caetano do Sul, no ABC (Grande São Paulo) e em São José dos Campos. Outras 111 pessoas teriam sido advertidas. A mensagem teria chegado por engano a uma funcionária da GM nos Estados Unidos, que procurou seus superiores para reclamar. Uma investigação foi aberta e, com ajuda da equipe brasileira, os responsáveis foram encontrados. Em janeiro de 2003, um britânico que trabalhava como diretor de pesquisas em uma organização sem fins lucrativos em Washington, nos Estados Unidos, foi demitido por cuidar de seu *blog* ao invés de trabalhar durante o expediente. Fonte: *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível em: <www.folhaonline.com.br>. O considerado *mau uso da Internet por funcionários* já foi motivo para demissão em uma entre quatro das 544 empresas entrevistadas (ou 23%) pelo *WebSense* para uma pesquisa encomendada pela especialista americana em recursos humanos *PersonnelToday.com*. E 69% dessas demissões estão relacionadas, obviamente, com a pornografia. As empresas entrevistadas pela pesquisa durante o último mês de maio empregam cada uma, em média, 2,5 mil pessoas. Setenta e dois por cento destas companhias relataram já ter tido problemas com o mau uso da *Internet* por seus funcionários. A opinião dos departamentos de recursos humanos de cada uma delas é de que isto acontece porque pessoas com escritórios próprios ou em baias exclusivas tendem a usar mais a *Internet* por motivos pessoais do que as que trabalham em escritórios abertos. Segundo a pesquisa, o senso comum entre estas empresas é que navegar por 20 minutos diariamente por motivos pessoais chega a ser aceitável – e até mesmo justo, dizem. Mas, na verdade, o pessoal de recursos humanos acredita que a maioria dos funcionários navega por motivos não-profissionais por pelo menos 30 minutos todos os dias.

⁶⁴ Um dos dados mais curiosos levantados, no entanto, é a existência de "*dedos-duros*" nas companhias: 40% das entrevistadas disseram que os colegas de trabalho freqüentemente reclamam que seus companheiros ficam gastando tempo à toa nas páginas da *web*. O mau uso da *Internet* foi computado não apenas aos usuários: segundo as pesquisas, os *departamentos de recursos humanos* (RHs) são os grandes culpados pela incidência desta problemática, por não estabelecerem normas claras o suficiente para a devida orientação dos trabalhadores no que tange às normas de conduta que devem prevalecer no ambiente de trabalho para 61% dos entrevistados. A pornografia é, de longe, a *principal queixa dos empregadores*, representando 51% dos problemas já reportados. Na seqüência, aparecem o acesso aos sites de *webmail pessoal* (26%), salas de chat (23%), games online (17%), e páginas esportivas e download de músicas, empalados, representando 11% das queixas cada um. Por sua vez, compras, sites de aposta e de notícias – estes representando apenas 2% – aparecem por último na lista. A maioria das empresas (56%), no entanto, prefere chamar o funcionário para uma conversa informal a tomar decisões mais drásticas. Vinte e nove por cento optam por um *aviso verbal*, enquanto vinte e oito por cento adotam o *aviso por escrito*. Apenas 1% das empresas respondeu que levariam o funcionário em questão a um tribunal. Das 23% das empresas que admitiram já ter dispensado funcionários por causa do mau uso da *web*, 19% afirmaram ter demitido apenas uma pessoa; enquanto 41% delas já mandaram embora dois funcionários pelo mesmo motivo; outras 15% admitiram ter dispensado três ou mais empregados pela navegação imprópria na rede mundial. Apesar da pornografia ter sido o motivo para a demissão de 69% destas pessoas, outras razões não foram deixadas de lado: alguns funcionários foram dispensados por entrar em salas de *chat* ou sites pessoais (10%); outros, pelo acesso a *webmails* pessoais (9%); ou por terem entrado em sites de racismo ou de disseminação de ódio (5%); por causa do *download* de

O mau uso da *internet* foi computado não apenas aos usuários. De acordo com as pesquisas, os *departamentos de recursos humanos* (RHs) são os grandes culpados pela incidência desta problemática, por não estabelecerem normas claras o suficiente para a devida orientação dos trabalhadores no que tange às normas de conduta que devem prevalecer no ambiente de trabalho.

Embora o nosso posicionamento seja totalmente voltado para o *foco da defesa da intimidade* e apesar de restar inquestionável a incidência do *princípio constitucional assecuratório do direito à intimidade* nas relações de trabalho, há de se considerar que *não existe nenhum direito absoluto*, inclusive estando muitas das *limitações do direito à intimidade*, previstas nesta obra.

Trata-se de questão que impõe a observância dos novos instrumentos de interpretação constitucional, voltados para a perspectiva dos valores. Sobre o assunto, Daniel Sarmiento, em seu magistério, assevera que a necessidade de se observar atentamente o caso concreto para definir se a hipótese realmente tipifica um *conflito de princípios constitucionais*. Desse modo, ensina o ilustre Professor, *in verbis*:

*A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los*⁶⁵.

Assim, a solução não se encontraria mais na norma em si, pois é indubitável, inclusive, a evidência de estarmos diante de cláusulas abertas, resultando em conceitos abertos, fazendo com que o intérprete, com maior grau de discernimento, venha a fazer uma opção hermenêutica que não deixa de ser ideológica, já que se trata da incidência de uma escolha política inserta no universo jurídico.

A bem da verdade, há de se adendar que, no *universo da Tópica*, o pensamento jurídico é problemático, sendo o ponto de partida da exegese o próprio problema enquanto, em se tratando de uma *perspectiva sistemática*, parte-se do sistema para dele fazer uma dedução com fins de solucionar o caso em questão.

músicas (4%), games *online* (2%), compras (2%), e até mesmo por lerem notícias em horário de trabalho (1%). Fonte: *Revista Abril*. Disponível em: <www.info.abril.uol.com.br>.

⁶⁵ SARMIENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99.

Assim, a perspectiva de aplicação do Direito passa a ter uma ênfase indutiva e não dedutiva⁶⁶.

Nos dias atuais, notadamente no universo empresarial, onde o empregador *assume os riscos da atividade econômica*, torna-se importante que a utilização da *internet* pelo empregado seja regulamentada.

Enquanto estivermos em um quadro de conflito doutrinário e jurisprudencial no que se refere ao exame da problemática, algumas medidas operacionais devem ser adotadas, caso o empregador deseje monitorar o correio eletrônico de seus empregados para que não se produza resultados *inconstitucionais nem lesivos aos direitos fundamentais dos trabalhadores*.

Embora o TST tenha se posicionado, em decisão inédita, estabelecendo que os empregadores têm o direito de fiscalizar as mensagens enviadas e recebidas pela caixa de correio eletrônico que a empresa oferece ao funcionário, por ser esta uma ferramenta de trabalho, desde que de forma moderada, generalizada e impessoal⁶⁷, *compartilhamos da opinião que os cidadãos monitorados devem ter "ciência prévia" de que estão sendo vigiados*.

A *"exigibilidade de ciência prévia" dos trabalhadores de que estão sendo monitorados pelos seus empregadores apresenta "inexcedível justiça"* na medida em que a questão envolve uma natureza trabalhista.

Não se poderia aceitar a *tese da demissão por justa causa por ato de indisciplina*, nos termos do art. 482, alínea "h" (*por ato de indisciplina ou de insubordinação*) se não for facultada aos empregados a oportunidade de, *pelo*

⁶⁶ AIETA, Vânia Siciliano; ISHIDA, Valter Kenji; LEITE, George Salomão. *A Indução e a Analogia no Campo do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, *passim*.

⁶⁷ O monitoramento foi autorizado como método de obtenção de provas para justificar uma demissão feita pela HSBC Seguros Brasil S.A. A partir do rastreamento do *e-mail* de um empregado, descobriu-se que um dos integrantes da filial de Brasília utilizava o correio corporativo para fins pornográficos. O empregado enviava aos colegas fotos pornográficas. Em sua defesa, alegou que a empresa havia violado seu direito à intimidade ao rastrear seu *e-mail* e que a prova para justificar sua demissão havia sido obtida de forma ilícita. Suas alegações não foram aceitas pelos magistrados da Primeira Turma do TST que decidiram, por unanimidade, que como o equipamento e a tecnologia foram entregues pela empresa para fins de trabalho, não seria permitida a utilização pessoal. *"Não haveria qualquer intimidade a ser preservada posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares"*, explicou o relator do caso, ministro João Oreste Dalazen. Ele esclareceu ainda que a senha de acesso ao sistema não poderia ser interpretada como uma forma de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens, como argumentou o empregado demitido. Segundo o ilustre magistrado, a senha serve apenas para que o empregador evite o acesso de terceiros às informações da empresa. Demitido em maio de 2000, o empregado obteve, em primeira instância, a anulação da justa causa, pois entendeu a juíza da 13ª vara do trabalho que a inviolabilidade da correspondência tutelada pela Constituição seria absoluta. Entretanto, a seguradora recorreu e o TRT do DF deu provimento ao recurso. O empregado ingressou com recurso ao TST que não foi admitido, seguindo-se agravo de instrumento. O ministro Dalazen, ao decidir o agravo, registro o voto revisor do juiz Douglas Alencar Rodrigues, do Tribunal regional que observa que *"os postulados da lealdade e da boa-fé, informativos da teoria geral dos contratos, inibiriam qualquer raciocínio favorável à utilização dos equipamentos do empregador para fins moralmente censuráveis"*, ainda que no contrato de trabalho houvesse omissão sobre restrições ao uso do *e-mail*.

menos conhecer, quais são os limites objetivos do que o empregador entenda como ordem e disciplina no ambiente de trabalho, pois não se pode esquecer que o “*poder de punição do empregador deve ser exercido com boa-fé*”.

Por isso, sustenta-se, nesta oportunidade, a necessidade cabal de facultar aos trabalhadores o acesso ao regulamento das empresas, pois a finalidade do regulamento é exatamente o estabelecimento de normas disciplinares a respeito da organização do trabalho da empresa, especificando-se particularidades como o monitoramento eletrônico.

Desse modo, através do regulamento, é possível uniformizar certos padrões comportamentais que deverão ser seguidos pelos empregadores e pelos empregados. Assim, poderia-se tipificar a incidência de insubordinação dos empregados por descumprimento das ordens de serviço⁶⁸.

A relação de hierarquia que se apresenta nas relações trabalhistas, sendo o empregado subordinado às ordens e poder de comando do empregador não pode servir de justificativas que legitimem ações que venham a desprezar o *direito à intimidade e o sigilo das comunicações, bem como a própria dignidade da pessoa humana*, consubstanciada na proteção dos direitos fundamentais.

O ensinamento do eminente Professor Ingo Wolfgang Sarlet é, neste caso, extremamente oportuno:

*É justamente neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições*⁶⁹.

Consagra a Constituição da República o *direito à segurança no emprego*, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária⁷⁰ ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, fazendo-se a previsão de indenização compensatória, obstruindo-se, desse modo, com a incidência de dispensa injustificada, sem motivação socialmente relevante⁷¹.

⁶⁸ Deve-se aduzir que se a ordem do superior for imoral ou ilegal não irá se configurar a insubordinação.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 120-121.

⁷⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 178.

⁷¹ *Ibidem*. Adverte-nos o ilustre Professor Alexandre de Moraes que o conceito de despedida arbitrária tem alicerce em motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Dessa forma, por motivo disciplinar deve ser entendida a relação do empregado, no cumprimento de suas obrigações, com o empregador, estando

Ademais, pode -se vislumbrar situações nas quais seja possível que a empresa mantenha um nível satisfatório de segurança da informação e produtividade *sem o monitoramento eletrônico dos empregados, através de “processo preventivo”*. O empregador pode, por exemplo, adotar programas que venham impedir o envio de mensagens para destinatários não predeterminados; pode também optar por criar ferramentas com a finalidade de se obstruir a transmissão de mensagens que ultrapassem sua política de segurança.

Para o caso específico de pequenos negócios, o controle das informações pode ser concretizado optando-se por uma forma mais burocrática, na qual para que um empregado possa enviar um *e-mail* seja necessária a aprovação de um superior que seja responsável por analisar o conteúdo da mensagem. Para que tal processo seja viável e para se obter maior agilidade recomenda-se que tal função não fique centralizada em uma única pessoa.

Ocorre que existem empresas que, em razão da dinâmica de sua atividade ou do número de empregados, têm a necessidade de adotar uma política de segurança mais agressiva e, nesses casos, não existe outra alternativa senão o *monitoramento eletrônico de seus empregados*.

Nesses casos, considerando-se a inexistência de legislação para disciplinar o tema, seria oportuno e conveniente que as empresas adotassem uma política de transparência quando da admissão de um funcionário, avisando-o de que suas mensagens podem ser rastreadas através do *e-mail corporativo*⁷².

A empresa deverá, entretanto, proceder ao desenvolvimento de uma política de uso de *e-mail* e de navegação pela *Internet* que terá natureza de *regulamento interno*, devendo ser registrada em cartório de títulos e documentos para que seja unificada de *publicidade*. Tal política deverá conter regras minuciosas e expressas, estabelecidas dentro dos limites da razoabilidade e legalidade, sempre respeitando a *dignidade da pessoa humana*.

Aconselha-se, portanto, a *anuência expressa através de assinatura de todos os empregados* e uma ampla campanha de divulgação realizada com certa frequência e de maneira transparente. Também é importante a participação da entidade de classe na elaboração destas políticas. Por fim, a empresa deverá realizar estudos técnicos para a implementação desse *monitoramento* seguindo os procedimentos da norma NBR ISSO/IEC 17799⁷³.

Deve-se aduzir ainda que, pela Emenda Constitucional n. 45/04, a Justiça Trabalhista passou a ter competência não apenas para tutelar as relações de emprego, mas também as relações de trabalho. Porém, deve-se alertar que esta-

compreendidas as figuras da justa causa, previstas na legislação ordinária e não apenas o descumprimento de ordens gerais de serviço.

⁷² *Jornal O Globo*, p. 19, 17 maio 2005.

⁷³ Criada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas em 2001, busca proporcionar às empresas um elevado grau de segurança das informações armazenadas ou em trânsito na rede de computadores.

riam excluídas do *monitoramento eletrônico* as *relações societárias*, salvo se o contrato social da empresa estabelecer que os sócios estão expressamente comprometidos com o cumprimento da *norma interna da empresa* para o estabelecimento desta diretriz comportamental, sob pena de tal descumprimento vir a incidir em uma quebra do *affectio societatis*.

Divergências entre sócios quanto ao *monitoramento eletrônico* configurar-se-á em uma questão de natureza societária e não trabalhista, pois entre sócios inexistente a subordinação nos moldes das relações de emprego, ainda que a emenda tenha contemplado a ampliação da competência para que a Justiça do Trabalho para julgar todas as ações oriundas das *relações de trabalho* e não apenas as *relações de emprego*.

Cabe esclarecer ainda que o monitoramento é prática louvável quando realizada em casos onde haja indícios objetivos de abuso na utilização do correio eletrônico por parte do empregado.

Porém, *estes indícios devem ser baseados em critérios objetivos*, devendo-se estabelecer, em qualquer situação, um mínimo de garantias aos trabalhadores, pois ele não pode ser tratado como um prisioneiro em seu local de trabalho, impedido de utilizar-se do *e-mail corporativo*, ainda que considerado como uma *ferramenta de trabalho*, para que possa resolver por alguns instantes um problema de natureza pessoal⁷⁴.

Faz-se necessário que o empregado que terá seu *e-mail*, ainda que corporativo, vasculhado, *seja comunicado previamente*, sendo imprescindível a presença de um representante sindical para tutelar os direitos do empregado e assegurar a *transparência no procedimento*⁷⁵, exigindo-se *nexo causal e proporcionalidade* entre a prática abusiva e a sanção aplicável.

2 REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano *et al.* **A Indução e a Analogia no campo do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁷⁴ A grande preocupação dos empregadores se dá com a *perda do tempo gasto pelo empregado*, no horário do serviço, com questões de natureza divorciada da atividade laboral. Porém, os *princípios da razoabilidade e da proporcionalidade* resolvem facilmente a questão, pois o empregado não deve, em atendimento a esses princípios, ser punido pela utilização de uma ferramenta de trabalho, no caso em estudo, o *e-mail corporativo*, em razão de questões de pequena monta, instrumento este muitas vezes utilizado apenas por alguns instantes para fins pessoais, que certamente não trariam nenhum desconforto para a classe empresarial, como por exemplo: marcar um médico ou dentista, enviar um documento pessoal por *e-mail* até mesmo para não sair do escritório para não interromper o trabalho. Situação bem distinta se deflagra com a divulgação de material pornográfico, de conteúdo preconceituoso ou dissonante com o perfil da empresa, podendo atingir o bom nome e a imagem da empresa, também tutelada pela Constituição Brasileira, além de comprometer esta ferramenta de trabalho sob análise, com vírus com toda a sorte de revés que trazem, inclusive, um prejuízo econômico grave à atividade econômica.

⁷⁵ Ele precisa ser previamente informado sob pena de violação constitucional da intimidade.

_____. **A Garantia da Intimidade Como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. O Dogma da Plenitude Hermética do Ordenamento Jurídico em face da Heteromorfia dos Subistemas Fáticos, Axiológicos e Normativos no Sistema Aberto e o Fenômeno da Integração. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUCRJ Departamento de Direito, n. 20, p. 152-156, jan./jul. 2002.

_____; ISHIDA, Valter Kenji; LEITE, George Salomão. **A Indução e a Analogia no Campo do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, *passim*.

BELMONTE, Alexandre Agra. **O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, *passim*.

DRUMMOND, Victor. **Internet, Privacidade e Dados Pessoais**.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa Humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SENNETT, Richard. **A Corrosão do Caráter, Conseqüências Pessoais do Trabalho no Novo Capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

UMA NOVA ÁREA NO ESCRITÓRIO MODELO DA FACULDADE DE DIREITO: PSICANÁLISE JURÍDICA

Gita Wladimirski Goldenberg¹

Primeiramente falaremos da importância do Escritório Modelo na Faculdade de Direito da UERJ e a seguir sobre a nova área de Psicanálise Jurídica.

O Escritório Modelo foi implantado na nossa Faculdade no ano de 1979. Júlio Penha de Oliveira Filho (1987) em seu artigo intitulado "*O Escritório Modelo: sua Estrutura e Finalidade*" afirma: "*Tem o Escritório Modelo, como objetivos primordiais, a formação do aluno-estagiário e a concessão de assistência jurídica gratuita a pessoas carentes da comunidade, envolvidas em demandas judiciais, quer como autoras quer como réus*"².

O aluno da graduação podia fazer estágio no Escritório Modelo da Faculdade de Direito da UERJ dentro das seguintes áreas: Criminal, Família, Criança e Adolescente, Trabalho e Previdência Social e Civil

Escritório Modelo tem como proposta garantir aos clientes de classe desfavorecida o acesso à Justiça. O acesso à ordem jurídica representa exercício da cidadania conforme prevê o princípio constitucional de 1988. Face à Lei 1.060/50, foi criado o conceito de gratuidade da Justiça, em que a parte, comprovando insuficiência de recursos para arcar com os ônus processuais seria isenta dos mesmos, podendo ser representada pela Defensoria Pública.

A defensoria Pública tem uma brilhante atuação, no entanto, o acúmulo de processos é muito grande. Neste sentido, as universidades hoje, procuram ajudar oferecendo também atendimento gratuito através dos Escritórios Modelo das Faculdades de Direito. Estes têm representado uma ajuda substancial, no que tange ao atendimento à comunidade carente face às condições de miséria em que vive a maior parte da nossa população.

¹ Doutora em Psicologia Social e da Personalidade pelo Fundação Getúlio Vargas - RJ.

² FILHO, Júlio Penha de Oliveira. *Escritório Modelo: Sua Estrutura e Finalidade*. In: *Temas Atuais do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: UERJ, 1987. p. 80-84.

Em 1992 foi, por mim, implantada a Área de Psicanálise Jurídica no Escritório Modelo da Faculdade de Direito da UERJ. Nesta área, além da coordenadora da mesma, comportava estagiários de direito, de psicanálise, e serviço social do Curso de Pós-Graduação em Direito Especial da Criança e adolescente. Esta visava não somente assessorar todas as outras áreas bem como ensinar os alunos a participarem de pesquisas.

A pesquisa intitulada: “*Análise Diagnóstica do Escritório Modelo: Perspectivas para o Futuro*”, partiu de um trabalho realizado na referida área. Através deste estudo, levantamos a hipótese de que o Escritório Modelo terá melhor infraestrutura através de um trabalho interdisciplinar. Além da signatária deste artigo, participaram desta pesquisa também alunos da graduação com bolsa de Iniciação Científica³.

Realizamos uma análise diagnóstica, com o objetivo de estabelecermos as bases para o funcionamento de um Escritório Modelo mais inserido na vida acadêmica e na sociedade. Vale dizer que o termo diagnóstico foi entendido nesta referida pesquisa como um processo de identificação dos problemas existentes no Escritório Modelo e das decisões dos meios adequados para buscar as transformações e soluções.

Registramos que ainda havia pouco entrosamento entre a Prática Forense do Escritório Modelo e as disciplinas da formação acadêmica do curso de Direito. Ao nosso ver os professores deveriam ilustrar suas aulas com casos concretos de processos acompanhados pelo Escritório Modelo. A título de exemplo na disciplina ministrada por mim Psicanálise Jurídica, é ressaltado casos concretos de adoção, separação conjugal e outros.

Em contrapartida os coordenadores da respectivas áreas do referido Escritório também poderiam ensinar os alunos a aprofundarem teoricamente as questões relativas aos processos dos clientes, bem como incentivá-los a participar de pesquisa de doutrina e jurisprudência. Como por exemplo o Coordenador da Vara de Família pode instigar o alunos a pesquisar sobre o tema de muitas controvérsias da Culpa na separação do casal à luz do Código Civil de 2002.

Observamos que o atendimento à comunidade fica prejudicado pela falta de consciência humana social e política das pessoas que trabalham no Escritório e no Poder Judiciário. Além destes fatores há toda uma série de entraves burocráticos que não dipõem a favor de nossa Justiça em relação aos que dela mais necessitam.

Verificamos que há necessidade de um atendimento mais personalizado à clientela. Dadas as dificuldades econômicas da clientela, as pessoas que bus-

³ Os alunos que participaram da pesquisa são os seguintes: Mônica do Rêgo Barros Cardoso, Jorge Luiz Murta Gonçalves, Rogério Gomes Alevato, Lúcia Helena de Moura e Elisabet.

cam o atendimento jurídico do Escritório Modelo geralmente encaram com normalidade os problemas de má qualidade do serviço e do atendimento, já que muitas vezes não dispõem de outras opções.

O cliente precisa se conscientizar de que em troca do atendimento jurídico recebido por ele, os estagiários estão aprendendo e adquirindo prática para sua formação de advogado. Todavia, a maioria dos estagiários não possui consciência disto e de como é essencial prestar um bom atendimento ao cliente através de um serviço jurídico de qualidade.

O Escritório Modelo representa o aspecto social da Faculdade de Direito. Através dele o aluno não somente adquire prática necessária a sua formação, mas também estabelece contato com a comunidade, o que lhe permite exercer sua profissão mais inserido na realidade brasileira.

Desta forma, devemos articular os diversos setores do Escritório Modelo com uma formação acadêmica no âmbito interdisciplinar para atuar de forma integrada, através de um amplo e adequado atendimento. Objetivando a conquista da cidadania plena e a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Devemos pensar sobre o lugar do psicanalista do Escritório Modelo das Faculdades de Direito. Muitas vezes o lugar a que somos solicitados a ocupar é lugar de um saber sobre a verdade, para que a justiça seja feita.

O nosso lugar é o de escutar a posição do sujeito diante de sua história. Desta forma, devemos escutar os desejos e expectativas do sujeito diante da vida. Podemos ajudar esclarecendo os motivos ocultos do discurso manifesto. Quando uma pessoa procura o Escritório Modelo vem muitas vezes, buscar ajuda para os conflitos existentes não somente no processo jurídico mas também no seu processo de vida. Não podemos nos ensurdecer para a história de cada caso, pelo fato de não sermos os detentores da verdade.

É importante termos consciência de nosso limite, de que não temos o saber de uma verdade única e absoluta. Se nos colocarmos com esta função estaremos próximo do detetive e respondendo equivocadamente ao lugar que nós ocupamos.

O psicanalista poderá realizar trabalho através de uma escuta do inconsciente sobre a forma de *prova pericial* (perito do Juiz e assistente técnico do advogado) e da *mediação*. Através do Saber Psicanalítico, pode-se fornecer subsídios por escrito (através de laudos, estudo de casos) ou verbalmente para os advogados do Escritório Modelo e para às autoridades judiciárias quando solicitado (como perito). Bem como podemos fazer reuniões de mediação em conjunto com o advogado

O tema das provas é um dos mais importantes em Direito Processual, em processo Civil, processo penal, processo trabalhista etc. O Direito Processual admite várias provas como a testemunha, perícia, exame do corpo de de-

lito, documentos e etc. O saber Psicanalítico pode auxiliar na fundamentação da prova pericial e para o *livre convencimento* do Juiz nos processos da Justiça Gratuita.

O laudo do perito não se propõe a uma verdade e tampouco a uma verdade absoluta. Portanto devemos ajudar os indivíduos a não ficarem alienados na sua própria história.

Os peritos são vistos como auxiliares da justiça. Porém, o magistrado não é obrigado a concordar com as conclusões do laudo técnico, podendo dar encaminhamento adverso ao que foi sugerido pelo profissional.

A nomeação do perito é realizada normalmente pelo juiz, que atende geralmente a solicitação dos advogados. Ao mesmo tempo as partes poderão nomear outro profissional, denominado assistente técnico que deverá elaborar laudo em separado, concordante ou divergente do laudo oficial.

As questões serão formuladas sob forma de quesitos por pessoas que possuam conhecimento da matéria e encaminhadas ao perito, visando seu parecer. Cabe ao perito enviar ao juiz um relatório sobre a perícia realizada, com devidas conclusões. Este relatório deve ser claro evitando-se termos técnicos que possam induzir a interpretações errôneas.

O perito oficial assim como o assistente técnico que tiver qualquer tipo de vínculo, passado ou presente com as partes, é considerado impedido para realizar tal prova. Vale ressaltar, que os terapeutas não podem ser peritos dos seus clientes e os peritos não podem ser terapeutas das partes envolvidas no processo.

Os quesitos devem versar apenas sobre a matéria de perícia. O perito não possui poder decisório, sua tarefa limita-se a informar ao juiz entre assuntos específicos e a decisão final cabe ao juiz.

Roberto Aguiar (1990), argumenta que a introdução do procedimento pericial poder ser considerada um avanço na ordem jurídica. Por outro lado a psiquiatria, assim como a psicologia podem aprisionar mais ainda o ser humano. O referido autor em seu livro **Direito, Poder e Opressão**, afirma:

Outra faceta do saber que auxilia o Estado na administração da justiça é a psicologia e mesmo a psiquiatria. O que, à primeira vista, nos assusta é o fato dessas denominadas ciências sofrerem hoje radical revisão no sentido de abertura de suas perspectivas, tentando inclusive sair daquela dimensão estigmatizante que marcava suas ações e explicações, enquanto que, nas perícias judiciais, elas são usadas justamente para carimbar, para estigmatizar, para tipificar como louco ou não, como dono de si ou não, como imputável ou não, na mais clássica das formas de se encarar a psique humana...

...Ora, no sentido em que estamos vendo, a psicologia, nesse caso, assim como a psiquiatria, desvestem-se de qualquer dimensão libertadora, constituindo-se em me-

*ros braços do Estado ; meros recursos de confirmação de ideologia do poder;além de se colocarem como eficazes instrumentos de controle*⁴.

Vale ressaltar que o nosso objetivo não é sermos instrumentos de controle mas desde o momento que cabe ao Juiz julgar acreditamos que terá mais condições tendo conhecimento de outros saberes além do saber jurídico porque cuida do ser humano.

A tarefa primordial da Psicanálise junto ao Direito não é apenas a perícia, mas fazer um estudo interdisciplinar, acompanhando as pessoas envolvidas nas fases pré-judiciais como nas processuais. Podemos intervir no campo, ajudando as pessoas a pensarem, refletirem e retificarem os seus passos através da *Mediação*. Os conflitos podem muitas vezes paralisar os indivíduos, e o trabalho de mediação poderá facilitar a refletir sobre os problemas subjetivos envolvidos, de forma a não se prolongar relações pessoais indefinidamente através de um processo litigioso.

Stella Brettman afirma;

*Mediação: é o processo de gestão de controvérsias no qual um profissional – o mediador – intervém de forma imparcial e neutra, facilitando a comunicação entre os envolvidos, com vistas à solução da disputa. Esta solução, de benefício mútuo, será construída pelos próprios participantes, a partir da identificação dos seus interesses e necessidade, e será legitimada através de um acordo voluntário que consubstanciará o seu cumprimento...*⁵

No escritório Modelo há uma contaminação pessoal do advogado e seus estagiários em seu trabalho do entendimento que aceitando o processo judicial estará agradando ao cliente. Acreditamos que em muitos casos se o advogado realizasse um trabalho conjunto com o psicanalista, poderíamos evitar muitos processos litigiosos. No sentido que possamos desmontar o discurso do manifesto para que surja o verdadeiro motivo para o litigioso, visando a possibilidade das partes conseguirem estabelecer algum tipo de acordo, o que implica inclusive em redução de tempo e tensão provocada numa situação litigiosa

A mediação constitui-se um recurso que promove a saúde mental não só das partes em conflito, mas também dos profissionais vinculados ao sistema judiciário. Esta integração rompe com a onipotência de que o direito não precisa da psicanálise e que a psicanálise não tem nada para contribuir com o Direito.

O mediador com formação psicanalítica terá mais condições de decifrar os fenômenos projetivos e introjetivos das partes envolvidas no processo.

⁴ AGUIAR, R. **Direito. Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984. p. 134-135.

⁵ BRETTMAN, Stella. *A Prática da Moderna Mediação: Integração Entre a Psicologia e o Direito*. In: **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. São Paulo: Millenium, 2004. p. 475.

Os juízes podem, muitas vezes, estarem sujeitos a forte cargas emocionais, uma vez que devem proferir sentenças, que decidam sobre casos de incesto, violência física e psíquica, adoção e outros. Desta forma a mediação pode facilitar a comunicação entre os envolvidos com vistas à solução de conflito bem como oferecer apoio ao psiquismo do juiz que, recebe também muita carga afetiva das partes.

O advogado pode encaminhar seus clientes a um mediador e o mediador recaminha as partes ao advogado, que dá continuidade ou não ao procedimento processual. Há trabalhos de mediação que o advogado poderá participar juntamente com o mediador psicanalista sem que se misture os papéis.

As questões legais nem sempre estão presentes nas questões emocionais, no entanto a subjetividade esta mesclada com questões legais.

Stella Brettman afirma;

As contradições, as queixas, as carências afetivas, a indiferença, o abandono, o convívio com o medo, a agressão, os ressentimentos profundos, a violência física ou afetiva poderão estar encobertas ou explicitadas nas pessoas que buscam o profissional do Direito para resolver suas disputas. Este profissional nem sempre está capacitado para ser continente e lidar com estes componentes emocionais e subjetivos, especialmente em situações de crises familiares. Daí a riqueza de ser considerada a opção pela Mediação não apenas como um recurso extrajudicial, mas como um recurso de saúde mental para as partes, bem como para os profissionais nela envolvidos, pois com isso se evitará batalhas intermináveis⁶.

No Escritório Modelo da Faculdade de Direito realizamos um trabalho interdisciplinar principalmente na *Área de Família* e na *Área da Criança e do Adolescente*, tendo como objetivo ampliar de forma mais sistemática para as outras áreas. Registramos que as pessoas que trabalham no Escritório Modelo paulatinamente começam a ter consciência de uma atuação mais eficiente se for integrada à área da Psicanálise Jurídica.

Na Justiça da Infância e Juventude existe a necessidade permanente de manutenção de um quadro técnico interprofissional. Daí por que o destaque para a equipe técnica interdisciplinar. As normas dos art. 151, do Estatuto, estabelecem os lineamentos de atuação da equipe, ressaltadas a livre manifestação do ponto de vista do profissional e sua imediata subordinação à autoridade judiciária. Sem prejuízo de outras atribuições legais, os integrantes da equipe interprofissional deverão fornecer subsídios por escrito (por exemplo através de laudos ou verbalmente por exemplo, em audiência) sobre assunto de

⁶ BRETTMAN, Stella. A Prática da Moderna Mediação: Integração Entre a Psicologia e o Direito. In: *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. São Paulo: Millenium, 2004. p. 474.

suas especialidades, bem como desenvolver trabalhos compatíveis (aconselhamento, orientação, prevenção etc).

O profissional com uma escuta do saber psicanalítico no Escritório Modelo poderá contribuir na realização do estudo de caso e ou através de perícia para assessora melhor o Juiz da Infância e da Juventude na sentença. Mesmo quando existe esta equipe interprofissional na Justiça poderá não conseguir realizar os estudos em todos casos pelo volume de processos.

Quanto à área da Criança e do Adolescente realizamos estudos com objetivo de assessorar melhor o cliente, o estagiário, o advogado e o Juiz quanto a fase do desenvolvimento emocional que se encontra a criança ou adolescente em questão. O escritório Modelo poderá contribuir com a Justiça de Infância, pois ainda há muita carências de estudos e laudos interdisciplinares.

A atuação do psicanalista na Justiça da Infância e Juventude se dá principalmente nos processos de *colocação em família substituta, destituição do poder familiar e na aplicação das medidas socioeducativas* relativas ao ato infracional.

Na prática atuamos principalmente em processos de colocação em famílias substitutas, tendo como objetivo um trabalho preventivo. Devemos atentar-nos aos motivos que levam uma pessoa a desejar a guarda e adoção de uma criança pois além dos motivos conscientes existem motivos inconscientes entre os quais alguns podem se caracterizar como perversos.

Desta forma, a perversão pode acarretar dificuldades afetivas e intelectuais na vida futura da criança. Daí ser fundamental, a investigação psico-social da família que deseja a guarda e/ou adoção e qual o instituto mais adequado para determinada criança.

Quanto à adoção é importante verificarmos se existe ou não contraindicações que devam ser apontadas e interpretadas. É importante avaliar as condições que as famílias substitutas se encontram para receberem ou não naquele momento uma criança como filho. Devemos avaliar: quem são as pessoas; por que desejam adotar; como a família vê o projeto de adoção; que sentimentos teriam em relação a revelar a verdade sobre a origem da criança; quais as expectativas em relação ao filho pretendido; qual seria a previsão quanto à possibilidade de estabelecer uma relação parental satisfatória e o desejo da criança de ser ou não adotada.

Sempre que possível, a colocação de uma criança numa família substituta deve ser feita por psicanalista e advogado num estudo interdisciplinar.

Interessante *caso de adoção*⁷, dentre tantos por nós analisados no Escritório Modelo da Faculdade de Direito da UERJ através deste importante cotejo interdisciplinar da Psicanálise com o Direito, foi o realizado com um dos

⁷ Os nomes das pessoas do respectivo caso foram mudados para evitar a identificação.

periciados, de nome fictício Claudia, conforme se percebe dos fragmentos de trechos das entrevistas por mim realizadas .

A periciada, compareceu à entrevista dizendo desejar a adoção de duas meninas, a qual já tinha a guarda de fato há mais de dois anos. Relatou em sua entrevista que conheceu um menino largado em uma praça pública, tendo ela se aproximado dele para saber um pouco sobre sua vida, tendo dito o menino que suas irmãs moravam embaixo da ponte; que na verdade uma delas morava e trabalhava como ajudante de uma senhora que era camelô.

A mãe biológica destas crianças abandonou-as e esta já tinha outros filhos de pais diferentes, sendo que esta mãe somente cuidava dos filhos do homem com quem vivia maritalmente. Quando se separava do cônjuge abandonava os filhos do mesmo. Esta genitora em questão, mãe destas crianças, já teve ao todo 12 filhos.

Claudia tem 31 anos, trabalha e reside com os pais em um apartamento de dois quartos. Ela descreveu que ficou penalizada com a situação das menores e resolveu trazê-las para sua casa. No início seu pai reagiu, mas acabou as aceitando. Colocou então as duas meninas na escola, passando a cuidar delas como se fossem suas filhas. Disse estar consciente de ter pegado duas crianças já crescidas e problemáticas, sendo que no início do convívio elas não aceitavam limites, assinalando, todavia, que atualmente as meninas estão aceitando melhor a educação que lhes é dada. Uma delas tem nove anos e a outra quatorze. Ambas dormem com ela no quarto, mas em camas separadas.

Relatou que sempre viveu para a família e que sua vida consiste basicamente na convivência com as duas meninas, seus pais e seu trabalho, não mantendo relações afetivas com ninguém, afirmando, ainda, nunca ter tido relação sexual em toda a sua vida.

Registramos neste caso analisado que Claudia deseja a adoção das meninas em certo sentido para substituir a falta de relação afetiva com um parceiro. Destaca-se que ao requerer a adoção de duas meninas, sendo jovem, solteira, virgem, demonstra problemas de não ter um namorado ou relação afetiva mais estável. Parece que a periciada esta querendo a adoção de duas meninas para esconder a sua homossexualidade talvez não manifesta, mas latente. Claudia geralmente no seu discurso fala do sexo masculino no sentido pejorativo, fazendo alusões de que o homem é machista e que serve apenas para machucar as mulheres.

Por outro lado, estas meninas foram abandonadas pela mãe biológica, e dentro da realidade social delas, a periciada pôde ajudá-las. É importante que a mesma tenha consciência da sua *identificação sexual* para não usar as meninas em termos perversos.

Uma das meninas já tem quatorze anos e estando na adolescência é importante que tenha liberdade para sair e namorar. Claudia, em uma das entrevistas, disse que a adolescente já teve um namorado e a respeito disto disse o seguinte: *“fico preocupada de que algum menino machuque minha “filha” e que não fique ela muito dependente de alguém que depois não possa corresponder ao seu amor”*.

Segundo o discurso da guardiã, ela não impedia as meninas de verem a sua própria mãe quando desejavam. Ao contrário, acabava, por vezes, inclusive levando-as até a casa dela.

Analisamos, deste modo, ser importante para o desenvolvimento afetivo e cognitivo das crianças em questão que os vínculos com os parentes existentes possam ser facilitados, evitando assim uma separação abrupta com seus familiares. No caso destas crianças que possuem vários outros irmãos é aconselhável que eles possam se encontrar toda vez que desejarem.

Neste caso verifica-se que a guardiã está abrigando as crianças e não está opondo-se de que os familiares tenham contato com as mesmas, sendo, assim, um fator positivo para o desenvolvimento delas.

A periciada disse que mesmo tendo a guarda de fato desejava a adoção destas crianças. Ressalta também ser importante para ela ter sido ouvida por mim, pois a decisão pela adoção das crianças foi um passo muito importante que tomou em sua vida.

A adolescente contou que até uma certa idade talvez cinco anos, seus pais lhe davam assistência. Seu pai já foi segurança de um Banco, então não lhe faltava o básico em casa, como comida e moradia. Mais tarde, entretanto, seu pai ficou desempregado e sua mãe não trabalhava. Disse que seu pai bebia muito e que havia muita violência dentro de casa. Disse que seus pais se batiam um no outro e também surravam os filhos. Ela disse que seu pai morreu e que durante muito tempo teve que tomar conta de seus irmãos menores. Relatou que fazia “xepa”, isto é, que pegavam as batatas e frutas que sobravam no chão da feira para fazer comida. Afirmou que já mendigou nos bares para pedir comida e que acabaram não passando fome, mas que viviam antes dessa forma. Mais tarde tiveram inclusive de viver em baixo da ponte, pois não mais tinham mais moradia.

Afirmou que, mais tarde, conheceram Claudia que morava perto deles. Relatou que no início era tratada pela referida guardiã como se estivesse num orfanato, pois tinha casa e comida mas com pouco afeto. Comentou também que a convivência com a família substituta (guardiã) foi difícil porque lá havia normas, como tomar banho todos os dias, escovar dentes, horário de refeições e que ela e seus irmãos não estavam acostumados, pois na casa de sua mãe biológica não havia ordem nenhuma.

Quanto a sua mãe biológica disse estar revoltada e afirma: “*Se minha mãe não quer assumir os filhos porque ela nos teve?*”. Continua, “*minha mãe já teve 12 filhos sendo que dois morreram. Dois irmãos estão morando com minha avó, outros três está com minha mãe, outro foi internado e transferido. Eu, no fundo, gostaria de ter minha família e meus pais, mas não adianta já briguei e chorei muito, é triste ter que morar na casa dos outros porque minha mãe não quis assumir agente*”.

Registramos que a adolescente em questão tem uma compreensão intelectual da sua vida e o que deve ter lhe ajudado para ter um pouco mais de estrutura emocional em comparação com os seus irmãos mais novos possivelmente, foi o fato de nos primeiros anos de sua vida ter tido uma boa relação objetal com seus pais biológicos. Disse que seus irmãos nasceram numa época em que a situação em casa estava péssima. Ela teve que assumir responsabilidade desde cedo, ajudando inclusive a criar seus irmãos e que a mãe biológica às vezes acabava batendo, porque não agüentava tal situação de miséria.

A guardiã disse que sua mãe quando não fala com ela, também não se comunica com as crianças. Afirmou o seguinte “*minha mãe se acostumou muito mal, pois sempre dediquei a minha vida a ela, acho inclusive que fiz papel de marido dela. Agora que tenho outras preocupações que são as crianças, ela fica com muito ciúmes*”. Comentou que já deixou os estudos para cuidar da doença que sua mãe teve e que sempre foi muito cobrada de assumir muita responsabilidade. Afirmou, *in verbis*: “*meu pai sempre foi omissos, não acompanhava minha mãe, a única coisa é que sempre deu dinheiro em casa, mas não afeto*”.

Analisamos que a periciada, mantinha uma relação simbiótica com sua mãe e o pedido de adoção das meninas talvez fosse na verdade um meio de tentar sair desta relação sufocadora com a sua própria mãe. O perigo é manter uma relação similar com a adolescente em questão. A mãe da guardiã implicava com qualquer pessoa que a mesma se aproximasse. Se arrumasse um namorado a sua mãe invadia pois uma vez teve um romance e foi interferido de tal forma que o rapaz se afastou dela.

Foi realizado uma dinâmica com os pais da guardiã. O pai mostrou saber da homossexualidade dela. Ele confirmou que sua filha costumava dar mais atenção à menina de quatorze anos do que a de nove anos. A mãe falou que sempre foi muito ligada na filha e reclamou do marido ter sido omissos. Eles falaram que no início não aceitavam de sua filha ter pegado a guarda de fato das meninas, mas agora concordavam.

As crianças sofreram maus-tratos corporais (espancamentos) e falta de cuidados básicos como alimentação, vestuário e moradia. Ao mesmo tempo sofreram uma violenta privação emocional que é o abandono, assim como a humilhação de terem de mendigar nas ruas para se alimentarem. A mãe natural

gerou biologicamente doze filhos, sendo que em termos afetivos não exerceu sua função materna. O pai segundo a adolescente até uma certa época dava mais assistência material em casa, mas depois ele passou a beber e abandonou os filhos. Atualmente o pai está morto.

A periciada tem proporcionado às meninas escola, moradia, alimentação, vestuário, assistência médica e lazer. Ela reside com os seus pais conforme foi mencionado nas entrevistas, apresentando certos conflitos familiares provenientes principalmente de uma mãe muito dominante e um pai omissos. No entanto, apesar deste conflito, a família substituta apresenta melhores condições de saúde do que a família natural. Demonstrou interesse de educar as crianças muito mais do que a mãe biológica.

Claudia apresenta uma tendência de repetir ativamente com as crianças a mesma relação que passou passivamente com sua mãe, isto é, a manter uma relação simbiótica com a mãe e tentar inconscientemente fazer o mesmo com a adolescente. Neste sentido é importante que a mesma tenha também sua vida afetiva independente das crianças, a ponto de não viver só em função das mesmas. A verdadeira *monoparentalidade*, remete à estrutura psíquica do adulto que exclui, o outro sexo, antes de ser uma questão de mulher sozinha com seu filho. Esta moça compartilhava com sua mãe o ódio pelos homens em geral. Ela queria um filho, mas não um homem ou um companheiro e desta forma não introduzia um terceiro (édipo) na relação com as criança em questão.

É importante que seja neste caso concedida a *guarda*, e não a *adoção* pois a guardiã poderia colocar a adolescente no lugar de filha e namorada à nível inconsciente. A adoção poderia legitimar este poder em relação à adolescente. A guarda pode ser revogada, então esta menina no futuro terá mais liberdade de escolha. Além disto, a concessão da guarda possibilita a continuidade dos vínculos entre as crianças e a família de origem. Após ouvir esta adolescente e a família substituta várias vezes, aconselhamos então a advogada que seria melhor pelo princípio do interesse das crianças a guarda, e não a adoção.

Na avaliação de uma criança para adoção devemos levar em consideração alguns fatores tais como a possibilidade de elaborar a separação-perda dos pais biológicos, capacidade de vincular-se e desejo de pertencer à uma nova família. No caso em questão a adolescente não parecia pretender vincular-se de forma definitiva a esta nova família, por isso ser o instituto jurídico de “guarda” foi o mais indicado e não a “adoção”.

Através do cotejo interdisciplinar da psicanálise com o direito, o Escritório Modelo da Faculdade de Direito estava atendendo com mais eficácia a sua clientela quando se tratava de crianças e adolescentes

Quanto a área de Família geralmente realizávamos laudos e /ou dinâmicas familiares relacionadas à *separação litigiosa, posse e guarda de filho, pen-*

são alimentícia, regulamentação de visitas e suspensão ou perda do poder familiar. A escuta psicanalítica terá também uma importante contribuição no caso de indenização por dano moral em separações conjugais, principalmente quando ocorre uma violência psíquica.

O processo de *separação litigiosa*, é uma relação de amor e ódio mal resolvida que aparece, muitas vezes, no discurso objetivo através do litígio patrimonial. Há casos que um dos cônjuges após a sentença transitada em julgado, não podendo mais brigar naquele processo, começa a instalar outros, como modificação de guarda e regulamentação de visita. Esta forma é um meio de manter a relação com o outro cônjuge.

Quanto a questão de *posse e guarda* deveríamos nos perguntar se a ética do perito e do advogado não deveria ser a mesma partindo do princípio do interesse maior da criança?

Françoise Dolto afirma (1987): “Certamente; e o advogado teria então um papel a desempenhar no que concerne à criança. Com bastante frequência os advogados só pensam em agradar seus clientes. Não percebem que nessa etapa do divórcio enfatizar a criança equivale juntamente a cuidar bem dos clientes, porque equivale a cuidar da descendência deles...”⁸.

A disputa pela guarda dos filhos menores pode representar uma forma de dar continuidade aos conflitos de relacionamento do casal, que, impossibilitado de elaborar o luto pela separação faz uso da criança. O genitor que não tem a guarda continua tendo uma função psíquica importante no desenvolvimento da criança e não deve ser denegrida sua imagem. O escritório Modelo através da Área de psicanálise poderá ouvir o filho, sem colocá-lo em situação de decidir com quem deseja ficar pois o mesmo pode decidir por um sentimento de culpa ou desejos incestuosos por um dos genitores.

A *regulamentação de visita* à princípio, não deve ser fixa, porque todas as regulamentações são ruins para o que há de afetivo entre os pais e filhos. Quando existe a *guarda compartilhada*, deixa de vigorar o modelo antigo de visitas rigidamente fixadas e que um dos genitores só poder visitar seu filho quinzenalmente. Ambos os genitores exercerão o poder familiar, envolvendo-se diretamente com o interesse do filho e com a sua educação.

Em casos de *perda e suspensão do poder familiar* segundo o Código Civil atual, é importante realizar um estudo da estrutura da personalidade dos membros que compõem a família. Estas famílias podem abandonar, castigar imoderadamente ou cometer práticas contrárias ao bom costume. Desta forma, há muitas vezes violência física, sexual e psíquica.

Devemos ouvir a criança ou o adolescente (que já tem fantasias sexuais) sempre que possível não somente no seu discurso manifesto mas principal-

⁸ DOLTO, Françoise. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989. p. 28.

mente no latente, para sabermos se ocorreu realmente um trauma através da violência sexual por parte dos pais. Pois pode ocorrer somente a violência psíquica por parte de um genitor que desejando se vingar do outro cônjuge, manipula a criança para repetir certas frases.

A área de Psicanálise Jurídica poderá assessorar a Área de Família captando os conflitos psíquicos que aparecem mesclados com fatores objetivos e ajudando as partes, assim como os advogados, a encontrar melhores soluções para os problemas em questão. O profissional poderá funcionar muitas vezes como uma terceira pessoa no trabalho de mediação. F. Dolto (1989) ratifica esta posição, sugerindo que antes do registro de separação, deveria possibilitar-se aos cônjuges verbalizar a uma terceira pessoa as razões da ruptura conjugal. Muitas vezes quando os cônjuges podem exprimir suas desavenças a um terceiro acabam amadurecendo.

Os conflitos de família e suas consequências no Judiciário têm preocupado a todos nós que militamos profissionalmente com a matéria. A situação se repete em todos os países, havendo pesquisas de que, para os filhos, a separação dos pais é bastante agravada quando se prolonga e envolve litígio judicial. Muitos dos processos judiciais podem estar sendo uma forma de manutenção da psicopatologia das relações amorosas. Neste sentido, David Zimmerman denomina de “*vínculo processual afetivo*”⁹, quando um casal passa anos deslocando o seu afeto para processos jurídicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A área ou o saber da Psicanálise Jurídica poderá contribuir nos Escritórios Modelos das Faculdades de Direito conforme já existiu na UERJ, mesmo não sendo formalizada.

A relação da Psicanálise com o Direito é mais do que colaborar como um instrumento de perícia na produção de uma sentença. A compreensão de certos mecanismos psíquicos poderá dar à atuação jurídica uma visão da saúde mental do indivíduo além da aplicação técnica da lei tal como é previsto na mediação (processo que não tem um amparo legal). A aplicação da lei simplesmente não resolve, na prática questões de conflitos interpessoais.

A perícia e/ou o trabalho de mediação por nós realizado visa oferecer uma análise ou reflexão ao Magistrado sobre a escuta do sujeito do inconsciente. O juiz julgará com ou sem a nossa intervenção. Acreditamos que com a contribuição da escuta do inconsciente o juiz poderá proferir uma sentença baseado mais em relações humanas mais saudáveis. Amilton Bueno de Carvalho (1992) afirma:

⁹ ZIMMERMAN, David. O Processo Judicial pode estar sendo uma forma de Manutenção do Vínculo do Casal. In: *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Millennium: Campinas, 2002. p. 149.

No que tange ao subjetivismo do Juiz ao negar a aplicação da lei, é de ser ter claro que toda e qualquer decisão, seja legalista ou não, passa necessária e obviamente pelo subjetivismo do julgador. Aliás, as coisas no processo emergem de incontáveis subjetivismos: das partes ao narrar os fatos aos seus advogados: destes ao peticionar; das testemunhas; dos peritos; e, evidentemente, do julgador. Não há como fugir disto¹⁰.

Evidentemente, devemos ter consciência que a nossa subjetividade estará sempre influenciando, pois estaremos sempre implicados. O psicanalista visa oferecer uma análise ou reflexão ao Magistrado sobre a escuta do sujeito do inconsciente. Não podemos nos ensurdecer a esta história que nos é contada por aquele que nos fala. Escutamos nas entrelinhas do seu discurso “a verdade “de sua vida”.

Desde o momento que o Escritório Modelo possa contar com a Área Psicanalítica e/ou saber psicanalítico possibilitará ao advogado e ao estagiário entender melhor a demanda do seu cliente e quando necessário também oferecer ao juiz melhores condições de exarar sua sentença.

Procuramos esclarecer inclusive os direitos que cada cidadão tem de reivindicar sua causa em questão através das leis existentes. No Escritório Modelo não devemos reproduzir práticas sociais de controle e vigilância sobre o indivíduo, mas sim deixá-lo mais livre possível para decidir o caminho que deseja tomar frente aos seus problemas.

Percebemos em vários processos a existência de causas que possuem implicações humano-sociais de maior relevância, nas quais o conhecimento de natureza social e psíquica é, muitas vezes, indispensável para a decisão justa. O nosso trabalho visa transmitir conhecimentos de aspectos intrapessoais, relacionais, da situação e dinâmica familiares, das circunstâncias sociais e culturais da criança, do adolescente, do adulto e sua família.

Neste trabalho objetivamos demonstrar de forma sucinta como é imprescindível no Escritório Modelo a realização de um trabalho interdisciplinar. Ferenczi (1913) recomenda a juristas que conheçam os fundamentos da psicanálise, a medida que a aplicação dos institutos jurídicos prescinde de uma reflexão interdisciplinar.

Realizar uma intervenção não é imbuir-se de uma onipotência de que não temos. É necessário um despir desta vestimenta para podermos escrever os movimentos de um sujeito na construção de sua história, os pontos de impasse e desorganização. Podemos intervir neste campo, permitindo ao sujeito que pense, e elabore seus passos, apostando que ao final do trabalho, este possa formular uma saída mais próxima de seu desejo para o seu percurso.

¹⁰ CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 20. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Curitiba, vols. 13/14, anos 2005/2006. p. 289-303.*

A nossa inserção no escritório Modelo da Faculdade de Direito seria escutar o caminhar daquele que procura um lugar, acolhendo o seu direito e seu desejo, a nível do consciente e do inconsciente.

Jeanine Nicolazzi Philippi (1994) afirma:

(...) O direito, portanto, esquece-se que o sujeito não é um bloco monolítico, uma unidade total, completa, não castrada; o discurso jurídico ignora, enfim, que o homem nasce para a humanidade por uma falta constitutiva que ao mesmo tempo o quebra e, dividindo, o constitui como ser pulsional impelido a buscar novos caminhos pelos quais possam circular seus desejos. Neste sentido, pode-se dizer, então, que o direito, ao negar o desejo humano, exclui do espaço de suas elaborações o próprio sujeito, pois, como adverte Laçan, "... O desejo é o único ponto a partir do qual se pode explicar que haja homem¹¹.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, R. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984. p. 134-135.
- BRETTMAN, Stella. A Prática da Moderna Mediação: Integração Entre a Psicologia e o Direito. In: **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. São Paulo: Millenium, 2002.
- CURY, M, Silva; F. A. Antônio; E. G. Mendez. (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Malheiros 2003.
- CARVALHO, Amilton Bueno. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.
- FERENCZI, Sandor. **Psicanálise II**. São Paulo: Livraria Fontes, 1992.
- FILHO, Júlio Penha de Oliveira. **Escritório Modelo: Sua Estrutura e Finalidade**. Temas Atuais do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Uerj, 1987.
- MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil (Direito de Família)**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1989.
- OLIVEIRA, J. **Código De Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PHILLIPPI, Jeanine Nicolazzi. Reflexões acerca do sujeito do Direito. **Palavração Revista de Psicanálise**. Curitiba: Biblioteca Freudiana de Curitiba, 1994.
- RODRIGUES, S. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEIXEIRA S. F (Coord.). **Direitos de Família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

¹¹ PHILLIPPI, Jeanine Nicolazzi. Reflexões acerca do sujeito do Direito. **Palavração Revista de Psicanálise**. Curitiba: Biblioteca Freudiana de Curitiba, 1994. p. 177.

ALUMNI

O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EXERCIDO PELO ÁRBITRO

Ana Carolina Weber¹

"o fundamento de validade da constituição é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca".

Canotilho

Sumário: 1. Introdução; 2. A função primordial do judiciário; 3. Os modelos de Controle de Constitucionalidade; 4. Arbitragem. Lei aplicável ao mérito da arbitragem; 5. A posição conservadora; 6. A posição favor arbitratis; 7. Aplicabilidade do art. 25, da Lei 9.307; 8. Conclusão; 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O estudo da possibilidade de controle de constitucionalidade de leis por parte de um árbitro traduz-se em uma análise que perpassa diversos ramos do direito. Para chegarmos a uma conclusão, necessitamos dialogar com o Direito Constitucional, com o Direito Processual e com o Direito Internacional Privado.

O ineditismo do tema apresenta dificuldades, mas é também um desafio que se coloca. A princípio trabalharemos com as premissas básicas relativas à separação de poderes e o controle de constitucionalidade efetuado pelo poder judiciário. Em seguida, nos dedicaremos à análise mais detida da questão no plano da arbitragem.

Entretanto, ao tratarmos de controle de constitucionalidade é necessário definir o que entenderíamos como Constituição. A idéia foi trabalhada por Aristóteles², e dele podemos retirar duas idéias bases do conceito de uma constituição: a constituição se coloca como: (i) o ordenamento fundamental de uma

¹ Mestranda em Direito Internacional pela UERJ.

² "A constituição do Estado tem por objeto a organização das magistraturas, a distribuição dos poderes, as atribuições de soberania, numa palavra, a determinação do fim especial de cada associação política". ARISTÓTELES. *Política*, 1965, p. 293.

associação política e (ii) como um conjunto de normas organizatórias que buscam disciplinar as relações entre os diversos órgãos de soberania.

O conceito evolui a medida que a história vai dando novos contornos à Lei Suprema. A evolução histórica nos mostra que a Constituição dos Estados vai passar por uma modificação em sua concepção. O texto fundamental vai assumindo cada vez mais importância, deixando de ser uma limitação ao poder soberano e afirmando-se como texto normativo inspirador e balizador do sistema³. O professor Luis Roberto Barroso destaca: “*A Constituição escrita ordena sistematicamente os princípios fundamentais da organização política do Estado e das relações entre esse Estado e o povo que o compõe. É documento único e supremo. Não se pode cogitar, salvo casos de patologia institucional grave, da existência simultânea de mais de uma Constituição no âmbito territorial de um Estado*”.

A partir desta concepção de Constituição como texto fundamental, de hierarquia superior, desenvolve-se o sistema de controle de Constitucionalidade. O controle se efetua na medida em que seja verificada a compatibilidade entre as normas contidas no texto Constitucional e as normas infraconstitucionais.

A arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias, no qual as partes escolhem um terceiro (ou um painel de terceiros) para que solucione o conflito entre elas originado. A esse terceiro é dado decidir de acordo com a legislação escolhida pelas partes.

Seria possível, desta feita, que um terceiro, escolhido em decorrência da autonomia da vontade das partes pudesse realizar essa análise de compatibilidade entre a legislação escolhida pelas partes e o texto constitucional que a rege? Este o foco central do trabalho.

Insta salientar, contudo, que ao tratarmos da arbitragem neste trabalho, estaremos nos referindo à solução de litígios pela via arbitral que tenha escolhido a resolução do conflito por normas de direito. Não estaremos aqui a tratar das ditas “*arbitragens por equidade*”⁴, uma vez que em tais arbitragens o árbitro não necessita pautar sua decisão em normas jurídicas, o que inviabiliza qualquer questionamento acerca do controle de constitucionalidade⁵.

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 59-61.

⁴ “*Lei 9.307/96, art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.*”

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

⁵ “*Diversa é a hipótese do árbitro irritual chamado a julgar por equidade. Neste caso, não obstante comum, o árbitro resolverá a controvérsia a ele submetida aplicando não uma norma de direito, conforme à Carta Constitucional, mas sim uma regra de justiça. Uma regra que poderá, de fato, coincidir com uma regra de direito, mas não necessariamente. Portanto, neste caso, não parece possível considerar o árbitro irritual legitimado a*

2 A FUNÇÃO PRIMORDIAL DO JUDICIÁRIO

O estudo do controle de constitucionalidade das normas está situado dentro de espectro jurídico, no qual se analisa os poderes do Estado. O conceito de Estado não é estanque. A nós, a despeito da vastidão da discussão, interessa o conceito de Estado que tem por base a organização de uma população, em um determinado território, organizada sob o comando de Poderes Estatais. A esses poderes nos dedicamos.

As funções primordiais do Estado não foram sempre estabelecidas na tríplice concepção, a qual foi consagrada no texto constitucional de 1988. Em um primeiro momento histórico, a figura do Estado centrada em um governante não existia. As populações regiam-se e atuavam dentro daquilo que a mesma desejavam. Buscava-se, na vontade da polis, a vontade reguladora da sociedade.

Entretanto, a história nos mostrou a necessidade de evolução para um modelo no qual os indivíduos convivem em sociedade, mas o fazem tendo por norte a existência de um Poder centralizado que possui as prerrogativas de regular aquela convivência social.

Neste ponto, também se verificou uma evolução. Os povos contemporâneos encontram-se organizados em Estados, os quais, na maioria das vezes, exercem as prerrogativas inerentes ao Estado – ou seja, os poderes decorrentes da soberania – através de três centros de poderes. Na verdade, observou-se uma evolução de um modelo estatal estabelecido somente para e pelo Poder Executivo – o Monarca Soberano, como era chamado.

A idéia de separação de poderes, tal como afirmada nos dias atuais, tem como inspiração as obras de John Locke e Montesquieu⁶. Locke desenvolve a idéia de que é necessário que o Estado, ao estabelecer as normas legais, possua

suscitar uma questão sobre a constitucionalidade de uma norma que não é obrigado a aplicar. A mesma conclusão, e pelo mesmo motivo, deverá ser adotada, também, no caso da arbitragem ritual por equidade”. IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1.

⁶ Entretanto, obras como as de Aristóteles, Maquiavel foram relevante para a elaboração da idéia básica. Neste sentido, importante análise feita por Ana Paula de Barcellos acerca das obras dos autores: “*Nada obstante isso, a idéia básica de distribuir o exercício do poder político entre várias pessoas ou grupos, ao invés de mantê-lo concentrado em um só indivíduo, é consideravelmente mais antiga, remontando às teorias da constituição mista de Aristóteles. (...) Maquiavel retoma a distinção aristotélica das formas de governo baseada no critério quantitativo para descrever os Estados de seu tempo, classificando-os em duas categorias: os governos de muitas pessoas – as repúblicas, que poderão ser aristocráticas ou democráticas, na medida em que os titulares do poder sejam mais ou menos numerosos – e o governo de um só – os principados. A relevância da distinção de Maquiavel está, no entanto, em que, mais importante do que o simples diferencial quantitativo, o autor reconhece uma diferença qualitativa essencial, ainda que não a desenvolva, entre a vontade singular do príncipe – de uma pessoa física – típica das monarquias, e a vontade coletiva republicana, seja de um colegiado restrito, sejam de uma assembléia*”. BARCELLOS, Ana Paula. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 188-189, 2000.

um poder específico que o faça. Para ele, ademais, o Estado deve estabelecer um poder constituído por juizes, imparciais, com a suficiente autoridade para dirimir os conflitos concretos decorrentes da aplicação das normas legais. Finalmente, para John Locke era preciso configurar-se um Poder Executivo com a atribuição de garantir a exequibilidade das decisões proferidas pelos magistrados.

O grande nome na temática da separação de poderes é o de Montesquieu. O autor parte da premissa de que, para o desenvolvimento de uma república ou monarquia justas, deve haver uma contraposição entre os poderes, de modo a que nenhum deles possa interferir arbitrariamente na esfera do outro. A separação, desta sorte, constituiria o elemento nuclear essencial ao exercício do poder político.

As idéias européias acabaram se concretizando e verificou-se nos textos fundamentais dos Estados europeus esta consagração. Carlos Mário da Silva Velloso destaca: “*O Bill of Rights data de cem anos antes da Revolução dos franceses. Ele é de 1689. E foi aí que se estabeleceu, por exemplo, em termos empíricos, a separação dos poderes: o rei governaria, o Parlamento legislaria e os juizes seriam independentes*”⁷.

A Constituição de 1988 consagrou⁸ esta idéia ao estabelecer que a no Brasil adota-se a separação do Poder Estatal entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, como o próprio texto constitucional demonstra, a idéia de separação de poderes não estabelece uma divisão estanque de atribuições. Eduardo García de Enterría nos mostra: “*Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, em el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general em cuanto a sus principios y em cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad*”⁹.

O art. 2º, da Constituição não consagrou uma simples separação de poderes. O Constituinte determinou que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Importante para o nosso estudo o estabelecimento da harmonia entre os poderes políticos, o qual desenboca no que se costuma denominar sistema de freios e contrapesos.

Ao estabelecer a divisão dos Poderes Estatais em três poderes distintos, o constituinte procurou reservar a cada um desses Poderes, atribuições espe-

⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 29, p. 7, 2000.

⁸ “CF/88, art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁹ ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 45.

cíficas. Por exemplo, ao executivo cabe, precipuamente, realizar as atividades concretas que possibilitem a convivência harmônica e pacífica em sociedade. Ao Judiciário, em regra, cabe levar à população os provimentos jurisdicionais solucionadores dos litígios que se instaurem no seio da sociedade. E ao Legislativo, estabeleceu o Constituinte, a tarefa de editar as normas reguladoras da vida social.

Cada poder, com efeito, é especializado na função primordial, que lhe atribui a qualificação, entretanto, não a desenvolve com exclusividade¹⁰. O texto constitucional estabelece hipóteses em que o Executivo julga, o judiciário legisla e o legislativo administra, salientando ainda situações nas quais há um desenvolvimento recíproco de funções entre os poderes¹¹.

Esses dispositivos constitucionais deixam evidente que não se pode estabelecer a premissa de que cada poder estatal desenvolve sua atividade primordial com base num princípio monopolista¹². Alexandre Aragão coloca:

Ademais, não existe uma ‘separação de poderes’, mas muitas, variáveis segundo cada direito positivo e cada momento histórico diante do qual nos colocamos. (...)

*O princípio da separação de poderes não pode levar à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá necessariamente uma das três funções tradicionalmente consideradas – legislativa, executiva e judicial. E mais, dele também não se pode inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma dessas espécies classificatórias*¹³.

¹⁰ “Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma operação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido de responsabilidade do Estado”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do presidente da República*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 71.

¹¹ Por exemplo, Constituição de 1988, arts. 51, inc. IV, 52, incs. I, II e XIII, 61, 62, 66, 93, inc. X, 96, 96, inc. I, “a”.

¹² “Lembre-se de que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente. O direito constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estafais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado ‘freios e contrapesos’”. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 72-73.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 45.

A teoria da Constituição moderna, desta feita, tem por norte esta idéia primordial de que os poderes estatais não gozam do monopólio de suas funções qualificadoras. Isto é de suma relevância, uma vez que ao analisarmos a atividade do Poder Judiciário, percebe-se que não foi a ele exclusivamente atribuído o papel de solucionador de conflitos sociais.

Isto também se reflete no controle de Constitucionalidade. Assim como a teoria da separação de poderes sofreu evolução, o controle de constitucionalidade passou por diversas modificações históricas. Nem sempre foi prerrogativa do poder judiciário efetuar o controle de constitucionalidade das normas jurídicas¹⁴.

Dominique Turpin nos mostra que no sistema francês, por muito tempo, afastou-se os juizes do controle da compatibilidade constitucional das normas jurídicas: “*Plus tard, la tradition républicaine française sera d’autant plus hostile au controle de constitutionnalité des lois que les seules expériences tentées, le Sénat conservateur de l’na VIII et le Sénat du Second Empire, em ont discredité l’usage*”¹⁵.

Ainda que por um tempo não se tenha reconhecido este poder ao judiciário, o que se observa hoje, nos diversos sistemas constitucionais, é uma consagração do Poder Judiciário, em alguns países através dos tribunais constitucionais, como o intérprete mor da Constituição.

Isto, todavia, não pode ser entendido como uma supressão de outros intérpretes da Constituição. A Carta constitucional de 1988 estabelece, inclusive, outros intérpretes. Assim o faz quando consagra o direito a veto do presidente da República, estabelecendo aí um controle preventivo de constitucionalidade. Ou ainda, quando se estabelece que no trâmite legislativo dos projetos de lei,

¹⁴ Destaca-se que nos Estados Unidos da América o controle de constitucionalidade só passou a ser desenvolvido a partir do precedente *Marbury v. Madison*.

¹⁵ TURPIN, Dominique. **Droit Constitutionnel**. Presses Universitaires de France. 4em ed. 1999. Analisando o sistema francês: “A origem dessa hostilidade remonta à própria Revolução Francesa de 1789, em que os revolucionários franceses, apesar de entenderem absolutamente necessária a promulgação de uma constituição para garantir os direitos dos cidadãos contra as arbitrariedades do monarca, não chegaram a cogitar a criação de um mecanismo destinado a garantir a constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, a necessidade da existência de um órgão que realizasse esse controle.

As razões apontadas para essa aversão à criação de um controle jurisdicional de constitucionalidade estão ligadas, basicamente, à adoção dos revolucionários franceses da idéia de Rousseau, em relação à supremacia da lei, e conseqüentemente do Parlamento, enquanto representantes da vontade soberana da sociedade.

Dessa forma, para o constituinte francês, a instituição de um controle de constitucionalidade seria inútil, pois a lei, enquanto manifestação da soberana vontade popular, não poderia ser injusta ou inconstitucional.

(...)

No entanto, a consagração jurídica e política do controle de constitucionalidade na França ocorreu com a promulgação da Constituição da 5ª República, de 04.10.1958 que criou o Conselho Constitucional dotado de jurisdição constitucional, inclusive do controle de constitucionalidade”. MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 138.

os mesmos devem ser apreciados, antes de sua aprovação pelo colegiado parlamentar, por Comissões de Constituição e Justiça¹⁶.

Contudo, a Constituição não previu a possibilidade desse controle ser efetuado por árbitros. Não previu nem o deveria, já que não se trata de matéria afeta ao conteúdo materialmente constitucional. Sobre essa hipótese, os tópicos seguintes procuram elucidar o tema.

3 OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os sistemas constitucionais modernos consagraram três modelos de Controle de Constitucionalidade. São eles o sistema do *judicial review*, o dos tribunais constitucionais e aqueles que consagram o controle difuso e concentrado de constitucionalidade, ditos sistemas mistos.

O sistema do *judicial review*¹⁷ é o adotado pelo Direito Norte-Americano. O Sistema constitucional americano consagra a supremacia constitucional, a qual é efetivada através do controle de constitucionalidade efetuado pelo judiciário. Este controle é exercido pelo exame da constitucionalidade das normas por meio de casos concretos que são levados aos juizes. A este cabe interpretar a Constituição americana de modo a com ela adequar a aplicação de leis e atos normativos editados pelos Poderes estatais. Este sistema convencionou-se chamar de controle difuso de constitucionalidade¹⁸.

Em oposição ao sistema difuso de controle, tem-se a prática do controle de constitucionalidade concentrado. Atribui-se a Hans Kelsen¹⁹ a formulação

¹⁶ “Este controle de constitucionalidade, no sentido amplo da expressão, é preventivo, incide sobre projetos, e tem o escopo de evitar que ingresse na ordem jurídica uma lei eivada de inconstitucionalidade. No Poder Legislativo, esta verificação prévia da constitucionalidade é feita, especificamente, pela Comissão de Constituição e Justiça. No Poder Executivo, através do veto”. VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. CEJUP, 1999. p. 332.

¹⁷ “O marco inicial do *judicial review data*, como se sabe, de 1803, com o rumoso caso *Marbury v. Madison*, incorporando-se com alguma naturalidade ao sistema norte-americano”. BARCELLOS, Ana Paula. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 185, 2000.

¹⁸ “Importante salientarmos, porém, a existência de duras críticas ao *judicial review* norte-americano. Como salienta Lord Devlin, “atribuir à magistratura um papel de elite que se desvia do caminho demasiado freqüentado pelo processo democrático resulta muito tentador”, para concluir que esse caminho “conduziria, por mais larga e sinuosa que fosse a via, ao Estado totalitário”. MORAES, Alexandre. **Jurisdição Constitucional**. Breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-americana. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Delrey, n. 1, p. 502, jan./jul. 2003.

¹⁹ Analisando a concepção primitiva das idéias de Kelsen, Ana Paula de Barcellos afirma: “Voltando ao ponto, o primeiro modelo de controle judicial de constitucionalidade praticado na Europa, concebido por Hans Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920, ainda se encontra marcado pela concepção de norma constitucional como mera diretiva, bem como pela convicção da supremacia do parlamento, de forma que se trata muito mais de uma atividade legislativa negativa que jurisdicional”. BARCELLOS, Ana Paula. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n. 32, p. 186, 2000.

teórica do modelo de controle, através do qual apenas um órgão, os chamados Tribunais Constitucionais, poderia fazer o exame de compatibilidade das normas legais com o texto constitucional. A decisão deste órgão deveria ser tomada *in abstracto*, ou seja, sem ter por base a análise de um caso concreto. Kelsen ainda destacava que neste modelo, a solução pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade produziria efeitos erga omnes, equivalente, no último caso, à revogação da norma infra-constitucional, de efeitos *ex nunc*.²⁰

Apesar de embrionariamente as Cortes europeias adotarem um modelo semelhante ao concentrado antes da Segunda Guerra Mundial, foi no pós-guerra, que o controle de Constitucionalidade *in abstracto* afirmou-se.²¹ A Corte Constitucional da Itália (1947), o Tribunal Constitucional Federal Alemão (1949), Tribunal Constitucional de Portugal (1976 – em seu período inaugural) e o Tribunal Constitucional da Espanha, foram os responsáveis pela consolidação do órgão autônomo de jurisdição especial, incumbido de asseguar a supremacia da Constituição.

²⁰ "se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir essa questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação a Constituição apenas pode conferir competência para a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só existe um órgão legislativo central. Então, só o próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele – p. ex., ao tribunal que tem competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. Se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere o poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo feitos competentes para efetuar esse controle. Visto que os tribunais são competentes para aplicar as leis, eles têm de verificar se algo cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei também objetivamente tem esse sentido. E só terá esse sentido objetivo quando for conforme a Constituição (...) A situação jurídica é essencialmente diversa quando a Constituição transfere o controle e a decisão da questão de saber se uma lei corresponde às determinações constitucionais que regulam diretamente a legislação para um órgão diferente do legislativo e confere a este órgão competência para anular uma lei que considere inconstitucional. Esta função pode ser confiada a um tribunal especial ou ao tribunal supremo, ou a todos os tribunais. Como já verificamos, ela é confiada a todos os órgãos competentes para aplicar o Direito, e especialmente aos tribunais, quando essa faculdade de controle não é expressamente excluída da sua competência. Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considerar a lei como inconstitucional, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade de lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 288-290.

²¹ "Anotei mais, no aludido trabalho, que a partir daí, e após a 2ª Guerra, foi notável o florescimento da jurisdição constitucional no velho mundo, registra Mauro Cappelletti, com a consolidação e alargamento do controle de constitucionalidade e sua introdução onde ainda não existia. As causas desse florescimento da jurisdição constitucional foram mesmo estas: o renascimento do constitucionalismo após a 2ª Guerra, a redescoberta da idéia de Constituição e a necessidade de protegê-la". VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiro, n. 29, p. 6, 2000.

O terceiro modelo, ao lado dos concentrado e difuso, seria o "misto"²². Este consagra o controle de constitucionalidade pela via incidental e pela via "em tese", de modo a permitir o controle tanto pela via do caso concreto como o exercido por um tribunal específico. O sistema misto foi adotado pela Constituição de 1988, mas vale salientar que nem sempre conviveram, no sistema constitucional brasileiro, o Controle de Constitucionalidade Difuso e concentrado.

Durante o império, inexistia aferição da constitucionalidade, cabendo somente ao Poder Legislativo "velar na guarda da Constituição" (Constituição Imperial, art. 15, 9º).²³

Através do Decreto 848, de 11.10.1890, atribuía-se ao Poder Judiciário, de forma incidental, o controle da constitucionalidade das leis. Posteriormente, a Constituição de 1934 consagrou a chamada Representação de Inconstitucionalidade, para fins de intervenção. Tratava-se de ação de legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República, cujo objetivo era a guarda da supremacia da Constituição através da intervenção federal nos estados.

A Constituição de 1934, também instituiu o princípio da reserva de plenário, pelo qual os Tribunais, somente por maioria absoluta de seus membros, podem declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, e a prerrogativa de o Senado Federal determinar a suspensão de eficácia de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.²⁴

Foi, entretanto, somente com a promulgação da Emenda Constitucional 16, de 1965, que se estabeleceu o controle de constitucionalidade em abstrato de leis e atos normativos federais e estaduais em face da Lei Maior.

A Constituição de 1988, em seu art. 102, incs. I, a e III, "b", demonstra que o seu teor de norma hierarquicamente superior deverá ser resguardado seja pela via do controle concentrado de constitucionalidade, através das Ações

²² Alguns autores procuram analisar as vantagens e desvantagens de cada um dos modelos-base. Ana Cândida Ferraz elenca os pontos positivos e negativos do controle difuso e concentrado. No primeiro, salienta que haveria como vantagens: a eficácia e rapidez da decisão no caso concreto, a possibilidade de o lesado por ato inconstitucional defender-se direta e imediatamente; a natureza 'jurídica' e não 'política' da questão constitucional. Entre as desvantagens destaca: a desarmonia dos julgados, com a desvalorização das decisões de declaração de inconstitucionalidade, a diluição do poder de controle pelas centenas de juízos e tribunais; o descrédito diante de decisões díspares. Por outro lado, a autora salienta as vantagens do Controle Concentrado: a certeza do direito; a economia processual. Entre as desvantagens destaca: o perigo da exacerbação o poder do órgão julgador único; a subtração, na prática, da interpretação constitucional aos juízes e tribunais. FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, 34/27.

²³ "A verdade é que a principal função política do Judiciário, que é a defesa da Constituição em face do Poder Legislativo, por meio de uma revisão da constitucionalidade das leis, o Judiciário imperial não a possuía". FRANCO, Alfonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 98.

²⁴ "Os historiadores constitucionais quase todos coincidem em assinalar a importância da Constituição de 1934 como um expressivo marco na progressão do País rumo a um controle direto de constitucionalidade". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 296.

direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, ou difuso exercido pelos magistrados²⁵.

A discussão do controle de constitucionalidade por parte do árbitro se insere nesse contexto. Precedente da Corte Constitucional Italiana destacou que os árbitros não poderiam declarar a inconstitucionalidade de uma norma no caso concreto. Os árbitros deveriam determinar a suspensão do procedimento arbitral e, como os demais juízes, submeter a questão constitucional à apreciação daquela Corte²⁶.

A primeira vista, esta decisão poderia significar uma negativa ao controle de constitucionalidade por parte dos árbitros. Contudo, tal assertiva não procede. O que se faz necessário é examinar o sistema constitucional italiano. Neste, os juízes de primeiro grau não possuem a prerrogativa de realizar o controle de constitucionalidade no caso concreto. Havendo nos autos, por eles examinados, questão constitucional, os mesmos devem suspender o processo e submeter à referida controvérsia constitucional à solução pela Corte Superior, trata-se do controle concentrado de constitucionalidade.

Desta feita, o que a Corte Constitucional italiana consagrou foi a exata equiparação dos árbitros aos juízes de direito, permitindo aos primeiros, nos moldes do sistema italiano, suspender o procedimento arbitral para ter, eventual, questão constitucional decidida por essa Corte.

Entretanto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não é idêntico ao italiano e, por isso, acreditamos que não poderíamos chegar a mesma conclusão da corte italiana.

4 ARBITRAGEM. LEI APLICÁVEL AO MÉRITO DA ARBITRAGEM

A Arbitragem é um meio alternativo de solução de controvérsias, que se fundamenta primordialmente na autonomia da vontade das partes. Dois contratantes podem convencionar que eventuais litígios decorrentes do contrato celebrado serão solucionados pela via arbitral.

²⁵ "Assim, se em sua criação, o Supremo Tribunal Federal, como a Corte Suprema Americana, nasceu como guardião da Constituição, porém somente exercendo o controle difuso de constitucionalidade; a evolução do Direito pátrio aproximou-o dos Tribunais Constitucionais europeus, garantindo-lhe, também, a possibilidade de exercer o controle concentrado de constitucionalidade". MORAES, Alexandre. Jurisdição Constitucional. Breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-americana. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Delrey, n. 1, p. 517, jan./jul. 2003.

²⁶ Comentando a decisão: "A delicada e controvertida questão foi recentemente enfrentada por uma importante sentença da Corte Constitucional (n. 376, depositada em 28.11.2001), que se manifestou em sentido afirmativo: isto é, declarou-se favorável ao reconhecimento da legitimidade de um painel de árbitros privados para determinar, diretamente, a transmissão das questões pelos árbitros ao Palácio da Consulta, na hipótese de o próprio painel considerar relevante e não manifestamente infundada a questão da constitucionalidade de uma norma cuja aplicação seja requerida". IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, p. 80.

A esses contratantes as legislações, e assim o fez a lei brasileira de arbitragem, é assegurado do direito de escolher a lei aplicável ao mérito da arbitragem²⁷. Quando as partes convencionam a aplicação de determinada lei, por exemplo, um contrato de compra e venda de mercadorias será regida pela lei civil brasileira, não estão estabelecendo uma aplicação estanque do Código Civil brasileiro. Uma vez estabelecida a escolha da lei aplicável ao mérito do litígio, tem-se que as partes determinam a aplicação daquela norma em conformidade com o ordenamento jurídico no qual ela se insere.

Esta conclusão inicial decorre predominantemente da relação que as leis desenvolvem com a normas constitucionais. Não é possível defender a posição de que ao definir certa lei como aplicável a um contrato, está se determinando sua aplicação em desconformidade com os preceitos constitucionais do ordenamento no qual ela se insere.

A normas constitucionais informam e condicionam o ordenamento no qual ela se insere²⁸. As normas jurídicas, dentro das quais se inserem as normas constitucionais apresentam mecanismos próprios de aplicação, que lhes permitem obter sua observância obrigatória. As normas constitucionais gozam desta imperatividade, o que faz com que o professor Luis Roberto Barroso afirme: "(...) *As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico*"²⁹.

Percebe-se a partir destas constatações que, hoje, predomina o entendimento, acertado, de que as normas constitucionais gozam de imperatividade e

²⁷ **Lei 9.307/96, art. 11.** Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes."

²⁸ "El carácter normativo de la Constitución, unánimemente aceptado en nuestros días, quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos (ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo sus preceptos, como regla general, sin perjuicio de algunas matizaciones particulares a esta regla, alegables ante los tribunales y debiendo considerarse su infracción antijurídica". SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y el su interpretación por el Tribunal Constitucional. *RILSF* 121/77.

²⁹ Destaca o professor: "(...) é possível deixar assentado que a perspectiva de um Direito Constitucional timbrado pela efetividade conduz a pressupostos que assim se resumem:

- 1) a Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social;
- 2) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa;
- 3) as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem o jurisdicionados;
- 4) tais posições devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática". BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89.

eficácia³⁰. O ato normativo será eficaz quando ele apresenta a aptidão para a produção de efeito, “para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias”³¹. Há, neste plano, uma busca pela produção dos fins aos quais, inicialmente, se procurou atribuir ao ato.

José Afonso da Silva, ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais, procura definir a eficácia das mesmas: “Ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma”.

Essa discussão acerca da aplicação da norma elegida em sua totalidade já foi objeto dos internacionalistas, quando se discutia a aplicação da norma estrangeira determinada pela regra de conexão do foro³². Esta, inclusive, foi a orientação consagrada no art. 412, do Código de Bustamante³³. O professor Jacob Dolinger nos ensina:

Ao aplicar o direito estrangeiro determinado por regra do D.I.P., o magistrado deverá atentar para a lei estrangeira na sua totalidade, seguindo todas as suas remissões, incluídas suas regras de direito intertemporal, normas relativas à hierarquia das leis, seu direito convencional, seu direito estadual, municipal, cantonal, zonal, seu direito religioso, suas leis constitucionais, ordinárias, decretos, etc.” (grifo acrescentado)³⁴.

Tendo as partes, portanto, escolhido determinada lei para reger a solução do conflito, coloca-se para o árbitro o dever de aplicar a referida lei em sua totalidade, inclusive examinando sua compatibilidade com as normas constitu-

cionais do sistema na qual se insere. Esse foi o entendimento consagrado em diversos laudos arbitrais proferidos no âmbito da CCI³⁵.

5 A POSIÇÃO CONSERVADORA

Apesar do ineditismo do tema no Brasil, a doutrina internacional já vem se debruçando sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade por parte de um árbitro. Alguns autores, mais conservadores, desenvolvem toda uma argumentação, a qual pretendemos desconstruir, que visa não atribuir aos árbitros esse poder.

A doutrina italiana se mostrou, num primeiro momento, resistente à referida hipótese. Entendia-se que, em razão de o árbitro não desenvolver atividade jurisdicional, não poderia o mesmo suscitar questão relativa à constitucionalidade de uma lei perante a Corte Constitucional Italiana, uma vez que o sistema italiano adota o modelo concentrado de controle de constitucionalidade³⁶. Os autores ainda viam restrições concretas a esse poder dos árbitros:

*Um inconveniente residiria no fato que seria preciso então, a rigor, reconhecer aos árbitros a obrigação, que compete ao juiz togado, de denunciar os fatos que constituem crime de ação penal pública, segundo o art. 331, § 4º, do CPP; um outro inconveniente seria o de dever reconhecer aos árbitros, também a obrigação de transmissão à Secretaria de registro dos atos e documentos em desacordo com o imposto de selo, e assim por diante*³⁷.

Contudo, a visão defendida por esta corrente doutrinária acabou sendo afastada pela Corte Constitucional italiana que no caso n. 376, de 28.11.2001,

³⁰ A professora Ana Paula de Barcellos destaca: “Vale referir que sobre esse tema desenvolveu-se a idéia de ‘densidade’ ou ‘consistência’ normativa, um derivado da juridicização do direito constitucional e de sua aproximação, afinal, do jurídico, deixando para trás o discurso meramente político e ideológico. Por ‘densidade’ entende-se, em linhas gerais, a possibilidade de identificar com razoável precisão, a partir do texto da norma, os efeitos que ela pretende produzir e a ‘posição jurídica em que investe os jurisdicionados’, o que, em outras palavras, corresponde à eficácia jurídica a ela atribuída: o conjunto de pretensões exigíveis diante do judiciário”. p. 90.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.

³² “Cada Estado possui regras, em principio aplicável dentro de suas fronteiras. Mas há relações jurídicas que extrapolam os limites de determinado Estado. Essas relações geram o tradicionalmente denominado conflito de leis no espaço, cuja resolução é tarefa precípua do Direito Internacional Privado. Por conseguinte, há nos ordenamentos nacionais regras criadas expressamente para reger a solução dessas situações multiconectadas, chamadas de normas indiretas ou conflituais”. MARQUES, Frederico. **O Direito Internacional Privado**. Disponível em: <http://www.dip.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=29>.

³³ Código de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos – Código de Bustamante – Havana – 1928: “Art. 412. Em todo Estado contratante onde existir o recurso de cassação, ou instituição correspondente, poderá ele interpor-se por infração, interpretação errônea ou aplicação indevida de uma lei de outro Estado contratante, nas mesmas condições e casos em que o possa quanto ao direito nacional”.

³⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado. Parte Geral**. 6. ed., 2001. p. 277.

³⁵ “De plus, à montrer que la désignation em cours de procédure de la loi applicable au contrat n’est rien d’autre qu’une confirmation de regime juridique de celui-ci, on indique, s’il en était besoin que l’expression tardive de la volonté des parties n’a pas créé de problèmes de droit intertemporel dont la solution serait des plus délicates”. Caso CCI 1.434, 1975. Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985. ICC Publishing S.A. No mesmo sentido destacam-se os casos CCI 8.385, 1995; CCI 5.730, 1988; CCI 1.422, 1966; CCI 3.130, 1980; e CCI 6.309, 1991.

³⁶ Ver tópico 2, no qual se explica o modelo de controle de constitucionalidade adotado na Itália.

³⁷ IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 1, p. 81. Destaca ainda o autor: “Aqueles que negam ao árbitro o poder de remeter à Corte a questão, relevante e não manifestamente infundada, da constitucionalidade, sensibilizando-se com o conflito de interesse das partes de não se submeter ao preceito de uma norma de cuja constitucionalidade se duvida, propõem outros caminhos ou soluções alternativas. Afirma-se, então, que os árbitros, duvidando da constitucionalidade de uma lei, poderiam simplesmente negligenciá-la. Além disso, tratando-se de laudo viciado por violação da lei, a decisão será impugnada pela parte interessada, e o juiz competente para o recurso avaliá-la se remete, ou não, as peças à Corte constitucional.

Esta teoria, porém, não convence. Como podem os árbitros, sem incorrer em grave responsabilidade profissional, negligenciar, consciente, intencional e dolosamente um dispositivo legal apenas porque suscitada dúvida sobre a sua constitucionalidade? Não é persuasivo afirmar – apenas porque se quer, a todo custo, negar aos árbitros a qualidade de juiz a quo, que os árbitros devam, conscientemente pronunciar uma decisão nula”.

entendeu que os árbitros desenvolviam função jurisdicional semelhante a do juiz togado, e que os mesmos poderiam, assim como o juiz de direito, submeter àquela corte pedidos de pronunciamento acerca da constitucionalidade de determinada norma jurídica, em face da Constituição Italiana³⁸.

Autores brasileiros, sem enfrentar diretamente a questão, colocam-se em posição diametralmente oposta à solução desses conflitos por parte dos árbitros³⁹. Sob a égide do direito anterior Clóvis de Couto e Silva⁴⁰ não admitia a possibilidade de controle de constitucionalidade por parte do árbitro. Já Pontes de Miranda e Nelson Nery Junior se posicionavam em sentido contrário, admitindo tal hipótese, desde que se tratasse de um controle *incidenter tantum*:

Se o árbitro pode decidir por equidade, até contra legem, quando investido do poder de 'compositor amigável', por que não poderia deixar de aplicar lei inconstitucional, declarando-a apenas ineficaz na hipótese submetida a seu julgamento? Ressalte-se que o controle de constitucionalidade das leis pode ser feito pelo juiz estatal e pelo árbitro, incidenter tantum, valendo apenas para o caso concreto. O que o árbitro não possui, isto sim, é jurisdição para decidir em abstrato sobre a constitucionalidade de lei, porque nesse caso a decisão teria eficácia erga omnes, transcendendo os limites do compromisso restrito às partes⁴¹.

Observa-se que muito pouco se discutiu no Brasil a respeito do tema, principalmente, após o advento da Lei 9.307/96. Por outro lado, Rodrigo Garcia da Fonseca destaca que o tema é muito recorrente no direito argentino, em razão das diversas modificações econômicas pelas quais passou a Argentina e que fizeram com que contratos celebrados em moeda estrangeira tivessem de ser "pesificados". O autor destaca que apesar do debate, as decisões ainda oscilam entre a aceitação ou não controle de constitucionalidade por parte do árbitros⁴².

³⁸ IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 1, p. 82.

³⁹ "(...) apresenta problemas de real magnitude, porquanto subtrai do Poder Judiciário o controle sobre a interpretação e aplicação de leis, em matérias de interesse público, possibilitando a sua submissão a árbitros, ou tribunais arbitrais comprometidos, não com os interesses prevalentes tutelados pela lei, mas com os dos grupos econômicos que os indicam". PUGGINA, Marcio Oliveira. Arbitragem ou jurisdição privada? *Ajuris*. Porto Alegre, a. XXIV, mar. 1997.

⁴⁰ No mesmo sentido: BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões e Permissão de Serviços Públicos*. Curitiba. Juruá, 1995. p. 121.

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000. p. 79.

⁴² "A favor do poder do Tribunal Arbitral para declarar a inconstitucionalidade de lei, decisões dos painéis arbitrais das Bolsas de Valores de Rosário e de Buenos Aires, em 2002 e 2003, uma delas posteriormente confirmada pela Corte Comercial de Apelação de Buenos Aires: Marval O'Farrel & Mairal. Arbitrators' jurisdiction to declare laws unconstitutional. *International Law Office Legal Newsletter*. 05.08.2004. <http://www.internationallawoffice.com/ld.cfm?i=77432&Newsletters_Ref=8682>. Acesso em: 05 ago. 2004. Contra, uma decisão do Tribunal de Apelações Cíveis e Comerciais de San Isidro, de dezembro de 2004:

Finalmente, contrária ao controle de constitucionalidade das normas pelo árbitro se mostrou precedente contido em laudo arbitral da CCI. Entenderam os árbitros que não poderiam se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei, pois esta lei continuaria em vigor no Estado que a promulgou. Ademais, salientaram que a inconstitucionalidade não poderia ser apreciada, uma vez que os tribunais competentes daquele Estado não o fizeram⁴³.

6 A POSIÇÃO FAVOR ARBITRATIS

Apesar dos posicionamentos contrários, anteriormente levantados, acredita-se que a melhor doutrina é aquela que foi há tempos levantada por Pontes de Miranda: é possível o árbitro efetuar o controle difuso de constitucionalidade. Os próximos tópicos se dedicam a sustentação desta tese.

6.1 Natureza jurídica da arbitragem. Jurisdicional

O art. 32, da Lei de Arbitragem estipula que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal. O artigo introduziu o conceito de sentença arbitral, superando a necessidade de homologação pelo judiciário de todo e qualquer laudo que fosse proferido em sede de arbitragem⁴⁴.

Ao estipular a equiparação entre a decisão dos árbitros e a sentença proferida pelo juiz togado, o Legislador brasileiro adotou a tese da jurisdicionalidade da arbitragem. A doutrina especializada, por muito tempo, debateu a natureza jurídica da arbitragem.

Formaram-se algumas correntes: a primeira delas defende a natureza contratualista⁴⁵ da arbitragem, seguindo as velhas lições sobre o conceito de jurisdição de Chiovenda. Uma segunda corrente, afirma a natureza jurisdicional da arbitragem, em equiparação à função desenvolvida pelo Poder Judiciário. Verifica-se que alguns autores defendem que a arbitragem apresenta tanto um caráter contratual como jurisdicional. Finalmente, alguns autores afirmam que a natureza jurídica da arbitragem é autônoma e singular.

Marval O'Farrel & Mairal. *Case Law Update. Arbitrators lack jurisdiction to declare unconstitutionality laws.. International Law Office Legal Newsletter*. 28.04.2005. <<http://www.internationallawoffice.com/ld.cfm?i=10430&i=77432>>. Acesso em: 28 abr. 2005". FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, a. 2, n. 6, p. 57-58, jul./set. 2005.

⁴³ Laudo Arbitral, Caso CCI 6.320, de 1992.

⁴⁴ Nesse sentido, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 45.

⁴⁵ "A natureza do juízo arbitral, portanto, é contratual, pressupondo seu emprego sujeitos capazes e direitos disponíveis, ou seja, os mesmos requisitos da transação, pois a faculdade de renunciar ao objeto litigioso é indispensável para a operabilidade de ambos os institutos". GOMES, Luiz Felipe Azevedo. A intervenção do Estado na arbitragem. *Ajuris*. Porto Alegre, a. XXIV, p. 369, mar. 1997.

O legislador acabou, acertadamente, perfilando a segunda corrente. Como destacado anteriormente, segundo a teoria clássica da separação de poderes cabe ao Poder Judiciário a solução de litígios. Entretanto, em alguns momentos o próprio constituinte relativizou esta atribuição, ao conferir poder decisório a outros poderes.

Dentro das atribuições conferidas ao Poder judiciário, o constituinte optou adotar as modalidades de controle de constitucionalidade concentrada e difusa. Em regra, o controle difuso é realizado pelo juiz de primeira instância ao solucionar o litígio a ele encaminhado. Desta feita, a princípio poderia se pensar que tendo o judiciário o predomínio da atividade jurisdicional, caberia a ele exclusivamente o controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, já que este é manifestação do “poder de dizer o direito no caso concreto”.

Entretanto, vimos que o próprio legislador nacional atribui à arbitragem a natureza jurisdicional, permitindo que os árbitros digam o direito no caso concreto, e, por assim ser, havendo necessidade, realizem o controle de constitucionalidade *incidenter tantum*. Ademais, não cabe alegar que o conceito de jurisdicionalidade pressupõe requisitos fixos e estanques. É necessário vislumbrar a *ratio essendi* daquilo que se considera jurisdicional.

Por este motivo, não nos parece acertado afirmar que a arbitragem não poderia ser jurisdicional, porque os árbitros não detêm a coercitividade natural aos juizes de direito. Na verdade, a coercitividade, para nós, não se coloca como elemento essencial para a afirmação da natureza jurisdicional, uma vez que o próprio judiciário, muitas vezes, não se utiliza dela ao resolver o litígio no caso concreto. Dessa forma, a ausência de poder coercitivo dos árbitros não é obstáculo para a consagração da natureza jurisdicional da arbitragem.

Destaca-se que este poder atribuído ao árbitro decorre da necessidade que o árbitro tem de aplicar a lei indicada pelas partes em sua inteireza. Como salientado pelo professor Jacob Dolinger⁴⁶, ao analisar a aplicação do direito estrangeiro pelo judiciário, o árbitro deverá aplicar a norma de acordo com o contexto do ordenamento jurídico na qual a mesma se insere.

Cabe, contudo, deixar bem claro que está a se defender a possibilidade de controle de constitucionalidade por parte do árbitro na análise do caso concreto. É evidente que o papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal, pela Constituição, para realizar o controle concentrado de constitucionalidade não pode ser usurpado pelo árbitro.

Acrescente-se, ainda, que no caso brasileiro não se poderia aplicar o, anteriormente, mencionado precedente da Corte Constitucional Italiana⁴⁷. A Constituição brasileira assentou que somente terão legitimidade para promover o controle concentrado de constitucionalidade aqueles que se encontram elen-

cados no art. 103, dentre os quais não se incluem o juiz togado de primeira instância, nem os árbitros. Apesar de o sistema brasileiro apresentar a modalidade concentrada do controle de constitucionalidade, esta não foi estruturada no mesmos moldes do controle exercido pelo Corte Constitucional Italiana⁴⁸.

6.2 Analogia à possibilidade de o Executivo deixar de aplicar à lei

Ao Poder Judiciário foi atribuído o poder de não só na interpretar a Constituição como também fixar a inteligência de normas jurídicas. No desempenho de sua função administrativa, contudo, também o Poder Executivo interpreta e aplica o texto constitucional.

Desta forma, ao desenvolver a atividade administrativa, o Poder Executivo pode verificar uma incompatibilidade entre normas de diferente hierarquia que se apliquem à situação fática, devendo optar por cumprir a norma hierarquicamente superior. Em decorrência deste fato, por muito tempo sustentou-se o entendimento de que o Executivo estaria autorizado por negar a aplicação de uma lei por ser a mesma inconstitucional⁴⁹.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ratificou a tese da possibilidade do descumprimento da lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo. Na apreciação da Representação 980/SP, o STF, considerou constitucional um Decreto promulgado pelo Governador do Estado de São Paulo que determinava a todos os órgãos da Administração estadual o não cumprimento de leis aprovadas pela Assembléia Legislativa, mas que houvessem sido vetadas sob o fundamento de inconstitucionalidade por vício de iniciativa. O Ministro Moreira Alves, relator da Representação, destacou:

Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir – assumindo os riscos daí decorrente – lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeita-la

⁴⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁴⁹ “Não há onipotência de nenhum dos poderes, nem superioridade absoluta de um sobre os outros. Vigora um regime de freios e contrapesos. O executivo reprime os excessos do Congresso por meio do veto e do direito de não cumprir as leis manifestamente inconstitucionais”. MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. Rio de Janeiro. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 252.

⁴⁶ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 6. ed. 2001, p. 277.

⁴⁷ Corte Constitucional Italiana, caso n. 376, depositada em 28.11.2001.

para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? Acolho, pois, a fundamentação – que, em largos traços, expus – dos que têm entendimento igual.

Entretanto, como leciona o Professor Zeno Velloso, após a Constituição de 1988 a discussão sobre a recusa de aplicação da lei por parte do executivo perdeu espaço. O Constituinte de 88 consagrou um rol mais amplo de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, dentre os quais encontram-se o Presidente da República e os Governadores dos Estados e Distrito Federal.

Ademais, admitiu-se o provimento de urgência em sede de ADIN o que permite ao Chefe do Executivo federal ou estadual obter decisão judicial breve quanto à constitucionalidade de norma. Assim, diversos autores acabam por concluir que, em face da norma constitucional atual, não haveria mais sentido advogar a possibilidade de recusa de aplicação de lei por parte do executivo, pois a própria Constituição já estabelecerá os instrumentos suficientes para obtenção deste fim. Zeno Velloso é contundente em sua explanação:

E, neste passo, já devemos adiantar a nossa opinião de que não é lícito ao Poder Executivo deixar de cumprir a lei por entender que a mesma é inconstitucional. Permitir que este Poder, ex própria auctoritate, cancele a eficácia de norma jurídica, porque reputa contrária à Constituição, é consagrar tese perigosíssima, que pode por em risco a democracia, num país em desenvolvimento, como o nosso, com tantas e tão graves limitações e carências, com uma vocação histórica – e até o momento incontornável – para o autoritarismo, com um Executivo verdadeiramente formidável e imperial, significando o princípio da divisão de poderes quase uma letra morta no Texto Magno⁵⁰.

Apesar de ter sido em grande parte afastada a tese que legitimava essa recusa por parte do executivo, ela pode ser por nós utilizada como uma parâmetro de analogia. Na verdade, o que temos nessa articulação doutrinária é a

⁵⁰ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Cejup, 1999. p. 347-348. No mesmo sentido: "Ora, é inequívoco que aos Poderes Públicos compete o dever de zelar pela Constituição, porém dentro de seus limites. Assim, ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, não será permitido declarar a inconstitucionalidade de lei sem provocação. O Poder Legislativo exercerá o controle preventivo da constitucionalidade em suas comissões e mesmo em deliberação plenária quando da apreciação de projetos de lei. Da mesma forma, poderá o Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes – o que me afigura singela forma de controle de constitucionalidade dos atos normativos, a posteriori, pelo Legislativo. O poder executivo, por sua vez, exercerá a fiscalização de constitucionalidade preventiva por meio de veto". A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. Peter John Arrowsmith Cook Junior. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 34, n. 136, p. 358, out./dez. 1997.

criação de uma figura jurídica que visava suprir a ausência de norma reguladora.

Não havia no sistema jurídico nacional nenhuma norma que tratasse da possibilidade de o Chefe do Executivo questionar a constitucionalidade de norma. Entretanto, com a Constituição esse vácuo regulamentador foi suprimido, e, assim, afastada a formação argumentativa.

No caso de um árbitro apreciar a constitucionalidade de uma norma, não há uma regra específica que solucione esse questionamento. Por este motivo, acreditamos válida a aplicação aqui da mesma argumentação que sustentava a possibilidade de recusa de aplicação de lei por parte do Executivo: qual seja, o judiciário não é o único intérprete da Constituição e tendo em vista situações concretas há de se admitir outros intérpretes.

Retomando o tópico anterior, o árbitro desenvolverá esse no controle no exame de uma situação concreta, de modo que a sua declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade só produzirá efeitos entre as partes da Arbitragem. Desta feita, esta decisão arbitral não vinculará outros indivíduos e muito menos impedirá que o Poder Judiciário aprecie a mesma constitucionalidade em outros casos concretos, e, eventualmente, através do STF, na via controle concentrado de constitucionalidade.

7 APLICABILIDADE DO ART. 25, DA LEI 9.307

Finalmente, chegamos a uma das questões que poderá levantar mais controvérsias na doutrina. A Lei de Arbitragem fixou em seu art. 25 que,

sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Este artigo é uma solução legislativa para determinadas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis que podem surgir no curso da arbitragem. Isto porque o art. 1º, da lei foi expresso ao determinar que somente poderiam ser solucionadas pela via arbitral controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A questão que se coloca é: estaria o exame da ofensa à Constituição situado entre os direitos indisponíveis? Se considerarmos tal situação como enquadrável no art. 25, estar-se-ia criando uma nova modalidade de controle abstrato de constitucionalidade. Explica-se.

Surgindo no curso da arbitragem controvérsia acerca da constitucionalidade de dispositivo da lei aplicável ao mérito do litígio, e entendendo o árbitro que isto constitui direito indisponível, deveria o mesmo suspender o procedimento arbitral e determinar às partes que propusessem ação na primeira instância, para que o juiz de direito se pronunciasse exclusivamente sobre a constitucionalidade daquela norma.

Ao adotar esta postura o árbitro estaria exercendo poderes maiores que o próprio juiz togado, já que este não possui a prerrogativa de requerer ao tribunal, a que se encontra vinculado, o pronunciamento exclusivo sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Na verdade, não se deve confundir o conceito de indisponibilidade com o conceito de normas de ordem pública. O dispositivo da Lei de Arbitragem se refere a direitos indisponíveis, e não ao texto que pode consagrar que direitos que sejam classificados como indisponíveis. O simples fato de se discutir uma norma constitucional, não pressupõe que esteja em debate um direito indisponível, muito menos que a norma constitucional seja um direito indisponível.

Acreditamos, ainda, que a questão acerca da constitucionalidade de uma norma não se enquadra no conceito de direito indisponível. Na verdade, o pronunciamento pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade é tema de direito, e segundo o art. 18, da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito, o que lhe confere poderes para decidir este questionamento.

Ademais, como se disse, não é possível admitir que se crie um mecanismo em descompasso com o texto constitucional brasileiro. A Constituição expressou em seu art. 102, inc. I, "a", que somente cabe ao Supremo Tribunal Federal o controle de constitucionalidade em tese de uma norma. Se o árbitro submete a questão o juiz de direito, este ao decidir a questão estará assumindo a posição de um ministro do Supremo, o que não se pode admitir.

Salienta-se ainda que no modelo de controle incidental o juiz, e por sua vez o árbitro, aprecia tão somente a constitucionalidade de uma norma, não efetuando a sua declaração de inconstitucionalidade com repercussões em todo sistema jurídico.

8 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pretendemos com o presente trabalho iniciar um debate na doutrina brasileira que vem sendo travado em países como a Itália e a Argentina.

A existência de uma doutrina sólida no sentido da força normativa da constituição, da natureza jurisdicional da arbitragem e de precedentes do Direito Comparado nos fizeram concluir pela possibilidade de exercício do Controle de Constitucionalidade in concreto por parte de um tribunal arbitral.

Ao reconhecermos ao árbitro o poder de realizar o controle de constitucionalidade difuso, estamos defendendo uma posição que visa preservar o interesse das partes em não ver o seu litígio perdurar pelas vias judiciais durante anos. Significa também afirmar a arbitragem como um instituto sólido e eficaz, ao qual as partes terão segurança em confiar para a solução de seus litígios.

Pensar de forma diversa é andar contra o fluxo positivo de decisões judiciais que têm afirmado, após a promulgação da Lei 9.307/96, que a arbitragem é um meio jurisdicional de solução de litígios, que se coloca em pé de igualdade com o judiciário para a pacificação das controvérsias sociais.

9 REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 45.
- ARISTÓTELES. *Política*, 1965, p. 293.
- BARCELLOS, Ana Paula. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 32, 2000.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessões e Permissão de Serviços Públicos*. Curitiba: Juruá, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____; MOREIRA, Vital. *Os poderes do presidente da República*. Coimbra: Almedina, 1991.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 6. ed., 2001.
- _____; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madri: Civitas, 1985.
- FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 34/27.
- FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, a. 2, n. 6, jul./set. 2005.
- FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- GOMES, Luiz Felipe Azevedo. A intervenção do Estado na arbitragem. *Ajuris*. Porto Alegre, a. XXIV, mar. 1997.
- IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n.1.

JUNIOR, Peter John Arrowsmith Cook. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 34, n. 136, p. 358, out./dez. 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MARQUES, Frederico. O Direito Internacional Privado. Disponível em: <http://www.dip.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=29>.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Jurisdição Constitucional. Breves notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-americana. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Delrey, n. 1, jan./jul. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios de Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PUGGINA, Marcio Oliveira. Arbitragem ou jurisdição privada? **Ajuris**, a. XXIV, mar. 1997.

SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales em la Constitución Española de 1978 y el su interpretación por el Tribunal Constitucional. **RILSF** 121/77.

TURPIN, Dominique. **Droit Constitutionnel**. Presses Universitaires de France. 4. ed., 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Da jurisdição constitucional: aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiro, n. 29, 2000.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Cejup, 1999.

A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS PENAIS ESTRANGEIRAS NO DIREITO BRASILEIRO

Marcos Vinicius Torres Pereira¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve Histórico da Homologação de Sentenças Estrangeiras no Brasil; 3. Requisitos Formais para Homologação de Sentenças Estrangeiras no Brasil; 4. Sistemas de Homologação de Sentenças Estrangeiras; 5. Classificação das Sentenças Penais; 6. Possibilidade de Homologação das Sentenças Penais Estrangeiras no Brasil; 7. Ôbices à homologação; 8. Outros Efeitos da Sentença Penal Estrangeira não Homologada?; 9. Execução das Sentenças Penais Estrangeiras Homologadas no Brasil; 10. Considerações Finais; 11. Referências.

1 INTRODUÇÃO

À margem das divergências conceituais e doutrinárias, partindo-se da definição de Estado ditada por Darci Azambuja como “*uma sociedade permanente de homens que habita um território fixo e determinado e tem um governo independente*”²; consagra-se a idéia de que cada Estado exerce o *imperium* sobre o seu território. Em termos jurídicos, isto significaria, em termos práticos, cada Estado exerce efetivamente jurisdição sobre todo o seu território e somente sobre este, ainda que se diga que a jurisdição do Estado seja ilimitada.

Entretanto, mesmo considerando a premissa de que as decisões judiciais dos Estados só podem produzir seus efeitos jurídicos nos territórios destes; seja em nome da *comitas* de Huber³, da segurança jurídica, do respeito à jurisdição estrangeira, da reciprocidade, ou, mais recentemente, em nome da cooperação jurídica; os Estados reconhecem – com algumas reservas – decisões prolatadas em outras jurisdições, executando-as em seu território⁴.

¹ Advogado. Professor universitário. Mestre e doutorando em Direito Internacional e Integração Econômica pela UERJ.

² AZAMBUJA, Darci. **Teoria geral do Estado**. Porto alegre: Globo, 1955. p. 47.

³ Vide HUBER, Ulrich. **Conflito de leis**. Tradução Seminário de Direito internacional Privado da Faculdade de Direito da PUCRJ. Rio de Janeiro: PUCRJ, 1951.

⁴ Vide JATAHY, Vera Maria Barreira. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Atentando às especificidades das sentenças penais e dos objetivos da tutela penal, o presente trabalho visa analisar a possibilidade e a utilidade do reconhecimento de sentenças penais estrangeiras e, uma vez sejam estas aqui reconhecidas, sua execução no Brasil. Para ressaltar a importância do tema, basta recordar as lições de Bartholus que, ao tratar da questão do conflito de leis, já discutia problemas de jurisdição e de efeitos extraterritoriais das leis, dando grande atenção, em seus comentários, às questões penais⁵.

2 BREVE HISTÓRICO DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Pimenta Bueno fala do reconhecimento de sentenças estrangeiras no Império Brasileiro, sujeitando-as a determinadas condições, e preleciona que: *“nunca se autoriza a execução da sentença que viole a soberania ou leis territoriais, os interesses da nação como tal, a competências dos tribunais do país quando exclusiva sobre os nacionais, ou enfim que tenha postergado as formas protetoras, ou os trâmites legítimos”*⁶.

Ainda no período imperial, o Decreto 6.982, de 27.07.1878, relativo à execução das sentenças proferidas em países estrangeiros, condicionava, em seu art. 1º, as sentenças estrangeiras a execução no Império Brasileiro mediante reciprocidade do Estado prolator, e se a decisão fosse passada em julgado, e estivesse autenticada pelo cônsul brasileiro e traduzida por intérprete juramentado.

Luiz Alberto Souza e Silva observa o seguinte a respeito da processualística da homologação: *“O juiz do feito solicitava ao Ministro de Justiça esclarecimentos sobre as possíveis dúvidas do princípio da reciprocidade, conforme o art. 5º, do Decreto 6.982, de 27.07.1878, e, na falta da reciprocidade, o governo concedia o exequatur que equivalia ao cumprimento do poder judiciário, conforme Decreto 7.777”*⁷.

Como observa Haroldo Valladão, já na República, a Lei 221, de 20.11.1894 trouxe novas regras para a homologação e execução de sentenças estrangeiras, *“não falando em reciprocidade (...) nem em exequatur do poder executivo, substituindo-os pelo processo judicial, da prévia homologação da sentença, perante o mais alto tribunal, o Supremo tribunal Federal”*⁸. O

⁵ Vide BARTHOLUS. Conflito de leis. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil*. Tradução de Haroldo Valladão a partir da tradução de Joseph Henry Beale. Rio de Janeiro: Universidade do Brasil (UFRJ), v. 4, 1938.

⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863. p. 144.

⁷ SILVA, Luiz Alberto Souza e. *Direito internacional privado: Lei de Introdução ao Código Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 57.

⁸ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. 3, p. 187.

Decreto 3.084, de 1898 (Consolidação das Leis da Justiça Federal) tratou da questão da homologação de sentenças estrangeiras nos arts. 7 a 19, mesclando trechos do Decreto 6.982/1878 e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁹.

Com a edição do Código Civil e a adoção da Introdução ao Código Civil de 1917, o art. 16, da Introdução condicionava a exequibilidade das sentenças estrangeiras no Brasil ao preenchimento das condições estabelecidas na lei brasileira, sem, contudo, indicá-las. Com a substituição da Introdução de 1917 pela Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, no art. 15 desta foram enumerados os requisitos formais necessários para o reconhecimento das sentenças estrangeiras.

Cabe registrar que a competência constitucionalmente prevista para um órgão de cúpula do Poder Judiciário examinar a homologação de sentença estrangeira no Brasil, foi inicialmente prevista na Constituição de 1934, mantendo-se nas constituições posteriores e na tradição do Direito Constitucional Brasileiro.

A posterior edição do Código de Processo Civil de 1973 não deu muita atenção ao tema, apenas determinando, em seus arts. 483 e 484, a competência para homologação do Supremo Tribunal Federal e remetendo ao seu Regimento Interno, no tocante ao procedimento.

Cabe observar que, mesmo com a Emenda Constitucional 45, de 31.12.2004, que transferiu a competência para homologação de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, inicialmente por força da Resolução 22, de 31.12.2004, do STJ, este tribunal passou a cuidar da homologação, utilizando-se das regras do Regimento Interno do STF. Num segundo momento, com a edição da Resolução 9, de 09.05.2005, do STJ, este órgão vem realizando as homologações de acordo com as regras desta resolução até que advenha a reforma de seu regimento interno.

3 REQUISITOS FORMAIS PARA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Como o reconhecimento das sentenças estrangeiras no Brasil se sujeita ao juízo de delibação, sem exame do mérito, devem ser atendidos determinados requisitos formais para reconhecimento destas. Estes requisitos formais para a homologação foram elencados no art. 15, da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰; posteriormente reiterados no art. 217, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no art. 5º, da Resolução 9, de maio de 2005.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 187.

¹⁰ Vide DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil interpretada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Estes requisitos seriam os seguintes:

- a) a decisão deve emanar de autoridade competente para tal. Apesar do diploma de 1942 ter utilizado a expressão “juiz competente”, de longa data se encontra pacificada na jurisprudência pátria – conforme bem observa Haroldo Valladão e graças ao empenho deste, que advogou neste sentido na SE 912 (Reino da Dinamarca) – a idéia de que a decisão deve ser dada por autoridade competente, segundo a lei estatal de onde é prolatada, ainda que esta autoridade não seja judiciária. Tanto assim o é, que as normas recentes falam em “autoridade competente”;
- b) ter transitado em julgado, por medida de segurança jurídica, para não tornar efetivo no Brasil algo de que ainda não se tenha certeza alhures;
- c) terem sido as partes envolvidas legalmente citadas ou ter se verificado a revelia, em respeito ao princípio do contraditório;
- d) a sentença e todos os documentos que devem acompanhá-la devem estar devidamente traduzidos, registrados conforme a exigência da Lei de Registros Públicos Brasileira e deve-se obter a devida chancela consular da documentação.

4 SISTEMAS DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

Os sistemas adotados pelos Estados para o reconhecimento de sentenças estrangeiras são muito variados. Os povos antigos negavam eficácia às decisões de juizes estrangeiros, mas esta hostilidade foi paulatinamente sendo vencida através da reciprocidade praticada por povos de princípios morais e religiosos semelhantes. O incremento das boas relações entre os Estados e a maior confiança entre eles, fez evoluir os sistemas, passando-se do total reexame, com propositura de nova ação ao reexame apenas formal da decisão¹¹.

Carlos Maximiliano sintetiza os sistemas de reconhecimento de sentenças estrangeiras nos seguintes: territorialidade absoluta, sentença-prova (serve de base a novo processo), revisão do mérito, delibação (verificação de aspectos formais da sentença) e reciprocidade¹².

Quanto ao sistema adotado pelo Brasil, a tradição do nosso direito consagra o sistema de delibação, não condicionado a reciprocidade, já que são examinados apenas requisitos formais da sentença, sem o exame do seu mérito. Este, na prática, é apenas verificado à luz do princípio da ordem pública e do respeito à soberania nacional.

¹¹ SILVA, Agostinho Fernandes Dias da. *Direito processual internacional*. Rio de Janeiro: Vilani Filhos, 1971. p. 100-101. Vide ainda MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953.

¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. p. 379.

5 CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS PENAIS

Devido ao objetivo específico na esfera penal de se auferir a culpabilidade ou não do agente, as sentenças penais podem absolver ou condenar o agente em decorrência da conduta delituosa, classificando-se, assim, respectivamente, as sentenças penais em absolutórias ou condenatórias.

6 POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS PENAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

A possibilidade de homologação de sentenças penais estrangeiras não é pacífica na doutrina brasileira. Rodrigo Otávio manifestava-se contrariamente ao seu reconhecimento, dizendo o seguinte:

Quanto às perdas e danos a que já tenha sido o delinqüente condenado no processo crime, pensamos que não podem ser havidos por força da sentença condenatória estrangeira. Se bem que alguns escritores queiram ver nessa parte da condenação um efeito civil que possa ter execução extraterritorial, não vemos como fazer essa distinção nos efeitos de uma mesma sentença, reconhecendo em parte dela força executória extraterritorial que é negada no todo¹³.

Discordamos do ilustre mestre, já que a própria lei penal prevê expressamente a possibilidade de homologação de sentenças penais estrangeiras. Ademais, o reconhecimento de uma sentença estrangeira pode ser parcial, com o reconhecimento apenas de parte de seus efeitos.

Cabe registrar que no Brasil, ainda que o tema da homologação de sentenças penais não tenha merecido a devida atenção específica da doutrina, vários internacionalistas trataram do tema, como Pimenta Bueno, Espinola e Haroldo Valladão.

O código de Processo Penal, em sua parte final, estabelece as regras para a homologação de sentenças penais estrangeiras (arts. 787 a 790) e o cumprimento de cartas rogatórias no Brasil (arts. 783 a 786)¹⁴. Tais dispositivos se mostram, hoje, obsoletos e, ainda que não expressamente revogados, muito pouco de seus dispositivos encontra eco na prática processual de nossos tribunais, principalmente, de nossas mais altas cortes.

A respeito da homologação de sentenças penais estrangeiras no Brasil, a regra mais expressiva de nossa legislação repressiva se encontra no outrora art. 7º do Código Penal, hoje art. 9º, *ipsis litteris, ipsis verbis*:

¹³ OTAVIO, Rodrigo. *Direito do estrangeiro no Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909. p. 237.

¹⁴ Vide FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 333-340, v. III, arts. 503 a 811.

Art. 9º. *A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:*

I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituição e a outros efeitos civis;

II – sujeitá-lo a medida de segurança;

Parágrafo único. *A homologação depende:*

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

Pela leitura do art. 9º, do nosso Código Penal, percebe-se que nem todas as sentenças penais estrangeiras seriam homologadas no Brasil. O legislador pátrio limita a homologação a casos em que poderia haver efetivamente interesse em que a decisão viesse a produzir efeitos no Brasil. As sentenças penais condenatórias podem ensejar a aplicação de medida de segurança ou prestar-se à reparação de dano resultante da conduta delituosa.

Quando uma conduta delituosa é praticada, há o interesse da sociedade, representada pelo Estado juiz em puni-la com o fim atributivo e educativo, mas também há o interesse do(s) particular(es) vítima(s), ofendido(s) ou lesado(s) em obter, pecuniariamente, a reparação do dano sofrido. Neste segundo caso, verifica-se o interesse pessoal do particular em buscar a reparação do dano, daí a possibilidade elencada no inc. I, do artigo depender de pedido da parte interessada.

Quanto à hipótese prevista no inc. II, do artigo, cabem algumas observações. O dispositivo fala expressamente em medida de segurança, não se referindo a pena. Assim, não caberia falar em homologação de sentença penal estrangeira para cumprimento de pena no Brasil em razão de crime, ainda que a previsão brasileira e a estrangeira fossem idênticas para a espécie. Tampouco caberia a homologação quando se tratasse de contravenção penal, por não ter sido incluída na previsão do citado artigo, e também pelo fato de que a própria Lei das Contravenções Penais restringe sua aplicação às contravenções praticadas no território brasileiro, de acordo com seu art. 2º.

A homologação de sentença penal estrangeira para aplicação de medida de segurança no Brasil depende do compromisso entre o Brasil e o Estado prolator da sentença mediante tratado internacional ou, na falta deste, por requisição do Ministro da Justiça. A primeira possibilidade vai de encontro à postura atual dos Estados, em unir esforços e colaboração para melhor alcançarem os objetivos de repressão e desincentivo à criminalidade, através da cooperação judiciária internacional. A segunda hipótese atenderia a fins políticos e diplomáticos calcados na manutenção de boas relações internacionais com determinados Estados, aos quais o Brasil tenha interesse em atender, diante de

determinado caso concreto, considerando o juízo de valor e o bom senso do governo brasileiro em atender a estes determinados casos específicos.

Entendemos como acertada a restrição da legislação brasileira quanto às duas possibilidades elencadas de homologação de sentenças penais estrangeiras. Caso houvesse a possibilidade de homologação de sentenças para cumprimento de pena no Brasil, pensamos que não faria sentido o reconhecimento e execução de uma sentença penal condenatória a pena restritiva de liberdade na prisão, se o interesse punitivo caberia a outro Estado. Se este realmente detivesse interesse na aplicação da sanção, deveria pedir a extradição do agente. Caso se considerasse a hipótese do agente ser brasileiro, haveria a impossibilidade da extradição se ele fosse nato e a possibilidade de extradição do naturalizado apenas se houvesse praticado crime comum antes da naturalização ou se houvesse comprovado envolvimento deste no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, nos termos do art. 5º, inc. LJ da Carta Magna.

Deste modo, ainda que o agente fosse brasileiro e sua extradição fosse impossibilitada ou dificultada nestes termos, qual seria o interesse do governo brasileiro no reconhecimento e execução de sentença penal condenatória a pena privativa de liberdade, com o cumprimento da pena em instituição no Brasil? Os gastos – que não são poucos – com a manutenção de um presidiário são altos e isto contribuiria para o aumento da superpopulação carcerária; tornando-se, portanto, a homologação desaconselhável. Em sentido contrário, poderia se defender a homologação com a alegação do interesse no combate à impunidade, que não deveria ater-se a fronteiras geopolíticas. Vemos o primeiro argumento como mais lógico e pensamos que não haveria interesse prático para o governo brasileiro na execução deste tipo de sentença penal condenatória no Brasil.

7 ÓBICES À HOMOLOGAÇÃO

Ainda que uma sentença estrangeira atenda aos requisitos formais para sua homologação no Brasil, mesmo com a adoção no Brasil do sistema de delibação, o conteúdo da sentença deve “passar por uma espécie de filtro” para produzir efeitos no Brasil. Este filtro se concretiza na tríplice fórmula a ser respeitada: ordem pública, soberania nacional e bons costumes,

Tal fórmula se deve a Clóvis Bevilacqua, pois aparece no art. 17 da Introdução de 1917 com a seguinte redação: “São reconhecidos, no Brasil, os direitos adquiridos no estrangeiro, em virtude de um ato praticado no estrangeiro, segundo a lei estrangeira, contanto que o exercício não importe ofensa à soberania nacional brasileira, à ordem pública e aos bons costumes”.

Com a reforma de 1942, a tríplice fórmula foi repetida no art. 17 da Lei de Introdução, com outra redação que passava a sujeitar a eficácia das “leis, atos

e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade que não ofendessem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Comungamos com a opinião de Agostinho Fernandes Dias da Silva de que a homologabilidade das sentenças penais estrangeiras estaria condicionada a que a sentença gerasse resultado idêntico à previsão legal brasileira, conforme o *caput* do art. 9º, de nosso Código Penal:

*As restrições relativas à ofensa à soberania nacional, aos bons costumes ou à ordem pública, são, naturalmente, aplicáveis também às sentenças penais estrangeiras, sendo isso assegurado, aliás, em grande parte, pela exigência de que a lei brasileira produzisse na espécie as mesmas consequências*¹⁵.

A fórmula da Lei de Introdução foi ainda repetida no art. 216, do Regimento Interno do Supremo Tribunal de Justiça. A Resolução 9 do STJ parece ter rompido a tradição da tríplice fórmula, ao excluir “os bons costumes”. Não nos parece que tenha sido prejudicial tal exclusão. Desde a Introdução de 1917, a alegação de “ofensa aos bons costumes” raramente vinha sendo utilizada por nossa jurisprudência, por ser extremamente subjetiva, sendo recorrente a alegação de “ofensa à ordem pública”, ainda que esta também seja, muitas vezes, de difícil conceituação¹⁶.

8 OUTROS EFEITOS DA SENTENÇA PENAL ESTRANGEIRA NÃO HOMOLOGADA?

Com a já citada Emenda Constitucional 45, de 31.12.2004, abriu-se uma nova possibilidade. Para alguns autores, como Carmen Tiburcio, o fato de que onde antes se lia “homologação das sentenças estrangeiras” e hoje se lê “homologação de sentenças estrangeiras” parece ter aberto a desnecessidade de homologação de todas as sentenças estrangeiras.

Assim, poderia se pensar no uso da sentença penal estrangeira devidamente traduzida e registrada no cartório de registro de títulos e documentos, mas não homologada pelo Superior Tribunal de Justiça para fins probatórios, atendendo à chamada “autoridade negativa da coisa julgada”, conforme a atual lição de Paulino José Soares de Souza Neto:

*Acresce que a sentença estrangeira, homologada ou não, é, sempre, um fato e como fato pode ser provado, como outros quaisquer, pelas provas admitidas em direito, e como tal apreciado pelo *judex loci*. Será objeto de prova documental, por exemplo,*

¹⁵ SILVA, Agostinho Fernandes Dias da., *op. cit.*, p. 167.

¹⁶ Vide DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro, s/ed, 1979.

*como outro qualquer fato que documentalmente possa ser provado (arts. 231 e 232 do Cód. de Proc. Penal). Poderá mesmo o juiz providenciar para a sua juntada aos autos (arts. 234 do Cód. de Proc. Penal). Mas, nem precisará ser necessariamente provada por documento; a confissão, as declarações do acusado, as testemunhas, poderão provar o fato da sentença estrangeira quer em carga (reincidência) quer em descarga (atenuante, exceção de coisa julgada) do réu, porque só em relação ao estado das pessoas há restrições em processo penal, quanto aos meios de prova (art. 155 do Cód. de Proc. Penal)*¹⁷.

Ainda quanto a ressurgida polêmica sobre a desnecessidade de homologação de sentenças declaratórias, com a nova redação constitucional atribuída pela Emenda Constitucional 45, frente à exigibilidade de homologação de qualquer sentença estrangeira, para produção de efeitos no Brasil, nos parece este debate sem importância para a esfera penal.

Entretanto, para os que defendem a validade da regra do parágrafo único do art. 15, da Lei de Introdução, e, caso visualizem sua aplicação na esfera penal, nos parece que qualquer sentença penal não homologada preencheria fins probatórios conforme *supra*.

9 EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS PENAIS ESTRANGEIRAS HOMOLOGADAS NO BRASIL

Uma vez homologada pelo STJ, a sentença penal estrangeira será executada pela justiça federal, conforme competência constitucionalmente determinada pelo art. 109, inc. X, da Carta Magna. Tal competência também é reiterada por nossa legislação infraconstitucional. Mantendo tradição no nosso Direito, a execução da sentença homologada pela corte superior cabe ao juiz federal, mais precisamente ao juiz federal da comarca onde haja o interesse na execução da sentença.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma sentença penal estrangeira, assim como as sentenças penais em geral, poderá ser reconhecida pelo STJ de acordo com a processualística prevista para a chamada homologação de sentenças estrangeiras no Brasil. Entretanto, devido às especificidades das sentenças penais estrangeiras, isto não seria possível para qualquer sentença penal estrangeira. Por exigência do art. 9º, do Código Penal, somente na hipótese de homologação para reparação civil *ex delicto* ou para aplicação de medida de segurança no Brasil caberia o reconhecimento. E desde que atendidas as condições previstas no citado artigo.

¹⁷ SOUZA NETO, Paulino José Soares. Da aplicação da Lei Penal. In: *Anais do 1º Congresso Nacional do Ministério Público*. São Paulo, 1942.

Uma vez homologada, seria a sentença executada pela justiça federal, dando efetividade ao comando contido na decisão e prestigiando, assim, o incremento das boas relações entre os Estados e a cooperação jurídica internacional.

11 REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darci. **Teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Globo, 1955.
- BARTHOLUS. Conflito de leis. **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil**. Tradução de Haroldo Valladão a partir da trad. de Joseph Henry Beale. Rio de Janeiro, Universidade do Brasil (UFRJ), v. 4, 1938.
- BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil interpretada**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Rio de Janeiro, s/ed, 1979.
- _____. TIBÚRCIO, Carmen. **Vade-Mecum de direito internacional privado**: ed. universitária. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Elementos de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.
- _____. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. 3 v.
- FRANCO, Ary Azevedo. **Código de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. III: arts. 503 a 811.
- HUBER, Ulrich. **Conflito de leis**. Tradução de Seminário de Direito internacional Privado da Faculdade de Direito da PUCRJ. Rio de Janeiro: PUCRJ, 1951.
- JATAHY, Vera Maria Barreira. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.
- MORELLI, Gaetano. **Derecho procesal civil internacional**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1953.
- OTAVIO, Rodrigo. **Direito do estrangeiro no Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909.
- SILVA, Agustinho Fernandes Dias da. **Direito processual internacional**. Rio de Janeiro: Vilani Filhos, 1971.
- SOUZA NETO, Paulino José Soares. Da aplicação da Lei Penal. *In*: **Anais do 1º Congresso Nacional do Ministério Público**. São Paulo, 1942.
- TIBURCIO, Carmen. **Temas de direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. 3.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

- A participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes: o caso brasileiro. Alexandre Santos de Aragão 103
- A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. Vania Siciliano Aieta 261
- Agências reguladoras independentes. A participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes: o caso brasileiro. Alexandre Santos de Aragão 103
- Alexandre Santos de Aragão. A participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes: o caso brasileiro 103
- Ambiente do trabalho. Violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. Vania Siciliano Aieta 261
- Ana Carolina Weber. O controle da constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro 307
- Análise crítica do contratualismo de Rawls. Justiça como equidade. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes 73
- Árbitro. Controle da constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro. Ana Carolina Weber 307
- Artur de Brito Gueiros Souza Reflexos da nova lei de drogas na área criminal federal 207

B

- Brasil. A participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes: o caso brasileiro. Alexandre Santos de Aragão 103

- Brasil. Homologação de sentenças penais estrangeiras no direito brasileiro. Marcos Vinicius Torres Pereira 329
- Brasil. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Luís Roberto Barroso 135

C

- Carmen Tiburcio. O direito constitucional internacional no Brasil pós EC 45/04 121
- Coisa julgada. Desconsideração. Sentença inconstitucional. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro 227
- Conflito. A participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes: o caso brasileiro. Alexandre Santos de Aragão 103
- Conflito. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. Humberto Dalla Bernardina de Pinho 245
- Constitucionalização e neoconstitucionalismo. Direito. Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Luís Roberto Barroso 135
- Contratualismo. Justiça como equidade: análise crítica do contratualismo de Rawls. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes 73
- Controle da constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro. Ana Carolina Weber 307
- Cooperação internacional. Marilda Rosado de Sá Ribeiro 185

D

- Democracia. A família democrática. Maria Celina Bodin de Moraes 47
- Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro 227
- Dignidade. Genes humanos e o princípio da dignidade humana. Heloisa Helena Barboza 35
- Direito constitucional. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Luís Roberto Barroso 135

- Direito de Família. Separação de fato e ética no Direito de Família. Guilherme Calmon Nogueira da Gama 11
- Direito internacional. Cooperação internacional. Marilda Rosado de Sá Ribeiro 185
- Direito internacional. Emenda Constitucional 45/2004. O direito constitucional internacional no Brasil pós EC 45/04. Carmen Tiburcio 121
- Direitos constitucional. Emenda Constitucional 45/2004. O direito constitucional internacional no Brasil pós EC 45/04. Carmen Tiburcio 121
- Drogas. Reflexos da nova lei de drogas na área criminal federal. Artur de Brito Gueiros Souza 207

E

- Emenda Constitucional 45/2004. O direito constitucional internacional no Brasil pós EC 45/04. Carmen Tiburcio 121
- Equidade. Justiça como equidade: análise crítica do contratualismo de Rawls. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes 73
- Escritório modelo. Nova área no escritório modelo da Faculdade de Direito: Psicanálise Jurídica. Gita Wladimirski Goldenberg 289
- Ética. Separação de fato e ética no Direito de Família. Guilherme Calmon Nogueira da Gama 11

F

- Família democrática. Maria Celina Bodin de Moraes 47

G

- Genes humanos e o princípio da dignidade humana. Heloisa Helena Barboza ... 35

- Gita Wladimirski Goldenberg. Uma nova área no escritório modelo da Faculdade de Direito: Psicanálise Jurídica 289
- Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Separação de fato e ética no Direito de Família 11

H

- Heloisa Helena Barboza. Genes humanos e o princípio da dignidade humana ... 35
- Homologação de sentenças penais estrangeiras no direito brasileiro. Marcos Vinicius Torres Pereira 329
- Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos 245

I

- Intimidade. Violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. Vania Siciliano Aieta 261

J

- Julgamento. Sentença inconstitucional. Desconsideração da coisa julgada. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro 227

L

- Lei. Controle da constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro. Ana Carolina Weber 307
- Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) 135

M

- Marcos Vinicius Torres Pereira. Homologação de sentenças penais estrangeiras no direito brasileiro 329
- Maria Celina Bodin de Moraes. A família democrática 47
- Marilda Rosado de Sá Ribeiro. Cooperação internacional 185
- Mauricio Moreira Mendonça de Menezes. Justiça como equidade: análise crítica do contratualismo de Rawls 73
- Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. Humberto Dalla Bernardina de Pinho 245
- Monitoramento eletrônico dos empregados. Violação da intimidade no ambiente de trabalho. Vania Siciliano Aieta 261

N

- Nova lei de drogas. Reflexos na área criminal federal. Artur de Brito Gueiros Souza 207

O

- O controle da constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro. Ana Carolina Weber 307

P

- Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional 227
- Princípio da dignidade humana. Genes humanos. Heloisa Helena Barboza 35

- Psicanálise jurídica. Uma nova área no escritório modelo da Faculdade de Direito: Psicanálise Jurídica. Gita Wladimirski Goldenberg 289
- Psicologia. Uma nova área no escritório modelo da Faculdade de Direito: Psicanálise Jurídica. Gita Wladimirski Goldenberg 289

R

- Rawls. Justiça como equidade: análise crítica do contratualismo de Rawls. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes 73
- Reflexos na área criminal federal. Nova lei de drogas. Artur de Brito Gueiros Souza 207

S

- Sentença inconstitucional. Desconsideração da coisa julgada. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro..... 227
- Sentença penal estrangeira. Homologação de sentenças penais estrangeiras no direito brasileiro. Marcos Vinicius Torres Pereira..... 329
- Separação de fato e ética no Direito de Família. Guilherme Calmon Nogueira da Gama..... 11
- Solução de conflitos. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. Humberto Dalla Bernardina de Pinho..... 245

T

- Tóxicos. Reflexos da nova lei de drogas na área criminal federal. Artur de Brito Gueiros Souza 207
- Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Luís Roberto Barroso..... 135

U

- Uma nova área no escritório modelo da Faculdade de Direito: Psicanálise Jurídica. Gita Wladimirski Goldenberg 289

V

- Vania Siciliano Aieta. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados 261
- Violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. Vania Siciliano Aieta 261



Esta obra foi impressa em oficinas próprias, utilizando moderno sistema de impressão digital. Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

Professores revisores:

Adão Lenartovicz
Dagoberto Grohs Drechsel

Editores:

Elisabeth Padilha
Emanuelle Milek
Karla Knih
Luciane Pansolin
Rodrigo Michel Ferreira

Índices:

Emilio Sabatovski
Iara P. Fontoura
Tania Saiki

Impressão:

Lucas Fontoura

Marcelo Schwb
Willian A. Rodrigues

Acabamento:

Afonso P. T. Neto
Anderson A. Marques
Bibiane A. Rodrigues
Carlos A. P. Teixeira
Luana S. Oliveira
Lucia H. Rodrigues
Luciana de Melo
Luzia Gomes Pereira
Maria José V. Rocha
Marilene de O. Guimarães
Maurício Micalichechen
Nádia Sabatovski
Terezinha F. Oliveira

“A aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração.”

Thomas Jefferson



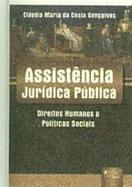
www.jurua.com.br

Lançamentos

Jurídicos

JURUA EDITORA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



Assistência Jurídica Pública - 2ª ed.
Direitos Humanos e Políticas Sociais
Cláudia Maria Costa Gonçalves - 110p
ISBN: 978853622768-9



Bens Acessórios
Acessões, Partes Integrantes e Pertenças
Alexandre Pimenta Batista Pereira - 248p
ISBN: 978853622786-3



Código Civil - 13ª ed.
CD-Rom com Mini Vade Mecum, com legislação, jurisprudência e súmulas
Orgs.: Emilio Sabatovski e Iara P. Fontoura - 212p
ISBN: 978853622817-4



Código de Processo Civil - 11ª ed.
CD-Rom Mini Vade Mecum com legislação, jurisprudência e súmulas
Orgs.: Emilio Sabatovski e Iara P. Fontoura - 218p
ISBN: 978853622816-7

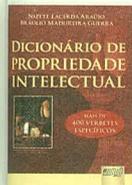


Comentários à Lei Nacional da Adoção
Lei 12.010 de 2009
Luiz Carlos de Barros Figueiredo - 180p
ISBN: 978853622726-9



Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro
Volume 1 - Artigos 1º ao 153 - 2ª ed.
J. E. Carreira Alvim - 480p
ISBN: 978853622809-9

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



Dicionário de Propriedade Intelectual
Mais de 400 Verbetes Específicos
Luizete Lacerda Araújo e Júlio M. Guerra - 216p
ISBN: 978853622784-9



Direito à Privacidade dos Dados Genéticos
Gisele Echterhoff - 224p
ISBN: 978853622866-2



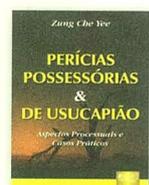
Manual de Direito Imobiliário - 4ª ed.
De Acordo com as Novas Alterações da Lei do Inquilinato
Arthur Rios e Arthur Rios Jr. - 360p
ISBN: 978853622813-6



Multas de Trânsito
2ª ed. - Defesa Prévia e Processo Punitivo • Legislação • Doutrina • Jurisprudência • Defesa e Recursos Administrativos
Sidney Martins - 336p
ISBN: 978853622789-4



Ônus da Prova
Teorias da Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas
Vicente Higinio Neto - 148p
ISBN: 978853622773-3



Perícias Possessórias e de Usucapião - 2ª ed.
Aspectos Processuais e Casos Práticos
Zung Che Yee - 188p
ISBN: 978853622715-3

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL



Recurso de Agravado e sua Processualização - 2ª ed.
Avenir P. de Oliveira - 142p
ISBN: 978853622872-3



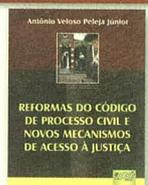
Recurso Especial - 3ª ed.
Vol. 4 - PPI - Prática, Processo e Jurisprudência
Paulo Cesar Bachmann Alves - 162p
ISBN: 978853622869-3



Recursos Cíveis nos Juizados Especiais Federais • Recursos das Leis 10.259/01 e 12.153/09 • Incidentes de Uniformização e Recurso Extraordinário • Mandado de Segurança
Flávia da S. Xavier e José A. Saveris - 384p
ISBN: 978853622893-8



Reformas do Código de Processo Civil e Novos Mecanismos de Acesso à Justiça
Antônio V. Peleja Júnior - 376p
ISBN: 978853622858-7



União Homoafetiva
A Construção da Igualdade na Jurisprudência Brasileira
Adilson J. Moreira - 420p
ISBN: 978853622763-4

DIREITO AMBIENTAL

Justiça Ambiental na Amazônia
Análise de Casos Emblemáticos
Raimundo Rodrigues Santana - 165p
ISBN: 978853622806-8



Meio Ambiente e Comércio Internacional
Fábio Albergaria de Queiroz - 196p
ISBN: 978853622801-3



Serviço Ambiental no Brasil
Aspectos Jurídicos e Socioambientais
Sônia Letícia de Mello Cardoso - 222p
ISBN: 978853622889-1



Contratos Agroindustriais de Integração Econômica Vertical
Nunziata Stefania Valenza Paiva - 252p
ISBN: 978853622843-3



Responsabilidade Civil Objetiva no Ato do Trabalho e Atividade Empresarial de Risco
Benedito Aparecido Tuponi Júnior - 188p
ISBN: 978853622865-5



Revista de Direito Empresarial - N. 12 - Julho/Dezembro 2009
Coords.: Marcia C. P. Ribeiro e Oksandro Gonçalves - 184p
ISSN: 1806-910X-00012



Código de Normas Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná - 12ª ed.
CD-Rom com Legislação e Guia de Cartórios
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 600p
ISBN: 978853622898-3



Constituição do Estado de Minas Gerais - 8ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihs - 138p
ISBN: 978853622886-0



Constituição Federal 17ª ed.
Especial para Concursos
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 202p
ISBN: 978853622688-0



Estatuto da Cidade & Legislação Complementar 4ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura, Melissa Folmann - 156p
ISBN: 978853622820-4



Estatuto do Desarmamento e sua Regulamentação - 5ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura - 108p
ISBN: 978853622854-9



Ministério Público - Rio de Janeiro - 2ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihs - 134p
ISBN: 978853622882-2

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Direito Penal e Povos Indígenas
Coord.: Luiz Fernando Villares - 230p
ISBN: 978853622810-5



Código de Processo Penal Explicado - 4ª ed.
Teoria e Prática - Leis 11.689/08; 11.690/08; 11.719/08 e 11.900/09
José M. Donegá - 656p
ISBN: 978853622855-6



Tribunal do Júri - 2ª ed.
O Novo Rito Interpretado
Rodrigo Fauz Pereira e Silva - 260p
ISBN: 978853622880-8



Lei Antidrogas - 3ª ed.
Aplicada e Comentada Conforme a Lei 11.343/06
Aluizio Bezerra Filho - 480p
ISBN: 978853622827-3



Direitos Políticos Fundamentais
E sua Suspensão por Condenações Criminais e por Improbidade Administrativa
Tiago de M. Conceição - 226p
ISBN: 978853622787-0



Erro e Concurso de Pessoas no Direito Penal
André V. de Almeida - 294p
ISBN: 978853622798-6



Nova Lei de Falências - 5ª ed.
Lei 11.101, de 09/02/2005
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 100p
ISBN: 978853622822-8



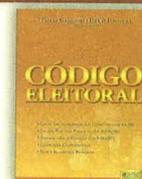
Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihs - 160p
ISBN: 978853622861-7



Código de Trânsito Brasileiro - 22ª ed.
Lei 9.503/97 - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 268p
ISBN: 978853622815-0



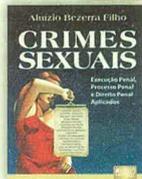
Estatuto da Advocacia e da OAB - 4ª ed. - 2010
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 114p
ISBN: 978853622818-1



Código Eleitoral - 8ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 164p
ISBN: 978853622814-3



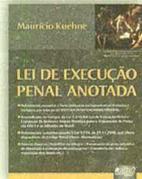
Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - 3ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihs - 298p
ISBN: 978853622847-1

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Crimes Sexuais - 2ª ed.
Anotados e Comentados - Execução Penal, Processo Penal e Direito Penal Aplicados - De acordo com as Leis 11.690/08, 11.719/08 e 12.015/09
Aluizio Bezerra Filho - 432p
ISBN: 978853622224-0



Lei de Execução Penal & Legislação Complementar - 8ª ed.
Com as Normas do Sistema Penitenciário Federal - Atualizada até a Lei 12.121/09
Maurício Kuehne - 170p
ISBN: 978853622805-1



Lei de Execução Penal Anotada - 8ª ed.
Atualizada até a Lei 12.121/09
Maurício Kuehne - 864p
ISBN: 978853622879-2



Controle Penal das Drogas
Estudo dos Crimes Descritos na Lei 11.343/06
João José Leal e Rodrigo José Leal - 432p
ISBN: 978853622794-8



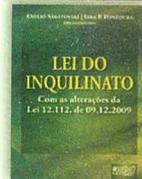
Prática Processual Penal - 8ª ed.
Passo a Passo - Com Exercícios e Modelos Práticos Para Concursos e Exame da OAB
Antonio Devechi - 252p
ISBN: 978853622849-5

DRTO. DO TRABALHO

Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho
Paula Corina Santone Carajelscov - 200p
ISBN: 978853622769-6



Constituição do Estado do Rio de Janeiro - 10ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihs - 120p
ISBN: 978853622846-4



Lei do Inquilinato
Com as alterações da Lei 12.112, de 09.12.2009
Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 70p
ISBN: 978853622845-7



CLT - Consolidação das Leis de Trabalho & Consolidação dos Provimentos do TST - 6ª ed.
CD-ROM com legislação, súmulas e jurisprudência
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 288p
ISBN: 978853622788-7



Código de Normas Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihs - 220p
ISBN: 978853622775-7



Constituição do Estado do Paraná - 11ª ed. - 2010
Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 92p
ISBN: 978853622888-4



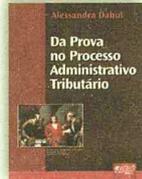
CLT - Consolidação das Leis do Trabalho
Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - 5ª ed.
2010 - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 248p
ISBN: 978853622853-2

DIREITO DO TRABALHO

Contrato de Emprego do Aprendiz - 2ª ed.
Caio F. Santos - 202p
ISBN: 978853622651-4



Os Direitos da Personalidade do Empregado
Em Face do Exercício Abusivo do Poder Diretivo do Empregador
Ana Paula Pavelski - 192p
ISBN: 978853622765-8



Da Prova no Processo Administrativo Tributário - 3ª ed.
Alessandra Dabul - 142p
ISBN: 978853622811-2



Tributos e Encargos do Setor Elétrico Brasileiro - 2ª ed.
A Incidência Tributária nos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica
Daniel A. Carneiro - 188p
ISBN: 978853622876-1



Direito Internacional Penal
Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal coordenada por Luiz R. Prado e Adel El Tasse
Carlos F. de O. Pereira - 316p
ISBN: 978853622844-0



El Incidente de Nulidad de Actuaciones
Diego M. Fernández - 304p
ISBN: 978853622870-9



Constituição do Estado de São Paulo - 9ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski, Lara P. Fontoura e Karla Knihs - 116p
ISBN: 978853622799-3



Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 154p
ISBN: 978853622780-1



Constituição do Estado de Santa Catarina - 7ª ed.
Emendas Constitucionais Detalhadas Índice Alfabético
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 118p
ISBN: 978853622639-2



Radiografia da Lei das Eleições 2010 - 6ª ed.
Comentários à Lei 9.504/97, com as alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034/09
Olivar Coneglian - 544p
ISBN: 978853622803-7



Crime de Apropriação Indébita Previdenciária - 3ª ed.
Teoria e Prática (CP, art. 168-A, § 1º, inc. I)
Jefferson A. Dias - 178p
ISBN: 978853622762-7



Economia e Seguridade Social - Análise Econômica do Direito - Seguridade Social
Marco A. Serau Jr. - 136p
ISBN: 978853622914-0

LEGISLAÇÃO**LEGISLAÇÃO****DIREITO ELEITORAL****DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

DIREITO CONSTITUCIONAL



Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal Atualizado - Lei 8.112/90
Direitos, deveres, proibições, vantagens, processo disciplinar, seguridade social e aposentadoria
Júlio C. L. Brandão - 496p
ISBN: 978853622783-2



Constituição e Constitucionalismo
Gustavo F. Santos - 232p
ISBN: 978853622807-5



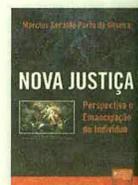
Constituição Federal
5ª ed. - Mini Book
Orgs.: Emílio Sabatovski e Lara P. Fontoura - 250p
ISBN: 978853622848-8



Direito Humano à Educação e Políticas Públicas
Maria T. U. Gomes - 394p
ISBN: 978853622746-7



Introdução à Contemporânea Teoria dos Direitos Fundamentais
Odoné Serrano Jr. - 170p
ISBN: 978853622867-9



Nova Justiça
Perspectiva e Emancipação do Indivíduo
Marcius Geraldo Porto de Oliveira - 172p
ISBN: 978853622812-2

DIREITO CONSTITUCIONAL



Novo Direito Constitucional Comparado - 3ª ed.
Introdução Teoria e Metodologia
Ivo Dantas - 432p
ISBN: 978853622691-0



Novo Processo Constitucional Brasileiro
Ivo Dantas - 468p
ISBN: 978853622692-7



Política de Cotas em Universidades Brasileiras
Entre a Legitimidade e a Eficácia
Geziela Jensen - 334p
ISBN: 978853622791-7

CONCURSOS



Exame de Ordem - Antonio Deveschi
Contém Provas e Comentários aos Exames da OAB - Cespe/UnB
Prática Processual Civil - 7ª ed. - 266p
ISBN: 978853622831-0
Prática Processual do Trabalho - 7ª ed. - 318p
ISBN: 978853622832-7
Prática Processual Penal - 9ª ed. - 262p
ISBN: 978853622835-8



Guia Prático do Advogado
Para o dia a dia, Concursos e Provas - 6ª ed.
Antonio Deveschi - 166p
ISBN: 978853622826-6

CONCURSOS



Manual Básico - Antonio Deveschi
De Processo Civil - 4ª ed. - e Júlio César C. Deveschi
196p - ISBN: 978853622823-5
De Processo do Trabalho - 4ª ed.
198 - ISBN: 978853622824-2
De Processo Penal - 4ª ed. - e Júlio César C. Deveschi
178p - ISBN: 978853622825-9



Direitos Fundamentais Sociais - 2ª ed.
Releitura de uma Constituição Dirigente
Cláudia Maria da Costa Gonçalves - 282p
ISBN: 978853622864-8



Formação do Juiz
Anotações de uma Experiência
Lourival Serejo - 126p
ISBN: 978853622795-5



Gestão Estratégica do Departamento Jurídico Moderno - *Caminhos para a Excelência e Formas de Inserção nas Decisões Empresariais*
Coords.: Lara Selem e Leonardo B. Leite - 498p
ISBN: 978853622878-5



Metodologia do Ensino Jurídico - 2ª ed.
Aproximação ao Método e à Formação do Conhecimento Jurídico
Isaac SABBÁ GUIMARÃES - 218p
ISBN: 978853622761-0

TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO E METODOLOGIA



Moderna Teoria do Direito
Adriano Sérgio Nunes Bretas - 608p
ISBN: 978853622868-6



Periodismo Jurídico no Brasil do Século XXI
História do Direito em Jornais e Revistas
Armando S. de Castro Formiga - 202p
ISBN: 978853622790-0



Por Que Conhecer o Judiciário e os Perfis dos Juizes? - *O Pragmatismo de Oliver Holmes e a Formação das Decisões Judiciais*
Denis de C. Halis - 240p
ISBN: 978853622774-0



O Problema do Direito em Michel Foucault
Entre Imagens Jurídicas e a Proposta de um Direito Novo
João Chaves - 184p
ISBN: 978853622829-7

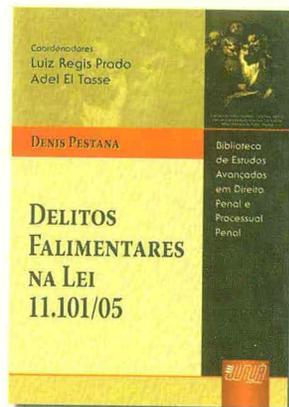
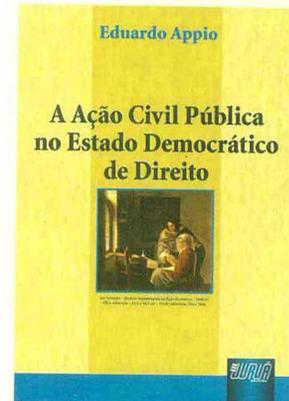


Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio
Gisele M. Salgado - 290p
ISBN: 978853622833-4



Tradução da sua Importância e Dificuldade
Newton SABBÁ GUIMARÃES - 218p
ISBN: 978853622850-2

Outras obras da Juruá Editora



DIREITO CIVIL

- Separação de fato e ética no Direito de Família
- Genes humanos e o princípio da dignidade humana
- A família democrática

DIREITO COMERCIAL E DO TRABALHO

- Justiça como equidade: análise crítica do contratualismo de Rawls

DIREITO DO ESTADO

- A participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes: o caso brasileiro
- O direito constitucional internacional no Brasil pós EC 45/04
- Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)
- Cooperação internacional

DIREITO PENAL

- Reflexos da nova lei de drogas na área criminal federal

DIREITO PROCESSUAL

- Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional
- Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos

DISCIPLINAS BÁSICAS

- A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados
- Uma nova área no escritório modelo da Faculdade de Direito: Psicanálise Jurídica

ALUMNI

- O controle da constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro
- A homologação de sentenças penais estrangeiras no direito brasileiro

