

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE

DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

2012

Número 18



QUEM
SE PREPARA,
NÃO PARA.

Ficha Catagráfica

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva / Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2013-. Disponível na Internet: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?page_id=34>

n.1.-

Semestral
ISSN 1678-8729

1. Direito - periódicos. 2. Revista Científica. I. Centro Universitário Newton Paiva

CDU 050:34

(Ficha catagráfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton Paiva)

Centro Universitário Newton Paiva
Campus Carlos Luz, 220 - Unidade Buritis
Belo Horizonte – Minas Gerais



QUEM
SE PREPARA,
NÃO PARA.

EXPEDIENTE

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE

Antônio Roberto Beldi

REITOR

Luis Carlos Souza Vieira

PRÓ-REITOR ACADÊMICO

Sudário Papa Filho

SECRETÁRIO GERAL

Dorian Gray Rodrigues Alves

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO

Emerson Luiz de Castro

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Emerson Luiz de Castro

Prof. Douglerson Santos

Prof. Leonardo de Araújo Ferraz

Prof. Gustavo Costa Nassif

Prof. Rogério Medeiros Garcia de Lima

Prof. Arthur Magno e Silva Guerra

Prof. Rodrigo Almeida Magalhães

Prof. Frederico Barbosa Gomes

Profa. Julia Paulina Correa

Prof. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

EDIÇÃO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO
CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Cynthia Mara da Fonseca Pacheco

Emerson Luiz de Castro

Eustáquio Trindade Netto

Juniele Rabêlo de Almeida

Marialice Nogueira Emboava

EDITORA DE ARTE E PROJETO GRÁFICO

Helô Costa - 127/MG

DIAGRAMAÇÃO:

Fillipe Gibram

Geisiane de Oliveira

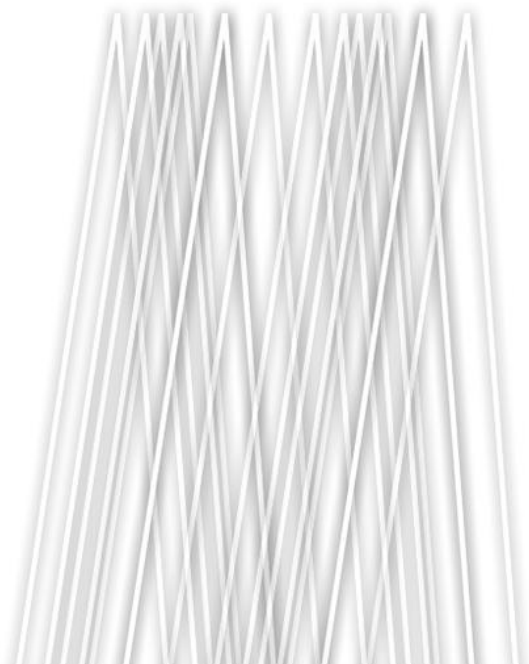
Nayara Perez

(estagiários da Central de Produção

Jornalística da Newton Paiva - CPJ)



núcleo de publicações acadêmicas
CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA





EDITORIAL

É inegável que, no contexto atual, a pesquisa, a extensão e a produção acadêmica têm ocupado lugar de destaque no ensino universitário. Contudo, para que o resultado dessa nova roupagem do ensino superior não fique enclausurado na academia e cumpra sua função social, torna-se necessária a criação de canais institucionalizados para a divulgação dessa produção, garantindo-se a democratização do saber.

Ciente disso e firme no seu propósito de comprometimento com o conhecimento, o curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva tem a honra de apresentar a sua Revista Eletrônica para os seus alunos, professores e para a comunidade acadêmica.

Publicação já tradicional, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva tem por objetivo divulgar, por meio digital, os trabalhos produzidos por seus alunos, professores e pela comunidade acadêmica, seja no âmbito da pesquisa ou extensão, buscando estabelecer intercâmbio com outras instituições nacionais ou internacionais de ensino, visando à formação de uma rede de informações que possibilite uma maior reflexão, aprofundamento e aproximação entre a produção do conhecimento técnico e a realidade social.

Contando com um conselho editorial composto por professores e profissionais de destaque no cenário nacional e internacional, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, cuja publicação é semestral, está aberta para receber contribuições de seus alunos, professores e da comunidade acadêmica, de modo a alcançar seus objetivos, contribuindo para o fortalecimento da pesquisa científica e o engrandecimento da reflexão.

Esperamos que a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva cumpra seu papel e seja um instrumento valioso de consolidação e da difusão da pesquisa e da produção acadêmica.

Professor Frederico Barbosa Gomes
Coordenador da Revista



SUMÁRIO

CONVIDADOS

D18-01 DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS?

Ingrith Gomes Abrahão 10

D18-02 AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E A POLÍTICA ENERGÉTICA DE BAIXO
CARBONO EM DIREÇÃO DO PARADIGMA VINCULATIVO PÓS-KIOTO

Elcio Nacur Rezende, Abraão Soares Dias dos Santos Gracco 18

PROFESSOR

D18-03 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONSTRUTORAS DECORRENTE DO ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEIS

Fernando Gonçalves Coelho Júnior, Ronaldo Passos Braga, Valéria Edith Carvalho de Oliveira 29

D18-04 ÉTICA E JUSTIÇA NA TRADIÇÃO JUDAICO-CRISTÃ: A ABERTURA RACIONAL DE UM ETHOS ORIGINÁRIO

Aluizio Rodrigues Lana 34

D18-05 ARISTÓTELES: A CONTEMPLAÇÃO DE DEUS COMO O BEM SUPREMO

Maurílio Antônio Sousa Santiago 46

D18-06 DIREITO À INFORMAÇÃO QUALIFICADA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE:
ESTUDO DAS IMPLICAÇÕES DA DIFERENÇA ENTRE CERTIFICADO DE PÓS-GRADUAÇÃO
LATO SENSU E TÍTULO DE ESPECIALISTA EM DERMATOLOGIA

Michael César Silva, Roberto Henrique Pôrto Nogueira 51

D18-07 POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEIO AMBIENTE E PARTICIPAÇÃO
COMUNITÁRIA NO LONGA-METRAGEM "SANEAMENTO BÁSICO, O FILME"

Maraluce Maria Custódio, Rosana Ribeiro Felisberto 62

D18-08 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO
BÁSICO À LUZ DA LEI Nº 11.445/07

Camila Antunes Notaro 78

D18-09 O CONTRATO COMO OPERAÇÃO ECONÔMICA: CONTRIBUTO
CIENTÍFICO A PARTIR DA OBRA DE ENZO ROPPO

Ivan Guimarães Pompeu, Renata Guimarães Pompeu 84

D18-10 AS RELAÇÕES DE TRABALHO E A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS Lívia Mendes Moreira Miraglia, Daniela Lage Mejia Zapata	92
D18-11 AS CIDADES E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA Cacilda Bellose Sobreira, Glenda Rose Gonçalves Chaves	106
D18-12 TRABALHO DO PRESO: PREMISSAS PARA O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E DA RELAÇÃO DE EMPREGO Isabella Monteiro Gomes, Michel Carlos Rocha Santos	112
D18-13 DIREITO À PROPRIEDADE E AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS Leandro Henrique Simões Goulart, Josiane Lívia Fernandes	120
D18-14 VALORES, NORMAS E VALIDEZ DO DIREITO NA TEORIA DE ROBERTO JOSÉ VERNENGO Leonardo Goulart Pimenta	135
D18-15 LINEAMENTOS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO UMA RELEITURA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL Michael César Silva, Vanessa Santiago Fernandes de Matos	138
D18-16 A AÇÃO PENAL NO CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO E O RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 4424 Ana Carolina Campos Oliveira, Fernando Gonçalves Coelho Júnior, Ronaldo Passos Braga, Valéria Edith Carvalho de Oliveira	153
D18-17 AS COTAS RACIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Rogério Medeiros Garcia de Lima	161

ALUNO

D18-18 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DO DIREITO DE ESCOLHA QUANTO AO REGIME DE BENS NO CASAMENTO EM FUNÇÃO DA IDADE

Valéria Edith Carvalho de Oliveira, Aurélia Tinti Lourenço de Lima 170

D18-19 O DEBATE CONTEMPORÂNEO DA ECONOMIA VERDE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL

Ana Paula Campos Machado, Jéssica Sayuri Fonseca Hamada, Karla Moreira Lima Carvalho, Letícia Pereira Coelho, Lorena Karen Sampaio da Costa, Rayka Bárbara Moreira, Shirley Maria de Jesus 174

D18-20 GUARDA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE À LUZ DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Valéria Edith Carvalho de Oliveira, Luiza Helena Messias Soalheiro 181

D18-21 APLICABILIDADE DA LEI 8.009/90 PARA DEVEDORES SOLTEIROS

Leandro Henrique Simões Goulart, Lucas Alves de Andrade Rocha 187

D18-22 CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE A INQUISIÇÃO

Leonardo Pimenta Flávia Rodrigues, Gleison Jr. Silva, Rafaela Pereira, Nancy Santana 200

D18-23 POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Maria Isabel Fernandes Silva, Frederico Barbosa Gomes 205

DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS?

Ingrith Gomes Abrahão¹

RESUMO: Ao analisar os conceitos de direito e interesse trazidos por Rudolf Von Ihering e a repercussão de sua construção teórica para a história do direito e para a hermenêutica jurídica, busca-se, neste artigo, exaltar as contribuições de Maciel Júnior (2004) sobre sua análise de que essa equiparação de conceitos tem gerado confusões no tema dos direitos coletivos. Tudo implicando na dificuldade de se definir com critério os conceitos de direitos difusos e coletivos para fins de construção de uma teoria geral do direito coletivo com bases científicas seguras e bem estruturadas. Para tanto, faz-se um estudo sobre a célebre concepção de direito como "interesse juridicamente protegido"; a influência de Ihering na classificação de direito e interesse; a inadequação da concepção de Ihering sobre direito como interesse juridicamente protegido para uma teoria geral do direito coletivo; a teoria de diferenciação necessária entre direitos e interesses defendida por Maciel Júnior e a definição legal e doutrinária sobre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

PALAVRA-CHAVE: Direito – Interesse – Direito coletivo.

ÁREA DE INTERESSE: Direito coletivo.

1. INTRODUÇÃO

Reconhecido, na atualidade, como meio de concretização de direitos constitucionais direcionados à promoção de benefícios e garantias de toda uma coletividade, seja ela determinável ou não, o direito processual coletivo tem merecido destaque no meio acadêmico no que tange à delimitação e definição do mesmo como uma "nova" vertente do direito processual nacional.

Apesar de muitos serem os doutrinadores que tratam do assunto, podemos constatar que não são tantos aqueles que se preocupam em construir uma teoria do direito coletivo que seja bem estruturada de modo a permitir a solução das diversas dúvidas que permeiam o pretense sistema de tutelas coletivas, diferenciando-o, na medida do necessário, do sistema de tutelas individuais do ordenamento jurídico brasileiro.

Uma das dificuldades estruturais para a construção de uma teoria do direito coletivo no Brasil encontra-se justamente no conceito e definição do que seriam os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como se poderiam mesmo ser chamados de direitos ou se deveriam ser chamados de interesses.

E é sobre este problema que este breve artigo irá tratar, trazendo para análise e reflexão o posicionamento de alguns doutrinadores, tentando, ao final, oferecer definições sobre em que consistem os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Não há a pretensão de que este trabalho esgote o assunto e nem mesmo que traga todas opiniões acerca de tal polêmica, mas apenas possa ser um sucinto resumo de algumas posições doutrinárias a respeito do tema que se propõe analisar.

Para melhor análise do objeto deste trabalho, será feito, a

princípio, um breve estudo sobre a concepção de interesse e direito criados por Rudolf Von Ihering que ainda vige no Brasil; analisando-se, posteriormente, a compatibilidade desta concepção diante da mudança de paradigma ocorrida ao longo dos tempos e a proposta oferecida por Maciel Júnior de uma diferenciação entre interesse e direito para a construção de uma teoria do processo coletivo. Por fim, serão expostas as posições doutrinárias sobre o tema e as definições, em linhas gerais, de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Diante do exposto, passamos agora à análise do tema proposto.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. O direito como interesse juridicamente protegido

A importância do estudo do interesse para a definição do que consiste o direito, conforme ensina Maciel Júnior (2004, p. 4), surge com os utilitaristas, mais especificamente com Rudolf Von Ihering.

Rudolf Von Ihering foi um autor que se destacou na evolução da hermenêutica jurídica, sobretudo por ser o precursor das bases que permitiram a elaboração, por Philipp Heck, da Jurisprudência dos Interesses. (FIUZA, 2003, p. 41) Isso porque:

"Rudolf Von Ihering, antes um dos principais teóricos da Jurisprudência dos Conceitos, percebe a crise que se manifesta na cultura da segunda metade do século XIX e acaba por ser autor de uma das críticas mais contundentes ao método lógico-dedutivo e ao formalismo jurídico, pelo seu alto

grau de abstração. No livro A luta pelo direito, escrito em 1891, como resultado de idéias que vinha defendendo desde 1872, Ihering mostra o direito como uma vivência que deve ser assumida tanto pela parte de quem o aplica, o Estado, quanto por quem o postula na qualidade de interessado. Segundo ele, o direito é, na realidade, uma luta, ou um verdadeiro esforço animado pelo espírito prático que subjaz à sua própria realização." (CAMARGO, 2003, p. 90-91)

Ihering exalta a finalidade do direito, isto é, soma a noção de fim à ideia de direito, podendo-se afirmar, por isso, que sua concepção do direito é chamada de teleológica. (MATA-MACHADO, 1995, p. 299) Segundo sua doutrina, o fim precípua do direito é a realização da utilidade, do interesse, algo futuro que a vontade pretende realizar. (CAMARGO, 2003, p. 91)

Referido autor desenvolve, então, dois elementos que são colocados como constitutivos do "princípio do direito" (o interesse), que são o substancial e o formal.

O primeiro elemento dito substancial, nas palavras de Pereira (1998, p. 22), "se situa na sua finalidade prática, isto é, na sua utilidade, na sua vantagem ou no interesse". Esse elemento substancial se manifestaria, como fim prático do direito, através de uma sucessão de ideias, como de utilidade, valor, gozo, interesse, e de bem. (MATA-MACHADO, 1995, p. 299)

A ideia de bem merece destaque na teoria de Ihering porque qualquer tentativa de definir o que seja o direito deveria tê-la por base, sendo que a mesma significa "toda coisa que possa servir para algo", e estaria unida à noção de valor (medida de utilidade) e de interesse (valor na relação particular entre sujeito e finalidades). (MACIEL JÚNIOR, 2004, p. 7)

Por sua vez, o elemento chamado de formal consiste na proteção jurídica desta utilidade ou vantagem, o meio utilizado para garantir a obtenção do fim prático do direito. Seria, em síntese, a proteção do direito.

Da conjunção destes dois elementos é que foi possível a célebre frase de Ihering de que "o direito é o interesse juridicamente protegido".

Por destacar que o direito sempre tem um fim que seja útil para a sociedade, segundo Ihering, "o jurista deve ficar atento às necessidades práticas dos indivíduos, geradoras de determinados fins, e não a conceitos lógicos oriundos de normas e instituições jurídicas". (FIUZA, 2003, p. 41)

Por tudo isso é que:

"...a partir de Ihering, a ideia de que o direito se liga a um fim, que se pretende ver realizado na prá-

tica, faz com que o mesmo abandone o campo da abstração e veja aberto o caminho para a Jurisprudência dos Interesses, encarregada de formular metodologicamente essa questão." (CAMARGO, 2003, p. 92)

Com toda essa construção de Ihering, a ideia de interesse por ele formulada permaneceu e influenciou sobremaneira a classificação até hoje vigente entre direitos e interesses. Baseando-se nessa concepção é que se tem a afirmação de que só se pode falar em um direito quando o interesse ao qual visa atender estiver sendo submetido à "ação em Justiça", ou melhor, estiver sendo objeto de um meio, um instrumento de tutela jurídica.

2.2. A influência de Ihering na classificação de direito e interesse.

Como dito supra, a concepção de Ihering sobre direito e interesse influenciou fortemente as classificações dos direitos e interesses, o que repercute no significado do que sejam hoje os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como o modo do surgimento destes.

Uma forma de demonstrar essa influência é trazeremos a clássica classificação dos direitos e interesses em gerações feita inicialmente por Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos* destacando a sua vinculação ao paradigma vigente ao tempo de seu surgimento.

Conforme ensina citado autor, os direitos e interesses que foram primeiro reconhecidos na história da humanidade foram aqueles vinculados apenas ao indivíduo, o qual era visto com primazia sobre o Estado. São os chamados direitos de "primeira geração" os direitos individuais. Surgiram durante a vigência do paradigma² do Estado de Direito e do liberalismo, em que se destaca a característica do individualismo exacerbado e da primazia da propriedade privada.

Os interesses individuais podem ser entendidos como aqueles que dizem respeito à liberdade e ao poder do indivíduo de agir conforme sua vontade, são interesses exclusivamente particulares, sem qualquer preocupação com terceiros. Destacam-se por serem vistos como uma forma de proteção contra o poder e arbítrio do Estado.

No entanto, a vivência à luz deste paradigma acabou por justificar as explorações de trabalhadores e da população economicamente desfavorecida, possibilitando acirrar as desigualdades sociais e ensejando o surgimento de novas ideias como as comunistas e socialistas que questionavam a realidade vivida.

As revoluções industriais e, principalmente, a I Guerra Mundial serão desencadeadoras, por fim, do surgimento de uma nova sociedade de massa e um novo paradigma que será o do Estado Social. (CARVALHO NETTO, 1998, p. 480).

No paradigma do Estado de bem-estar social, há a luta e o reconhecimento de uma nova espécie de direitos e interesse, agora não mais focados apenas em um indivíduo ou beneficiário, mas sim em uma coletividade. Surgem, assim, os direitos e interesses de "segunda geração" que consistem nos direitos e interesses coletivos e sociais, ou seja, direitos que têm como interessados um grupo ou coletividade de pessoas em razão dessa qualidade de participante daqueles.³

Interesses e direitos sociais são vistos como interesses de toda uma sociedade e interesses coletivos estão mais vinculados aos interesses de um grupo ou coletividade determinada.⁴

Passados os tempos e com a ocorrência da II Guerra Mundial, o paradigma do Estado Social também começa a ser questionado, principalmente com a sobreposição do Estado provedor de serviços públicos (e muitas vezes também privados) sobre as demais empresas, isto é, o intervencionismo estatal exagerado passou a ser questionado cada vez mais.

Diante disso, surge um novo paradigma que vai trazer consigo uma nova era de direitos e interesses que se tornaram necessários diante da complexidade e fluidez das relações na sociedade. É o paradigma do Estado Democrático de Direito e os direitos de "terceira geração", que abarcam os chamados direitos e interesses difusos, que seriam aqueles cujos titulares são não determináveis e o objeto do interesse não pode ser dividido, pois aproveita necessariamente a todos, podendo citar como exemplos os direitos ao meio ambiente, do consumidor, dentre outros.⁵ "São direitos e interesses tuteláveis, mesmo sem a apresentação imediata de um titular, decorrentes de um fato básico que afeta a todos." (MACIEL JÚNIOR, 2004, p. 10)

Após a tradicional definição em três grandes gerações de direitos, fala-se em outras novas gerações ou, para outros, dimensões de direitos fundamentais, chegando-se a uma quarta e quinta dimensão de direitos que englobariam, reciprocamente, no entendimento de Bonavides (1997), os direitos fundamentais atrelados à pluralidade (democracia, informação e pluralismo) e à paz (axioma da democracia participativa).

2.3. A inadequação da concepção de Lhering sobre direito como interesse juridicamente protegido para uma teoria geral do direito coletivo.

Conforme demonstrado alhures, a classificação de direitos e interesses toma por base a teoria de Lhering, que coloca direito e

interesse como sinônimos, uma vez que identifica o direito como aquele interesse que tenha proteção jurídica.

Em que pese a importância de Lhering para a história do direito e para a hermenêutica jurídica, necessário é exaltar as lições de Maciel Júnior (2004, p. 22 -23) que coloca que essa equiparação de conceitos tem gerado confusões em muitos casos em que se tem como temas os direitos coletivos e direitos difusos. Tudo implicando na dificuldade de se definir com critério os conceitos de direitos difusos e coletivos para fins de construção de uma teoria geral do direito coletivo com bases científicas seguras e bem estruturadas.

Para ilustrar a possível situação em que poderia se verificar um conflito entre interesses difusos com interesses coletivos ou de interesses difusos com interesses individuais, o autor traz o seguinte exemplo que merece ser aqui citado:

"Bastaria como exemplo a esses problemas que imaginássemos a situação da existência de interesses difusos contrapostos a interesses individuais. Consideremos a hipótese em que a entidade estatal de controle ambiental, fundada em legislação que lhe confere o poder de fiscalização para autuação e aplicação de sanções, embarga a atividade de determinada empresa siderúrgica que polui o meio ambiente e ofende as regras vigentes quanto ao setor. Temos a entidade estatal que atua com poder de polícia e de acordo com o direito legislado, na tutela das situações jurídicas previstas nas normas. Temos os interessados difusos na qualidade do meio ambiente, que são atingidos pela atuação da entidade estatal e, mesmo que não tivessem se manifestado ou percebido a importância do embargo imposto, seriam atingidos individualmente por ele. Teríamos ainda o interesse da empresa na manutenção e exercício de sua atividade comercial, que estaria comprometida e poderia gerar o seu encerramento. Teríamos ainda os trabalhadores da empresa, que estariam atingidos individualmente em seus interesses de manutenção do emprego. (...) Todos esses interessados poderão manifestar-se e, ocorrendo o impasse, não poderemos afirmar a existência de um direito de qualquer dos envolvidos sobre os demais." (MACIEL JÚNIOR, 2004, p. 22-23)

Se for entendido interesse na concepção de Lhering, só poderíamos falar efetivamente em direito de qualquer dos interessados após um processo judicial em que os princípios do devido proces-

so legal e ampla defesa fossem respeitados e em que o provimento jurisdicional definisse a situação.

Dentro desse contexto é que se vê que a equiparação de direitos e interesses feita por Ihering não satisfaz essas situações envolvendo vários interesses diante da norma, bem como não consegue ser suficiente para dizer qual deles poderá ser considerado a priori como direito e assim deverá ser aplicado ou cumprido.

2.4. A teoria de diferenciação necessária entre direitos e interesses defendida por Maciel Júnior.

Maciel Júnior (2004) vai criar, em contraposição a essa concepção de Ihering adotada por estudiosos do direito⁶ até hoje, a tese de que direitos e interesses são conceitos que jamais poderiam ser colocados como sinônimos, sendo necessária a sua diferenciação para fins de elaboração de uma sólida teoria geral do direito coletivo.

O autor acima citado vai estabelecer a diferença primordial entre os dois conceitos quanto ao seu momento de formação e processo de transformação do interesse em direito.

Os interesses para o autor são vistos como manifestações de vontade ligadas unicamente à vinculação de um indivíduo a um bem, não podendo ser vistos fora da esfera privada do sujeito.

Diferentemente, o direito surgiria em outro momento e não estaria vinculado à esfera particular do indivíduo, mas sim a toda uma sociedade que como tal o reconhece.

Maciel Júnior (2004) fala em duas espécies de direitos. A primeira delas seria composta por aqueles direitos que são fruto de um "processo de validação espontâneo" previamente definido pela sociedade, como meio de reconhecer ao indivíduo que a sua vontade manifestada diante de um bem é legítima e como tal deve ser respeitada por todos.

A segunda espécie de direitos seria composta por aqueles direitos que advêm de um processo formal de validação de vontade, que significa o mesmo que dizer que são aqueles resultantes de processos judiciais em que houve um provimento jurisdicional fixando a vontade da lei para aquele caso em questão.

Nas palavras do autor:

"O interesse, desse modo, sempre será um momento anterior à formação do próprio direito. O direito pressupõe um processo de validação do interesse pela sociedade, seja pelo consenso e respeito à manifestação do interesse individual pela coletividade, seja pela adoção de um processo de validação substitutivo do processo de validação espontâneo pela sociedade, que é o processo judicial." (MACIEL JÚNIOR, 2004, p. 25)

Fica, assim, evidente o equívoco daqueles que adotam a concepção de Ihering sobre direito e interesse, podendo fazer referência inclusive à própria legislação brasileira⁷ que por muitas vezes confunde ou utiliza os termos como sinônimos, o que serve de fundamento para alguns doutrinadores⁸ não darem a importância merecida à precisão terminológica necessária para construção de uma teoria geral do direito coletivo com bases realmente científicas.

Diferente é a proposta do autor citado supra que melhor define sua tese da seguinte forma:

"A nossa teoria de que os interesses são diferentes dos direitos explicaria de modo satisfatório e simples essa questão [o autor refere-se à equiparação entre direitos e interesses difusos na legislação brasileira]. Em verdade não haveria interesses difusos ou coletivos, porquanto admitimos que os interesses são sempre individuais, sempre ocorrem e se exaurem na esfera particular do indivíduo. Os interesses são uma manifestação, uma afirmação unilateral da vontade em face de um bem. Dessa forma, nunca poderíamos aceitar que interesses, que são individuais, fossem classificados em coletivos ou difusos. No máximo poderíamos reconhecer que, em face de um determinado fato, existe um número indeterminado de indivíduos numa mesma situação jurídica. Se pudéssemos identificar ou agrupar esses indivíduos em uma classe de pessoas, com interesses comuns e legalmente reconhecidos e previstos, estaríamos diante de interessados coletivos ou homogêneos, dependendo das características peculiares dos interesses individuais envolvidos e manifestados individualmente. Por outro lado, se não pudéssemos identificar os interessados que são atingidos por um determinado fato ou ato jurídico, teríamos a hipótese de interessados difusos, o que decorreria da existência difusa de diversos interessados que poderiam ter uma solução conjunta e abrangente para todos os que se encontrassem na mesma situação jurídica prevista em lei." (MACIEL JÚNIOR, 2004, p. 26-27)

Diferenciados os conceitos de direito e de interesse, restamos agora apresentar a definição legal e de alguns doutrinadores sobre o que seriam esses direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

2.5. A definição legal e doutrinária⁹ sobre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O diploma legal que traz uma definição expressa sobre o que seriam os chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é o Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8078/90).

O art. 81, § único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor traz a definição do que seriam os direitos difusos: "... os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato."

A doutrina, então, seguindo de certa forma o definido pela lei, coloca que as características para identificação não se prendem somente à pertinência subjetiva, aos titulares ativos, como se pensou inicialmente¹⁰, mas também a uma circunstância de fato¹¹ que vincula e liga os indivíduos de tal forma que o objeto de interesse de cada um deles se torna um só indivisível.

Por serem indivisíveis, a apropriação dos mesmos direitos não é possível se der feita de forma exclusiva por um de seus titulares, da mesma forma que a fruição daqueles não pode se dar de forma diferenciada entre os indivíduos.

"Não se trata da identificação dos interesses difusos como simples soma de interesses individuais, tampouco como síntese destes, referindo-se sim a necessidades que são da coletividade como um todo, daí surgindo sua indivisibilidade.(...) Recorde-se que os interesses difusos são caracterizados pela indivisibilidade do objeto, com a conseqüente comunhão de destino dos respectivos titulares, de modo tal que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui lesão à inteira coletividade."(LEONEL, 2002, p. 100-101)

Destaca-se, por fim, que "em quaisquer dessas hipóteses os interessados poderão agir individualmente ou em litisconsórcio", o que afasta o critério de definição dos direitos difusos pelo tipo de tutela jurisdicional pretendida que é trazida na obra de Leonel(2002). (MACIEL JÚNIOR, 2004, p. 41) Nesse sentido, temos também:

"...propomos compreender a distinção entre direitos individuais, coletivos, direitos sociais e direitos difusos como uma distinção lógico-argumentativa. Ela deve ser considerada do ponto de vista do processo argumentativo de aplicação das normas que lhes consagram. Assim, é possível a utilização dos

mais variados meios processuais, quer individuais, quer coletivos, para garantia jurisdicional desses direitos". (OLIVEIRA, 2003, p. 132)

Os direitos coletivos, por sua vez, têm a seguinte definição legal prevista no Código de Defesa do Consumidor, art. 81, § único, inciso II: "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica".

Leonel (2002), então, coloca que é possível identificar dois elementos diferenciadores entre os direitos coletivos e os difusos, quais sejam,

"a maior limitação dos interesses coletivos, em virtude da existência do dado organizativo do grupo interessado (ausente nos difusos), e existência de uma relação jurídica embasando o liame existente entre os interessados."(LEONEL, 2002, p. 105-106)

Esse caráter organizacional é destacado como peculiar dos direitos coletivos também pelo italiano Vigoriti(1979), senão vejamos:

"In questo quadro si inserisce l'espressione «interesse collettivo»: essa esprime l'esistenza di una relazione fra interessi di uguale contenuto, facenti capo a soggetti diversi, organizzati per il raggiungimento del medesimo fine. Il «collettivo» è la valenza di una certa relazione fra interessi di natura individuale, non confliggenti, ma solidali, congiunti e organizzati per el soddisfacimento della pretesa comune."(VIGORITI, 1979, p.19)

Assim, os direitos coletivos podem ser identificados pela presença de um mínimo de organização, que permita visualizar a coesão e identificação dos interesses individuais dos membros do grupo, bem como a afetação desses interesses a determinadas classes ou grupos que serão os chamados *ente esponenziali*, os portadores daqueles (exemplo sindicatos, associações etc), além de um vínculo jurídico básico entre todos os membros dessa coletividade.

No que concerne aos direitos individuais homogêneos, temos o inciso III, do § único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor: "os decorrentes de origem comum".

Os direitos individuais homogêneos não são direitos coletivos por essência, mas sim direitos individuais que, por conveniência processual, se ligam uns aos outros em função de terem uma origem comum, isto é, uma "a mesma fonte e espécie de conduta ou atividade, ainda que tenha sua ocorrência postergada no tempo em mais de uma ação". (LEONEL, 2002, p. 109)

Como já fora afirmado quanto aos direitos difusos e coletivos, não há nenhum empecilho para que os indivíduos acionem o Poder Judiciário através de ações individuais.

"São características destes interesses [leia-se direitos]: serem determinados ou determináveis os seus titulares; serem essencialmente individuais; ser divisível o objeto tutelado; e surgirem em virtude de uma origem ou fato comum, ocasionando a lesão a todos os interessados a título individual". (LEONEL, 2002, p. 108)

Definidos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, é importante exaltarmos o fato de que é o caso concreto imprescindível para definir qual dessas espécies de direitos está presente e assim as regras procedimentais que deverão ser aplicadas à hipótese analisada.

"Se partirmos de uma concepção procedimentalista do Direito, em que qualquer proposição jurídica é fruto de interpretação, sobre o pano de fundo de visões paradigmáticas concorrentes, não se pode pré-definir o 'conteúdo' ou a 'extensão total' de um dispositivo normativo que ganha sentido a cada novo caso concreto, predeterminando-se materialmente a argumentação jurídica. (...) o que sejam direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos, com base no art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor, só pode ser determinado e, até mesmo, diferenciado mediante uma argumentação jurídica de aplicação adequada em cada processo jurisdicional, tendo em vista o caso concreto." (OLIVEIRA, 2003, p. 135-136)

3. CONCLUSÃO

Os conceitos de direito e de interesse, como fora visto, apesar de se confundirem para a quase totalidade da doutrina nacional que segue a teoria de Rudolf Von Ihering, não poderiam jamais ter sido equiparados.

Isso porque o interesse acontece e se manifesta apenas na esfera privada do indivíduo, sendo fase anterior ao aparecimento e formação do direito. Esse, por sua vez, decorrerá sempre de um processo de validação, que poderá ser espontâneo, em que a sociedade reconhece aquele interesse do indivíduo como legítimo e merecedor do respeito da coletividade; ou formal, que consiste em um processo judicial pelo qual será definido o direito para o caso concreto.

A insuficiência da teoria de Ihering de que o direito seria o interesse juridicamente protegido ficou demonstrada, dentre outras razões, por não explicar como seria possível uma situação em que interesses individuais, interesses coletivos e interesses difusos entrassem em conflito diante do texto normativo, assim como não permite saber qual deles deveria prevalecer a priori.

A precisão terminológica é essencial para a construção de uma teoria geral do direito coletivo, uma vez que ideias e conceitos fluidos não são bases capazes de sustentar uma teoria por muito tempo.

Daí, então, o destaque dado à tese de Maciel Júnior (2004) que trouxe inovações na tentativa de elaboração de uma teoria geral do direito coletivo.

Adotado o posicionamento doutrinário de que interesses não podem ser difusos ou coletivos, mas unicamente individuais, apresentamos os conceitos previstos na legislação brasileira (que utiliza os termos interesse e direito como sinônimos) de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como as principais características de cada espécie segundo as lições de alguns doutrinadores.

Por fim, exaltamos a ideia de que a norma jurídica é incapaz de abarcar todas as situações que podem se enquadrar na classificação de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, de tal sorte que se torna imprescindível a análise do caso concreto para melhor definição.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Lei n. 8078/90. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMARGO, Margarida Maria *Lacombe Hemenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 294p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIUZA, César Augusto de Castro. Crise e interpretação no direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, C.A.C., et. al. *Direito civil atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-59.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 462p.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria do direito coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? *Revista VirtuaJus*, disponível em < http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/1_2004/TEORIA%20DO%20DIREITO%20COLETIVO%20DIREITO%20OU%20INTERESSE%20DIFUSO%20COLETIVO%20INDIVIDUAL%20HOMOGENEO >. Acesso em agosto de 2005.

MATA MACHADO, Edgar da. *Teoria geral do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995. 408p.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2009. 782p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, nº 88, p. 109-146, dezembro de 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 463p.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. 331p.

(Endnotes)

1 Mestre em Direito Privado pela PUCMG; Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de SC; Professora Universitária; Advogada.

2 "O conceito de paradigma (...) vem da filosofia da ciência de Thomas Kuhn (KUHN, T.S.A *estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1994, sobretudo da p.218 à 232). Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro lado, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tenden-

cialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados."(CARVALHO NETTO, 1998, p. 476)

3 Sobre a mudança de paradigma do Estado de Direito para o do Estado Social, interessante citar: "Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material. (...) O direito privado, assim como o público, apresentam-se agora como meras convenções e a distinção entre eles é meramente didática e não mais ontológica."(CARVALHO NETTO, 1998, p. 480)

4 Sobre a denominação interesses coletivos, temos: "a expressão 'interesse coletivo' é indistintamente manipulada para significar os interesses atinentes a um grupo ou categoria determinada, quanto para representar a referência aos interesses gerais, ou mesmo difusos." Destaca-se que, durante todo esse trabalho, a terminologia direito ou interesse coletivo tem sido e será usada no primeiro sentido.

5 "Os direitos de 1ª e 2ª geração ganham novo significado. Os de 1ª são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação, sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto."(CARVALHO NETTO, 1998, p. 481)

6 É o caso do autor italiano Vincenzo Vigoriti, em sua obra *Interessi collettivi e processo*, datado de 1979.

7 Podemos citar, por exemplo, o art. 1º, inciso IV da lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85); o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90); art. 3º da lei que trata dos direitos dos portadores de deficiência (Lei n. 7853/89), dentre outras.

8 É o caso, por exemplo, de Ricardo de Barros Leonel (2002) que coloca o seguinte: "para o processo coletivo - pela ausência de distinção axiológica, pela falta de relevância prática, e pelo tratamento dado pelo legislador -, válido é o exame indistinto das posições ou situações concretas de vantagem protegidas juridicamente, como 'direitos' ou 'interesses' supra-individuais. As conseqüências no plano normativo substancial e processual, para a tutela jurisdicional, serão as mesmas."(LEONEL, 2002, p. 89)

9 Neste trabalho não trataremos das classificações de direitos materiais, processuais, públicos, privados, gerais, simples e nem dos chamados legítimos. Ressaltamos também que a terminologia direito coletivo aqui utilizada não se confunde com a terminologia direito coletivo *lato sensu* que abrange tanto os direitos coletivos *stricto sensu*, quanto os direitos difusos. Quando nos referimos aos direitos coletivos, estamos nos referindo aos direitos coletivos *stricto sensu*.

10 "A doutrina tradicional, centrada na tese de Ihering, já referida nesse trabalho, sempre privilegiou o aspecto subjetivo como critério de classificação dos interesses difusos. A explicação dos interesses difusos sempre se fez a partir da indeterminação dos sujeitos, restando a circunstância de fato como um dado secundário da definição.(MACIEL JÚNIOR, 2004, p.41)

11 Esse é o entendimento de grande parte da doutrina, podendo citar, por exemplo, José Carlos Barbosa Moreira citado por Leonel (2002) e Maciel Júnior (2004).

AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E A POLÍTICA ENERGÉTICA DE BAIXO CARBONO EM DIREÇÃO DO PARADIGMA VINCULATIVO PÓS-KIOTO¹

Elcio Nacur Rezende*

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco**

RESUMO: A preocupação com as mudanças climáticas criou no ordenamento jurídico internacional e interno dos países formas de inserir a variável ambiental no debate econômico e político. O problema está na implementação de suas metas ao estilo de vida dos afetados. O Protocolo de Kioto foi abandonado sob a justificativa de consistir-se num mero instrumento de aprendizado. Assim, sua superação surge da necessidade de um documento internacional vinculativo, com metas objetivas para cada classe de afetados como países, Estados federados e cidades por meio do princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada que reclama implementação imediata, considerando as energias renováveis e a economia verde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. mudanças climáticas – direito de energia – baixo carbono – economia verde

ÁREA DE INTERESSE: DIREITO AMBIENTAL

01 – INTRODUÇÃO

A necessidade de se encontrar fórmulas mais universalizantes de lidar com velhos problemas enseja no estilo de vida humana a preocupação com redução dos gases causadores do efeito estufa.

Com efeito, a substituição de uma plataforma energética fundada em combustível fóssil por fontes de energia limpa não estão submetidas apenas à elaboração de documentos jurídicos.

Por isso, as premissas a serem consideradas num documento vinculativo pós-Kioto, iniciadas em Bali no ano de 2007, passa pela implementação antecedente, na vida das pessoas, empresas, nas cidades, Estados e países de padrões de produção e consumo de baixo carbono e utilização racional dos recursos naturais.

Para isso, necessário resgatar os pontos principais das convenções internacionais sobre o meio ambiente, seus impactos internos no ordenamento dos países e a reação destes diante da iminente lacuna normativa quanto às metas globais de redução dos gases que provocam o efeito estufa.

02 – AS CONFERÊNCIAS INTERNACIONAIS E O PRIMADO DA SUSTENTABILIDADE DIANTE DA NECESSIDADE DE UMA NOVA POSTURA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO

Ao partir do pressuposto de que é necessário vislumbrar quais são as funções que o Direito desempenha no âmbito do biocentrismo, fixado está que a visão romântica de que seu fim

último é a satisfação das “necessidades sociales de acuerdo con las exigências de la justicia y los demás valores jurídicos [...]”, por si só, não se sustenta mais.

Esta ênfase ao conceito funcional da norma, em que, como expectativa de conduta que temporalmente se estabiliza num determinado espaço, contrafactualmente, não aprende com as frustrações, adquirindo assim qualidade jurídica. Para a norma jurídica tal constatação é reveladora, pois segundo Luhmann,

“[...] De modo distinto a como se define en la literatura teórica del derecho ampliamente difundida, el condepto de norma no se define achando mano de características esenciales de la norma, sino mediante una distinción, la distinción: posibilidades de comportamiento en caso de que la expectativa se frustre, o se renuncia a la expectativa a causa de la decepción, o se mantiene la expectativa, a pesar de la decepción.”

Dessa feita, mesmo que as expectativas sejam frustradas num primeiro plano, a norma jurídica ainda assim permanece, até que consiga encobrir os paradoxos que sustentaram sua criação.

Não é diferente quando o assunto é o meio ambiente. Após os abusos praticados no Estado Liberal e no Estado Social fundadas na idéia de inesgotabilidade dos recursos naturais. Estabelecido em 1972, sob os auspícios da Convenção de Estocolmo, o PNUMA tem entre seus principais objetivos manter o estado do meio ambiente global sob contínuo monitoramento; alertar povos e nações sobre problemas e ameaças ao meio ambien-

te e recomendar medidas para aumentar a qualidade de vida da população sem comprometer os recursos e serviços ambientais das futuras gerações, operando em coordenação com organismos regionais e subregionais e cooperantes bilaterais bem como com outras agências do Sistema ONU. Assim, cabe destacar os principais encontros que buscaram, de algum modo, vincular condutas ambientais em âmbito internacional.

Embora em décadas anteriores já existia uma preocupação com a utilização inadequada do meio ambiente, somente na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo entre os dias 05 e 16 de junho de 1972, o mundo se voltou de vez ao tema. A Declaração que resultou deste encontro visou servir e inspirar os povos do mundo na preservação e melhoria do meio ambiente. Seu texto apresenta o preâmbulo e 26 princípios.

Esta conferência foi um marco importante para as discussões sobre desenvolvimento e meio ambiente e início da busca de elementos de mitigação dos efeitos das mudanças climáticas. Uma lista de 26 princípios, contida na Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, estipulava ações para que as nações estabelecessem planos que resolvessem os conflitos entre as óticas e práticas de preservação ambiental e do desenvolvimento. A Conferência garantia, de toda maneira, a soberania das nações, ou seja, a liberdade de se desenvolverem explorando seus recursos naturais. Muitos dos princípios abaixo transformaram-se, ao longo das décadas seguintes, em elementos e metas de negociação:

1. *Os direitos humanos devem ser defendidos; apartheid o e o colonialismo devem ser condenados.*
2. *Os recursos naturais devem ser preservados.*
3. *A capacidade da Terra de produzir recursos renováveis deve ser mantida.*
4. *A fauna e a flora silvestres devem ser preservadas.*
5. *Os recursos não-renováveis devem ser compartilhados, não esgotados.*
6. *A poluição não deve exceder a capacidade do meio ambiente de neutralizá-la.*
7. *A poluição danosa aos oceanos deve ser evitada.*
8. *O desenvolvimento é necessário à melhoria do meio ambiente.*
9. *Os países em desenvolvimento requerem ajuda.*
10. *Os países em desenvolvimento necessitam de preços justos para suas exportações, para que realizem a gestão do meio ambiente.*
11. *As políticas ambientais não devem comprometer o desenvolvimento.*
12. *Os países em desenvolvimento necessitam de*

recursos para desenvolver medidas de proteção ambiental.

13. *É necessário estabelecer um planejamento integrado para o desenvolvimento.*
14. *Um planejamento racional deve resolver conflitos entre meio ambiente e desenvolvimento.*
15. *Assentamentos humanos devem ser planejados de forma a eliminar problemas ambientais.*
16. *Os governos devem planejar suas próprias políticas populacionais de maneira adequada.*
17. *As instituições nacionais devem planejar o desenvolvimento dos recursos naturais dos Estados.*
18. *A ciência e a tecnologia devem ser usadas para melhorar o meio ambiente.*
19. *A educação ambiental é essencial.*
20. *Deve-se promover pesquisas ambientais, principalmente em países em desenvolvimento.*
21. *Os Estados podem explorar seus recursos como quiserem, desde que não causem danos a outros.*
22. *Os Estados que sofrerem danos dessa forma devem ser indenizados.*
23. *Cada país deve estabelecer suas próprias normas.*
24. *Deve haver cooperação em questões internacionais.*
25. *Organizações internacionais devem ajudar a melhorar o meio ambiente.*
26. *Armas de destruição em massa devem ser eliminadas.*

Após Estocolmo, em que se verificou a divisão da conferência entre o grupo dos países desenvolvidos (conservacionistas) e os países em desenvolvimento (desenvolvimentistas), mas todos com posições ainda muito relacionadas com o direito de poluir, a ONU protagonizou a reunião de uma comissão mundial sobre o tema que culminou no denominado Relatório Brundtland ("Our Common Future"), publicado em 1987, reafirmando a necessidade do engajamento para com os princípios de Estocolmo, em especial o desenvolvimento sustentável². Assim como fizera na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, a Constituição de República de 1988 agregou vários dos de seus princípios.

Com a derrocada da bipolaridade geopolítica, em 1992 a ONU realiza a ECO-92, Rio-92, Cúpula ou Cimeira da Terra, nomes pelos quais é mais conhecida a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), realizada entre 3 e 14 de junho de 1992, no Rio de Janeiro. O seu objetivo

principal foi buscar meios de conciliar o desenvolvimento sócio-econômico com a conservação e proteção dos ecossistemas da Terra em um ambiente não mais dominado pela guerra fria.

A Conferência do Rio consagrou o conceito de desenvolvimento sustentável e contribuiu para a mais ampla conscientização de que os danos ao meio ambiente eram majoritariamente de responsabilidade dos países desenvolvidos. Reconheceu-se, ao mesmo tempo, a necessidade de os países em desenvolvimento receberem apoio financeiro e tecnológico para avançarem na direção do desenvolvimento sustentável. Naquele momento, a posição dos países em desenvolvimento tornou-se mais bem estruturada e o ambiente político internacional favoreceu a aceitação pelos países desenvolvidos de princípios como o das responsabilidades comuns, mas diferenciadas. A mudança de percepção com relação à complexidade do tema deu-se de forma muito clara nas negociações diplomáticas, apesar de seu impacto ter sido menor do ponto de vista da opinião pública.

Nesse encontro representante de quase todos os países do mundo reuniram-se para decidir que medidas tomar para conseguir diminuir a degradação ambiental e garantir a existência de outras gerações. A intenção, nesse encontro, era introduzir a ideia do desenvolvimento sustentável, um modelo de crescimento econômico menos consumista e mais adequado ao equilíbrio ecológico. A diferença entre 1992 e 1972 pode ser traduzida pela presença maciça de Chefes de Estado, fator indicativo da importância atribuída à questão ambiental no início da década de 1990.

A ECO-92 frutificou a elaboração de documentos oficiais como: A Carta da Terra, três convenções sobre a Biodiversidade, Desertificação e Mudanças climáticas, uma declaração de princípios sobre florestas e a Agenda 21, sendo importante destacar: A Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento, de caráter principiológico (soft law) e de sobremaneira adotado no art. 225, da Constituição da República; a Agenda 21, documento programático (soft law) que estipula um plano de ações com 40 capítulos para a existência de sociedades sustentáveis no século XXI, em todos os níveis (internacional, nacional, regional e local).

Considerado o principal documento produzido na RIO-92, o Agenda 21 é um programa de ação que viabiliza o novo padrão de desenvolvimento ambientalmente racional. Ela concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. Este documento está estruturado em quatro seções subdivididas num total de 40 capítulos temáticos. Eles tratam dos temas: Dimensões Econômicas e Sociais que enfoca as políticas internacionais que podem ajudar o desenvolvimento sustentável nos países em desenvolvimento, as estratégias de combate à pobreza e à miséria, as mudanças necessárias a serem introduzidas nos padrões de consumo, as inter-relações entre sustentabilidade

e dinâmica demográfica, as propostas para a promoção da saúde pública e a melhoria da qualidade dos assentamentos humanos³. Outro tema é a questão dos recursos para o desenvolvimento em que se apresenta os diferentes enfoques para a proteção da atmosfera e para a viabilização da transição energética, a importância do manejo integrado do solo, da proteção dos recursos do mar e da gestão eco-compatível dos recursos de água doce; a relevância do combate ao desmatamento, à desertificação e à proteção aos frágeis ecossistemas de montanhas; as interfaces entre diversidade biológica e medidas requeridas para a proteção e promoção de alguns dos segmentos sociais mais relevantes. Analisa as ações que objetivam a melhoria dos níveis de educação da mulher, bem como a participação da mesma, em condições de igualdade, em todas as atividades relativas ao desenvolvimento e à gestão ambiental. Adicionalmente, são discutidas as medidas de proteção e promoção à juventude e aos povos indígenas, às ONG's, aos trabalhadores e sindicatos, à comunidade científica e tecnológica, aos agricultores e ao comércio e a indústria.

Tema ainda no eixo da Agenda 21 é a revisão dos instrumentos necessários para a execução das ações propostas em que se discute os mecanismos financeiros e os instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais; a produção e oferta de tecnologias ecos-consistentes e de atividade científica, enquanto suportes essenciais à gestão da sustentabilidade; a educação e o treinamento como instrumentos da construção de uma consciência ambiental e da capacitação de quadros para o desenvolvimento sustentável; o fortalecimento das instituições e a melhoria das capacidades nacionais de coleta, processamento e análise dos dados relevantes para a gestão da sustentabilidade. Por fim, a aceitação do formato e conteúdo da Agenda 21 aprovada por todos os países presentes à CNUMAD, propiciando a criação da Comissão de Desenvolvimento Sustentável (CDS), vinculada ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC). A CDS tem por objetivo acompanhar e cooperar com os países na elaboração e implementação das agendas nacionais, e vários países já iniciaram a elaboração de suas agendas nacionais. Dentre os de maior expressão política e econômica, somente a China terminou o processo de elaboração e iniciou a etapa de implementação.

Para os países em desenvolvimento, o principal resultado da Sessão Especial foi a preservação intacta do patrimônio conceitual originado na RIO-92. O documento final incorporou, assim, uma «Declaração de Compromisso», na qual os chefes de delegação reiteraram solenemente o compromisso de seus países com os princípios e programas contidos na Declaração do Rio e na Agenda 21, assim como o propósito de dar seguimento a sua implementação.

Com efeito, em 2002, na África do Sul, ocorreu a Cúpula Mundial de Desenvolvimento Sustentável (Rio + 10), que resgata os

princípios da ECO-92, vindo a elaborar dois documentos: A Declaração Política que reafirmava os princípios da Declaração de Estocolmo e a Declaração do Rio. Ainda, o Plano de Implementação para efetivar as diretrizes trabalhadas nas Conferências anteriores (Erradicação da Pobreza e Diminuição do padrão de consumo).

A importância desses sucessivos encontros está na paulatina internalização de normas ambientais pelos países membros, como a França que em 2004 tornou as normas ambientais integrantes do Bloco de Constitucionalidade.

Assim, a Constituição atualmente aplicável na França não se limita ao texto aprovado em 04 de outubro de 1958 (108 artigos) e sua modificação em 23 de julho de 2008 criando o controle posterior de constitucionalidade. Com efeito, é integrada ainda pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de outubro de 1789 (17 artigos), pelo Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 (18 alíneas) e agora pelos 10 artigos da Carta do Meio Ambiente de 2004, adotada pelo Parlamento Francês em 28 de fevereiro de 2005. Em suma, a Constituição escrita da França possui um "bloco de constitucionalidade" de 153 artigos, tendo a Carta do Meio Ambiente o seguinte teor:

Le peuple français,

Considérant,

Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;

Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;

Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;

Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;

Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;

Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;

Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ;

Proclame :

Article premier.

Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

Article 2.

Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

Article 3.

Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

Article 4.

Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

Article 5.

Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Article 6.

Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

Article 7.

Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

Article 8.

L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte.

Article 9.

La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

Article 10.

La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France.

Por fim, marcada para junho de 2012, no Rio de Janeiro, a Rio+20 - Conferência das Nações Unidas em Desenvolvimento Sustentável -, tem sido preparada por encontros de especialistas, ONGs e representantes da sociedade, desde o ano de 2010. De forma geral, espera-se que as decisões a serem tomadas neste próximo encontro, seja mais que um balanço dos últimos 20 anos que separam da Rio 92, marco na história socioambiental mundial, que resultou numa série de documentos importantes, como a Agenda 21 e também nas Convenções sobre Clima e Diversidade Biológica.

03 – O CONTEXTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E SUA AGENDA VERTICAL E HORIZONTAL

Para se confirmar a importância da Rio 92 e seu momento histórico, um de seus documentos oficiais, a Convenção Quadro Sobre Mudanças Climáticas, de caráter vinculativo (*hard law*), passou a preocupar-se com as alterações do clima por atividades antrópicas (intervenções humanas), ao buscar mitigar a emissão de gases de efeito estufa.

A partir desse marco, todo ano a ONU promove uma reunião ampla com todos os membros para análise e proposição de soluções denominada Sessão da Conferências das Partes sobre Mudança Climática (COP). Com isso, durante a Terceira Sessão, a COP 3, no Japão, foi elaborado e adotado por consenso metas rígidas para a redução de emissão de gases que provocam o efeito estufa. Neste instrumento internacional, elaborado em 1997, os países desenvolvidos, como Estados Unidos, Alemanha e França, constantes no Anexo I, se comprometem a reduzir suas emissões totais de Dióxido de Carbono (CO₂), de Metano (CH₄), de Óxido Nitroso (N₂O), de Hidrofluorcarboneto (HFC), Perfluorcarbonetos (PFC) e Hexafluoreto de Enxofre (SF₆) em, no mínimo, 5% abaixo dos níveis de 1990, durante o período de 2008 a 2012.

Por seu turno, os países em desenvolvimento, como Brasil, China e Índia, integrantes do Anexo II não tinham metas a cumprir. Entre as diretrizes e obrigações o Protocolo de Kyoto traz em seu art. 12 o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), por proposta brasileira⁴, de modo que os países desenvolvidos venham a financiar projetos nos demais países não integrantes do Anexo I, que reduzam os efeitos dos gases de efeito estufa.

A inefetividade do Protocolo de Kyoto, entre outros motivos, pode-se citar dois: o fato dos Estados Unidos, na condição de emissor de 25% desses gases, embora tenha participado de sua formulação no governo de Bill Clinton, não adotou durante a gestão Bush. Isso fez com que os Estados da federação, como a

Califórnia, tomassem compromissos isolados⁵, mas sem maiores desdobramentos no plano interno e internacional. Ainda, os países do Anexo II, denominados como Bric's, não participam das metas de redução de forma vinculativa. Assim, o documento que busca substituir o Protocolo de Kyoto deve esboçar metas diferenciadas para as categorias de países, mas de caráter objetivamente aferível.

A primeira grande tentativa de substituir o Protocolo de Kioto se deu na COP-15, 15ª Sessão da Conferência das Partes, realizada pela UNFCCC – Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, de 7 a 18 de dezembro de 2009, em Copenhague (Dinamarca). Existia uma enorme expectativa por diversos governos, ONGs, empresas e pessoas interessadas em saber como o mundo vai resolver a ameaça do aquecimento global à sobrevivência da civilização humana, inclusive após o prazo final do Protocolo de Kyoto, 2012.

Não é exagero. De acordo com o 4º relatório do IPCC – Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, órgão que reúne os mais renomados cientistas especializados em clima do mundo, – publicado em 2007, a temperatura da Terra não pode aumentar mais do que 2º C, em relação à era pré-industrial, até o final deste século, ou as alterações climáticas sairão completamente do controle. Para frear o avanço da temperatura, é necessário reduzir a concentração de gases de efeito estufa na atmosfera, já que são eles os responsáveis por reter mais calor na superfície terrestre⁶. O ideal é que a quantidade de carbono não ultrapassasse os 350ppm, no entanto, sendo que já se contabiliza 387ppm e esse número cresce 2ppm por ano.

Diminuir a emissão de gases de efeito estufa implica modificações profundas no modelo de desenvolvimento econômico e social de cada país, com a redução do uso de combustíveis fósseis, a opção por matrizes energéticas mais limpas e renováveis, o fim do desmatamento e da devastação florestal e a mudança de nossos hábitos de consumo e estilos de vida. Por isso, até agora, os governos têm se mostrado bem menos dispostos a reduzir suas emissões de carbono do que deveriam.

A permanecer esse quadro, o cenário pode ser desesperador, uma vez que corre-se o risco de ver a floresta amazônica transformada em savana, os rios com menor vazão e sem peixes, uma redução global drástica da produção de alimentos, o derretimento irreversível de geleiras, o aumento da elevação do nível do mar, que faria desaparecer cidades costeiras e até países (náufragos), a migração em massa de populações em regiões destruídas pelos eventos climáticos e o aumento de doenças tropicais como dengue e malária.

Por sua vez, logo após a 15ª Conferência o Brasil editou a Lei 12.187/2009, vindo a ser regulamentada pelo Decreto

7.390/2010. A lei da Política Nacional de Mudanças Climáticas, na esteira dos diplomas conceituais, dispõe em seu art. 2º como:

I - adaptação: iniciativas e medidas para reduzir a vulnerabilidade dos sistemas naturais e humanos frente aos efeitos atuais e esperados da mudança do clima;

II - efeitos adversos da mudança do clima: mudanças no meio físico ou biota resultantes da mudança do clima que tenham efeitos deletérios significativos sobre a composição, resiliência ou produtividade de ecossistemas naturais e manejados, sobre o funcionamento de sistemas socioeconômicos ou sobre a saúde e o bem-estar humanos;

III - emissões: liberação de gases de efeito estufa ou seus precursores na atmosfera numa área específica e num período determinado;

IV - fonte: processo ou atividade que libere na atmosfera gás de efeito estufa, aerossol ou precursor de gás de efeito estufa;

V - gases de efeito estufa: constituintes gasosos, naturais ou antrópicos, que, na atmosfera, absorvem e reemitem radiação infravermelha;

VI - impacto: os efeitos da mudança do clima nos sistemas humanos e naturais;

VII - mitigação: mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros;

VIII - mudança do clima: mudança de clima que possa ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana que altere a composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis;

IX - sumidouro: processo, atividade ou mecanismo que remova da atmosfera gás de efeito estufa, aerossol ou precursor de gás de efeito estufa; e

X - vulnerabilidade: grau de suscetibilidade e incapacidade de um sistema, em função de sua sensibilidade, capacidade de adaptação, e do caráter, magnitude e taxa de mudança e variação do clima a que está exposto, de lidar com os efeitos adversos da mudança do clima, entre os quais a variabilidade climática e os eventos extremos.

Como mecanismo de fomento para os fóruns internacionais o art. 12, do mesmo diploma legal estabelece que

Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020.

Para fins de sua execução, dispõe o parágrafo único, do art. 12 que a projeção das emissões para 2020, assim como o detalhamento das ações para alcançar o objetivo expresso serão dispostos por decreto, tendo por base o segundo Inventário Brasileiro de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa não Controlados pelo Protocolo de Montreal, a ser concluído em 2010.

Desse modo, o Decreto nº 7.390, de 09 de dezembro de 2010 estipula que o Brasil deve chegar a 2020 emitindo no máximo 2,1 bilhões de toneladas de CO₂ (dióxido de carbono) por ano e terá que publicar anualmente as estimativas do total de emissões do País. Com a regulamentação da Política, o Brasil tornou-se o primeiro país em desenvolvimento a estabelecer um limite para os seus níveis de emissões. A meta voluntária assumida pelo governo brasileiro representa uma redução absoluta de 6% em relação as 2,2 bilhões de toneladas que o país emitia em 2005, ano em que foi feito o último levantamento de gases-estufa. Como instrumentos de ação e monitoramento, dispõe seu art. 3º que,

Para efeito da presente regulamentação, são considerados os seguintes planos de ação para a prevenção e controle do desmatamento nos biomas e planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas:

I - Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal - PPCDAm;

II - Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento e das Queimadas no Cerrado - PP-Cerrado;

III - Plano Decenal de Expansão de Energia - PDE;

IV - Plano para a Consolidação de uma Economia de Baixa Emissão de Carbono na Agricultura; e

V - Plano de Redução de Emissões da Siderurgia.

Na contramão desse compromisso voluntário, o Brasil está prestes a aprovar seu novo código, o Projeto de Lei nº 1876 contém a isenção aos pequenos produtores da obrigatoriedade de

recompor reserva legal em propriedades de até quatro módulos fiscais – um módulo pode variar de 40 hectares a 100 hectares dependendo da região. Ainda, passa a permitir o cultivo em Áreas de Proteção Permanente (APP's). O texto aprovado diz que os pequenos produtores que já desmataram suas APP's em margem de rio poderão recompor a área em 15 metros a partir do rio. Os demais devem recompor em 30 metros. Por fim, texto-base tem um artigo que trata da anistia para quem desmatou até julho de 2008. Ou seja, todas as multas aplicadas por desmatamento até 2008 serão suspensas caso o produtor faça adesão ao Programa de Regularização Ambiental (PRA). Se ele cumprir o programa, será anistiado⁷.

Diante do fracasso da Copenhague, até então repleto de expectativas, a 16ª Sessão da Conferência das Partes (COP 16), realizado em Cancún em 2010, teve-se um início cético. No entanto, em seu término pode contabilizar avanços, apesar de não se conseguir ainda um acordo vinculativo que substitua o Protocolo de Quioto. Nesse encontro, representantes de 194 países aprovaram - apesar da oposição isolada da Bolívia - acordos que incluem os pontos mais importantes do Acordo de Copenhague, a carta de intenções que foi produzida na reunião de 2009, e introduzem avanços importantes.

Com o Acordo de Cancún, crescem as expectativas de que a próxima reunião do clima, em Durban, na África do Sul em 2011, possa produzir um tratado juridicamente vinculativo, capaz de obrigar a comunidade internacional a cortar emissões de gases do efeito estufa e combater os efeitos das mudanças climáticas. O avanço em Cancún ficou por conta do fato de, pela primeira vez, a manutenção da elevação da temperatura global a 2°C, com previsões de revisão deste objetivo entre 2013 e 2015 para 1,5°C - como recomendam cientistas - entrou em um documento internacional.

O texto também estabelece a operação de um Fundo Verde que até 2020 deverá liberar US\$ 100 bilhões por ano, administrado pelas Nações Unidas, com a participação do Banco Mundial como tesoureiro. O conselho administrativo deverá ser composto por 40 representantes: 25 de países em desenvolvimento e apenas 15 dos países ricos. Os Acordos de Cancún não especificam, entretanto, a origem das verbas que deverão alimentar o fundo⁸.

No tocante às Florestas foi aprovado, embora ainda sejam necessários ajustes para garantir o início de funcionamento, o mecanismo de conservação das florestas apelidado de REDD (sigla para redução de emissões por desmatamento e degradação). O financiamento das ações de REDD - especificamente se os fundos poderão ser provenientes de mercados de carbono ou não - ficou adiado para discussões de Durban. O acordo, no entanto, encontrou críticas de organizações não-governamentais sobre as chama-

das salvaguardas dos projetos REDD, para garantir, entre outros, a defesa de direitos indígenas e da biodiversidade, que acabaram incluídas em um anexo ao documento. Apesar dos avanços, o acordo ficou aquém do que se esperava antes de Copenhague, quando existia a expectativa de um acordo legalmente vinculativo, com metas ambiciosas de redução de gases para países ricos e pacotes de financiamento para países em desenvolvimento.

Talvez a maior pedra do caminho em Cancún, a continuação do Protocolo de Quioto, que expira em 2012, foi habilidosamente removida por representantes brasileiros e britânicos, de forma a evitar que o Japão, seguido pela Rússia e pelo Canadá, abandonassem o instrumento⁹. No início do encontro, o Japão anunciou que não participaria mais do protocolo, ameaçando o futuro da conferência, uma vez que para países em desenvolvimento, Quioto, que prevê cortes de emissões dos países ricos, é considerado fundamental. Nesse espectro, na COP-17, em Durban, 2011, acordou-se a prorrogação do Protocolo de Quioto até 2015 por meio da adoção de um roteiro de negociações para um novo marco jurídico vinculativo para todos os países e não apenas os desenvolvidos.¹⁰

Desse contexto uma constatação é inevitável: as ações em direção à redução da emissão de gases de efeito estufa devem ser efetivadas tanto em relação ao poder público com sociedade (eficácia vertical) bem como nas relações entre particulares (eficácia horizontal), orientadas pelo princípio de responsabilidade com um, mas diferenciada que rege a cooperação entre e povos e a indisponibilidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso, necessário se faz demonstrar o grau de complexidade que envolve a matéria em questão.

04 – DIRETRIZES DE UMA POLÍTICA ENERGÉTICA DE BAIXO CARBONO E A NECESSIDADE DE UM DOCUMENTO INTERNACIONAL VINCULATIVO

A alteração da política energética de uma plataforma fundada em combustíveis fósseis para uma plataforma limpa é produto de investimentos e educação a longo prazo. Por isso o Direito da Energia, conforme defende Celso Fiorilo e Renata Marques, passa a buscar um microsistema jurídico de tutela jurídica da energia vinculada ao direito ambiental¹¹.

A reforma dos setores de energia e transportes tem passado hodiernamente por uma revolução sem precedentes. E o mais interessante é que, ao contrário do que se previu, com o advento da crise financeira mundial em 2008, não só os países bem como os organismos internacionais que, aparentemente não estão ligados à temática ambiental, passam a produzir documentos e executarem projetos em relação às energias sustentáveis e à economia verde.

Segundo a Rede Global de Políticas para Energia Renovável

no Século 21 (REN21), rede que objetiva promover a energia renovável globalmente e responsável pela série de levantamentos sobre a evolução das energias renováveis no mundo, dos quais o *Renewables 2011: Global Status Report*, é o mais recente, mostra que a energia eólica e solar fotovoltaica foram as fontes de energia renovável que mais cresceram em 2010 e continuam a crescer forte em 2011, apesar da crise econômico-financeira, Segundo Sérgio Abranches:

O investimento em energia renovável cresceu 32% em 2010, um período de desaceleração do investimento por causa da crise financeira global, atingindo US \$ 211 bilhões. Esse volume recorde foi 32% superior aos US \$ 160 bilhões investidos em 2009 e cinco vezes maior que o investimento de 2004. Sim, a hidreletricidade é parte da conta das renováveis, mas não é o setor mais dinâmico. Ela cresceu apenas 3% em 2010. Há visível afastamento das hidrelétricas, principalmente das grandes usinas de alto impacto ambiental e elevado custo em praticamente toda parte onde há capacidade hídrica. O Brasil é uma das exceções. Em contraste com a hidrelétrica, em 2010, a capacidade instalada em energia eólica cresceu 25% e em fotovoltaica (solar), 72%. A eólica já conquistou espaço significativo na matriz global. A capacidade elétrica eólica já é 20% da hidrelétrica e 15% da capacidade renovável instalada. A fotovoltaica, que está vivendo seu primeiro ciclo relevante de crescimento nos últimos dois, três anos, e é a tecnologia cujo uso mais cresce no mundo, ainda é apenas 3% do total da capacidade renovável instalada no mundo.¹²

Importante no relatório em questão é tendência que ele aponta: crescimento das energias renováveis como a eólica e fotovoltaica que são fontes não hídricas, mas limpas. Outrossim, serve de alerta para o Brasil que ficou deslumbrado com o etanol¹³ de primeira geração, por ter sido o primeiro país a produzir biocombustível em larga escala, e não tem investido nas demais fontes. Pior, tem utilizado de incentivos econômicos para setores como a indústria automobilística, fonte de emissão de gases de efeito estufa, sem exigir dessas empresas a contrapartida da variável ambiental como a construção de veículos híbridos e o desenvolvimento de biocombustíveis de segunda geração. Países como os Estados Unidos que estavam atrasados em relação as novas

tecnologias já esteja desenvolvendo veículos menores e híbridos, com a produção em escala de veículos elétricos. Neste sentido,

Está ficando cada vez mais claro que a economia de baixo carbono, puxada pela energia renovável, principalmente eólica, solar e biomassa, é um caminho novo de desenvolvimento, que permite alcançar simultaneamente a sustentabilidade e a melhoria do bem-estar.

Outro aspecto importante desse avanço das renováveis é o deslocamento da produção da Europa e do EUA para a Ásia, com o aumento dos parques industriais para esses setores na China, Índia e Coreia do Sul. Mas é preciso notar que está ocorrendo, também, neste processo, um deslocamento entre inovação e produção. Os principais centros de pesquisa e inovação continuam localizados no EUA e na União Europeia.

De qualquer forma, a diversificação geográfica dos mercados e da indústria de equipamentos para energia renovável tem aumentado a confiança nessas fontes, que se tornam menos vulneráveis às oscilações de políticas ou aos ciclos de mercado em qualquer região em particular.

O Brasil é quem está mais atrasado entre as potências emergentes nesse esforço pela conquista da economia da energia renovável. Só agora começou a investir em eólica, mas nosso parque ainda é muito pequeno, principalmente em confronto com nossa capacidade e com a eficiência que os parques eólicos conseguem nas melhores áreas do país. Não investe nada em solar fotovoltaica, onde tem também enormes vantagens competitivas. Dessa forma, desperdiça a oportunidade de liderar na implantação de usinas híbridas, eólico-fotovoltaicas, dobrando a eficiência do uso da terra e aproveitando da grande complementaridade entre essas duas fontes, abundantes e de boa qualidade em praticamente todo o território nacional.

Tampouco incentiva o desenvolvimento da indústria de equipamentos e filmes para PV, preferindo incentivar setores tradicionais de alto carbono. O que dizer do investimento em inovação. Nem mesmo na pesquisa e desenvolvimento de biocombustíveis de segunda geração tem investido o necessário para manter a liderança que conquistou no mercado de biocombustíveis de primeira geração, com o etanol de cana¹⁴.

O fracasso das conferências que até agora buscaram substituir o Protocolo de Kioto fez com que na Cúpula Financeira Internacional organizada pelo Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e o G20, em meados de setembro de 2011, o assunto entrasse em pauta sob o título de “finanças para a mudança climática”¹⁵. Entre outras orientações apregoa a eliminação de subsídios aos combustíveis fósseis, mediante a realocação do gasto público para setores que necessitam de inovação, investimentos e emprego novo¹⁶. Nesse sentido, orienta Giddens que

Cabe ao governo avançar em direção a uma eliminação completa dos subsídios ambientais. No mercado de energia existem grandes subsídios ocultos – e nem tão ocultos assim-, ainda mais quando enfatizamos que os produtores devem enfrentar o custo ambiental completo de suas decisões. O subsídio concedido aos combustíveis fósseis foi estimado entre 20 e 30 bilhões de dólares nos países de OCDE (Organização para a cooperação e Desenvolvimento Econômico), sem contar nenhuma externalidade¹⁷.

As metas como a redução da emissão de combustíveis fósseis em 60 bilhões de dólares por ano para mitigação das mudanças climáticas, a criação de uma espécie de tributo regulatório sobre o carbono em geral para gerar uma economia de 230 bilhões anuais são factíveis, uma vez que o conjunto das energias renováveis e suficiência energética aliados a outras tecnologias verdes que podem chegar a 500 bilhões de dólares anuais passará a contar com a participação da iniciativa privada, uma vez demonstrada que a nova economia é um caminho sem retorno.

A preparação dos países, Estados federados, cidades e organismos internacionais para um documento internacional que estabeleça metas vinculativas de redução de gás estufa pós-Kioto tem na China uma grande expectativa. Ao contrário do que se protagonizava outrora,

[...] não foram as consequências dos acidentes ambientais de grandes proporções que comoveu a liderança chinesa a se preocupar com o meio ambiente, mas sim, o receio de que o descontentamento frequente da população viesse e gerar um mobilização conflituosa do povo contra o Partido, de modo a ameaçar a estabilidade política. [...]. O direito ambiental chinês surge como um substitutivo funcional para aqueles cidadãos afetados por empreendimentos de impacto ambiental tenham um foro de mediação institucional que não as ruas para levar suas legítimas pretensões¹⁸.

Em setembro de 2011, o Conselho de Estado, órgão superior de decisão da China, ao divulgar suas metas para 2011/2015, consta a exigência compulsória para as províncias de redução entre 10% e 18% dos gases que causam o efeito estufa¹⁹.

No tocante à economia verde, importante ainda ressaltar que a Academia de Ciências da China passará a medir os ganhos de qualidade e não somente de quantidade do Produto Interno Bruto (PIB), monitorando o uso de recursos e sua substituição por plataformas limpas, a qualidade social e até mesmo a durabilidade das rodovias. Fica patente a pavimentação chinesa para assunção de compromissos vinculantes para o substituto do Protocolo de Kioto bem como os debates sobre a economia da biodiversidade na Rio+20 e seus desdobramentos posteriores.

05- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formalização de um documento vinculante, com metas explícitas sobre a redução de emissões de gases que provocam o efeito estufa e a substituição do Protocolo de Kioto passa pelo envolvimento não só dos países, mas dos Estados federados, cidades e da população. Constata-se que a opção por matrizes energéticas limpas é um caminho sem retorno. Tanto assim que nem mesmo o influxo da crise econômica mundial em 2008 e a atual crise americana e na zona do euro não foram suficientes para reduzir os investimentos nas fontes renováveis de energia.

Por sua vez, o Brasil, apesar de ter estabelecido metas voluntárias de redução da emissão dessa espécie de gases e ser o pioneiro na utilização em escala automotiva de biocombustível, está atrasado em relação à pesquisa tecnológica com fontes renováveis e pior, o processo legislativo gestou um Código Florestal que incentiva a utilização de áreas até então protegidas e anistia desmatadores. Não suficiente, reduz tributos regulatórios da indústria automobilística sem cobrar qualquer contrapartida com pesquisar de veículo híbridos, elétricos e biocombustíveis de segunda geração.

Mesmo diante de percalços, a tendência tem se mostrado na direção do aumento da capacidade de produção em escala de energia limpa no mundo. Isso faz da nova economia ou economia de baixo carbono uma necessidade não apenas de engajamento político, mas econômico ao envolver empreendedores privados que, ao invés de refutarem os dados do IPCC, buscam um novo mercado que influencia diretamente na qualidade de vida dos habitantes do planeta.

BIBLIOGRAFIA

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade Civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, 340p.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo e do biocombustível*. São Paulo: Saraiva. 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A constituição federal e a efetividade das normas ambientais*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 248p.

GIDDENS, Antony. *A política da mudança climática*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 10a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 1038 p.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORATO LEITE, José Rubens. *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004.

ROVER, Aires José. *Breve discussão sobre as condições político-éticas do progresso globalizado*. Disponível em: http://dgz.org.br/fev00/Art_03.htm. Acesso em 10 de abr. de 2011.

SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. SANTOS, M. A. A proteção da sociobiodiversidade em face do novo conceito de soberania e do princípio do consentimento. In: *XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi - Manaus, 2006.

_____. Democracia e meio ambiente: os riscos da instrumentalização institucional do modelo chinês de "ditadura deliberativa" e seus reflexos no direito ambiental. In: REZENDE, Elcio Nacur; STUMPF, Paulo Umberto (Coord.). *Temas de direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

SIRVINSKAS, Luiz Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

(ENDNOTES)

1 *Mestre e Doutor em Direito e Coordenador do Curso de Mestrado da ESDHC

**Mestre e Doutor em Direito e Professor de Direito Ambiental no Mestrado da ESDHC

Trabalho apresentado no VIII Seminário do Grupo de Estudos em Direito Internacional da Newton Paiva - GEDINP, no dia 05.05.12, com o tema: Conferência da ONU sobre Meio Ambiente RIO+20

2 VIEIRA, Suzana Camargo. A construção do conceito de desenvolvimento sustentável. In: FONSECA, Denise Pini Rosalem; SIQUEIRA, Josafá Carlos (Coord.). *Meio ambiente, cultura e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Sette Letras, 2002, p. 47.

3 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 7a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1532.

4 Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas, disponível em www.forumclima.org.br <acesso em 07.07.2011>.

5 "Antes de 2009, o governo federal dos Estados Unidos era um notável retardatário na política de mudança climática. O mesmo não se pode dizer de seus estados, cidade e comunidades locais." (GIDDENS, Antony. *A política da mudança climática*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 161)

6 Intergovernmental Panel on Climate Change - IPCC, disponível em www.ipcc.ch, acesso em 09.09.2011. Apesar de alguns problemas surgidos com a declaração de alguns cientistas sobre a publicação dos dados, para Giddens é ainda considerado o órgão mais qualificado de monitoramento das mudanças climáticas e suas implicações, sendo "[...] o Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática das Nações Unidas (IPCC, na sigla inglês), criado em 1988. Ele tem exercido enorme impacto na reflexão mundial sobre o aquecimento do planeta. Seus objetivos declarados são reunir o máximo possível de dados científicos sobre as condições climáticas, submetê-las a uma crítica rigorosa e tirar conclusões gerais sobre o estado da opinião científica. Em diversos relatórios abalizados, esse órgão vem mapeando em detalhe a mudança do clima no mundo, mostrando que as consequências potenciais vão de preocupantes a desastrosas." (GIDDENS, Antony. *A política da mudança climática*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 41).

7 www.senado.gov.br, acesso em 28.09.2011

8 Ministério do Meio Ambiente - Atos Internacionais. Disponível em www.mma.gov.br, acesso em 22.09.2011.

9 Ministério das Relações Exteriores - Imprensa, disponível em www.mre.gov.br, acesso em 10 de setembro de 2011.

10 Disponível em <http://www.cop17-cmp7durban.com>, acesso em 03 de maio de 2012.

11 FIORILO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo e do biocombustível. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

12 Disponível em www.ecopolitica.com.br, acesso em 30.09.2011.

13 GIDDENS, Antony. A política da mudança climática. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 160.

14 Disponível em www.ecopolitica.com.br, acesso em 30.09.2011.

15 Disponível em www.imf.org, acesso em 26.09.2011.

16 O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) tem publicado um relatório abrangente sobre as formas de criação de empregos inofensivos ao meio ambiente na área da agricultura, indústria, pesquisa e serviços que contribuam substancialmente para preservar e recuperar a qualidade ambiental. Disponível em www.unep.org, acesso em 26.09.2011.

17 GIDDENS, Antony. A política da mudança climática. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 177.

18 SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias. Democracia e meio ambiente: os riscos da instrumentalização institucional do modelo chinês de "ditadura deliberativa" e seus reflexos no direito ambiental. In: REZENDE, Elcio Nacur; STUMPF, Paulo Umberto (Coord.). Temas de direito ambiental e desenvolvimento sustentável. Belo Horizonte: O lutador, 2010, p. 19-20.

19 Disponível em www.chinadaily.com, acesso em 29.09.2011.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONSTRUTORAS DECORRENTE DO ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEIS

Fernando Gonçalves Coelho Júnior¹

Ronaldo Passos Braga²

Valéria Edith Carvalho de Oliveira³

RESUMO: Nos últimos anos verificou-se no Brasil um significativo aquecimento do mercado imobiliário. A demanda, motivada por um aumento do crédito e melhoria da economia nacional, forçou igual aumento na oferta, sendo esta motivada pela possibilidade de lucro identificado com o aumento das vendas e forte valorização dos imóveis. Entretanto, este cenário fez surgir além da satisfação da aquisição de imóvel, para o consumidor, problemas como o atraso na entrega dos bens, forçado por escassez de mão de obra e materiais, devido ao enorme número de construções no país concomitantemente. Os compradores, prejudicados pela mora vieram reclamar solução ao judiciário, fazendo recair sobre os vendedores/construtores o peso da responsabilidade civil pelo inadimplemento contratual.

PALAVRAS-CHAVE: inadimplemento contratual, mora, imóvel, direito imobiliário.

ÁREA: Direito Civil. Direito Imobiliário

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o mercado imobiliário apresentou surpreendente crescimento. Políticas econômicas favoráveis e facilitadoras de crédito, aumento dos níveis de emprego e aumento da renda de parte da população favoreceram sobremaneira um significativo aumento na demanda por imóveis.

Consumidores ávidos demonstraram especial interesse pela aquisição de imóvel na planta, tendo em vista o preço mais atrativo quanto mais precoce fosse a aquisição.

As construtoras, para atender a este público e não perder o excelente momento do mercado, no qual se encontravam duas variáveis aparentemente incompatíveis: preços altíssimos e demanda idem, investiram na construção de diversos empreendimentos, muitos ao mesmo tempo, e por vezes extrapolando a capacidade de obtenção de mão de obra, material de construção e até mesmo recursos financeiros.

A consequência de um mercado tão aquecido, e com este perfil, foi o recorrente atraso na entrega dos imóveis aos compradores-consumidores.

A partir deste fato instalaram-se recorrentemente discussões relativas às cláusulas contratuais referentes à entrega, inclusive atrasos que giraram em torno de argumentações como falta de materiais de construção no mercado, dificuldade de contratação de mão de obra, inadimplência e atraso na emissão de documentação pelos cartórios, de um lado, e por outro, aumento dos

encargos financeiros de financiamento, prejuízos financeiros com elástico de gastos com aluguéis, danos morais, legalidade do prazo de carência após a data prevista para a construtora entregar o imóvel, dentre outras.

Tudo isto faz importante a discussão sobre o tema proposto: quais as consequências jurídicas decorrente do atraso na entrega dos imóveis pelas construtoras?

A emoção envolvida na compra da casa própria, o que representa não raras vezes a realização de um sonho para a maioria dos brasileiros, aliada à redação prolixa e de difícil interpretação das cláusulas contratuais e à falta de hábito de contratar contando com o auxílio de um advogado especialista, levam a assinatura de um contrato desfavorável ao consumidor e, por vezes, contando com cláusulas nitidamente leoninas e abusivas, especialmente no tocante ao atraso na entrega do imóvel.

Os problemas decorrentes do contrato assim assinado só se tornam visíveis para o consumidor quando ele se depara com o inconveniente da não consolidação de suas expectativas, seja o imóvel para moradia, para obtenção de renda, através da locação, ou mesmo para investimento financeiro.

Seja qual for o propósito o fato é que o descumprimento contratual pela construtora, mais especificamente representado pelo o atraso da entrega do bem, gera transtornos que podem variar desde a seara financeira, ao sujeitar o comprador a suportar encargos locatícios por tempo além do planejado, até a seara moral, pois pode também sujeitá-lo a situações constrangedoras,

como a de ter de pedir ajuda e favores a amigos e parentes para atender sua necessidade de moradia, ou até mesmo, passar pelo constrangimento de casar-se e não ter entregue o imóvel para residir após o casamento.

2. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO, EMPREITADA, ADMINISTRAÇÃO E O INCORPORADOR: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Em 1916 o setor da construção civil no Brasil ainda era incipiente por isso o legislador incluiu na codificação civil da época apenas o contrato de empreitada. Hoje o panorama é bem diverso de outrora, inovações tecnológicas, alterações nas políticas econômicas e sociais bem como aumento expressivo da população pressionaram mudanças neste cenário, o que levou a necessidade de regulamentação da profissão dos atuantes neste mercado, bem como de suas responsabilidades. Apesar destas considerações a codificação civil de 2002 continuou com a abordagem exclusiva do contrato de empreitada em seu corpo.

Considerando as relações jurídicas contratuais estabelecidas no ramo da construção civil surgiu na doutrina o termo "contrato de construção" como gênero do qual são espécies a empreitada e a administração.

Hely Lopes Meirelles define contrato de construção como:

Todo ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica legalmente habilitada a construir, que se incumbe dos trabalhos especificados no projeto, mediante as condições avençadas com o proprietário ou comitente. (MEIRELLES, Revista dos Tribunais, p.218)

Com a celebração deste contrato o construtor assume uma obrigação de resultado que só termina com a entrega da obra acabada e nas condições acordadas com o comprador.

Especificamente no contrato de empreitada as obrigações se impõem para ambos os contratantes.

No tocante a este tipo de contrato Stolze e Gagliano, explicam que:

O construtor obriga-se apenas a realizar a obra, correndo por conta do proprietário os riscos inerentes ao empreendimento, ficando os custos sob sua exclusiva responsabilidade. Note-se que neste caso, a despeito de não haver subordinação hierárquica entre o contratante e o construtor, este último tem menor liberdade de atuação, na medida

em que depende dos recursos financeiros da outra parte para ir realizando a obra. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p.369).

A obrigação assumida pelo empreiteiro é de resultado, devendo ele garantir ao dono da obra a entrega do objeto contratado exatamente nos limites e condições avençadas.

Perante o proprietário, o empreiteiro é obrigado a cumprir o contrato em todas as suas cláusulas e a executar fielmente o projeto da obra contratada, empregando a técnica e os materiais adequados à construção, e realizando os trabalhos com a perícia que se exige de todo profissional. Faltando qualquer destas obrigações, dará ensejo à rescisão do contrato (art. 624), com a consequente indenização dos prejuízos à parte prejudicada (arts. 389 e 475). (GONÇALVES, 2005, p.421)

Visualiza-se então que no contrato de empreitada o construtor/empreiteiro assume os encargos técnicos da obra e os riscos econômicos da construção, por preço previamente acordado.

A disciplina legal do contrato de empreitada é feita pelos arts. 610 a 626 do Código Civil.

Na construção por administração o construtor se encarregar de executar um projeto, mas os encargos econômicos da obra correm por conta do proprietário, sendo o administrador remunerado em um valor fixo ou por um percentual sobre o custo da obra. Sua responsabilidade é exclusivamente pela execução técnica do projeto.

Apesar do contrato por administração não encontrar previsão expressa no Código Civil, aplicam-se a ele subsidiariamente, as regras sobre empreitada.

No tocante ao contrato de incorporação imobiliária Gagliano e Pamplona Filho *apud* Melhim Chalhub informam que:

Considera-se incorporação imobiliária o negócio jurídico pelo qual o incorporador de obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em edificação coletiva e, bem assim, a transmitir a propriedade destas unidades aos respectivos adquirentes, firmando os respectivos contratos durante a construção; em contrapartida, obrigam-se os adquirentes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p.369).

A regulamentação legal deste tipo de contrato é feita pela Lei

4.591/64.

Seja qual for o fornecedor do imóvel adquirido pelo comprador, bem como seja qual for o tipo de contrato existente na base da negociação para construção deste imóvel é fato que a relação estabelecida com o adquirente a partir da compra gera para o fornecedor responsabilidade civil decorrente do inadimplemento das cláusulas avençadas.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR/VENDEDOR PELO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL

Em uma relação jurídica nascida a partir da compra de um bem imóvel poderíamos imaginar o envolvimento tanto de profissionais liberais, como de pessoas jurídicas de direito privado, dentro deste espectro poderíamos incluir engenheiros, arquitetos, construtores, empreiteiros, dentre outros. Especificamente nos interessa o debate com foco no construtor de imóvel que atua no mercado ofertando diretamente aos consumidores as unidades habitacionais e sua responsabilidade decorrente pelo atraso na entrega do bem imóvel.

Quando se fala da responsabilidade do construtor é imperioso esclarecer que aquela tanto pode ser contratual quanto extracontratual.

A responsabilidade extracontratual é afeta a questões de ordem pública estando relacionada com a responsabilidade pela perfeição, solidez e segurança da obra, bem como pelos eventuais danos causados a vizinhos e terceiros. Entretanto, para o debate proposto mais interessa a responsabilidade contratual.

A responsabilidade contratual advém da inexecução culposa das obrigações estabelecidas no contrato.

Violando o contrato ao não executar a obra ou ao executá-la defeituosamente, inobservando as normas nele estabelecidas, o construtor responderá civilmente, como contratante inadimplente, pelas perdas e danos, com base nos arts. 389 e 402 do Código Civil. (GONÇALVES, 2005, P.422)

No mesmo sentido Paulo Nader pondera que "a responsabilidade civil contratual deriva da inexecução das obrigações, que abrange tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora". (NADER, 2009, p.372).

Havendo estipulação prévia no contrato da data de entrega do bem, é imediatamente gerada no adquirente uma expectativa que determina todo um planejamento de vida que pode incluir a entrega de um imóvel ocupado por locação, a marcação de data

de casamento, a preparação de uma mudança, e até mesmo há que se planejar financeiramente não só para todos estes eventos mas também para eventual financiamento de parte do imóvel junto a instituição financeira.

Este último ponto pode ser fator ensejador de grande transtorno, pois muitas vezes esta mora leva a acréscimos no custo do financiamento que por vezes são deixados a cargo do adquirente.

Assim a mora do construtor, pode causar danos ao adquirente que à luz do direito devem ser reparados.

O Código Civil abordou em diferentes títulos cada uma das modalidades de responsabilização civil. A responsabilidade civil contratual recebeu tratamento no título IV denominado "do inadimplemento das obrigações" e a extracontratual teve abordagem no título IX, "da responsabilidade civil", ambos componentes do Livro I, da parte especial do Código Civil.

Quanto ao incorporador de imóveis sua responsabilização civil pelo atraso encontra amparo no art. 43, II, da Lei 4.591/64, abaixo transcrito:

*Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:
(...)*

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa.

Os fatores capazes de exonerar o construtor inadimplente da responsabilidade contratual são aqueles previstos no art. 393 do Código Civil, quais sejam: caso fortuito ou força maior.

Importante ressaltar que se tratando de profissionais liberais a responsabilidade civil será subjetiva por força do disposto no art. 14 §4º do CDC⁴. Entretanto, sendo a construtora empresa que tenha por finalidade a exploração do ramo da construção civil incabível a identificação como profissional liberal, transmudando-se a responsabilidade a ela aplicada para objetiva.

A responsabilidade objetiva é fundada na teoria do risco, para a qual "aquele que tira proveito das vantagens de uma atividade, geradora de risco para o trabalhador, deve suportar os ônus dela decorrentes isentando-se a vítima de provar a culpa do titular da empresa" (NADER, 2009, p.30).

Apesar da diferença pontual no tocante a presunção da culpa em favor do ofendido, tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva tem como denominador comum a ocorrência de um dano gerado à vítima pela conduta do agente ofensor e o nexo de causalidade entre esta conduta e o dano verificado, sendo imprescindível em um processo de indenização ou reparação por perdas e danos demonstrar-se o dano causado pela mora do construtor.

Este dano pode ser tanto material, como a indenização pelos gastos com aluguel por prazo posterior a data prevista de entrega, como morais, decorrentes de situações constrangedoras como casar-se e ter de residir com o cônjuge em casa de parentes.

4. A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL ENTRE A CONSTRUTORA VENDEDORA DE UNIDADES HABITACIONAIS E O COMPRADOR

O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor⁵ apresenta a seguinte definição para fornecedor:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Observa-se facilmente que a construção encontra-se dentre as atividades enumeradas expressamente, ressaltando a condição do construtor como fornecedor na relação jurídica estabelecida a partir da venda de imóvel por ele construído.

Assim, desde a entrada em vigor do CDC estes contratos, celebrados pelo construtor que exerce a atividade de venda dos imóveis que constrói, com habitualidade e profissionalidade, passaram a ser regidos por este diploma legal.

Impende destacar que as normas relativas ao contrato de empreitada previstas pelo Código Civil de 2002 ficaram com aplicação reservada aos contratos celebrados entre particulares que não configurem relação de consumo.

A responsabilidade civil nas relações de consumo encontra-

-se regulamentada nos arts. 12 a 17 do CDC, que tratam da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e nos arts. 18 a 25 que tratam da responsabilidade por vícios do produto e do serviço.

Sendo a responsabilidade do construtor caracterizada como responsabilidade objetiva, este responde independentemente de culpa. É assegurada ainda ao consumidor, por força do inciso VIII, do art. 6º da mesma Lei a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio de facilitação da defesa do consumidor.

5. CONCLUSÃO

Seja o prejuízo suportado pelo consumidor de ordem moral ou financeira deve, nos termos legais, ser reparado pelo agente responsável, no caso a construtora, uma vez que recai sobre esta a responsabilidade civil pelo inadimplemento contratual.

A responsabilidade civil nada mais é que a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra, lembrando que é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

A relação jurídica estabelecida entre a construtora que vende as unidades habitacionais e aquele que compra é uma relação regida pelas disposições constante do Código de defesa do consumidor, por caracterizar uma relação de consumo. Assim sendo a Lei 8078 assegura prerrogativas especiais ao consumidor na defesa dos seus interesses, como a inversão do ônus da prova.

Quando a construtora resiste em compor um acordo extrajudicial para recompor os danos patrimoniais causados ao contratante lesado pelo atraso, a busca da solução parte para o judiciário, através da propositura de uma ação na busca pela reparação do dano.

Importante demonstrar o dano, a lesão ao direito consumados pela mora do construtor, que podem violar o direito a moradia e ainda gerar a possibilidade de uma indenização moral por situação advindas do atraso.

Inegável que nesta esteira da contenda judicial os dissabores, a tensão e o desgaste emocional são inevitáveis. Importante então é estar atento no momento da contratação: verificar a idoneidade daquele com quem será feito o contrato, ler e analisar cautelosamente as cláusulas e, se necessário, buscar ajuda de profissionais para entendê-lo em todos os seus meandros. Atitudes como estas certamente minimizarão as probabilidades de dissabores.

6. REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7. ed. rev.; e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. 561 p.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: volume 7 : responsabilidade civil. 23. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. xiii, 702 p.

DONNINI, Rogério Ferraz. A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 245p.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. Cláusulas abusivas no contrato. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: volume 3 : responsabilidade civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 447 p.

GALDINO, Valéria Silva. Cláusulas abusivas. São Paulo: Saraiva, 2001. 327p.. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos. 18. ed. atual. e notas / de Humberto Theodoro Ju. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 523p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 9. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. 966p.

LEITE, Roberto Basiloni. Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor. São Paulo: LTr, 2002. 173p.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: RT, 199.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NAHAS, Thereza Christina. Cláusulas abusivas nos contratos de consumo. São Paulo: LTr, 2002. 129p.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: volume 7 : responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. xxvi, 548 p.

NERY JUNIOR, Nelson. Cláusulas abusivas nos contratos. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 6. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

(ENDNOTES)

1 Mestre em Direito Internacional. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado

2 Mestre em Direito Penal. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

3 Mestre em Direito Privado. Professora no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

4 Art. 14 CDC. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

5 Lei 8078/90

ÉTICA E JUSTIÇA NA TRADIÇÃO JUDAICO-CRISTÃ: A ABERTURA RACIONAL DE UM ETHOS ORIGINÁRIO.

Aluízio Rodrigues Lana*

RESUMO: Partindo de uma análise das principais características da tradição ética judaico-cristã, o presente trabalho procura demonstrar a postura de abertura hermenêutica das categorias concebidas por este pensamento. Busca-se mostrar a fecundidade de uma ética lastreada pelos fundamentos desta tradição, notadamente na adequação histórico-temporal e humana que é proporcionada e, sobretudo, no que concerne à concepção da Justiça. Perceber-se-á que esta, dentro do contexto desenvolvido, participa do horizonte ético como o parâmetro de 'normatividade' moral dirigido pela idéia de alteridade, que é o pressuposto essencial à compreensão da realidade da vida humana, assim como da fundação de um *ethos* originário, direcionado pelo humanismo e pela consideração integral da vida humana. Em comunhão com o amor-caridade – *agápē* (*αγάπη*), a aceitação da presença do 'outro rosto' e a 'externalidade' ontológica, a justiça se manifesta como o centro de convergência da conduta humana, através deste sincretismo principiológico, que também se manifesta como metodologia de uma filosofia prática. Objetiva-se, ao final, demonstrar a possibilidade de instauração de um *ethos* fundado em tais pressupostos, como horizonte de uma ética caracterizada por ser inclusiva, humanista e realista, posto que atenta e adequada ao terreno em que a vida se manifesta: o 'chão vital'.

PALAVRAS-CHAVE: Ética; Justiça; Alteridade; Cristianismo; Judaísmo.

ÁREAS: Filosofia do Direito; Ética; Teoria da Justiça.

"Quando filosofia e vida se confundem não se sabe mais se alguém se debruça sobre a filosofia, porque ela é vida, ou se preza a vida, porque ela é filosofia" (LÉVINAS, 2005, p. 23)

1 - INTRODUÇÃO

A partir observação contemporânea dos discursos teóricos tanto na Filosofia, quanto na Teoria do Direito, percebe-se acirrada disputa pela prevalência argumentativa de suas próprias estruturas, o que se configura em uma divergência possivelmente irresolúvel.

Percebe-se em tais estruturas a ausência de um arcabouço argumentativo adequado à nossa realidade histórica, notadamente devido ao afastamento entre a construção teórico-conceitual e as possibilidades decorrentes do mundo vivido.

Neste prospecto, parece que as teorias filosóficas, em sua concepção da ética e da justiça, falham, no momento em que se estatuem como grandes construções racionais, porém se apresentam distantes daquilo que ocorre na realidade histórico-social e daquilo que anseiam os participantes do 'mundo da vida'.

Estes elementos dão razão à refutabilidade destas construções teóricas, assim como à instabilidade de seus argumentos, implicando a instabilidade de seus conceitos que, inadequados

à realidade social, são constantemente substituídos, resultando em uma cadeia de teorias ordenadas historicamente.

Na busca de uma teoria da justiça que faça frente a estas dificuldades, se apresenta a Tradição Filosófica Judaico-Cristã como possível resposta aos anseios e necessidades decorrentes da busca de um fundamento último para justiça, assim como, particularmente no direito, para a procura do parâmetro de legitimação de uma ordem jurídica justa.

É neste contexto que uma teoria da justiça desenvolvida a partir da tradição judaico-cristã apresenta a proposta de restauração de um *ethos* originário, abalizado na alteridade e na caridade como princípios hermenêuticos da ideia de justiça, alicerces de uma racionalidade aberta, com foco em um horizonte preocupado com as possibilidades decorrentes da 'trama da realidade humana'.

Para a realização da proposta, este escrito se dividiu em cinco estágios. Em um primeiro momento, buscar-se á a configuração do problema 'genético' das teorias filosóficas ocidentais como decorrente da própria forma de pensar logocêntrica, herdada do mundo e da filosofia grega.

Posteriormente, serão tecidas considerações que esclarecem o modo de ser da cultura judaico-cristã, especialmente fazendo-se uma comparação com a perspectiva logocêntrica, apegada e limitada ao conceito.

A seguir, refletiremos sobre a justiça como decorrente da ideia de alteridade, caracterizando-se como situação anterior a qualquer estruturação conceitual, sendo, portanto, originária. Isto se perfaz através da percepção do 'rosto', e da assunção da existência do 'outro', conforme será visto.

Na sequência, dissertaremos sobre a concepção cristã de 'amor', como caridade, percepção do próximo, primordial para se pensar a alteridade e a própria ideia de justiça.

Ao final tentamos responder a algumas questões atinentes à proposta de retomada de um *ethos* de abertura: é este *ethos* possível? Atende aos anseios de nossa realidade histórica? Pode se harmonizar com o pensamento conceitual decorrente da nossa herança grega?

Obteremos respostas definitivas? Parece que não, mesmo porque, orientados por tal tradição, não nos arriscaríamos a contraditá-la, a aprisioná-la nas questões suscitadas nesta breve empresa. Logo, este trabalho não se assoberba à pretensão de se firmar como certo ou de esgotar o debate sobre esses temas.

Outros sim, propõe-se uma reflexão sobre o modo de pensar da nossa Ética Filosófica e da nossa Filosofia do Direito, tão arraigadas em conceitos pretensiosamente definitivos. Com tudo isso, não se espera executar um trabalho incontestável ou imune a críticas ou limitações, mas o estabelecimento de uma proposta principiológica fundamental originariamente dotada de abertura, caracterizada e fundamentada por sua provisoriedade temporal.

Desta forma, busca-se incitar o interesse investigativo do leitor, através do esforço contínuo em fornecer um bom estudo, cujos aperfeiçoamentos e aprofundamentos decerto surgirão, posto que inerentes a qualquer feito humano submetido à provisoriedade dos estudos científicos.

2 - A TRADIÇÃO GREGA E A VIOLÊNCIA DA CULTURA CONCEITUAL LOGOCÊNTRICA.

O pensamento ocidental – tanto o filosófico e científico, quanto ao que se refere à rotina e ao modo de ser dos indivíduos – apresenta um grave obstáculo para a interpretação e compreensão da estrutura e das categorias concebidas pela tradição judaico-cristã, barreira que resulta da própria herança recebida da tradição e do pensamento grego, desenvolvidos no berço desta civilização (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 121).

De fato, o ocidente foi educado de modo a conceber o mundo de acordo estrito com o '*lógos*', costume sucedido da cultura grega, preservado pela filosofia cristã da idade média² e exasperado com o advento da revolução científica e da idade das luzes³ (LÉVINAS, 2005, p.11-12).

Neste contexto, é que a tradição grega tende a "[...] compreender a realidade aprisionando-a em um conceito, numa universalidade, sintetizando e sincronizando [...]" (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 123), ou seja, é em virtude de tal influência que tendemos a conceber o mundo sempre com base em conceitos bem definidos e explicitações detalhadas e sistemáticas, construídas através de um discurso racionalmente coerente (SIMON, 1998).

Esta tendência não só é muito marcante no campo da Filosofia, mas especialmente decorre da própria tradição filosófica ocidental, cujas raízes remontam a Aristóteles e Platão⁴ (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 123). Em verdade, até hoje em dia, a filosofia grega ainda mantém seus traços no pensamento da maior parte dos autores, notadamente na posição central dada à razão, ao seu uso estritamente dialético (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 98), e à formulação e adoção de conceitos.

Importante destacar que essa forma de racionalidade foi extremamente bem sucedida no ocidente, importando em contribuições que favoreceram toda a humanidade, notadamente nas áreas da medicina, da engenharia, ou mesmo da física, da química e da astronomia. Portanto, a cultura do *lógos* e do conceito, ao estimular o fortalecimento da técnica proporcionou o avanço dos métodos das ciências, implicando na formação de um saber tecnocientífico de notável eficiência (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 129). Instaura-se, desta forma, "[...] a ditadura da ciência, da tecnologia e do pensamento racionalista." (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 121).

Entretanto, apesar de seu avassalador sucesso, o pensamento logocêntrico resulta em diversas dificuldades, principalmente por assumir uma forma de racionalidade 'fechada', que tende a aprisionar toda a realidade em conceitos estáticos (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 123).

É neste sentido que podemos considerar o logocentrismo como 'a lógica da violência', levando em conta que "Violência significa aprisionar todos os entes, diferentes entre si, numa generalização que os condiciona e os condena a 'não poder deixar de ser', a 'não poder ser outro' e a não poder ser diferente" (COSTA, 2000, p. 119). Isto significa que "[...] a conceituação constrói sistemas, que, para sobreviverem, não podem admitir a diferença." (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 124), de forma que, quando o 'eu' logocêntrico pensa, tanto as pessoas, quanto os objetos da realidade, o faz através de uma imposição individual inflexível. Tal violência implica na redução da realidade ao pensamento estabelecido com base nos conceitos previamente formulados, o que se manifesta, muitas vezes, como mero exercício de poder e impedindo que 'o outro seja o outro' (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 125). Não há portanto, a possibilidade da 'diferença', da individualidade e, por conseguinte, da liberdade.

O fechamento conceitual, destarte, implica no reducionismo

das categorias que são avaliadas, diminuindo também o horizonte de realidade de tudo aquilo que é pensado, posto que esta, vista como 'externalidade', se manifesta historicamente, ao contrário do 'conceito', que é estático no tempo e no espaço. Desta forma, o pensar logocêntrico trata-se "[...] de um pensamento solitário, de uma subjetividade fechada, que não consegue se relacionar com a exterioridade." (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 126), ou, em outras palavras, "[...] o ser se aprisiona no campo do conhecimento (consciência intencional) e perde, conseqüentemente, sua alteridade." (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 126).

Como resultado, esse fechamento do horizonte da realidade traz enormes prejuízos às teorias éticas, que ficam limitadas ao pensamento teórico temporal e tornam-se inevitavelmente efêmeras e historicamente limitadas somente ao contexto em que foram pensadas. Para uma maior clareza, podemos dizer que o 'conceito' proporciona um 'fechamento' da racionalidade em torno de certos argumentos, que, por sua vez, limitam o exercício da racionalidade humana, reduzindo a possibilidade de adequação e flexibilização histórica do seu pensamento e, por conseguinte, da sua capacidade de conceber a ética e a justiça como inseridas em um contexto temporal⁵, que, entretanto, não é fixo e rígido, mas dinâmico e mutável.

Assim, longe de descrever uma realidade, o uso da razão conceitual torna-se imprestável para descrever e dirigir o ser humano em sua 'morada'⁶, em seu 'habitat' moral, servindo, muitas vezes, apenas de instrumento de manipulação ideológica, em função das idolatrias, dos 'patos' humanos - ter, poder e prazer. Neste contexto é que "O logocentrismo ocidental entrou em crise profunda, como só acontece com tudo aquilo que se fecha em novas possibilidades." (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 122), ao formular um moralismo fechado que desumaniza o ser humano e o transforma em uma 'coisa' (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 129).

Nas palavras de Emmanuel Lévinas: "as maravilhas da técnica não abrem o além onde nasceu a ciência, sua mãe! Nada de exterior em todos esses movimentos! Que imanência! Que mau infinito!" (LÉVINAS, 2002, p. 26)

Em suma, não obstante ser impossível desprezar toda a filosofia historicamente afetada por esta problematização, devemos nos atentar para uma forma de pensar diferente, forma esta que sempre esteve ao lado da tradição logocêntrica, mas, frequentemente, foi omitida e interpretada à luz de um conhecimento fechado em conceitos. Esta tradição não nos é estranha e determina uma filosofia aberta à totalidade das dimensões humanas, conforme explicitaremos a seguir.

3 - A ABERTURA DA TRADIÇÃO JUDAICO-CRISTÃ E O 'CHÃO VITAL'.

Conforme debatido, é necessário o estabelecimento de um

ponto de contato do pensamento logocêntrico com uma racionalidade aberta, uma forma de pensar que nos permita, senão uma fuga, ao menos uma alternativa ao aprisionamento conceitual. Neste intuito é essencial o diálogo com a tradição filosófica judaico-cristã⁷.

Contudo, para a análise dos ensinamentos judaico-cristãos, se afigura um problema que Antoncich e Sans (1992) denominam "problema hermenêutico" (1992, p. 50-72), e que pode ser explicado em duas questões. A primeira trata das dicotomias criadas no decorrer da tradição filosófica ocidental, o que pode ser bem retratado, por exemplo, na concepção grega da separação entre corpo e alma⁸ (veremos outro exemplos de dicotomias em Marx, na separação entre ética e política, e em Kant, na separação entre ética e direito⁹). Esta tendência resultou, atualmente, na fragmentação do 'eu' e na separação radical das dimensões da vida humana¹⁰. Devemos atentar para o fato de que no contexto cristão nenhuma destas separações conceituais existe (BIGO; ÁVILA, 1986, p.84 e 111). Também é importante delinear que esta fragmentação é justamente o resultado do estabelecimento de conceitos rígidos, de forma que, sem a superação deste momento hermenêutico se afigura impossível a compreensão do terreno da vida humana, visto que, para a cultura do *lógos*, a realidade somente é percebida por fragmentos. Impossível, portanto entender o contexto ético judaico-cristão, uma vez que o leitor tem a sua compreensão limitada, em decorrência de seu intelecto fechado em conceitos.

A segunda questão atinente à hermenêutica pode ser denominada como a da "justa autonomia das realidades terrestres", conforme ensinam Bigo e Ávila (1986, p. 116 e 196). Isto consiste no fato de que a realidade da vida humana não pode ser imposta pela pretensão espiritual da ética cristã e vice-versa, de modo que, além do plano transcendental, o homem tem sua dimensão política, econômica, científica, social, laborativa, etc. (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 116). Logo, estes campos são dotados de "independência mútua" (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 116), o que, porém, não implica na exclusão da esfera metafísica, sendo que devem mesmo ser vividos com atenção ao norte espiritual cristão. É o que os autores denominam 'princípio da subsidiariedade' (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 199) da ética cristã, uma vez que a autonomia das realidades terrestres é limitada tanto temporalmente, quanto espacialmente, ou seja, a dinâmica das realidades humanas tem limites tanto ontológicos quanto culturais, que decorrem da própria essência humana, e que determinam a necessidade da busca do transcendente, do espiritual, e da presença desta dimensão no campo imanente do homem (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 200).

Assim, a 'compreensão' dos textos cristãos deve ser feita com respeito e direcionada às realidades terrestres, atentando-se para

os diversos campos da atividade humana e consciente de que estes, assim como a realidade do mundo vivido, são inseparáveis e indivisíveis, não sendo pertinente qualquer dicotomia teórica do pensar logocêntrico (OLIVEIRA; PAIVA, 2010).

É nesta perspectiva que surge a idéia de 'chão da vida', horizonte que norteia a hermenêutica de uma ética do real, sentido que respeita as limitações do ser e o caráter temporal que não pode a nenhum momento ser excluído das relações humanas (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 200) (LÉVINAS, 2005, p. 13; 15). Portanto, o 'chão da vida' – a realidade; cenário e roteiro da 'passagem humana' (LÉVINAS, 2005, p. 291-292) – é o alicerce onde deve ser lido o *ethos* da Igreja e onde o homem deverá buscar a realização na plenitude de sua essência (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 83), sua realização espiritual.

Isto demonstra a "circularidade hermenêutica entre vida e doutrina" descrita por Antoncich e Sans (1992, p. 70), que se traduz na interdependência existente entre as esferas da ética presente na tradição judaico-cristã e do 'chão da vida' – terreno onde a tradição se manifesta e assume significado. Neste sentido, para a compreensão de cada uma destas esferas, assim como para a interpretação dos textos bíblicos, é necessária uma leitura integral e conjunta (não obstante suas autonomias).

É nesta perspectiva hermenêutica que a doutrina cristã, partindo do fundamento do 'sentido do homem', busca a realização do "homem em sua dimensão total" (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 83), isto é, o homem deve ser considerado em sua totalidade, em todas as dimensões da vida, seja ética, social, política, familiar ou espiritual, sem dualismos e separações radicais (OLIVEIRA; PAIVA, 2010). Nas palavras de Paulo VI, na Carta Encíclica *'Populorum Progressio'*:

É necessário promover um humanismo total. Que vem ele a ser senão o desenvolvimento integral do homem todo e de todos os homens? Poderia aparentemente triunfar um humanismo limitado, fechado aos valores do espírito e a Deus, fonte do verdadeiro humanismo. O homem pode organizar a terra sem Deus, mas "sem Deus só a pode organizar contra o homem. Humanismo exclusivo é humanismo desumano". (PAULO VI, 1967, p. 42)

Em outros termos, o tema central do *ethos* sob debate é o humanismo¹⁴, para o qual é necessária a consideração do ser humano em sua totalidade, em relação ao seu tempo, à sua comunidade, em sua relação com o 'outro' e em relação ao 'Grande Outro' (ANTONCICH; SANS, 1992, p. 267). "Imerso na natureza, o homem emerge, pelo seu espírito, ao mundo invisível, fora do tempo e do espaço. O horizonte escatológico é da essência mesma do espírito

humano" (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 83). "Escatológico", pois refere-se à natureza humana e exige a "valorização do homem" (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 224) com atenta consideração do tempo e da história (HOLANDA, 1997, p. 686) (ANTONCICH; SANS, 1992, p. 280); uma visão integrada do homem. Como reafirmam Oliveira e Paiva (2010) ao citarem Emmanuel Lévinas: o 'humanismo se manifesta na própria abertura racional do espírito humano' e 'seu despertar acontece na trama ética', através de um retorno constante para o terreno da vida humana (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 132).

Mas, neste contexto, o ser humano não pode ser reduzido a um conceito como faz o pensamento grego e seus herdeiros, posto que "As relações entre o eu e a totalidade não coincidem com aquelas que um estudo de lógica formal estabeleceria entre a parte e o todo, ou entre o indivíduo e seu conceito" (LÉVINAS, 2005, p. 63). Também, nas palavras duras de Lévinas:

Buscar o eu com singularidade, em uma totalidade feita de relações entre singularidades não subsumíveis sob um conceito, é se perguntar se um homem vivo não tem o poder de julgar a história na qual está engajado, quer dizer, se o pensador, enquanto eu, para além de tudo o que ele faz com o que possui, cria e abandona, não tem uma substância de cínico¹² (LÉVINAS, 2005, p. 49).

Ainda, não podemos relevar que:

Ao eu como ente não corresponde um conceito. Isto porque o próprio contexto da "experiência" de outrem não poderia ser delineado a partir de um trabalho de abstração aplicada a si e que finalizaria no "conceito" do eu. (LÉVINAS, 2005, p.50)¹³

Desta maneira, é mister que seja lançada mão da 'abertura do espírito' para que possamos compreender o homem e o mundo de maneira satisfatória. É necessário fugir dos conceitos para construirmos uma teoria ética menos individualista, adequada à humanidade e resistente ao tempo, à história e às realidades individuais. Nas palavras de Oliveira e Paiva (2010, p. 132), é necessária a passagem do *logos* ao *ethos*, isto é, a saída de uma ontologia conceitual logocêntrica para uma ética originária (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 132). Neste sentido,

[...] o termo ética descreve a estrutura profunda do ser entendido como exterioridade e multiplicidade, descreve a estrutura do próprio real. Este, como trama, exterioridade, multiplicidade de únicos, como 'symploké' (entrelaçamento), não se

deixa explicar dialeticamente, mas eticamente: a trama do real – multiplicidade, exterioridade, diferença, unicidade – é ética (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 136).

E é justamente este o horizonte ético da doutrina judaico-cristã: a busca de um 'porvir', cujo objetivo é fazer os 'homens de boa vontade' tentarem 'ver com o espírito', uma vez que somente "Pelo espírito o homem penetra no universo dos valores morais, quer dizer, à consciência do sentido da existência e à liberdade de optar entre o bem e o mal." (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 85). Logo, o objetivo é a reconstrução da moralidade com o horizonte na vida de Cristo. A busca de uma nova significação para a mensagem bíblica orientada por uma compreensão aberta de seus textos no intuito da restauração de uma ética inclusiva e humanista – que transcende os meros conceitos (LÉVINAS, 2002, p. 87).

Enfim, a ética cristã nos mostra 'um deus' transcendente, cuja compreensão é impossível ao pensamento logocêntrico e nos informa que o 'mistério da criação' (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 82) leva o homem a um eterno 'anseio de completude', que só pode ser satisfeita no horizonte metafísico (teotropismo) (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 86-87). E este mistério é resolvido na vinda de Cristo (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 93), que desvenda a natureza do homem, o seu sentido, e demonstra que sua essência é a de 'imagem de Deus', e que, por isto, deve agir e viver conforme o reino messiânico, do qual Jesus é o 'protótipo'.

Portanto, a doutrina cristã assume uma manifesta postura de 'abertura do espírito', do 'intelecto' e elabora sua doutrina em razão da dignidade de todo ser humano (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 93), defendendo a busca de um bem comum, que é reconhecido no horizonte da vida, interpretada e vivida em sua totalidade (na 'trama do real').

Sob este cenário é possível pensar a 'ideia de justiça' que orienta o indivíduo na direção de seus atos e que deve, em razão da natural tendência de abertura do espírito humano, considerar a integralidade das relações humanas, especialmente considerando sua relação com 'outro', e com 'mistério da existência' (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 111).¹⁴ Isto será desenvolvido a seguir.

4 – A JUSTIÇA COMO ALTERIDADE

Conforme expusemos no tópico anterior, o modelo teórico judaico-cristão exige uma leitura integralista do homem, dadas as exigências essenciais deste. Isto resulta de certas características que são basilares no *ethos* judaico-cristão e que, notadamente,

decorrem do 'mistério da criação' e do fato de o homem 'ter sido construído à imagem e semelhança do ser criador', conforme nos registram os textos bíblicos.

Na dimensão moral, destes fundamentos decorre que o homem, criado dentro de um contexto já ordenado pelo criador, obedece a leis naturais – repita-se, em razão de sua essência de substância divina. Logo, existe uma lei natural que liga o 'imutável' ao 'temporal'. Há uma tendência manifesta nos seres humanos de que suas ações ocorram de acordo com princípios possíveis. Estes princípios se constituem como expressão da abertura originária do intelecto humano e se manifestam no seio do *ethos* social, espaço onde é concebida a idéia de justiça.

Desta forma, é a existência de uma essência humana comum, de um sentido para todo o homem, que determina um ordenamento natural das coisas, "um *ethos* que ata sem Lei" (ANTONCICH; SANS, 1992, p. 55) e que expressa propriamente a justiça. Neste sentido, por todos homens serem iguais em sua dignidade, devem, portanto, ser tratados com justiça e equidade. Este tema, dentro do contexto em análise, sempre foi a principal preocupação na tradição da qual resulta o cristianismo.

De fato, desde o antigo testamento esse interesse pela justiça é recorrentemente afirmado, conforme explica Sicre:

Um dos aspectos mais importantes da mensagem profética é constituído pela sua denúncia dos problemas sociais e pelo esforço em prol de uma sociedade mais justa. [...] A descoberta de numerosos textos orientais – egípcios, mesopotâmicos, hititas e ugaríticos – demonstrou que a preocupação com a justiça foi constante entre os povos do Antigo Oriente Próximo. (SICRE, 2002, p. 357)

Este interesse pela justiça, segundo o autor (SICRE, 2002, p. 357-380), manifesta-se especialmente através da crítica social e da denúncia da riqueza em detrimento dos pobres (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 160 a 162). Por conseguinte, a identificação da justiça na questão dos pobres gera, posteriormente, um novo e importante critério hermenêutico dos textos bíblicos, retratado na declaração pela Igreja da 'opção preferencial pelos pobres' (ANTONCICH; SANS, 1992, p. 62 a 72) (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 160). Atualmente, podemos dizer, como o fazem Antoncich e Sans, que "Talvez a razão mais profunda que vincula a Igreja, a evangelização e os pobres seja a presença e a identificação do próprio Jesus nos pobres." (ANTONCICH; SANS, 1992, p. 68)

Não obstante a atualidade do tema, podemos constatar que a justiça no contexto profético assume as mais diversas nuances, como, por exemplo: 'a preocupação pelos mais fracos, a preocu-

pação pela correta administração da justiça, o interesse especial na legislação sobre empréstimo e as fianças, a defesa dos grupos mais pobres, a administração da justiça nos tribunais, as normas sobre o salário, e até mesmo tratando de temas como leis sobre o comércio' (LÉVINAS, 2002, 358-359).

Assim, apesar de a preocupação com a justiça assumir principalmente o aspecto social, não exclui contextos mais estritos, como os que envolvem 'justiça legal' e sua prática, além de outros, como os acima delineados.

Entretanto, surge a pergunta: porque a justiça nesta tradição assume a forma que explicitamos? Porque a ética hebraica e a ética cristã se dedicam tanto ao aspecto social, notadamente aos pobres?

Talvez a melhor explicação seja revelada na obra de Emmanuel Lévinas (2005 e 1993) quando este desenvolve o tema da 'alteridade'. Neste contexto, considerar o ser humano em sua totalidade, de acordo com sua 'natureza', exige que o 'eu' considere sempre o 'outro' e reconheça-o como semelhante na busca de um bem que é comum entre 'nós'⁴⁵. Este 'bem comum' só pode ser alcançado à medida que reconheço 'o outro' como igual e que busco, no meu agir, impedir que sejam criadas diferenças que não existem na essência comum dos seres humanos. (LÉVINAS, 2005, p. 39).

Lévinas, portanto, desenvolve a idéia da justiça a partir de uma 'ética da alteridade', entendida como o horizonte de abertura espiritual que nos permite compreender a realidade a partir de sua apresentação como elemento distinto do 'eu'. Em outras palavras, a justiça nasce de uma forma de compreender a realidade como algo que é dado externamente, como algo que é diferente de 'mim'. (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 143).

Esta externalidade se apresenta a partir da percepção do 'rosto', momento em que o 'eu' se perturba e 'experimenta' a existência do 'outro'. Assim, em exercício de sua abertura racional originária, o homem passa a compreender a realidade como o espaço do 'outro', saindo de seu isolamento ontológico em direção a uma identidade ética fundamentada na alteridade. O rosto traz ao humano, portanto, a identificação no outro rosto, em outros termos, é um momento hermenêutico em que o sujeito se compreende "concretamente na intriga ética do face a face com o outro ou da proximidade". (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 133) e, portanto, se constitui eticamente como o 'ser-para-o-outro' (LÉVINAS, 1988).

A partir desta trama, conclui-se que a justiça exige a alteridade e, até mesmo, com ela se confunde. Para a compreensão da justiça é indispensável o reconhecimento do outro.

Neste contexto, percebemos que, diferentemente do conceito logocêntrico de justiça, a justiça judaico-cristã é 'aberta' e 'originária'. Nesta forma de racionalidade, não é permitido o aprisio-

namento do 'outro' num conceito concebido pelo próprio eu individualista, uma vez que aquele é considerado como um diferente 'rosto', com individualidades e características próprias (LÉVINAS, 2005, 1993).

É neste sentido que podemos considerar a 'lógica do conceito' como uma espécie de violência, se considerarmos que esta forma de pensar tenta abarcar toda a realidade em suas categorias, anulando o diferente, reduzindo o 'outro' a um conceito e impedindo, pois, a alteridade (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 133). O *lógos* aliena toda a exterioridade do 'outro' de forma agressiva, tolhendo toda sua individualidade, autonomia e sua própria realidade (LÉVINAS, 1988, p. 53).

Enfim, podemos concluir que a justiça não pode caber em um conceito, somente podendo ser compreendida como resultado da alteridade, ou seja, como um momento de 'abertura ao outro e ao grande outro' (LÉVINAS, 1988). E esta abertura exige a evasão do *lógos* rumo à exterioridade, de forma que as relações humanas sejam pensadas com a possibilidade de admitir todas as circunstâncias que lhe permeiam (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 143). Este horizonte aberto e inclusivo tem um grande aliado na tradição judaico-cristã: o amor-caridade, ou *agápē* (αγάπη).

5 – A JUSTIÇA E O AMOR COMO CARIDADE [AGÁPĒ (ΑΓΑΠΗ)]

É difícil precisar a origem do tratamento do amor como fundamento da justiça, entretanto parece inquestionável que o primeiro a dar grande consistência ao tema foi Jesus Cristo (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 216). Evidentemente, o amor aqui tratado como justiça não é o amor no sentido de 'érōs' (ἔρως) (amor erótico) ou 'philia' (φιλία) (amor-amizade), (LÉVINAS, 2005, p. 143) mas o amor *agápē* (αγάπη) no sentido de caridade, de reconhecimento do outro em sua individualidade ou, tomando novamente as palavras de Lévinas, é o amor que designa o reconhecimento do 'rosto do outro' (LÉVINAS, 2005, p. 155)

Destarte, o amor cristão é a 'externalização' da própria alteridade, uma vez que somente ama quem aceita a presença do 'outro'. O amor como caridade chega mesmo a se identificar com a alteridade, se considerarmos que caridade é o próprio ato de 'desprendimento' em relação ao 'próximo', é o respeito à existência do 'outro'. Nesta perspectiva, o ato de amor ou a prática da caridade se asseveram como a manifestação da alteridade que emana do ser. Aqui o ato de amor coincide também com a ideia de justiça, tendo em vista que esta somente se manifesta no agir humano, na prática que respeita e que dá liberdade à existência do 'outro'. Num jogo de palavras: somente é justo quem age pela alteridade; somente pratica a

alteridade quem ama; e quem pratica o amor-caridade age justamente. Estas são esferas que se entrelaçam e se fundamentam mutuamente, portanto interdependentes.

O amor se compraz na diferença, na espera do amado, não é anulação do outro, não é igualdade, caso contrário acabaria o desejo, viraria guerra. [...] Por fim, é o desejável que ordena como é o amado que atrai, como o amor me faz retornar à pessoa amada; o desejável nos desperta, nos mantém na vigília, desperta-nos à proximidade que é responsabilidade para com outrem, para com o próximo. (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p.150).

Nas palavras de Lévinas (2005, p. 43), além da explícita relação do amor com a alteridade podemos afirmar que "a própria justiça nasce da caridade" (LÉVINAS, 2005, p. 147), ou que "A justiça brota do amor." (LÉVINAS, 2005, p. 148). Ainda: "a caridade é impossível sem a justiça, e [...] a justiça se deforma sem a caridade". (LÉVINAS, 2005, p. 164)

Desta forma, a caridade é o amor que rege a justiça e que é concebível até em relação ao próprio inimigo (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 163), conforme Cristo defendeu em seus ensinamentos. Também é o alicerce que caracteriza e propicia a 'abertura' que entendemos dotar a concepção de justiça judaico-cristã.

Particularmente, a questão da abertura interpretativa fica mais evidente quando comparamos a concepção de justiça judaico-cristã com a grega. Sobretudo se pensarmos na visão matemática que os gregos tinham de justiça, concluímos que é impossível o 'agápē (αγάπη)' fazer justiça no modelo conceitual grego. O amor, como ensinava Cristo, exige o perdão; mas o perdão não faz justiça de maneira 'proporcional'. Não há 'proporção', nem 'igualdade matemática' na justiça pregada por Cristo. Sequer a vida Dele teria justiça na visão dos gregos¹⁶. Ele veio ao mundo para 'remir' nossos pecados (BIGO; ÁVILA, 1986, p.166). Ora, este tipo de justiça não cabe num conceito. É impossível reduzir a um conceito (de uma racionalidade fechada em padrões) uma idéia que exige diversos critérios hermenêuticos para sua leitura, urgindo, portanto, uma racionalidade aberta, condição de possibilidade de uma ética e de uma justiça originárias.

Destarte, a justiça cristã propõe a consideração do outro em sua totalidade, atento à natureza e à dignidade humanas, e por isso difunde o perdão como forma de justiça decorrente do amor-caridade, que admite que o 'pecado' faz parte da vida humana e cumpre, dentro do contexto, função direcionadora da conduta ética.

Em resumo, justiça é amor, alteridade, igualdade e dignidade, dentro de uma realidade temporal e espacial limitada e em

relação ao homem todo. E Deus é o mais justo dos seres, porque amou a todos os homens, a ponto de oferecer o flagelo de seu filho para expiar as injustiças humanas. Acima de tudo, Cristo é o horizonte para a compreensão da vida e realização da verdadeira justiça. Ou, nas palavras de Bigo e Ávila, "A partir de Cristo, toda História anterior e toda História posterior têm sua explicação misteriosa e definitiva." (1986 p.88).

São estes, portanto, os pressupostos da instauração de um *ethos* originário de abertura racional, terreno fértil à uma concepção de justiça adequada às realidades sociais, flexível e adaptável histórica e geograficamente. Aqui se encontram as condições de possibilidade de uma teoria da justiça não conceitual, mas que se revela como horizonte de uma compreensão humanista da realidade.

A seguir, refletiremos sobre a possibilidade da retomada de um *ethos* com tais características, com vista no plano intersubjetivo, o que só pode ser pensado "na trama do tecido ético da proximidade de outrem que me afeta e da minha responsabilidade por ele" (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 151).

6 - A RETOMADA DE UM ETHOS ORIGINÁRIO DE ABERTURA ESPIRITUAL

Desenvolvidos os pressupostos fundamentais de uma filosofia prática a partir da orientação tradicional judaico-cristã, surgem as seguintes indagações: é possível o desenvolvimento de um pensamento alicerçado nestes princípios em um âmbito comunitário, isto é, no plano intersubjetivo? A ética da alteridade corresponde às necessidades impostas na atualidade? É possível harmonizar o modo de pensar conceitual dominante com uma ética de abertura originária?

Como afirmamos, a tradição judaico-cristã, desde os primórdios, utilizou em seu discurso a forma aberta de leitura do mundo e do homem. Esta postura parte da própria lógica daquele povo, fundamentada no 'ouvir' (*shemah*), onde o caminhar ético se revela como incerto, inseguro (SALES, 2005, p. 114), o que pode ser contraposto ao horizonte grego - a lógica do 'ver' (*noein*) - que a tudo percebe e a tudo apreende, a tudo aprisiona (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 143).

De forma comparativa, Oliveira e Paiva (2010, p. 134) salientam a semelhança da filosofia grega com odisséia de Ulisses, "[...] cuja aventura pelo mundo nada mais foi do que um retorno a sua ilha natal - uma complacência no Mesmo, um desconhecimento do Outro." (LÉVINAS, 1993, p. 50). Por outro lado,

[...] a lógica da tradição judaica, poderá ser equiparada à trajetória de Abraão, que, atendendo ao chamado de Deus, deixou sua terra e para lá nun-

ca mais voltou: ou ainda à de Moisés, que também em virtude do chamado divino pôs-se a pastorear o povo de Deus na travessia do Egito, libertando-o da escravidão rumo a um novo mundo e, quando se viu diante daquela terra que vinha sendo o sentido da caminhada de todo o povo por ele guiado, ali entregou a conclusão de sua missão a Josué e faleceu, agindo sem desfrutar da Terra Prometida. (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p.134).¹⁷

Entretanto, a despeito de suas características peculiares, o pensamento judaico-cristão, em dado momento histórico (após a expansão do império romano), se 'agregou' à cultura greco-romana, se misturando ao pensar logocêntrico¹⁸ e perdendo parte da abertura espiritual que ora foi demonstrada. Por este motivo, Oliveira e Paiva chegam a citar que: "Segundo Lévinas, as teologias judaica e cristã foram imprudentes em assumir a ontologia grega para traduzir sua fé numa linguagem universal" (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 143).

Diante disto, como seria possível a conciliação entre estas duas racionalidades? Parece correto considerarmos que a conciliação somente é possível através do exercício da abertura originária do intelecto; da restauração social de um 'ethos originário'.

Originária é aquela ética que se apresenta como 'meta-conceitual', isto é, tem uma formulação anterior ao conceito e que o ultrapassa e vai além. Isto é o que torna possível a consideração da 'ética da alteridade' como filosofia primeira, uma vez que a percepção do 'outro' vêm antes de qualquer conceito (OLIVEIRA; PAIVA, 2010). Mas como se instaura esta ética? Historicamente, há algum sinal de sua afirmação?

Em resposta, observamos que tem ocorrido historicamente gradual aumento da preocupação da igreja católica com o resgate de seus princípios fundadores, o que pode ser notado na publicação de diversos documentos de caráter ético-social. Nesta perspectiva, destacamos a carta encíclica *Pacem In Terris* (JOÃO XXIII, 1963) como verdadeiro marco de retomada deste ideal de restauração de um *ethos* abalizado pelo humanismo e pelos princípios fundamentais cristãos da alteridade, caridade e do perdão.

A importância desta encíclica se acentua especialmente em razão do momento histórico em que foi publicada, em que a Igreja se mostrava ainda 'tímida' no tratamento dos assuntos sociais. De fato, como comentam Bigo e Ávila (1986, p. 191) "Com João XXIII se inaugura uma fase nova e decisiva na evolução do pensamento social da Igreja, que o insere no âmago dos grandes problemas do mundo contemporâneo." Ainda, "foi com ele que se inaugurou a grande mutação da atitude mesma da Igreja com re-

lação ao mundo e à cultura" onde esta instituição "Renuncia seus direitos divinos para aceitar com humildade a realidade histórica." (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 196) A partir deste momento:

A igreja começa a se compreender como povo de Deus, integrado na caravana histórica da humanidade, à qual ela presta o imenso serviço de manter acesa a chama incrível da esperança iluminada há 2000 anos na gruta de Belém. Igreja, povo de Deus que aceita com a simplicidade de João XXIII, substituir o prestígio pela comunhão, 'koinonia', o poder do serviço, 'diakonia', e a assistência pela imensa obra da promoção humana (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 196)

Também é de grande interesse neste documento, o fato de o autor tê-lo dirigido não apenas para os integrantes da Igreja (como era frequente), mas também "a todas as pessoas de boa vontade" (JOÃO XXIII, 1963, p. 1), o que evidencia a tentativa de 'universalizar' o modo de ser cristão, especialmente se propondo a todas as culturas e tradições, através do horizonte do 'bem'.

É, portanto, o texto da encíclica, uma mensagem a todos os homens, tratando Jesus Cristo como o horizonte de compreensão da vida. Neste aspecto, o próprio documento nos indica o horizonte hermenêutico em que deve ser lido: o 'anúncio de um tempo diferente, de plenitude que se realiza em Cristo; e de denúncia de tudo o que não está de acordo com o reino messiânico', contexto em que deverá realizar-se a "imensa tarefa de restaurar as relações de convivência humana" (JOÃO XXIII, 1963, p. 162).

A partir destas constatações, é evidente a propositura do modo de ser cristão no plano intersubjetivo, especialmente através da ênfase na dimensão social. Assim é que se demonstra particular preocupação com o 'outro (o próximo)', com a justiça e com a caridade, mas em um horizonte de compreensão direcionado à vida humana em sua integralidade, de acordo com o terreno da realidade.

Tanto que, em seu texto, não é excluído nenhum campo da vida humana; João XXIII (1963) fala sobre propriedade privada; trabalho e remuneração salarial; solidariedade; constituição da família; dedicação à vida religiosa; política nacional e internacional (destaque especial para a 'corrida armamentista', tema de grande importância, na época, em virtude da 'guerra fria'); enfim, trata de relações humanas das mais diversas.

Para tanto, reconhece a autonomia das atividades terrestres, as incentiva, mas estabelece um norte espiritual, pois, apesar do 'dinamismo da vida', os aspectos temporais são dotados de transitoriedade; em outras palavras, os valores imanentes têm caráter

apenas pragmático e são úteis no fluxo do tempo, porém transitórios, motivo pelo qual não dão 'completude' ao homem¹⁹. Isto último, em especial, é claramente mostrado no final de cada uma das partes do documento, em que o autor salienta os 'sinais dos tempos', enquadrando na realidade atual os ensinamentos de ordem teórica expostos.

Logo, apesar de tratar de assuntos não teológicos (BIGO; ÁVILA, 1986, p. 141-142) a encíclica não abre mão da questão da espiritualidade, explicando os fundamentos que decorrem do sentido e da natureza humana como criatura de Deus, mas que devem respeitar 'deveres temporais', decorrentes da necessidade de trabalho, estudo, família, etc., o que nos demonstra a possibilidade de correspondência de uma tal ética aos anseios postulados pela atualidade.

Não obstante seu direcionamento essencialmente cristão, em alguns momentos a carta demonstra considerável influência da tradição grega, como por exemplo, ao falar sobre uma 'ordem natural das coisas'²⁰ (JOÃO XXIII, 1-3), sobre a 'Lei que se encontra gravada nos corações humanos'²¹ (JOÃO XXIII, 4-5) ou, ainda, quando cita expressamente São Tomás de Aquino, tecendo considerações sobre a 'Lei eterna' (JOÃO XXIII, 38). Também desenvolve no texto uma teleologia semelhante à de Aristóteles (1996), mencionando frequentemente o "bem comum" como guia das atividades sociais humanas e fala, ainda, em reta consciência, expressão equivalente à reta razão, conceituada por Aristóteles.

Entretanto, mesmo com estas influências²², podemos afirmar que o contexto de integralidade em que encíclica considera o ser humano, proporciona grande abertura até mesmo aos conceitos gregos utilizados, que acabam não sendo interpretados restritivamente, por não ser omitido o seu horizonte hermenêutico. E realmente, é admitida expressamente no texto a influência de diferentes ideias, mas com a condição de serem lidas sob o pano de fundo histórico a que se prestaram, como podemos notar a seguir:

[...] cumpre não identificar falsas idéias filosóficas sobre a natureza, a origem e o fim do universo e do homem com movimentos históricos de finalidade econômica, social, cultural ou política, embora tais movimentos encontrem nessas idéias filosóficas a sua origem e inspiração. A doutrina, uma vez formulada, é aquilo que é, mas um movimento, mergulhado como está em situações históricas em contínuo devir, não pode deixar de lhes sofrer o influxo e, portanto, é suscetível de alterações profundas. De resto, quem ousará negar que nesses movimentos, na medida em que concordam com as normas da reta razão e interpretam as justas aspirações humanas, não possa haver elementos

Assim, a encíclica levanta diversos temas e sofre influência da cultura conceitual. Mas não nega ao leitor uma interpretação aberta e espiritual para os temas, que, cada qual com sua particularidade, poderia atravessar os tempos e ter seu significado adaptado em diferentes épocas, sem prejuízo da adequação e atualidade.

Em síntese, o texto da *Pacem in Terris*, apesar de escrito há mais de 40 anos, ainda continua dotado de atualidade, o que é a principal característica da qual decorrem todos os fatores que são apontados neste trabalho. O discurso cristão é, portanto, capaz de se adequar a realidades históricas e de se flexibilizar de acordo com as necessidades vividas, independentemente de sua época, o que se caracteriza como valiosa vantagem deste pensamento.

Neste contexto, considerando a orientação principiologicamente da *Pacem in Terris*, e também sua aplicação prática e seu discurso dirigido a todos os seres humanos, podemos considerar como um horizonte possível à instauração de uma ética de abertura espiritual a partir dos elementos da tradição judaico-cristã.

Isso somente é possível através da inclusão nesse 'modo de ser' de todos os contextos da vida humana, de forma que os fundamentos essenciais cristãos da caridade, da alteridade e da justiça sejam direcionadores do ser humano como um todo, em todos os contextos de sua vida.

Para tanto, é necessária a instauração de uma postura hermenêutica que possibilite o desapego de um *lógos* exacerbado, a saída da lógica do conceito e a conscientização de que a compreensão humana se encontra submetida a constantes limitações.

Somente assim, através de uma leitura histórica dos preceitos fundamentais da tradição judaico-cristã, atenta aos influxos dos fatos sociais contemporâneos e com vista no horizonte do 'de- vir', pode-se conceber a justiça com fundamento na alteridade, no amor ao próximo e no perdão, isto é, uma teoria da justiça aberta e inclusiva. Sem dúvida um horizonte ético possível, legitimado pelos "[...] elementos fundamentais para a construção de uma intersubjetividade não violenta, tanto para o outro, como para o mesmo, uma vez que estão em vista do Bem." (OLIVEIRA; PAIVA, 2010, p. 158)

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, a partir das questões abordadas parece correto dizer que a tradição filosófica judaico-cristã nos fornece elementos mais adequados à compreensão do homem e das dimensões em que este se encontra inserido, tendo em vista a sua abertura

racional originária, bem como os seus pressupostos norteadores mais atentos à realidade e à integralidade das relações humanas.

Pelo paralelo feito com a tradição logocêntrica, podemos perceber alguns aspectos que implicam na dificuldade de compreensão da teoria cristã. Entretanto, explicamos que, com um horizonte hermenêutico inclusivo, direcionado à consideração integral do homem, em sua natureza e com respeito às necessidades fundamentais decorrentes do seu sentido, é possível entender o funcionamento das categorias desta tradição.

Vimos que a perspectiva logocêntrica herdada da civilização grega nos induz a uma dependência permanente de construções conceituais absolutas, o que importa no fechamento da capacidade de abertura do pensamento humano, com a consequente apropriação da realidade, através do seu enquadramento e aprisionamento em categorias.

Isto implica em grave problema, quando consideramos sua aplicação nas relações intersubjetivas, o que é aparente no pensamento ético ocidental, sucessor dos grandes filósofos gregos.

Para a solução do problema, propõe-se um pensar aberto à totalidade das dimensões humanas, especialmente configurado na tradição judaico-cristã do ouvir (*shemah*), passageiro e mutável, que nos permite compreender a ética e a justiça como inseridas em um contexto histórico-social.

Especialmente, com foco no contexto ético, em virtude da consideração do homem como um todo, é necessária a regência da filosofia prática pela idéia de alteridade, o que exige que o ser humano seja pensado em sua relação com 'outro' e com o 'grande outro'. Como suporte a um tal *ethos*, apresentamos o 'amor' cristão, no sentido de 'caridade', que não somente fundamenta uma ética individual de alteridade, mas torna possível a concepção da idéia de justiça.

É assim que ocorre o 'des-inter-essamento', consistente na 'saída do ser', ou na saída da 'ontologia individual', para uma passagem à 'ética da alteridade', o que é proposto através da rejeição à privatização da razão humana no conceito e no indivíduo, em favor de um enfoque ético de abertura total do intelecto.

Por fim, a partir de questões suscitadas no decorrer do nosso debate, concluímos a necessidade da retomada de um *ethos* de abertura originária, que se afigura como uma realidade possível. Para tanto, sobretudo a partir da análise do texto da encíclica *Pacem In Terris*, parece correto afirmar a possibilidade de convivência harmônica entre *lógos* e *ethos*, desde que estes se caracterizem por uma postura hermenêutica de abertura.

Neste contexto é que podemos propor uma tal ética – ou um conceito de justiça – correspondente aos anseios que urgem da atual realidade histórica, tendo em vista que, a partir das digressões do nosso estudo, uma Teoria da Justiça com base na tradição

judaico-cristã atende às necessidades de flexibilidade e adequação espaço-temporal postuladas.

Em suma, a partir de constatações apreciadas na carta encíclica *Pacem in Terris*, podemos afirmar a possibilidade prática da implementação social de um discurso a partir da alteridade, justiça e caridade, que se manifesta como autêntico humanismo. Neste aspecto, a ética judaico-cristã se assevera irrefutavelmente como horizonte possível.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Tópicos dos argumentos sofísticos: metafísica; ética a nicômaco; poética. São Paulo: Abril Cultural, 1973. 533 p.

ANTONCICH, Ricardo; SANS, José Miguel Munarriz. Ensino social da igreja. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1992. 286 p.

AGOSTINHO, Santo. A cidade de deus: contra os pagãos. v. 2. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. 589 p.

AQUINO, Santo Tomás de. Tratado da lei. Porto: resjurídica, 1990. 220 p.

BEITZEL, Barry J. Bíblia: o atlas da bíblia: uma viagem histórica e social pelas terras bíblicas. Barueri: Girassol, 2009. 576 p.

BIGO, Pierre; ÁVILA, Fernando Bastos de. Fé cristã e compromisso social: elementos para uma reflexão sobre a América Latina à luz da doutrina social da igreja. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 1986. 471 p.

COSTA, M. L. Lévinas: uma introdução. Petrópolis: Vozes, 2000.

HOLANDA, Aurélio Buarque de, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. 1838 p.

JOÃO XXIII, Papa. Carta encíclica "Pacem in terris". 11/04/1963.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru: EDIPRO, 2003. 335 p.

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. São Paulo. Edições 70, 2004. 181 p.

LÉVINAS, Emmanuel. De Deus que vem à ideia. Petrópolis: Vozes, 2002.

LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós: Ensaio sobre a alteridade. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. 302 p.

LÉVINAS, Emmanuel. Humanismo do outro homem. Petrópolis: Vozes, 1993. 131p.

LÉVINAS, Emmanuel. Totalidade e infinito. Lisboa: Ed. 70, 1988.

LUCAS. In: A bíblia: tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. 2. ed. Bauru: EDUSC, 2001. 478 p.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

OLIVEIRA, Ibraim Vitor de; PAIVA, Márcio Antônio de. *Violência e discurso sobre Deus: da desconstrução à abertura ética*. Belo Horizonte: PUCMinas, 2010.

PAULO VI, Papa. Carta encíclica "Populorum progressio". 16/03/1967.

PLATÃO. *A república*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 513 p.

SALES, Marcelo. O Rosto do outro como fundamento ético em Emmanuel Lévinas. *reflexão, campinas*, v. 30, n. 88, p. 105-106, jul./dez. 2005.

SICRE, José Luís. *Profetismo em Israel: O profeta. Os profetas. A Mensagem*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. 540 p.

SIMON, P. A. Emmanuel Lévinas: lógica ocidental e lógica judaica. *Presença Filosófica*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1-4, p. 32-44, jan./dez. 1988.

(Endnotes)

* Advogado. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Introdução à Ciência do Direito e Teoria Geral do Direito do Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: aluizolana@adv.oabmg.org.br.

2 Ver Agostinho (2001) e Aquino (1990)

3 Sobre este posicionamento teórico iluminista ver texto: "Resposta à Pergunta: o Que é o Iluminismo" (KANT, 2004, p. 11-19).

4 Ver Aristóteles (1973) e Platão (2001)

5 Isto também é bastante adequado ao Direito, tanto no seu aspecto teórico, quanto no prático.

6 Alusão às origens da palavra 'moral' - do latim 'mos/mores' - cujo significado reporta a 'hábito, modo de ser, costumes, ordenamento'; e seu correspondente em grego - ~~νόμος~~ /ethiké' - que pode ser entendido como 'toca, morada (de animais), hábito, costume, caráter'.

7 Para uma melhor compreensão desta tradição, notadamente em sua dimensão hebraica, é importante a contextualização histórica, geográfica, climática e cultural dos povos que constituíram as civilizações do Oriente Próximo. Para uma leitura introdutória e sistemática do tema é indicada a obra 'Bíblica: o Atlas da Bíblia' (BEITZEL, 2009).

8 Ver Platão (2001).

9 Ver Marx (1991) e Kant (2003).

10 Sobre a fragmentação ontológica que ocorre na contemporaneidade, importante salientar, é questão comumente discutida até mesmo por autores de diferentes orientações teóricas, como ocorre, por exemplo, com o 'aristotélico' Alasdair Macintyre (2001), na obra "Depois da Virtude", onde discute justamente a carência de uma unidade ontológica do homem contemporâneo, que divide sua vida em contextos independentes, ao ponto de causar a fragmentação de seus preceitos morais fundamentais. Nesta perspectiva é que o autor propõe a indagação de se ainda é possível a idéia de alguma virtude, isto é, se ainda é possível a instauração de uma moral comunitária.

11 Ver também Lévinas (1993).

12 A palavra cínico, segundo o próprio autor, deve ser entendida em seu sentido filosófico, qual seja de partidário "da escola cínica, que se caracteriza principalmente pela oposição radical e ativa aos valores culturais vigentes" (HOLANDA, 1997, p. 407)

13 Sobre isto, ver, também Lévinas (2005, p. 59 e 95).

14 São mencionados neste parágrafo temas fundamentais à tradição cristã, que, contudo não são ocasionalmente desenvolvidos devido ao objetivo de concisão do presente trabalho.

15 Assim, podemos dizer que o 'ethos' cristão assume uma forma teleológica.

16 De fato, segundo o raciocínio conceitual da civilização ocidental, é difícil pensar que a vida de Jesus Cristo não tenha sido permeada de injustiças. Quem diria, por exemplo, que é justo o perdão de Jesus aos seus carrascos quando diz: "Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem" (LUCAS, 23,34). É possível entender como realmente justo o fato de Jesus buscar a salvação dos criminosos e marginalizados, mas não a dos virtuosos e obedientes? Na verdade, o 'conceito' de justiça é irrelevante para Jesus Cristo, que vive e instaura um novo ethos, somente regido pelos valores fundamentais da caridade e da alteridade e, portanto, de perdão e de 'recomeço'. Estes valores são, para ele, a própria justiça.

17 Tais características se reafirmam na cultura cristã. De fato, é importante considerarmos que Jesus Cristo sempre se expressou pela fala e pelas histórias de sua caminhada pelas terras bíblicas. Assim, sua tradição também se propagava pelo 'ouvir', o que fica evidente quando consideramos que os textos dos evangelhos foram escritos mais de cem anos após a sua morte.

18 Isto é patente no pensamento de filósofos como Santo Agostinho (2001) e Santo Tomás de Aquino (1990), que demonstram, sem sombra de dúvidas, sua inspiração em Platão e Aristóteles.

19 Alguns dos temas comentados neste tópico estão presentes em múltiplos lugares no texto da encíclica, motivo pelo qual não são referenciados com os parágrafos de localização respectivos.

20 Ver ARISTÓTELES (1996)

21 Ver AQUINO (1990)

22 Que conforme explicamos anteriormente, podem trazer perdas ao horizonte judaico-cristão.

ARISTÓTELES: A CONTEMPLAÇÃO DE DEUS COMO O BEM SUPREMO

Maurílio Antônio Sousa Santiago

Professor do Centro Universitário Newton Paiva

RESUMO: A atualidade da contribuição do conceito de Deus desenvolvido por Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) no livro Λ (lambda) da METAFÍSICA se dá na medida em que o filósofo grego estabelece o que se entende por Deus, enquanto atingível e contemplado pela razão filosófica e o articula com sua ética. Ao discuti-lo, Aristóteles nos ajuda a pensar a relação do homem com o Sagrado e assim a explicitar a auto-compreensão do homem a partir de sua relação com o Absoluto. Nessa análise far-se-á um breve cotejo com a ÉTICA A NICÔMICO.

A idéia aristotélica de dar fundamentação ao Divino no território único e exclusivo da metafísica revela a marca desse texto clássico e como a filosofia (lá onde foi inventada, na Grécia) pensava este problema, a partir de um de seus grandes representantes. Visitar o texto clássico não é algo impune, mas fornece vários ganhos para as análises contemporâneas sobre a ética o sagrado, especialmente porque este passou a ser visto não como um sentido primeiro, mas sim dentro de um processo de mercantilização, que brutalmente rompeu com a sua constituição histórico-ontológica e hoje o colocou em profunda crise. Todavia, expor essa crítica contemporânea sobre o sagrado é algo impossível dentro do que aqui propomos, a saber, apresentar uma Hermenêutica do livro Λ da METAFÍSICA de Aristóteles. Nossa pretensão é somente instigar o leitor a pensar sobre o que pode ser aprendido criticamente no presente a partir do passado, sem contudo apresentar uma reflexão sobre Deus em Aristóteles como um ideal a ser buscado hoje ou como um discurso teológico, o que seria no mínimo anacrônico e em sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Aristóteles - Conhecimento - Deus - Ética - Filosofia Antiga - Metafísica.

ÁREA DE INTERESSE: Filosofia; Filosofia do Direito.

INTRODUÇÃO

Uma vez limitado o assunto deste texto, advertimos ao nosso leitor sobre o problema de alguns riscos hermenêuticos em relação a um texto clássico.

Não podemos ler o texto de Aristóteles como se o filósofo grego fosse um autor Cristão. Como mostra Reale (1994), Aristóteles encontra-se inserido no período clássico da Filosofia grega que se inscreve num arco de tempo entre os séculos V e IV antes de Cristo, período no qual também fazem parte os Sofistas, Sócrates e Platão.

Há uma especificidade própria da Filosofia, o que nos alerta para não confundi-la com outros discursos como, por exemplo, o teológico.

Aqui estamos falando de uma passagem de um texto clássico, logo devemos evitar alguns exageros de leitura, como acreditar na autonomia do texto, o que nos colocaria em uma armadilha ao acharmos que os autores clássicos, ao exporem de forma rigo-

rosa suas teorias, expõem de uma forma ou de outra tudo, numa espécie de coerência total (num grau zero de falsificabilidade), ou ainda que o texto clássico possua existência própria, dentro de uma coerência atemporal, afinal ensina-nos Hegel que a "filosofia é filha do seu tempo".

O problema aqui é demonstrar como Aristóteles compreende Deus dentro do livro Λ da METAFÍSICA (no qual haverá um breve cotejo com a ÉTICA A NICÔMICO), sem, contudo correremos o risco de uma tendência a uma postura teológica ou mesmo de uma filosofia da religião. Além disso, advertimos que se trata de uma leitura não especializada no "corpus" aristotélico, mas sim de uma leitura intratextual de duas passagens dessa obra.

As referências aos verbetes em grego são de termos muito importantes dentro dessa análise e foram retiradas de uma apostila de um curso de Ética ministrado por Henrique Cláudio de Lima Vaz (1994).

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A CONTEMPLAÇÃO DE DEUS COMO BEM SUPREMO

Como ensina Lima Vaz (1988), Aristóteles é o filósofo que compreende a ética como “ciência prática”, em oposição a Platão que compreende a ética como “ciência teórica”. Se por um lado a ética de Platão insere-se na continuidade do projeto socrático de uma ética da virtude, dando-lhe fundamentação metafísica numa ontologia do Bem (το αγαθον), na medida em que a Idéia do Bem tem um alcance ontológico (princípio primeiro de toda a realidade) e um alcance ético - como princípio da ἀρετή (Areté, virtude) que inclusive pressupõe a justiça que tem de realizar-se na totalidade - indivíduo, cidade, cosmos - e, como tal, assume assim a forma de uma ciência suprema, por outro lado a ÉTICA aristotélica busca apresentar uma noção de Bem não mais unívoca e separada, como a Idéia do Bem em Platão, mas a noção de Bem passa a ser compreendida por analogia (λεγεται πολλαχως) e a ÉTICA então é vista como a ciência filosófica do BEM no indivíduo, assim como a POLÍTICA é a ciência filosófica do Bem na Pólis (πολις/ “cidade”).¹ Senão vejamos.

Na ÉTICA A NICÔMICO² Aristóteles inicia partindo da seguinte tese, a saber: “Toda arte, techné (τεχνη) e toda investigação, método (μεθοδος) e igualmente toda ação, práxis (πραξις) e todo propósito tendem para algum bem, segundo o que parece (δοκει). Por isso tem-se declarado com razão que o Bem é aquilo a que todas as coisas tendem”.³ Logo no início encontramos sem nenhum rodeio a tese geral da obra. Nela alguns elementos são, a nosso ver, fundamentais. Primeiro nosso autor tem um cuidado especial em mostrar que cada coisa na sua especificidade tem seu bem apropriado para o qual ela tende; como observa Tricot, causa final e Bem são idênticos. Seja a arte em geral, que visa a realização de uma obra exterior ao próprio artista, ao próprio homem (τεχνητηξ ποιητις), seja a ação, cujo fim é imanente ao próprio homem (“euopraxie”), seja também o propósito (προαιρεσις), compreendido como a escolha racional, deliberada e refletida, todos tendem para algum Bem. Outro ponto importante é a presença do termo δοκει (doxá significa opinião comum ou opinião popular), ao nos mostrar que Aristóteles parte ora da opinião comum, ora da opinião de algum outro filósofo, característica muito presente na obra de um pensador que tem uma percepção da História, ora da sua própria opinião.

É a partir desse conjunto de opiniões que se dá início a investigação filosófica sobre a moral, e só depois, a luz da

Razão, que poder-se-á dizer que há uma total evidência dos fatos. Como mostra Tricot, “O verbo δοκει (de doxá = significa opinião comum ou opinião popular) se distingue de φαινεσθαι (phanesthai = mostra-se; revelar-se), que indica a evidência dos fatos”.

A ÉTICA Aristotélica parte dos fatos, embora é sabido que em Aristóteles não há uma ética empirista e ou utilitarista como em Hobbes, na medida em que ela expressa um princípio fundamental da ética antiga, a saber, a teologia do Bem e a aceitação da idéia universal de “fim” e de “natureza”. Podemos dizer, em sentido lato, que a ética aristotélica é uma ÉTICA A POSTERIORI, vem a ser, em termos de método, um ética que parte primeiro do conflito das opiniões para chegar ao conceito filosófico, ao saber elaborado pela filosofia. Ao invés de partir de um método A PRIORI como no raciocínio apodítico, que toma primeiro os princípios e as causas para depois atingir as conseqüências e os efeitos, Aristóteles adota um método inverso, se quisermos, A POSTERIORI, isto é, parte dos fatos para remontar por indução (επαγωγη) até aos princípios. Tal é o caminho utilizado pelo estagirita para tratar da realidade moral e social, pois nesse contexto não se obtém uma clareza de definições como nos axiomas matemáticos e deve-se, portanto, partir da experiência. Diz Aristóteles:

“Não esqueçamos a diferença que existe entre os argumentos que partem dos princípios e os que voltam para eles (...). É necessário, com efeito, partir das coisas conhecidas e, uma coisa é dita conhecida em dois sentidos, seja para nós (hmin), seja de uma maneira absoluta (aplwz). Sem dúvida devemos partir das coisas conhecidas para nós.”⁴

Estabelecido pois o método, Aristóteles irá desenvolver um ponto nodal da sua ÉTICA, vem ser, construir uma filosofia da moral que deva permitir estabelecer as condições de bem-estar ou felicidade (eudaimonia) do cidadão. A felicidade assume na ÉTICA aristotélica um caráter fundamental.

Segundo Lima Vaz (1994), “a felicidade como Bem Humano tem um caráter teológico” e no interior da ÉTICA A NICÔMICO são analisados diversos tipos de Felicidade que se referem a diversos tipos de vida postas pelo filósofo dentro de uma hierarquia, ao nosso ver melhor ilustrada na figura da pirâmide, cujo “ápice é a vida do sábio que encontra a felicidade na contemplação (qewria)” do SUMO BEM. Diz Aristóteles:

“Do momento em que toda escolha deliberada aspira a algum Bem, que afirmamos ser os objetivos da ciência política, de outro modo diz que é de todos os bens realizáveis aquele que é o Bem Supremo.”

mo. Sobre seu nome, em todo caso, a maioria dos homens está de acordo: é a FELICIDADE, tanto no dizer do vulgo como no dizer dos sábios, todos assimilam o fato de Bem Viver e de Bem agir ao fato de ser FELIZ. Diferem, porém, quanto ao que seja a FELICIDADE, e o vulgo não o concebe do mesmo modo que os sábios”.⁵

Aristóteles irá buscar a definição da natureza da Felicidade (ευδαιμονία) a partir do conflito gerado pelas diversas opiniões. Na busca de uma solução (λυσις) a esta aporia (απορία) são colocados dois argumentos defensáveis, um ligado ao vulgo (οι πολλοι) outro aos sábios (οι χαριεντηζ σοφοι αγαθοι), donde se chegará a verdade, ao conceito do que vem a ser a FELICIDADE, que passará a ser então o princípio, arché (αρχη) para se estabelecer a filosofia moral.

O estagirita reconhece a importância dos bens externos, como por exemplo a riqueza, porém estes tem por vista outra coisa, são apenas meio e, portanto, não podem ser o fim perfeito (τελειος), ao passo que o Soberano Bem é, com toda evidência, alguma coisa de perfeito.⁶ Desse modo Aristóteles irá identificar o fim perfeito, o Soberano Bem, com a Felicidade, “Vê-se pois que a felicidade é algo de perfeito e auto-suficiente (αυταρχεια) e é o fim de nossas ações”.⁷

Aristóteles assim irá definir a Felicidade como a função própria do homem, afirma: “o simples fatos de viver é, com toda evidência, uma coisa que o homem possui em comum mesmo com os vegetais; ora, o que nós procuramos é aquilo que é próprio ao homem”.⁸ Assim, são refutados a nutrição e a percepção que igualam o homem às bestas. Com efeito, diz ele:

“resta pois uma certa vida pratica da parte racional da alma, parte que pode ser considerada, de uma parte, no sentido no qual ela esta submetida a Razão, e, de outra parte, no sentido no qual ela possui a Razão (logoz) e exerce o pensamento”.⁹

Ora, se a “Vida do elemento racional” tem dois sentido, a referencia aqui é a Vida “no sentido da atividade, pois essa parece ser a acepção mais própria do termo”. Desse modo chega-se ao conceito de Felicidade que não é, senão “uma atividade da alma conforme a Razão”.¹⁰

“se a função do homem consiste em um certo gênero de vida, isto é, em uma atividade da alma e das ações acompanhadas de Razão; se a função de um homem virtuoso é a e realizar esta tarefa, e realizar bem e com sucesso cada coisa,

quanto mais estando bem cumprido no momento em que ela é segundo a excelência que lhe é própria – nessas condições é que o Bem para o homem consiste em uma atividade da alma em acordo com a virtude (areth), e, em se tratando de varias virtudes, em acordo com a mais perfeita entre elas”¹¹;

A saber, a sophia (σοφια) a vida contemplativa, que é a suprema Felicidade.

Urge ressaltar que a ÉTICA aristotélica é também uma doutrina do justo-meio (μεσοτηξ), no qual consiste a virtude e também a investigação das possibilidades para a escolha (προαιρεσις) do justo-meio. Tal é o longo caminho percorrido no livro II da ÉTICA A NICÔMACO, no qual Aristóteles distingue os diferentes tipos de virtude ligadas às duas partes da alma, a saber, o lado concupiscente e o puramente racional, daí a construção de uma espécie de tábua das virtudes.

Todavia, o ponto importante que queremos ressaltar refere-se a contemplação (θεωρια) do Sumo Bem com a Suprema Felicidade. No final da ÉTICA A NICÔMACO Aristóteles chegará a conclusão de que “se a felicidade é uma atividade conforme à virtude, será razoável que ela esteja também em concordância co a mais alta virtude, essa será a virtude da parte mais nobre que há em nós”.¹² Nosso filosofo refere-se a sophia (σοφια), a virtude do nous (νουξ), cuja atividade é a especulação pura (θεωρια). A sophia (σοφια) é o que há de divino em nós e, com efeito, é através dela que alcançamos a perfeita felicidade; “sua atividade conforme a virtude que lhe é própria será a perfeita felicidade.”¹³

Oito argumentos¹⁴ irão dar razão ao fato de ser a CONTEMPLAÇÃO a Suprema Felicidade e a mais alta virtude. Ei-los:

PRIMEIRO ARGUMENTO - a Razão é a melhor parte que há em nós e seus objetos são também os mais altos de todos os objetos cognoscíveis. Os objetos de contemplação do nous (nous) são as verdades da matemática, da filosofia da natureza e da metafísica, que formam os três ramos da sabedoria teórica; mas na hierarquia das ciências teóricas é a metafísica que ocupa o primeiro lugar, em razão da suprema e absoluta realidade de seu objetivo, vem a ser, **DEUS**.

SEGUNDO ARGUMENTO - a vida teórica ou a contemplação é a mais continua. Esse caráter de continuidade é, embora de forma muito menos elevada, semelhante ao primeiro Motor; h nohpz nohpewz nohpz.

TERCEIRO ARGUMENTO - a atividade segundo a sabedoria é a mais aprazível das atividades conforme à virtude.

QUARTO ARGUMENTO - a contemplação possui o caráter de

auto-suficiência (autarceia), independência, incondicionalidade.

QUINTO ARGUMENTO - a atividade teórica é um fim em si mesmo e desinteressado, na medida em que ela tem a meta suprema.

SEXTO ARGUMENTO - a atividade teórica possui uma espécie de lazer que lhe é próprio.

SÉTIMO ARGUMENTO – a atividade teórica é o que há de mais divino no homem, ou ainda, “ a vida contemplativa, atividade nobre e beatificante, é contínua e eterna no Primeiro Motor, o homem não pode experimentá-la senão em raros momentos ($\mu\chi\rho\ \omicron\nu\ \chi\rho\ \omicron\nu\omicron\nu$) no qual nosso intelecto torna-se ato”.

OITAVO ARGUMENTO – a contemplação é a verdadeira vida do homem. Se todo ser, com efeito, se define por sua essência, o homem se define por sua alma, e a função da alma não é senão a atividade segundo o nous ($\nu\omicron\upsilon\varsigma$), aí reside a essência do homem. Diz Aristóteles: “Para o homem a vida conforme a Razão é a melhor e mais aprazível, já que a Razão, mais que qualquer outra coisa, é o homem. Donde se conclui que essa vida é também a mais feliz”.

Ora, como demonstra a hermenêutica de Lima Vaz (1994) se a felicidade encontra-se na Contemplação ($\theta\epsilon\omega\rho\iota\alpha$) do Sumo - Bem poderíamos perguntar: Como Aristóteles define o Sumo - Bem? Nesse momento a questão que se põe não é mais a do conhecimento dos fatos, cujo método de investigação próprio da filosofia moral reside ao redor da pergunta pelo o quê ($\omicron\pi$), mas, sim, a busca pela causa, pela essência, pelo porquê ($\delta\iota\omicron\tau\iota$). Somos assim remetidos à METAFÍSICA, em especial ao livro Λ , onde Aristóteles prova a primazia da substância e nos fornece o seu conceito.

Lembremos que esta obra e em especial o célebre livro Λ constitui, ao nosso ver, uma das mais belas páginas escritas pelo gênio de Aristóteles e que, sem dúvida, irá marcar a cultura ocidental. Nela Aristóteles mostra a necessidade de um primeiro Motor eterno, cuja essência seja não sensível, mas imóvel, eterna, incorruptível e dotada de um movimento eterno e circular. Pois diz Aristóteles:

“É preciso que exista um principio tal que sua substância seja ato mesmo”. Essa substância é ato, pois se fosse potência, haveria um momento no qual nada tivesse existido, o momento do não ser. “O mundo de toda eternidade é o que é se o ato é anterior à potência”.

Assim, Deus, forma pura e transcendente, ser supremo, é a soma e o termo da série das formas, desenvolvidas entre o pólo da matéria e o pólo do pensamento puro. Ele não tem outra condição senão ele mesmo, Ele é a realidade por excelência, que confere ao resto existência e inteligibilidade. Tudo o que há participa em algum grau, e em alguma medida de sua

perfeição. Deus é um ser absolutamente real, absolutamente livre de toda matéria e de toda potência. Ato puro, que informa tudo e não é informado por ninguém, é, assim, causa formal e suprema inteligibilidade, que em si contém tudo o que é inteligível. Com efeito Deus é, por si mesmo, causa final, Soberano Bem, atração e animação universal, objeto último do amor e do desejo, tudo aspira por sua atividade, a imitar a vida eterna e perfeita, que é o próprio Deus; ato puro, primeiro motor, eterno e imóvel, pensamento do pensamento. Ora, Deus não é possuidor da vida, mas é a própria vida, ato puro, e a vida contemplativa, a contemplação de Deus, do Soberano Bem, é o fim da Vida prática e o ideal de toda vida. “Este caráter divino da inteligência se encontra no mais alto grau da inteligência divina, e a contemplação é a beatitude perfeita e soberana, o gozo supremo e a soberana felicidade”.¹⁵

3. CONCLUSÃO

A noção de Deus (metafísica) em Aristóteles está concatenada com a sua ética, o implica em dar primado ao homem como animal racional ($zoon\ logon$), cuja ação deve ser virtuosa e ter como telos (finalidade) a Felicidade, eudaimonia ($\epsilon\upsilon\delta\alpha\iota\mu\omicron\nu\iota\alpha$), mas esse finalismo (teleológico) é a identificação com o exercício da sabedoria (filosofia) na contemplação do Sumo Bem (Deus).

Explicita CAMARGOS (2009):

“O livro Λ contém a positiva concepção de Aristóteles acerca do suprasensível. Convém acrescentar que a concepção de Deus apresentada no livro $\Lambda 6-9$ da Metafísica de Aristóteles conclui que deve existir uma substância eterna, que é Ato Puro, e causa final do movimento. Esse Ato Puro é, em última instância, puro pensamento, absoluta transcendência, vida divina fechada em si mesma: um divino pensamento que pensa eternamente a si mesmo. A sua relação com o mundo é ascendente, do mundo para Deus, enquanto causa final de tudo. Nessas condições, o Ato puro não conhece o Primeiro Motor do mundo físico, nem o mundo”.

Há, portanto, em Aristóteles “uma tangência da vida contemplativa com a vida divina, que faltava em Platão, porque o conceito de Deus como Mente Suprema, Pensamento de Pensamento, só aparece com Aristóteles” (Reale, 1990, p. 207).

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ethique a Nicomaque*. Paris: J. Vrin, 1959. 539p
- ARISTÓTELES; TRICOT, J. (Jules). *La metaphysique*. Paris: J. Vrin, 1970. 2 v. ((Bibliothèque des textes philosophiques)). [p.641-714].
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* : texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2002. 240 p (Coleção a obra-prima de cada autor; 53)
- ARISTÓTELES; REALE, Giovanni; PERINE, Marcelo. *Metafísica*. São Paulo: Edições Loyola, 2001-02 3v.
- CAMARGO, Sérgio de Siqueira. Breve Estudo Filosófico sobre a Teologia de Aristóteles. *Poros*, Uberlândia, v.1, n.1, p. 8-20, 2009. Disponível em: < <http://200.233.146.122.81/revistadigital/index.php/poros/article/viewFile/85/75>>. Acesso em:
- VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia II: ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988. 293p. (Coleção filosofia ;8)
- VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica 1*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. 483p (Filosofia ;47)
- VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia V: introdução à Ética filosófica 2*. São Paulo: Loyola, 2000 246 p (Coleção filosofia;50)
- LIMA VAZ, H. C. de. *Curso de Ética (I-II)*. Apostila de um curso ministrado no Centro de Estudos Superiores da Companhia de Jesus - Faculdade de Filosofia, Belo Horizonte, 1994.
- PLATÃO. *A república*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1980]. 500p
- REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga: volume 2 : Platão e Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 1994. xxi, 503, [2]p.
- ANTISERI, Dario. *História da filosofia: volume 1 : Antiguidade e Idade Média*. 6. ed. São Paulo: Paulus - SP, 1990. 693p. (Filosofia).

(ENDNOTES)

- 1 Ver Vaz, Henrique Cláudio de Lima. *Escritos de Filosofia II – ética e cultura*. São Paulo: Loyola, 1988. Ver também PLATÃO, *A República*. Trad. De Maria Helena da Rocha Pereira, Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 3 Ed. (Livros VI e VII).
- 2 Ver Aristóteles. *Ethique a Nicomaque*. Nouvelle Traduction avec introduction, notes et index por J. Tricot, Paris, Librairie Philosophique J. Urin, 1959.
- 3 ARISTOTE, op. Cit.p. 31-32 [1094 A]
- 4 ARISTOTE, op. Cit. P. 41 [1095A].
- 5 ARISTOTE, op, cit. P. 40 [1095A].
- 6 ARISTOTE, op. Cit. P. 55 [1097b].
- 7 ARISTOTE, op, cit. P. 55 [1076b].
- 8 ARISTOTE, op, cit. P. 58 [1098A].
- 9 ARISTOTE, op, cit. P. 58 [1098A].
- 10 ARISTOTE, op, cit. P. 59 [1098A].
- 11 ARISTOTE, op, cit. P. 59 [1098A].
- 12 ARISTOTE, op, cit. P. 508 - 509 [1177 A].
- 13 ARISTOTE, op, cit. P. 508 - 509 [1177 A].
- 14 ARISTOTE, op, cit. P. 508 - 514 [1177 A - 1178 A].
- 15 Cf. ARISTOTE. *La Metaphysique*. Introduction, notes e index par J. Tricot. Librairie Philosophique J. Urin, torno II, 1970. [p.641-714].

DIREITO À INFORMAÇÃO QUALIFICADA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: ESTUDO DAS IMPLICAÇÕES DA DIFERENÇA ENTRE CERTIFICADO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU E TÍTULO DE ESPECIALISTA EM DERMATOLOGIA

Michael César Silva¹

Roberto Henrique Pôrto Nogueira²

RESUMO: O trabalho aborda a pluralidade de certificados de formação técnica complementar médica dermatológica no Brasil e a necessidade de investigar a existência de eventual diferença significativa entre as mesmas. O embate acontece, principalmente, entre dois certificados, quais sejam, o de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia e o Título de Especialista em Dermatologia. Constatada a divergência, destacou a importância da formação técnica no processo de ponderação de variáveis técnicas ao paciente, que antecede a concessão do consentimento, concluindo por um direito do paciente à obtenção dessa informação qualificada, como resultado do preenchimento do conteúdo normativo do princípio da boa-fé objetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Título de Especialista; Dermatologia; Informação qualificada; Boa-fé objetiva.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Privado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O atual panorama social sinaliza para novos direitos, impostos pelo sistema jurídico, na medida em que surgem celeumas antes inexistentes.

A evolução da medicina e a proliferação dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* em todo o país deflagram um problema, qual seja, a eventual existência de diferença na formação técnica do médico, conforme tenha realizado Residência Médica, Especialização ou Pós-Graduação *Lato Sensu* em determinada área de conhecimento da medicina.

O trabalho revela-se de extrema relevância à comunidade como um todo, haja vista que, com frequência, os termos de consentimento informado que são entregues aos pacientes por seus médicos sucedem prévia explicação verbal que, muitas vezes, pauta-se em argumento de autoridade, envolto a uma série de variáveis técnico-científicas impassíveis de compreensão pelo leigo.

Significa dizer que, a despeito da tentativa do profissional ético em inteirar o paciente e a família das implicações de uma intervenção terapêutica, certamente que a ponderação do médico sobre os prognósticos, terapêutica, complicações e utilidade de um determinado procedimento é decisivo para a concessão de um consentimento pré-estabelecido e redigido unilateralmente.

Não se tratará do consentimento propriamente dito, pois esta seria uma outra empreitada tão desafiadora quanto a da

análise do processo que o antecede. Mesmo porque são recorrentes os trabalhos que enfrentam a validade do consentimento informado dado pelo paciente ao médico, diante da necessidade de tratamento específico.

Assim, tão importante quanto a tentativa de promover a compreensão mínima sobre aspectos técnico-científicos na relação médico-paciente, é garantir ao paciente ou a sua família o direito de averiguar a legitimidade do profissional médico na condução do processo decisório que antecede o consentimento para a realização de intervenção terapêutica, por meio da prestação de informações qualificadas sobre a perícia profissional, que muito depende da formação técnica.

Assim, resta investigar se a dita diferença entre formações técnicas de nomes diversos existe e, caso afirmativo, se é possível exigir do médico o dever positivo de fornecer ao paciente, informações sobre a sua formação técnico-científica, para garantia da legitimidade de sua condução do processo de formação da convicção do paciente ou de sua família para o consentimento.

A esta altura, e tendo em vista a complexidade do sistema jurídico da atualidade, desponta como imperativa a definição do microssistema que servirá de pano de fundo para a superação das celeumas apontadas.

Em primeiro impulso, invocaria-se o Direito do Consumidor, diante da verdadeira relação de consumo que se constitui a relação médico-paciente.

Mas assim seria, necessariamente, imperioso o tratamento dos objetivos, princípios e direitos básicos do Direito do Consumidor, dos elementos subjetivo, objetivo, e teleológico para a configuração da relação de consumo, da responsabilidade civil, penal e administrativa do fornecedor, da proteção contratual do consumidor, da defesa do consumidor em juízo. Ademais, o artigo não busca discutir políticas públicas de proteção ao consumidor vulnerável, o que poderia resultar na perda do foco no objetivo central.

A expectativa é de viabilizar a superação do problema por um caminho que não se restrinja a um microsistema jurídico específico ou se justifique a partir da constatação de uma relação não paritária é a razão da proposta de averiguação da existência desse direito do paciente com fundamento no conteúdo deontológico do princípio da boa-fé objetiva

Interessa, particularmente, o teste da hipótese, qual seja, o reconhecimento do direito do paciente de obter do profissional a explicação sobre o processo de sua formação, haja vista que este é elemento fundamental para o reconhecimento da legitimidade do médico na atividade de ponderação dos programas de prevenção, diagnóstico, terapêutica principal e de complicações, para a posterior concessão do consentimento.

Ao final, caso o estudo aponte para a efetividade da existência de diferença objetiva na formação técnica de médicos dermatologistas, conforme tenham obtido formação via Pós-Graduação *Lato Sensu*, Residência Médica ou Especialização, será possível delinear uma nova roupagem do direito à informação qualificada do paciente em relação ao médico.

Para tratamento profícuo dessa diferença, é útil, metodologicamente, o recorte do trabalho a uma área específica de atuação médica. Tomou-se por referência a Dermatologia no Brasil.

A operacionalização do trabalho acontecerá essencialmente por meio de procedimentos de coleta de dados em fonte bibliográfica e legal, para elucidar as noções de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Residência Médica e Especialização em Dermatologia. Em privilégio do raciocínio dedutivo, se as exigências normativas forem significativamente diferentes para a certificação desses meios de formação profissional, estará estabelecida a premissa da relevância do conhecimento da diferença pelo paciente. Então, restará o estudo do princípio da boa-fé objetiva, de maneira que, em conclusão, seja alcançado o eventual reconhecimento do direito à informação qualificada.

2 DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

É proposto responder se o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu*, de acordo com a Resolução CES/CNE nº 01 (BRASIL, 2001; BRASIL, 2007), pode ser ou é considerado como Título de Espe-

cialização em Dermatologia, ou seja, se o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia é suficiente para que alguém se declare especialista em dermatologia.

No mesmo sentido, é imperioso investigar o que deve ser entendido por Título de especialista em Dermatologia.

Dessa maneira, a controvérsia diz respeito às semelhanças e/ou diferenças havidas entre o Título de Especialista, que pode ser conferido a profissionais médicos, e o Certificado de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

3 VARIÁVEIS DE TRATAMENTO NECESSÁRIO

Para uma conclusão coerente acerca da controvérsia apresentada, é essencial verificar a competência para emitir e validar tais documentos, o fundamento de validade dos documentos referenciados, seus regimes jurídicos e requisitos de concessão, além de seus objetivos. Ao final, restará verificar, dentro dos objetivos explicitados, se o conteúdo deontológico do princípio da boa-fé objetiva autoriza a afirmação da existência, no Direito brasileiro, do direito do paciente a uma prestação positiva por parte do médico, de informar acerca de sua formação técnica, para reconhecimento da legitimidade do profissional para atuar na condução do processo de ponderação de variáveis científicas que antecedem o consentimento.

4 FUNDAMENTAÇÃO

4.1 Pós-Graduação *Lato Sensu*

O órgão federal competente para regulamentar a Pós-Graduação *Lato Sensu* no Brasil é o MEC, Ministério da Educação.

Conforme a Resolução CNE/CES nº 1 (BRASIL, 2007), que estabelece normas para o funcionamento de cursos de Pós-Graduação, em nível de especialização, o Presidente da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, no uso de suas atribuições legais, tendo em vista o disposto nos arts. 9º, inciso VII, e 44, inciso III, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e com fundamento no Parecer CNE/CES nº 263/2006, homologado por Despacho do Senhor Ministro da Educação em 18 de maio de 2007, publicado no DOU de 21 de maio de 2007, resolveu que qualquer instituição de ensino superior - IES devidamente credenciadas pode oferecer cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, independentemente de autorização, reconhecimento ou renovação de reconhecimento. Devem, para tanto, atender o disposto na referida resolução.

O artigo 5º da mesma resolução faz previsão de que os cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, em nível de especialização, têm duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas, nestas não

computado o tempo de estudo individual ou em grupo, sem assistência docente, e o reservado, obrigatoriamente, para elaboração individual de monografia ou trabalho de conclusão de curso.

Ademais, os referidos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* podem, ainda, ser oferecidos à distância, desde que oferecidos por instituições de ensino superior legalmente autorizadas e que incluam provas presenciais e defesa presencial individual de monografia ou trabalho de conclusão de curso.

O Certificado de conclusão do curso é expedido, diretamente, pela instituição responsável pelo curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

Para os fins aos quais os mesmos se direcionam, os Certificados de conclusão de cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, que se enquadrem nos dispositivos estabelecidos na resolução, possuem validade nacional.

Insta frisar: atendidos os requisitos listados acima, os Certificados de Pós-Graduação *Lato Sensu* têm validade nacional. Significa que o título é hábil a provar a educação continuada, computar pontos em provas de títulos, em concursos públicos, além de, eventualmente, habilitar seu titular a ministrar aulas em cursos superiores.

Logo, os objetivos precípuos da Pós-Graduação *Lato Sensu* é a educação continuada. É a prova, portanto, da realização de estudos adicionais. Não possui, necessariamente, a pretensão de realização de treinamento em serviço. Trata-se de complementação de estudos, que se realiza conforme critérios estabelecidos pelas IES, que, por sua vez, podem estabelecê-los, autonomamente.

Significa dizer que as Sociedades de especialidades médicas, tal como a Sociedade Brasileira de Dermatologia, em princípio, parecem não participar da formação e controle da qualidade dos referidos cursos.

Insta pontuar, contudo, que a mesma Resolução CNE/CES nº 1 (BRASIL, 2007) dispõe que se excluem do âmbito de aplicabilidade do referido texto normativo os cursos de Pós-Graduação denominados de aperfeiçoamento e outros. Logo, atividades complementares de estudo e preparação profissional não são, todos, dotados do mesmo objetivo ou fundamento de validade. Pós-Graduação é gênero do qual Pós-Graduação *Lato Sensu* é espécie.

Diferencia-se, portanto, o Certificado de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Título de Especialista, conforme exposto a seguir.

4.2 Título de Especialista e Residência Médica

Diante da relevância social da profissão médica, e de seu contato direto com a vida humana, o legislador ordinário desejou constituir um título que assegurasse à comunidade em geral a realização, pelo médico que se declara especialista, de treinamen-

to rigoroso em serviço, dotado de regulamentação legal, além de acompanhamento pelas associações de especialidades, tudo no sentido de assegurar o melhor exercício da profissão.

Não se trata, somente, de educação continuada, mas de treinamento em serviço, efetivo, ou especialização equivalente, cuja concessão do título somente ocorre após a submissão, do médico, a detalhados procedimentos avaliativos de alto grau de exigência técnica, amplamente controlados e institucionalizados pelos órgãos competentes, conforme suas atribuições legais e estatutárias.

Entretanto, para a compreensão do Título de Especialista, é mister compreender o regime jurídico da Residência Médica no Brasil.

Inicialmente, o Decreto n. 80.281 (BRASIL, 1977) regulamentou a Residência Médica e criou a Comissão Nacional de Residência Médica. A Lei Federal n.º 6.932 (BRASIL, 1981) dispõe sobre as atividades do médico residente. Legalmente, a Residência Médica constitui modalidade de ensino de Pós-Graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional.

Diferente dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* (com duração total mínima de 360 - trezentos e sessenta - horas), os programas de Residência têm a duração anual mínima de 1800 (um mil e oitocentas) horas de atividade. No caso da Dermatologia, os programas, atualmente, possuem, ao todo, duração de 03 (três) anos.

Além do treinamento em serviço, os Programas de Residência Médica compreendem um mínimo de quatro horas semanais de atividades sob a forma de sessões de atualização, seminários, correlações clínico-patológicas ou outras, sempre com a participação ativa dos alunos.

Aos médicos que completam o programa de Residência em Medicina, com aproveitamento suficiente, é conferido o Certificado de Residência Médica, de acordo com as normas baixadas pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Para que as instituições de saúde ofereçam programas de Residência Médica, devem, necessariamente, ser credenciadas pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Assim, a lei veda o uso da expressão *Residência Médica* para designar qualquer programa de treinamento médico que não tenha sido aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica.

O rigor do treinamento em serviço, para a preparação do médico em determinada especialidade, inicia-se quando de sua admissão em qualquer curso de Residência Médica, haja vista que o candidato deve se submeter a processo de seleção es-

tabelecido pelo programa aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Com a pretensão de reconhecer especialidades médicas e de regulamentar a possibilidade de concessão de Títulos de Especialistas a outros médicos que se submetam a programas de treinamento em serviço tão criteriosos quanto a Residência Médica, o Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268 (BRASIL, 1957), regulamentada pelo Decreto 44.045 (BRASIL, 1958), editou Resolução por meio da qual firmou o convênio de reconhecimento de especialidades médicas entre o Conselho Federal de Medicina CFM, a Associação Médica Brasileira - AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica - CNRM.

As entidades mencionadas formam a Comissão Mista de Especialidades (CME). Este convênio tem por finalidade a conjugação de esforços dos convenentes para estabelecer critérios para o reconhecimento e denominação das especialidades médicas, além do modo de concessão e registro de Título de Especialista e Certificado de área de atuação médica.

Conforme a dita resolução, é vedada, ao médico, a divulgação de especialidade ou área de atuação que não seja reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina ou pela Comissão Mista de Especialidades.

Logo, pelo convênio, o médico só pode declarar vinculação com especialidade ou área de atuação quando for possuidor do Título ou Certificado a ele correspondente, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina.

À Comissão Nacional de Residência Médica - CNRM, coube credenciar e autorizar o funcionamento dos programas de residência médica. À Associação Médica Brasileira - AMB, coube orientar e fiscalizar a forma de concessão de títulos e certificados. Ao Conselho Federal de Medicina, por sua vez, foi reservada a atribuição para o registro de títulos e certificados.

Em conformidade com o convênio, as especialidades e áreas de atuação médica reconhecidas pelas entidades convenentes têm denominação uniforme e são obtidas por órgãos formadores acreditados, quais sejam, as residências médicas credenciadas e com funcionamento autorizado pela CNRM e as Sociedades de Especialidades filiadas à AMB, com programas de ensino por ela aprovados.

Os Títulos de Especialistas e os Certificados de área de atuação obtidos através da AMB deverão subordinar-se, portanto, aos seguintes critérios:

a. Concurso realizado na Sociedade de Especialidade, desde que seja ela filiada à AMB e atenda aos requisitos aprovados pela Comissão Mista de Especialidades - CME;

b. O concurso referido deverá constar de, no míni-

mo, currículo e prova escrita e, se necessário, oral e/ou prática.

A Sociedade de Especialidade, ainda com base no mesmo convênio, pode definir os critérios para a concessão de Título de Especialista ou Certificado de área de atuação, desde que conhecidos e aprovados previamente pela Associação Médica Brasileira - AMB.

Tais concursos para concessão de Título de Especialista e Certificado de área de atuação são anuais.

A AMB emite apenas títulos e certificados que atendam às determinações da CME, sendo que, nos editais de concurso para Título de Especialista ou Certificado de área de atuação, a AMB deve observar o tempo mínimo de formação na especialidade ou área de atuação.

Assim, os Conselhos Regionais de Medicina (CRM) registram apenas Títulos de Especialidade e Certificados de áreas de atuação reconhecidos pela CME.

No caso da Dermatologia, a certificação, na AMB, ocorre via Sociedade de Especialidade, ou seja, por meio da Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Por fim, a última edição consultada do mesmo convênio, reconhecida pela Resolução CFM Nº 1.845 (BRASIL, 2008), fixou, como pré-requisito para concessão do Título de especialista em Dermatologia, a exigência de formação mínima de 3 (três) anos, em Programa de Residência Médica em Dermatologia (CNRM) ou equivalente, assim reconhecido pela Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Para a análise das exigências para a concessão do Título de Especialista, tomou-se por base o edital do XLIII Exame para obtenção do referido título, publicado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia. Por meio da sua Comissão de Título de Especialista, tornou pública a realização do Exame para Obtenção do Título de Especialista em Dermatologia (TED), mediante condições estabelecidas no edital.

Para a inscrição, o candidato deveria, na data da consulta ao documento público:

a) estar inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM definitivo); b) ter concluído Residência Médica em Dermatologia, em Instituição credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) do MEC; ou — ter concluído 2 (dois) anos de especialização ou estágio em Dermatologia, equivalente ao programa de Residência Médica da CNRM, em Serviço credenciado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia (SBD) ³, sendo que, neste caso, o candidato deve ter ocupado uma das vagas credenciadas pela SBD e assim, deve-

rá constar na listagem enviada pelos serviços credenciados à SBD; ou — ter realizado treinamento e ter atuação regular na dermatologia, durante pelo menos os últimos 5 (cinco) anos (a partir de 01 de abril de 2004) e possuir no mínimo 100 (cem) pontos resultantes da somatória dos itens constantes da tabela editalícia.

O exame para a concessão do Título de Especialista do concurso em apreço foi composto de 2 (duas) fases: prova teórica, com 80 (oitenta) questões objetivas, sendo exigido o mínimo de 48 (quarenta e oito) questões certas, ou seja, 60% de acertos com correção pelo sistema de leitura óptica; e prova teórico-prática, realizada em computador constando de 30 (trinta) questões, sendo exigido o mínimo de 18 (dezoito) questões certas, ou seja, 60% (sessenta por cento) de acertos.

Aos candidatos aprovados, nos moldes das previsões do edital, foi concedido o Título de Especialista em Dermatologia.

Diante do estabelecimento de novos critérios, para a inscrição no concurso de Título de Especialista, a partir de 2010 passaram a ser exigidos, dentre outros, os seguintes requisitos:

a) estar inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM definitivo); b) ter concluído 3 (três) anos de Residência Médica em Dermatologia, em Instituição credenciada pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM) do MEC; ou— ter concluído 3 (três) anos de especialização ou estágio em Dermatologia, equivalente ao programa de Residência Médica da CNRM, em Serviço credenciado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia (SBD), sendo que, neste caso, o candidato deverá ter ocupado uma das vagas credenciadas pela SBD e assim, deverá constar na listagem enviada pelos serviços credenciados à SBD; ou — ter concluído 1 (um) ano de Residência Médica em Clínica Médica e 2 (dois) anos de especialização ou estágio em dermatologia com programa equivalente ao da Residência Médica em Dermatologia da CNRM (R2 e R3), em serviço credenciado pela Sociedade Brasileira de Dermatologia; ou— ter realizado treinamento e ter atuação regular na dermatologia, durante pelo menos os últimos 6 (seis) anos contados da data da abertura da inscrição do Exame e possuir no mínimo 100 (cem) pontos resultantes da somatória dos itens constantes da tabela editalícia.

Dessa maneira, constatam-se diferenças objetivas que res-

peitam à duração dos programas de formação técnica, que, considera-se, são significativas, haja vista a carga horária bastante superior de um programa em relação ao outro, além dos diversos critérios para credenciamento de serviços. Ao que parece, e partindo de uma análise objetiva, os requisitos à concessão do Título de Especialista são mais numerosos, uniforme e publicamente estabelecidos, que tendem, ao menos, a favorecer um efetivo treinamento em serviço.

4.3 Da diferença entre o Certificado de Pós-Graduação Lato Sensu em Dermatologia e do Título de Especialista em Dermatologia

Títulos de Especialista, ao invés de título de especialização, são somente aqueles outorgados em conformidade com o convênio da Comissão Mista de Especialidades, que, após concurso, são concedidos aos aprovados, somente, e que atestam a realização de treinamento de, aproximadamente, 02 (dois) a 03 (três) anos em serviço.

Parece-nos ser título qualificado de educação continuada acompanhado pela Comissão Mista de Especialidades e, sobretudo, que atesta o desempenho satisfatório da atividade profissional supervisionada anterior, devidamente constatada por concurso promovido pela Sociedade Brasileira de Dermatologia.

Lado outro, como dito anteriormente, o Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* comprova a realização de curso com o objetivo de promover a educação continuada, sem a necessária pretensão de realização de treinamento em serviço. Trata-se de complementação de estudos, que se realiza conforme critérios estabelecidos pelas Instituições de Ensino Superior, que, por sua vez, podem estabelecê-los, autonomamente. Usualmente, tais cursos possuem carga horária mínima de 360 (trezentos e sessenta) horas. Os certificados, assim como os cursos, situam-se dentro da autonomia das IES, não se submetendo, por obrigação, a qualquer disposição da Comissão Mista de Especialidades, tampouco da Sociedade Brasileira de Dermatologia.

É forçoso concluir que, para a comprovação de realização de treinamento em serviço equivalente à Residência Médica e, ainda, para certificação de aprovação no concurso de Título de Especialista, o Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu* não parece ser documento adequado. *São certificados distintos, posto que reconhecem aperfeiçoamentos distintos.* Dentro de seus objetivos peculiares e de suas fundamentações legais diversas e, sobretudo, considerando as peculiaridades estruturais de cada programa, ambos são válidos em todo o território nacional, para os fins aos quais se propõem.

O paciente, para que conceda seu consentimento efetivamen-

te informado, deve ter a convicção da formação profissional do médico, na ponderação dos elementos científicos do diagnóstico, terapêutica e complicações. Afinal, a legitimidade no exercício de tal atividade de informação pode ser determinante da decisão de consentir.

Não é pretendida a realização de um juízo de valor. Em verdade, diante da validade de ambos, haverá, por certo, pacientes satisfeitos com ambas as formações técnicas. Mas para que o consentimento seja, efetivamente, informado, o paciente deve ter informações qualificadas, para que possa julgar a articulação dos fatos e projeções pelo profissional de saúde.

Logo, ao final da primeira fase do trabalho, tem lugar o estudo do princípio da boa-fé objetiva, para viabilizar o teste da hipótese em completude, de maneira que o trabalho possa posicionar-se pela eventual existência de direito do paciente a essa informação que aqui é chamada de qualificada.

5 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

5.1 LINEAMENTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se, na atualidade, como um dos mais importantes princípios do Direito Privado. Possui grande relevância no Direito Contratual, dada sua positivação expressa tanto no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) quanto no Código Civil (BRASIL, 2002).

A boa-fé objetiva foi esculpida, inicialmente, no Direito brasileiro, no artigo 131, I, do Código Comercial (BRASIL, 1950), no qual já se previa expressamente o referido princípio, de cunho contratual, no tocante ao aspecto interpretativo. No Código Civil anterior (BRASIL, 1916) havia tão somente a acepção subjetiva da boa-fé.

Posteriormente, a boa-fé objetiva foi inserida no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) (artigo 4º, III e 51, IV) e, já recentemente, no Código Civil vigente (BRASIL, 2002), através da previsão legal do artigo 422, em consonância com os artigos 113 e 187.

O princípio em comento ensejou profunda modificação na concepção tradicional de contrato (relação jurídica estática), que passa a ser visto como relação jurídica complexa e dinâmica (COUTO E SILVA, 1976, p.10-11)⁴, formado por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas. Nesse sentido, a autonomia privada é modelada, integrada, relativizada ou mesmo, para alguns, mitigada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais.

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se regra de conduta, de comportamento ético, social imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frus-

trar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas (ROSENVALD, 2005, p.80)⁵.

Destarte, fundamenta-se na necessidade de as partes atuarem, reciprocamente, com cooperação, lealdade, honestidade e confiança (FIUZA, 2006, p. 410-411)⁶, no intuito de concretizar a diretriz da eticidade, preconizada no Código Civil.

Por fim, o princípio da boa-fé objetiva integra o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos (proteção, cooperação e dever de informação, dentre outros), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução do contrato e na fase pós-contratual.

Deste modo, a boa-fé objetiva é verdadeiro elemento transformador de todo o Direito Obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do Direito, e em especial o Contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p. 611). Esta se traduz como a concretização do princípio da dignidade no campo das obrigações, e, por conseguinte, no Direito Contratual (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.41). Trata-se de princípio a ser concretizado pelo intérprete de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

5.2 O DELINEAMENTO DAS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva possui caráter tridimensional, que se exterioriza através de três funções elencadas no Código Civil (BRASIL, 2002), quais sejam: a *interpretativa* (art.113), a de *controle* (art.187) e a *integrativa* (art.422), sendo esta, a mais importante função da boa-fé objetiva, em razão de integrar qualquer relação obrigacional.

5.1.1 FUNÇÃO INTERPRETATIVA:

Trata-se da forma como o intérprete vai se nortear para analisar o sentido mais correto de examinar o conteúdo contratual, pautado na observância da boa-fé nas relações jurídicas dessa sorte. Essa função impõe que o intérprete, ao analisar tais relações, não se atenha a uma interpretação literal do negócio jurídico, mas, precipuamente, guie-se por uma interpretação embasada na observância do sentido pertinente às convenções sociais inerentes àquela dada com unidade política. O princípio revela-se cânone interpretativo, ou seja, referencial hermenêutico, no mesmo sentido dos paradigmas da codificação conhecidos por eticidade e socialidade.

5.1.2 FUNÇÃO DE CONTROLE:

Visa a impor limites ao exercício abusivo do direito subjetivo dos contratantes, para determinar até onde é legítima ou não,

para a obtenção do merecimento de tutela do ordenamento jurídico. A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois através dela pode ser regulada a extensão e o exercício do direito subjetivo (AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.24). Trata-se de evitar o abuso de direito, reduzindo a liberdade de atuação das partes. Isto porque determinados comportamentos, ainda que lícitos, não observam a eticidade preconizada pelo princípio da boa-fé objetiva, e assim negligenciam os ditames da lealdade, honestidade e confiança mútua, que devem orientar a conduta das partes nas relações jurídicas.

5.1.3 FUNÇÃO INTEGRATIVA:

A boa-fé objetiva é fonte criadora de novos deveres especiais de conduta (NORONHA, 1994, p.157) a serem observados pelas partes durante o vínculo obrigacional. Desta função irradiam os chamados deveres anexos de conduta, impostos pela boa-fé objetiva (BIERWAGEN, 2003, p. 56). É a função mais importante do referido princípio, pois os deveres anexos que se originam deste passam obrigatoriamente a integrar qualquer relação obrigacional, para que esta seja equilibrada, de maneira a permitir a confiança mútua e a expectativa dos contratantes. Assim o Direito Obrigacional e, em especial, os contratos irão nortear-se pelo exercício da autonomia privada acrescida dos deveres anexos de conduta impostos pela função integrativa da boa-fé objetiva, em promoção do equilíbrio contratual.

5.3 OS DEVERES ANEXOS DE CONDUTA

O princípio da boa-fé objetiva criou os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais etc), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, para instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato (NEGREIROS, 2002, p.153-154). Assim, além do dever da prestação (obrigação principal), surgem também outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária) (MARTINS, 2000, p.104-105)⁷, os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva.

Os deveres anexos de conduta podem ser compreendidos como deveres positivos e negativos, que, através da sua inserção na relação jurídica, por meio da boa-fé objetiva, relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres de comportamento, que vinculam a ação dos contratantes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (MELLO, 2001, p.316)⁸.

5.3.1 DEVER ANEXO DE PROTEÇÃO:

Pretende proteger as partes dos riscos de danos à sua pes-

soa e a seu patrimônio, na constância da relação obrigacional. Significa que o envolvido deve observar a proteção, o cuidado, para com os bens e integridade da contraparte, no intuito de evitar que as partes se inflijam danos mútuos (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.54). Trata-se de verdadeiro dever de proteção, no aspecto moral e patrimonial, durante por toda a existência da relação obrigacional;

5.3.2 DEVER ANEXO DE COOPERAÇÃO:

Visa a impor às partes a abstenção de condutas capazes de gerar desequilíbrio entre as prestações e também impor condutas positivas que facilitem o cumprimento da prestação obrigacional. Assim, não basta que as partes cumpram a obrigação principal. Os contratantes devem cooperar entre si para que o negócio jurídico obtenha êxito, através do correto adimplemento da prestação principal da obrigação. E nesse sentido, devem, ambos os contratantes observar o princípio constitucional da solidariedade, que permeia a consecução do princípio da boa-fé objetiva;

5.3.3 DEVER ANEXO DE INFORMAÇÃO:

Impõe que uma parte tem sempre o dever de informar a outra de todas as circunstâncias (fatos) que cercam o negócio jurídico. Isto porque a vontade de contratar deve ser esclarecida, devidamente informada⁹, para permitir que a manifestação de vontade ocorra em consonância com a boa-fé objetiva. Tem-se como o mais importante desses deveres, pois a informação é fundamental para que o contratante possa ser alertado sobre fatos de que não poderia perceber por sua própria diligência ordinária (ROSENVALD, 2005, p.109)¹⁰.

O referido dever tem por finalidade ampliar o conhecimento das partes na relação contratual, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, pois a informação é fundamental para a tomada de decisão por parte do contratante.

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, firmou-se entendimento no sentido de que, quando se descumprem os deveres anexos de conduta, tem-se a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim* (GARCIA, 2007, p.120)¹¹, pois a obrigação principal é cumprida, a despeito do descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).

Desta forma, é imprescindível que as partes atuem nas relações jurídicas obrigacionais firmadas com observância aos deveres anexos de conduta, que impõem, para além da obrigação jurídica principal, deveres acessórios, ao quais objetivam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existentes entre as partes.

5.4 O COROLÁRIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da transparência, com previsão no artigo 4º *caput* Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) apresenta-se como princípio básico a ser observado nos contratos em geral e, especialmente, naqueles contratos ditos de consumo. Preconiza a maneira como a informação deve ser prestada ao consumidor no ato da contratação (qualificação da informação), que deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes.

É um dos instrumentos, ao lado do dever de informação, aptos a proteger a liberdade de escolha do contratante. Alguns doutrinadores entendem que o princípio da transparência advém do princípio maior da boa-fé objetiva, ou mesmo que se trata de um reflexo ou sub-princípio (RIBEIRO, 2003, p.146; SCHIER, 2006, p.49; NALIN, 2006, p.146 e 150) correlato ao dever de informar, *qualificar a informação prestada*. Para outros, a transparência é corolário da boa-fé objetiva.¹²

A transparência impõe clareza, ou seja, informação sobre aspectos relevantes durante as tratativas (fase pré-contratual) e, por conseguinte no ato da contratação, sob pena de haver violação do princípio da transparência, por descumprimentos aos preceitos deste princípio (MARQUES, 2006, p.715)¹³.

Isto porque a transparência afeta a essência do contrato, pois a informação fornecida integra o seu conteúdo, de modo a concretizar o reequilíbrio obrigacional, com vistas à consecução da igualdade material. Contudo, prática comum nos contratos, mormente nos contratos de consumo, é a inserção de cláusulas que deturpam o conteúdo contratual, pois entram em desacordo com outras e acabam por impedir o entendimento claro, preciso e transparente atinente ao contrato firmado, e, por vezes, traz, *a posteriori*, prejuízos indesejáveis ao contratante.

O sentido da transparência seria de qualificar a autonomia privada, através da efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pela transparência de informações adequadas e necessárias a realização da avença.

Destarte, o dever de informação impõe ao contratante a obrigação de descrição rigorosa do produto/serviço prestado, sobretudo naqueles casos em que, pela natureza da prestação ou pelo modo de contratar, encontra-se ínsito a presença do risco.

Nesta esteira, o princípio da transparência e o dever de informação recaem sobre todas as cláusulas contratuais, que elencam direitos e deveres das partes contratantes, e permitem deste modo, o exercício adequado de direitos subjetivos.

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva é concretizado através do princípio da transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, através da imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias.

6 CONCLUSÃO

O trabalho partiu de um problema, em busca de duas respostas. Destacou a pluralidade de certificados de formação técnica complementar médica em todo o país e a necessidade de investigar a existência de eventual diferença significativa entre as mesmas. Almejou, assim, saber se a aludida diferença existe e, caso positivo, se seria possível atestar a existência do dever do médico em prestar informação qualificada ao paciente, acerca do processo de sua formação técnica.

Partindo do recorte metodológico da área da Dermatologia, constatou-se a que a celeuma se estabelece especialmente entre dois certificados: o de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Dermatologia e o Título de Especialista em Dermatologia.

Considerando que, com frequência, os termos de consentimento informado que são entregues aos pacientes por seus médicos sucedem prévia explicação verbal que se vale de variáveis técnico-científicas impassíveis de compreensão pelo leigo, tão importante que a compreensão prognósticos, terapêutica, complicações e utilidade de um determinado procedimento é o reconhecimento, pelo paciente, da legitimidade técnica do médico na condução informativa do processo decisório para a concessão do consentimento.

A partir da análise das regulamentações de ambas as certificações, foi possível definir Títulos de Especialista como os certificados outorgados em conformidade com o convênio da Comissão Mista de Especialidades Médicas, pela Sociedade Brasileira de Dermatologia, e concedidos, após concurso, somente aos aprovados, para atestar a realização de um longo, intenso e criterioso treinamento em serviço.

O Certificado de conclusão de Pós-Graduação *Lato Sensu*, por sua vez, comprova a realização de curso que almeja a promoção da educação continuada, sem a necessária pretensão de realização de treinamento em serviço. Os critérios dessa modalidade de formação são estabelecidos, autonomamente, pelas Instituições de Ensino Superior e possuem exigência de carga horária mínima de 360 (trezentos e sessenta) horas efetivas.

Ambos os certificados são válidos em todo o território nacional, para os fins aos quais se propõem. Parecem, contudo, ser dotados de objetivos distintos e, por conseguinte, asseguram for-

mações técnicas que não guardam necessária identidade.

Em conformidade com os preceitos norteadores do princípio da boa-fé objetiva, é possível afirmar pela existência do direito do paciente à obtenção de informação qualificada acerca da formação técnica do profissional médico.

A transparência determina que parte contratante (médico) com privilégio informativo esclareça, de forma clara, precisa, ostensiva, detalhada e exaustiva, ou seja, através da qualificação da informação a ser prestada, todos os elementos que possam ser considerados pela contraparte (paciente) na decisão de consentir.

Portanto, tendo em vista que os certificados analisados guardam divergências significativas entre si, é direito do paciente a obtenção dessa informação qualificada, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva e de risco de invalidade do consentimento informado exarado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.14, p. 20-27, abr./jun., 1995, p.24.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Código Civil (2002). *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Código Comercial (1850). *Lei nº 556*, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n. 1.845*, de 12 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1845_2008.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Decreto n. 44.045*, de 19 de julho de 1958. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D44045.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Decreto nº 80.281*, de 05 de setembro de 1977. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/legislacao.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Lei n. 3.268*, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. *Lei n. 6.932*, de 7 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6932.htm>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução CNE/CES n.1*, de 3 de abril de 2001. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/CES0101.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução CNE/CES n. 1*, de 8 de julho de 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces001_07.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v.1

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3.ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.93-114.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.11, n.42, p.187-195, abr./jun. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos táxis*: A boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos*

fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.611-661.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.307-324.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: volume 1: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.17-54.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Imperativo de Transparência no Direito Europeu dos Contratos. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.131-157.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.125-146.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. *Edital do XLIII exame para obtenção do título de especialista em Dermatologia*. Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:wh3hBgLixNYJ:www.sbd.org.br/medicos/sociedade/titulo/edital_2009.pdf+edital+XLIII+site:www.sbd.org.br&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsiw8WZpIvI2S2B_Kq1A-ZgV6AOnYWHYVaa9sP5QeoHGHiouvqQb7WP78OnvumKpe_8HgHJqX1YGApMjDRh_ssiQp3-WazrmCmfdq_JFou6wTuzRD_HSx6cXh7bruilrp4rJhliX&sig=AHIEtbQR-aWSao5UWnMgwN37F_F64pQhzA>. Acesso em: 25 ago. 2010.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DERMATOLOGIA. *Regimento para Credenciamento de Serviços, da Sociedade Brasileira de Dermatologia*. Disponível em: <<http://www.sbd.org.br/down/Pdf/regimento/credenciamento.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 2.ed., São Paulo: Método, 2007. v.3.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.4, p.52-90, 1992.

(ENDNOTES)

1 Doutorando e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Associação Mineira de Direito & Economia (AMDE). Advogado. E-mail: michael@adv.oabmg.org.br

2 Doutorando e mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Professor de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto - Minas Gerais. Advogado. E-mail: portonogueira@gmail.com

3 Para verificação dos critérios de credenciamento dos cursos considerados como equivalentes à residência médica, ver *Regimento para Credenciamento de Serviços*, da Sociedade Brasileira de Dermatologia: Extratos: Compete à Comissão de Ensino: I - credenciar e descredenciar Serviços para Treinamento em Dermatologia, que cumpram programa definido pelo regimento da comissão e referendado pelo Conselho Deliberativo; REGULAMENTO PARA CREDENCIAMENTO DE SERVIÇOS: Os Serviços interessados no Credenciamento ou Recredenciamento de suas Residências Médicas ou Cursos de Especialização em Dermatologia pela SBD, deverão enviar solicitação juntamente com relatório próprio preenchido (Formulário para Credenciamento / Recredenciamento de Cursos de Residência Médica/Especialização em Dermatologia). A Comissão de Ensino designará uma Comissão Verificadora composta de no mínimo 2 (dois) de seus membros, para proceder à visita do Serviço visando posterior apreciação e votação do relatório de inspeção por toda a Comissão, nas Reuniões Ordinárias da Comissão de Ensino (art. 38 do Estatuto da SBD). Após aprovação da Comissão o relatório deverá ser encaminhado a SBD para que esta notifique o Serviço e proceda ao arquivamento do relatório. O julgamento da Comissão de Ensino deverá ser baseado nos critérios estabelecidos neste Regulamento para Credenciamento de Serviços: 1. SERVIÇO DE DERMATOLOGIA: a. Das obrigatoriedades: i. pertencer ou ter vínculo formal com um Hospital Geral, sendo aceito convênio reconhecido por ambas as partes e que garanta o cumprimento dos dispositivos deste regimento; ii. funcionar no mínimo 40 (quarenta) horas semanais. b. Das Recomendações: i. o hospital ao qual o Serviço esteja vinculado deverá ser geral e/ou universitário; ii. o hospital disponha no mínimo de 100 (cem) leitos; iii. o curso de especialização deve ser preferencialmente vinculado a uma ins-

tuição de ensino médico. 2. *CORPO DOCENTE*: a. Das obrigadoriedades: i. o coordenador do curso deve ter Título de Especialista da SBD e experiência docente em medicina; ii. todos os preceptores devem ter o Título de Especialista da SBD, exceto os colaboradores de outras áreas e especialidades médicas; iii. o número total mínimo de docentes portadores de título de especialista da SBD é 4 (quatro); iv. mínimo de 1 (um) preceptor para cada 2 (dois) residentes/especializando. 3. *AMBULATÓRIO*: a. Das obrigadoriedades: i. funcionar todos os dias úteis com atendimento mínimo de 20 (vinte) horas semanais; ii. atender um mínimo de 40 (quarenta) consultas por semana, por residente/especializando, sendo no mínimo 20 (vinte) correspondentes a novas consultas; iii. supervisão docente do atendimento ambulatorial; b. Das recomendações: i. o número de consultórios deve ser compatível com o número de residentes ou equivalentes; ii. a setorização de ambulatórios por áreas específicas, com rodízio de residentes/especializando, é recomendável, dependendo do volume de atendimento. 4. *ENFERMARIA*: a. Das obrigadoriedades: i. disponibilidade de leitos para internações de pacientes dermatológicos; ii. no mínimo 1 (uma) visita semanal com supervisão docente aos pacientes internados. b. Das recomendações: i. seja destinado ao Serviço no mínimo 1 (um) leito por residente/especializando; ii. mínimo de 12 (doze) internações por ano para cada residente/especializando; iii. prestação de interconsultas a pacientes de outras clínicas com intercorrências dermatológicas; 5. *RECURSOS DIDÁTICOS E MATERIAIS*: a. Das obrigadoriedades: i. ter à disposição do Serviço, em quantidade compatível com o número de residentes/especializando, no mínimo, os seguintes equipamentos: 1. microscópio, 2. projetor de diapositivos, 3. retroprojetor, 4. câmera fotográfica, 5. dermatoscópio, 6. aparelhos de eletrocirurgia 7. equipamentos de criocirurgia; ii. manter arquivo de diapositivos dos casos de maior interesse; iii. disponibilizar no Serviço: 1. livros-texto de Dermatologia para consultas; 2. coleção de periódicos de dermatologia no serviço, no mínimo os Anais Brasileiros de Dermatologia; 3. sala de reunião e de leitura no serviço; iv. disponibilizar na Instituição: 1. biblioteca médica geral; 2. setor de micologia com laboratório; 3. setor de dermatopatologia; 4. sala equipada de cirurgia dermatológica. b. Das recomendações: i. disponibilizar no serviço: 1. arquivo de lâminas de dermatopatologia das biópsias realizadas no serviço; 2. no mínimo todos os livros-texto de Dermatologia nacionais; 3. laboratório de micologia; 4. sala equipada de cirurgia dermatológica. 5. estimular o acesso a internet para permitir revisões bibliográficas 6. *CARACTERÍSTICAS DO PROGRAMA*: a. Das obrigadoriedades i. a duração mínima da residência/curso de especialização é de 2 (dois) anos, excluído o período de pré-requisito, quando exigido pela instituição; ii. o número de vagas disponíveis por ano deve estar na dependência do número de leitos em enfermaria, salas de ambulatório, recursos materiais e corpo docente; iii. o número de residentes/especializando do Serviço corresponderá exclusivamente às vagas Credenciadas pela SBD; iv. estagiários serão admitidos desde que tenham o seu estágio restrito a 6 (seis) meses, prorrogável por mais seis, tendo seu estágio restrito a no máximo dois setores do Serviço. v. a carga anual mínima obrigatória é de 1920 (um mil, novecentos e vinte) horas, correspondendo a 40 (quarenta) horas semanais durante 48 (quarenta e oito) semanas (grifos nossos); vi. cursos formais teórico-práticos de micologia dermatológica, dermatopatologia e cirurgia dermatológica; vii. reuniões clínicas, seminários programados, clubes de revista e sessões iconográficas ou sessões equivalentes. viii. aprovação de no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos residentes/especializando no período Creden-

ciado para concessão de Recredenciamento). b. Das recomendações: i. uma sessão semanal de cada uma das propostas no item vii acima ii. os residentes/especializando deverão em sua totalidade prestar o concurso de Título de Especialista da SBD. (Sociedade Brasileira De Dermatologia. *Regimento para Credenciamento de Serviços da Sociedade Brasileira de Dermatologia*. Disponível em: <<http://www.sbd.org.br/down/Pdf/regimento/credenciamento.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2010).

4 Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p.217 e 218); MARTINS-COSTA (2000, p.382-409); NORONHA (2007, p.75).

5 Ver ainda: FARIAS; ROSENVALD (2006, p.40); MARTINS-COSTA (2000, p.411-412); NORONHA (1994, p.152); NORONHA (2007, p.446-447); CORDEIRO (2005, p.405); CORDEIRO (20s07, p.632); MARQUES (2006, p.216); LÔBO (2002, p.193); NOVAIS (2001, p.22-23).

6 Nesse sentido ver também HIRONAKA (2003, p.112-113).

7 Nesse sentido ver: COUTO E SILVA (1976, p.29-30); MARTINS-COSTA (2002, p.634); LÔBO (2005, p.76).

8 Nesse sentido ver: COUTO E SILVA (1976, p.131); NORONHA (2007, p.80).

9 Nesse sentido ver: GODOY (2007, p.80).

10 Nesse sentido ver: SCHIER (2006, p.28); MARQUES (2006, p.772).

11 Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p.220); SILVA (2002, p.82-105); TARTUCE (2007, p.103); CORDEIRO (2007, p.594-602); NALIN (2006, p.226); SCHREIBER (2007, p.135-138).

12 GARCIA (2007, p.30).

13 Nesse sentido ver: TOMASETTI JUNIOR (1992, p.53).

POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEIO AMBIENTE E PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA NO LONGA-METRAGEM “SANEAMENTO BÁSICO, O FILME”

Maraluce Maria Custódio¹
Rosana Ribeiro Felisberto²

RESUMO: O presente artigo discute sobre as políticas públicas de proteção à cultura e ao meio ambiente a partir dos dispositivos constitucionais e normas internacionais. A análise também toma como ponto de partida e exemplificação o filme Saneamento Básico, que traz à tona os problemas do tratamento de questões ambientais separadas das questões culturais, mesmo diante do entendimento atual de que não há uma dicotomia entre estas duas áreas. Neste contexto, também se coloca a necessidade da participação popular nas decisões relacionadas às políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente; Cultura; proteção e princípios constitucionais; políticas públicas; participação popular.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Ambiental; Direito Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho levanta o questionamento acerca da atuação da Administração Pública e suas consequências e interferências na sociedade a qual se destina. Questiona-se se seria possível, como forma de participação política, a comunidade promover uma destinação diferenciada de recursos públicos tendo em vista atender suas necessidades mais prementes, negligenciadas pelo Poder Público.

Diante da tentativa de implementação de um Estado Democrático de Direito, estabelecido constitucionalmente, cada vez mais a participação política ganha relevo e não se resume à votação periódica em períodos eleitorais.

A participação política engloba uma infinita possibilidade de formas e espécies, passando por discussões públicas de temas relevantes, orçamento participativo, conselhos deliberativos comunitários e outras formas. A tentativa de se ampliar a participação política tem ganhado importância inclusive em razão da evolução dos meios de comunicação.

Desta feita, surge também a possibilidade de participação efetiva da comunidade na tomada de decisões e não apenas de manifestação de opiniões para o setor público.

Diante da tendência de se ampliar o controle e transparência dos atos administrativos, bem como da participação da sociedade nas políticas públicas, o tema aqui tratado é de extrema relevância para o direito atual.

No caso analisado junto ao longa-metragem “Saneamento

Básico, o Filme”, fica demonstrada a necessária implementação da participação comunitária para realizar a proteção do meio ambiente, efetivando a perspectiva holística que este deve ter, mesmo em face dos problemas administrativos.

2 MEIO AMBIENTE CULTURAL

2.1 Meio ambiente

Para a maioria da população, a compreensão que o meio ambiente é composto apenas de elementos naturais ainda é comum, excluindo a preocupação com o ser humano e tudo que se liga a ele desta perspectiva. Isso ocorre porque inicialmente “a questão ambiental se resumira a combater a poluição, lutar contra o desmatamento e em salvar esta ou aquela espécie em extinção” (COIMBRA, 2002, p.35). O que restringia em muito a amplitude do termo meio ambiente, que hoje é cada vez mais amplo.

Mas meio ambiente vai além do natural, ele engloba também os seres humanos, o meio em que ele vive e suas criações e/ou modificações no meio natural, como cidades, monumentos, cultura.

Existem vários conceitos de meio ambiente e na verdade não há ainda um consenso sobre o termo. Entretanto, acreditamos que o termo está consagrado trazendo novo sentido às palavras que o compõem. José Afonso da Silva (2011, p.2) ensina que

o ambiente integra-se, realmente, de conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação

constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí porque a expressão meio ambiente se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ambiente.

A noção de meio ambiente deve ser acrescentando que meio ambiente é um bem jurídico, que se estruturou na doutrina dos interesses difusos³. Ele abriga inúmeras realidades, não se restringindo à proteção da natureza *strictu sensu*, mas abarca dimensões social, urbana e trabalhista. Demonstrando que sociedade e natureza interagem, e que meio ambiente é tudo que envolve os seres como um todo.

Para que ocorra o desenvolvimento equilibrado, logo, é necessário tanto um meio natural equilibrado, quanto a proteção da cultura, da tradição, de um meio propício para se trabalhar, pois o ser humano é um ser histórico, que modifica seu habitat pela cultura. Apenas assim se pode falar em sadia qualidade de vida, fim último da proteção do meio ambiente defendida na Constituição Federal de 1988.

A partir deste conceito, o Direito apresenta, didaticamente, meio ambiente sob dois aspectos, para facilitar o estudo, já que estão sujeitos a regimes jurídicos ainda diversos, que cada vez mais demonstram sua inseparabilidade e completude, e a perfeita inter-relação, sendo:

a) Meio ambiente artificial: que é aquele construído no espaço urbano, consubstanciado no conjunto de edificações e equipamentos públicos. Este abarca também, tanto o meio ambiente cultural que engloba o patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, a memória social e a cultura das sociedades, que embora pertencentes ao meio ambiente artificial, por serem obra do homem, tem ganhado termo específico diferindo do anterior por ter de obras já construídas e que representam o passado e a tradição dos seres humanos; quanto o meio ambiente do trabalho: que é o meio e local onde o ser humano trabalha e que deve atender a exigências que possibilitem a interação dos seres, - tal como a segurança - e que lhe garantam a qualidade de vida digna.

b) Meio ambiente natural ou físico: solo, água, ar, flora, enfim interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico. (SILVA, 2011)

Do meio ambiente artificial surge os direitos culturais que devem ser protegidos, pois, são fruto da vida humana, e a cultura é inerente a nossa natureza, já que "a vida humana e seus aspectos qualitativos sobretudo identidade e memória de um povo, estão ligados a bens materiais e imateriais que tem valor cultural" (REISEWTIZ, 2004, p 65). Assim, a cultura se vincula ao modo de vida

da sociedade e a o meio em que ela se desenvolve, sendo este essencial para formação da cultura e personalidade social, como já defendia Montesquieu e Aristóteles (REISEWTIZ, 2004)

A proteção à cultura não é algo recente no direito, mas como parte do meio sim, na verdade ela é mais antiga que a proteção do meio ambiente natural. No Brasil, por exemplo, o patrimônio histórico tem proteção legal desde a década de 30 com o Decreto lei 25 de 1937.

Talvez, por não terem se desenvolvido juntos, meio ambiente cultural e natural parecem coisas apartadas, o que de fato não são na realidade contemporânea. O fato de serem vistas como áreas estanques, dificulta a sua proteção e interação na aplicação jurídica, ponto que deve ser ultrapassado pelos órgãos públicos e aplicadores das normas jurídicas.

2.2 CULTURA

O conceito de cultura não é facilmente definido ou delimitado, pois a própria Constituição e as legislações infraconstitucionais não trazem uma definição taxativa, deixando o termo "aberto" para novas interpretações e inclusões de significados.

Um dos textos base para a formulação de um conceito de cultura é a redação dada pela UNESCO na DUSDC:

Reafirmando que a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças (UNESCO, 2002)

Este texto e suas variações muitas vezes se repetem na legislação brasileira e na implantação das políticas de incentivo e proteção da cultura.

Além de possibilitar uma interpretação aberta e não estanque, o termo cultura não pode mais ser visto como contrário ao termo natureza, como se houvesse uma dicotomia entre ambos.

Tudo que é produzido pela cultura, de forma mais ou menos indireta, possui algum substrato na natureza. Isto porque as expressões culturais, os valores, as crenças, as manifestações, os produtos culturais e etc. surgem a partir da transformação de elementos naturais e a partir de criações que o ser humano implementa para suprir suas necessidades (RECASÉNS SICHES, 1970).

A partir desse entendimento, é possível afirmar que o próprio conceito de natureza é também um produto da cultura, assim como todas as ações do ser humano no mundo podem ser associadas à cultura e a algum tipo de manifestação cultural mais específico.

E são as diversas possibilidades de agir e manifestar que acabam por construir e consolidar a existência de grupos culturais e da diversidade e pluralismo cultural. Tal entendimento pode ser aferido inclusive na legislação, como no artigo 1º, inciso IV da Lei n. 8.313/91, também conhecida como Lei Rouanet (BRASIL, 1991):

IV - proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional;

Assim como os indivíduos, os grupos também possuem seus valores e formas específicas de se manifestarem, o que, ao longo do tempo e do espaço, consolidam a identidade cultural de um grupo ou sociedade.

Importante destacar ainda que a cultura não é algo que nos determina e nem se preserva ou consolida sozinha. Todas as ações dos seres humanos são, concomitantemente, influenciadas e influenciam a cultura do grupo ou sociedade em que está inserido, seja no sentido de preservá-la ou transformá-la (RECASÉS SICHES, 1970).

3 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

3.1 Proteção Internacional

O Direito ambiental surge de forma diferenciada da maioria dos direitos, pois, ele aparece inicialmente configurado no âmbito internacional, para em seguida ser inserido nos âmbitos nacionais. Isso se deve a sua perspectiva universalizante, já que a proteção do meio ambiente é de interesse de todos no planeta e não se fecha em cultura jurídica apenas de um sistema nacional.

O meio ambiente cultural, como pertencente à generalidade do sistema ambiental foi agraciado com a proteção dos princípios gerais de direito ambiental que aparecem construídos pela Convenção de Estocolmo de 1972 e a Convenção Rio de 1992. Mas também tem proteção por convenções específicas, cujas principais são as convenções da UNESCO de Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972 e Declaração Universal Sobre Diversidade Cultural de 2002.

3.1.1 Convenções de Estocolmo de 1972 e Rio de 1992 - Princípios Gerais de Direito Ambiental

A Convenção de Estocolmo ou declaração das Nações Unidas para o meio ambiente humano de 1972 é considerada o "divisor de águas" na inclusão da preocupação com a preservação do meio ambiente e com as questões do desenvolvimento econômico e social.

Após a Declaração saída das discussões em Estocolmo, vá-

rios países passaram a normatizar a proteção, melhoria e recuperação ambiental em seus ordenamentos internos. Segundo Guido Soares (2001, p.55)

A declaração de Estocolmo pode ser considerada com a mesma relevância da declaração universal dos direitos do homem (ONU 10/12/1945) por ambas serem verdadeiros guias e parâmetros na definição dos princípios mínimos que devem figurar tanto nas legislações domésticas dos Estados como dos grandes textos de direito internacional da atualidade

A declaração das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano tem 26 princípios podem ser resumidos em cinco princípios gerais que são o legado de Estocolmo para a posteridade e para o Direito Ambiental e estão presentes em várias leis inclusive em várias constituições especialmente na Brasileira como será visto.

Os cinco princípios gerais que estão implícitos – ou explicitamente – apresentados nos 26 são:

1/ O meio ambiente como direito fundamental e essencial dos seres humanos tanto das gerações presentes como as futuras, defendendo que apesar de realizar o desenvolvimento os recursos naturais "devem ser salvaguardados em benefício das gerações atuais e das futuras (princípio 2). Criando um direito intergeracional e preocupado com o futuro.

2/ O desenvolvimento econômico levando em consideração a conservação da natureza, interessante que incluem a fauna selvagem nesta proteção além da flora, lutando para não destruí-la e contra a poluição no mundo. Mas ambos devem ser levados em consideração como mesmo peso não pendendo para nenhum dos lados e "devendo adotar um processo integrado e coordenado para o planejamento de seu desenvolvimento" (princípio 13), sendo já um protótipo do direito ao desenvolvimento sustentável que aparecerá na Convenção de 1992.

3/ A obrigação estatal de proteger o meio ambiente, planejando, administrando e controlando a utilização dos recursos ambientais, buscando sempre a melhoria destes. Com isso, também, estabelece os princípios da prevenção e reparação como essenciais para proteção do meio ambiente equilibrado.

4/ A educação ambiental como fundamental para a proteção do meio ambiente, "sendo a base para ampliar as bases de uma opinião esclarecida e de uma conduta responsável por parte dos indivíduos" (princípio 19), e o efetivador social que garantirá a preservação dos recursos ambientais para o futuro.

5/ Princípio da cooperação entre os povos, este princípio aparece em diversos da declaração, sendo que este se realizará por acordos que são essenciais para a defesa do meio ambiente já

que os efeitos da degradação atingem a todos, todos devem zelar por sua melhora. Outro ponto da cooperação é a ajuda dos países desenvolvidos aos em desenvolvimento, seja através de ajuda financeira ou tecnológica para que alcancem um patamar de desenvolvimento que possibilite proteger o meio ambiente, já que a pobreza é vista como fator degradador.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Carta da Terra de 1992, repete alguns princípios de Estocolmo e segundo Soares (2001), estabelece em linhas gerais: a/ reafirmação da proteção dos interesses das gerações presentes e futuras; b/ fixa princípios básicos para uma política ambiental de abrangência global, consagrando o combate à pobreza e realização de uma política demográfica e reconhece a responsabilidade dos países industrializados como causadores principais dos danos já ocorridos ao meio ambiente.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, como o próprio nome diz foi mais voltada para a interação entre a proteção ambiental e o desenvolvimento, construindo o conceito de desenvolvimento sustentável. Incentivou a participação social, especialmente das mulheres, jovens, comunidades indígenas e deu ênfase especial para a paz, considerando-a fator essencial para o desenvolvimento sustentável. Além de reafirmar os princípios de Estocolmo, os 27 princípios podem ser resumidos em oito novos e gerais que são o legado da ECO/92 para a posteridade e para o Direito Ambiental e figuram em várias leis e tratados internacionais posteriores.

Os oito princípios gerais que estão implícitos – ou explicitamente – apresentados nos 27 são:

1/ desenvolvimento sustentável – cujo conceito ainda esta sendo construído, pois tem uma perspectiva cultural e histórica, já que está ligado ao que cada região considera desenvolvimento e ao meio ambiente. Mas como bem defini Demajorovic (2003, p10) "Num sentido abrangente a noção de desenvolvimento sustentável implica a necessária redefinição das relações sociedade humana-natureza e, portanto, em uma mudança substancial do próprio processo civilizatório," onde industrialização, desenvolvimento, proteção ambiental (em sentido amplo) e paz devem caminhar juntas, apresentando um crescimento concomitantemente econômico, ambiental, social e cultural.

2/ igualdade de todos para fruição dos bens a partir da redução das desigualdades regionais e dos padrões de vida, fundada especialmente no princípio da cooperação dos povos, haja vista que, o meio ambiente e sua proteção, não reconhecem fronteiras, atingindo a todos indistintamente - mais cedo ou mais tarde -, independente de onde ocorra.

3/ participação da sociedade tanto de opinar como de decidir, sendo assegurada pelos governos dos países e pela informação,

que mais que garantir a participação da coletividade na proteção do meio ambiente, garante sua efetiva participação na tomada de decisões sobre ele, sobre os seres humanos que pertencem a este meio ambiente. Mas não qualquer participação, mas a participação consciente e engajada a partir da efetiva informação sem deformações dos fatos ocorridos e que vão ocorrer e dos efeitos para o futuro.

4/ direito à informação relativa ao meio ambiente em todos os âmbitos, neste sentido tanto dentro do microcosmo quanto do macro. Para efetividade deste direito são essenciais as organizações não governamentais que estão sempre fiscalizando os fatos e os órgãos.

5/ princípio da Precaução, já existente, mas agora formalizado em um documento oficial internacional e significa "Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental" (princípio 15)

6/ O princípio do poluidor-pagador, onde quem polui deve arcar com os ônus de seus atos, também já existente, mas, agora formalizado em um documento oficial internacional.

7/ Institui a avaliação de impacto ambiental, como instrumento de proteção ambiental efetivada pelos Estados, que apesar de já existir não tinha um aporte jurídico internacional.

8/ A paz como figura interdependente do desenvolvimento e da proteção ambiental, que formam um todo indivisível. Logo a guerra passa a ser visto como contraproducente em termos de desenvolvimento sustentável.

3.1.2 CONVENÇÃO DA UNESCO 1972

Em termos de tratados internacionais especialmente voltados para a proteção do meio ambiente cultural tem se a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, criado pela UNESCO que busca proteger estes patrimônios pois, "a degradação ou o desaparecimento de um bem cultural e natural acarreta o empobrecimento irreversível do patrimônio de todos os povos do mundo", (BRASIL, 1977).

Esta primeira Convenção abre margem para a produção de vários outros tratados internacionais e legislações internas nos países, conduzido a compreensão da necessidade de proteção deste patrimônio para o desenvolvimento sustentável e a existência dos seres humanos.

Ela reafirma a necessidade de cooperação entre os povos para a proteção do meio ambiente cultural, bem como da obrigação estatal de proteger este meio ambiente e realizar a educação ambiental, como retrata o artigo 5º

A fim de assegurar proteção e conservação eficazes e valorizar de forma ativa o patrimônio cultural e natural situado em seu território e em condições adequadas aos países, cada Estado-parte da presente Convenção empenhar-se-á em:

a) adotar uma política geral com vistas a atribuir função ao patrimônio cultural e natural na vida coletiva e a integrar sua proteção aos programas de planejamento;

b) instituir no seu território, caso não existam, um órgão (ou vários órgãos) de proteção, conservação ou valorização do patrimônio cultural e natural, dotados de pessoal capacitado, que disponha de meios que lhe permitam desempenhar suas atribuições;

c) desenvolver estudos, pesquisas científicas e técnicas e aperfeiçoar os métodos de intervenção que permitam ao Estado enfrentar os perigos ao patrimônio cultural ou natural;

d) tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras cabíveis para identificar, proteger, conservar, valorizar e reabilitar o patrimônio; e

e) fomentar a criação ou o desenvolvimento de centros nacionais ou regionais de formação em matéria de proteção, conservação ou valorização do patrimônio cultural e natural e estimular a pesquisa científica nesse campo. (BRASIL, 1977)

O tratado pela sua forma já apresenta a necessária interligação entre os meios ambientes cultural e natural, que infelizmente não foi seguida pela nossa legislação. A proteção requerida pelo tratado foi constitucionalizada, mesmo que de forma separada na Constituição Federal de 1988. Felizmente a interpretação principiológica, hoje considerada adequada pela maioria doutrinária, acaba por fazer a proteção integral, já que defende que a constituição deve ser interpretada em seu conjunto legal e não norma a norma.

3.1.3 DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE DIVERSIDADE CULTURAL DE 2002

A Declaração Universal Sobre Diversidade Cultural – DUSDC – da UNESCO trata dos patrimônios materiais e imateriais, dando destaque para os bens culturais e para a diversidade cultural. Esta última é colocada como necessária ao gênero humano, tal qual a diversidade biológica para a natureza:

Artigo 1 – A diversidade cultural, patrimônio co-

mum da humanidade

A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fontes de intercâmbio, inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras. (UNESCO, 2002)

Neste ponto, percebe-se que a proteção internacional à cultura não apenas reconhece a diversidade cultural como também faz uma associação direta com os bens e patrimônio ambiental, apresentando-os de modo umbilicalmente ligados, não podendo, portanto, serem cindidos.

Dessa maneira, qualquer intervenção pública sobre o meio ambiente ou sobre o patrimônio cultural deve considerar a necessidade de preservação da diversidade e também a relação existente entre cultura e meio ambiente.

3.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Fazendo uma análise do texto constitucional vê-se que nele o direito ambiental se destaca no contexto de aplicação das ciências ambientais, ou seja, de forma transdisciplinar e não o delimitou a um espaço restrito de frios artigos, e sim o colocou perpassando toda a Constituição, como fundamento do Estado brasileiro.

Além do Título VIII, capítulo VI que contém o art. 225 que foi reservado para o tratamento do meio ambiente, tem-se ainda o capítulo III seção II que trata dos bens culturais, o capítulo II título VII que o coloca como princípio da ordem econômica e financeira, e título VII, capítulo II que tratou da política urbana, regulando o desenvolvimento das cidades, o art. 200 inc. VIII que trata do meio ambiente do trabalho, além dos artigos 5 inc. LXXIII, art. 23 inc. VI e VII, 24 inc. VI e VII, 129 inc. III, art. 174 parágrafo 3, art. 200, 216 e 186.

A lógica de proteção ao meio ambiente, separando seus elementos ao longo da Constituição, se justifica ao compreender que o constituinte entendeu que os outros temas de meio ambiente (cultural, urbano, do trabalho) já estavam consolidados na legislação e cultura social brasileira, por isso, não seria um problema colocá-los ao longo do texto. O tema ligado ao meio ambiente natural, entretanto, ainda estava por ser consolidando e por isso era necessário colocá-lo em um capítulo próprio destacando-o dos

outros. Mas não significa que estavam separando ou perdendo a sistematicidade da proteção ao meio ambiente, até porque os princípios deste perpassam a Constituição como tema retór, ligado diretamente ao direito fundamental a vida. Mesmo porque para Dworkin (1999, 2000, 2002) a intenção do legislador não é o ponto central da interpretação da norma e sim a sua atualidade segundo a visão da sociedade naquele momento de aplicação da norma.

Parte-se do pressuposto que a constituição brasileira, seguindo a teoria Dworkiana é principiológica e segundo a lição de Canotilho o texto constitucional de qualquer país pode ser dividido em três categorias de princípios:

os estruturantes, os gerais e os específicos. Os primeiros referem-se à estrutura do estado democrático de direitos (soberania, dignidade da pessoa humana etc, art 1º cf /88) só segundos corresponderiam aos princípios relativos às garantias individuais e coletivas previstas no art 5º sempre voltados à tutela da vida, isonomia, liberdade, etc tal como informa o caput do dispositivo. Já os princípios específicos são aqueles que direcionam a determinada ciência em particular (RODRIGUES, 2002, p. 133).

Fundamentando a completude da Constituição. Fato é que a constituição de 1988 ligou o meio ambiente e tudo que se relaciona a ele ao direito à vida (RODRIGUES, 2002) propiciando uma ligação direta com os direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 inova por proteger direitos e não bens, o que permite que o texto possa ser cumprido e lido de forma mais eficiente e diz LEITE e AYALA (2001, p. 78)

Assim uma vez que atua contribuindo na redefinição dos titulares constitucionais da cidadania, que passa a ser atual e potencial, que pode, apesar da proteção da fórmula jurídica específica para a cidadania ambiental, contaminar o conceito de cidadania uma vez que a leitura contemporânea da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana intenciona a realização do princípio da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, o que tornaria inconcebível a possibilidade das instituições optarem pela defesa típica de certos direitos ou condições jurídicas, em detrimento de outras.

O artigo 225 não diz claramente que está voltado apenas para o meio ambiente natural,

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (MEDAUAR, 2012, p.145)

entretanto, o faz na sua normatização, mas reafirmamos que a Constituição deve sempre ser lida no todo e não por artigos isolados. Quando Rodrigues (2002, p 65) diz que

uma demonstração de que o equilíbrio ecológico citado no caput do art 225 corresponde ao que se convencionou denominar de meio ambiente natural, e que, portanto, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado resultaria do produto obtido da soma dos fatores ambientais como os recursos ambientais

ele não se lembra que sem a configuração do meio ambiente artificial não há como manter o equilíbrio ecológico. O grande problema aqui é que o constituinte ao criar o artigo 225, se baseou na lei 6938/81, que trata apenas do meio ambiente natural, como pode ser visto de uma simples comparação textual. Logo ao interpretar o artigo 225 não se pode olvidar que ele sim pela lógica de interpretação sistêmica se aplica a todo o meio ambiente.

O artigo 225 traz uma série de atos do governo para implementar a proteção ambiental, entre eles a educação ambiental ponto importante para o despertar da sensibilidade, fator que possibilita a eficácia social às normas. Se, se busca criar uma norma que obrigue o cumprimento das outras, aqui está. Pois, é a partir da educação que se condiciona o cumprimento da norma. Não apenas o conhecimento delas, mas o despertar da sensibilidade de cumprimento dela. É a educação ambiental que propicia a consciência ecológica que efetivará a relação harmônica ser humano/natureza.

Além da responsabilidade governamental, a Constituição inova ao determinar a responsabilidade social perante o meio ambiente, onde a coletividade tem papel preponderante na defesa do meio ambiente, garantindo a participação cidadã. Assim "esta proposta visa, de maneira adversa, a abranger também a tutela do meio ambiente, independentemente da sua utilidade direta, e busca a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural, com ideais éticos e de colaboração e interação" (LEITE, AYALA, 2001, p.69)

A Constituição trouxe também nova configuração do que seria bem público. Até então bem público era os que pertenciam ao Estado, mas hoje ela tem este significado e o de bem destinado ao público. Assim quando se fala em bem público no caso dos bens ambientais o estado não é dono e sim gestor do bem destinado ao público, como bem define SOUZA (1995, p.38)

Anteriormente segundo a doutrina tradicional para

ser público o bem teria de pertencer a pessoa jurídica de direito público interno, ou não seria dessa forma considerado. Atualmente com base na teoria dos interesses difusos foi abandonada a necessidade de titulação concentrada no ente estatal, para dar a característica pública ao em. baseado na moderna teoria os interesses difusos, o meio ambiente passa ser considerado bem público, não porque pertença ao estado mas porque é considerado pela constituição direito de todos

Assim ele é *res communes omnium* na definição dos romanos, isto é, bem da comunidade, não interessando se ele pode ser individualmente utilizado ou pertença individualmente a alguém. Ele é voltado para a comunidade e não para o indivíduo. E aí entra a importância do poder de polícia, que é instituto da administração que visa disciplinar os usos destes bens evitando conflitos entre os administrados, sendo extremamente importante quando se refere aos recursos ambientais. Mas ainda há uma deficiência na constituição no que se refere a titularidade dos bens ambientais, pois, o legislador restringiu "a titularidade do bem ambiental ao povo brasileiro, quando sabemos que os limites territoriais não são sempre suficientes para definir o alcance conceitual do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado". (RODRIGUES, 2002, p. 69)

Outra inovação trazida pela Constituição se refere à questão indígena, que dá aos índios direitos originários e imprescritíveis de usufruto de suas terras e suas riquezas como bem entenderem, direito descrito no art. 231.

Nos artigos 215 e 216 a Constituição de 1988 traz a proteção em especial ao meio ambiente cultural - já em geral ela está também protegida no artigo 225 - definindo:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II produção, promoção e difusão de bens culturais;

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

V valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada

diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (MEDAUAR, 2012, p.141)

Assim, os artigos 215 e 216 Desdobram a cultura em memória, identidade e estética. Nestes artigos transparece claramente a aplicação dos princípios ambientais, especialmente a necessidade de desenvolvimento sustentável, Participação comunitária, Educação ambiental e Intervenção estatal. Ao constitucionalizar a proteção, o estado assume a responsabilidade de garantir a todos os brasileiros o pleno exercício dos direitos culturais, assumindo seu dever de viabilizar o exercício desses direitos fundamentais elencados. E como forma de realizá-lo, este cria órgãos públicos como: o Ministério da Cultura e políticas públicas como a Lei Federal de Incentivo à Cultura (Lei nº 8.313/91).

Parece razoável a existência de um dispositivo que pudesse encontrar uma intersecção entre uma política pública e o capital em benefício da sociedade. Mas, para isso, o governo tem que exercer sua função de planejador, regulador e fiscalizador da sociedade, implementando uma política capaz de efetivar projetos que sejam realmente de interesse público, como definem a Constituição e os princípios de Direito Ambiental. (BRANT, 2004)

Assim a Constituição é um ponto de partida para a defesa do meio ambiente, que assentou praticamente todos os princípios gerais de Direito Ambiental - princípios estes que ainda estão sendo desdobrados de forma escassa, porém constante. E a interpretação principiológica da Constituição de 1988 luta contra a separação entre meio ambiente natural e cultural como se fosse coisas apartadas. Imagina-se que a idéia é garantir maior proteção a ambos, mas no fim tornou ambas estanques como se não se relacionassem ou fossem interdependentes, gerando desacertos, como os percebidos no filme saneamento básico.

3.2.1 INCENTIVO GOVERNAMENTAL

O artigo 215 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dispõe expressamente sobre a proteção e incentivo à cultura:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. [grifos lançados] (MEDAUAR, 2012, p.141)

Um dos instrumentos base previstos na Constituição para a preservação e proteção da cultura são os mecanismo de incentivo governamental.

Segundo Silva (2007), a cultura não é apenas um fator social,

mas também pode ser expressada como um direito de todos os cidadãos. Esse direito implicaria tanto em manifestar sua própria cultura – entendida como conjunto de características e modos de vida de um determinado grupo – quanto em poder acessar e fruir os bens e produtos culturais disponibilizados no mercado. Importa observar que essa fruição não é passiva, pois o público também é colocado como parte integrante do processo de produção dos bens e produtos culturais na medida em que interferem e influenciam no que é produzido.

Importa também observar que os bens culturais, assim definidos pela própria Constituição de 1988, são tanto de caráter material quanto de caráter imaterial, de acordo com o disposto no artigo 216:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:[...] (MEDAUAR, 2012, p.141)

Ora, a definição do termo cultura, pelo nosso ordenamento jurídico, como não poderia deixar de ser diante de uma grande diversidade cultural vigente no país, é o mais amplo possível, comportando a agregação de valores e ampliação do seu significado, sem jamais se fechar às novidades e (re)interpretações que possam surgir.

O conteúdo do que deve ser preservado, contudo, passa pela participação dos cidadãos e produtores nos rumos da política pública de incentivo à cultura, sem que esta implique na interferência do Estado em questões de conteúdo do bem cultural produzido. Nesse sentido, Marilena Chauí (2006, p.138) diz:

Finalmente, o direito à participação nas decisões de política cultural é o direito dos cidadãos de intervir na definição de diretrizes culturais e dos orçamentos públicos, a fim de garantir tanto o acesso como a produção de cultura pelos cidadãos. Trata-se, pois, de uma política cultural definida pela idéia de cidadania cultural, em que a cultura não se reduz ao supérfluo, ao entretenimento, aos padrões do mercado, à oficialidade doutrinária (que é ideológica), mas se realiza como direito de todos os cidadãos, direito a partir do qual a divisão social das classes ou a luta de classes possa manifestar-se e ser trabalhada porque, no exercício do direito à cultura, os cidadãos, como sujeitos sociais e políticos, se diferenciam, entram em conflito, comunicam e trocam suas experiências, recusam

formas de cultura, criam outras e movem todo o processo cultural.

Como se pode perceber, o Estado tem o dever de fomentar/incentivar a cultura, sem interferir em seu conteúdo, deixando tal construção a cargo dos diversos grupos sociais num processo de afirmação e auto-afirmação de suas próprias identidades.

O incentivo e proteção à cultura são orientados pelo Estado a partir de mecanismos já existentes, como a catalogação e inventário para registro e tombamento de bens culturais, como o também por meio de mecanismos de financiamento à produção cultural.

O fomento e incentivo à cultura pode se dar mediante verbas destinadas especificamente para tanto, acessíveis pelos produtores culturais por meio de editais lançados pelo próprio Estado. Ou ainda pode se dar por meio de renúncia fiscal, ao permitir que parte dos valores que seriam arrecadados pelo governo por meio do pagamento de tributos sejam direcionados pelos contribuintes para projetos culturais previamente aprovados para a captação de recursos, à escolha do contribuinte.

Regra geral, a renúncia fiscal se dá por meio de doação ou patrocínio.

Para melhor organização, integração e sedimentação dos mecanismos de incentivo à cultura, o parágrafo 3º do artigo 215, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 48 de 10-08-2005, também traz a criação de um Plano Nacional de Cultura, com duração plurianual, que deve objetivar a integração entre os setores públicos e o desenvolvimento cultural do país. De fato, a Lei n. 12.343/10 instituiu o Plano Nacional de Cultura e cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais.

As diretrizes do Plano Nacional de Cultura têm previsão de 10 anos e os seus resultados e alcance serão monitorados pelo Ministério da Cultura.

4 ATUAÇÃO GOVERNAMENTAL

4.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1.1 LEGALIDADE

Disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988, o princípio da legalidade é um dos mais ressaltados pela doutrina acerca da Administração Pública. Comumente se afirma que o princípio da legalidade se aplica ao Poder Público de maneira inversa ao aplicado aos demais sujeitos da relação jurídica, isto porque a Administração deve respeitar concomitantemente outros princípios, como o da impessoalidade, moralidade e publicidade.

Assim, diz-se que, enquanto os sujeitos de direito em geral estão proibidos de fazer tudo o que a lei veda, a Administração somente pode agir se expressamente autorizada para tanto:

a posição do particular é distinta da posição do agente público. Ao primeiro é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. O agente público deve praticar ato se determinado ou permitido por lei no sentido lato. Ato praticados sem a observância dessa regra são inválidos, não podendo, por conseguinte, produzir efeitos válidos. (FARIA, 2007, p. 45)

Diante desse princípio, portanto, deve a Administração fundamentar todos os seus atos no ordenamento jurídico vigente, não podendo utilizar como amparo jurídico para sua realização apenas o princípio de autonomia da vontade conjugado com o fato do ato não ser defeso em lei, como poderia alegar um sujeito de direito particular.

Tem-se, pois, que a atuação do poder público ao implantar políticas públicas devem seguir obrigatoriamente as diretrizes constitucionais e o determinado na legislação, inclusive quanto aos percentuais e setores aos quais devem ser destinados os recursos públicos.

4.1.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Incluído no texto constitucional, *caput* do artigo 37, por meio da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, o princípio da eficiência passou a existir como um dos norteadores da atuação da Administração Pública.

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos provê para o futuro maior oportunidade para indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado. Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação." (CARVALHO FILHO, 2009, p.28) (grifos no original)

O princípio da eficiência, portanto, prescreve que a Administração Pública deve destinar seus gastos para atender as necessidades sociais de forma menos onerosa e de modo a atingir os

melhores resultados, por exemplo, na atuação de modo a prevenir o agravamento de uma necessidade.

No caso da obra em análise, é possível afirmar que a atuação eficiente da Administração Pública passaria pelo atendimento das necessidades de saneamento básico, de modo a prevenir doenças e outros problemas de saúde pública decorrentes da falta de saneamento. Nesse sentido, Cunha Junior (2009, p.909) afirma:

A atividade administrativa deve ser desempenhada de forma rápida, para atingir seus propósitos com celeridade e dinâmica, de modo a afastar qualquer ideia de burocracia.

Deve ser, outrossim, perfeita, no sentido de satisfatória e completa. Uma Administração Pública morosa e deficiente se compromete perante o administrado com o dever de indenização pelos danos causados e decorrentes da falta de rapidez e perfeição.

Ademais, é preciso ser rentável, pois ela deve atuar da forma menos onerosa possível, porém com a máxima produtividade, para alcançar os resultados ótimos.

Como se percebe, o princípio da eficiência exige da Administração Pública uma capacidade gerencial para destinar as verbas ao cumprimento ou prestação dos serviços cujas necessidades são mais urgentes e que podem gerar uma economia de gastos futuros.

4.1.3 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O Princípio da supremacia do interesse público não está expresso no artigo 37 da Constituição, contudo, os autores de Direito Administrativo afirmam que ele pode ser inferido a partir de uma análise sistemática das normas constitucionais.

Tal princípio, em linhas gerais, implica que as necessidades ou interesses coletivos devem ser atendidos preferencialmente em relação aos interesses individuais, pois os primeiros refletiriam os valores, inclusive jurídicos, que permeiam a sociedade, o que lhes garante maior relevância.

Importa destacar que o atendimento prioritário ao interesse público, em detrimento do interesse particular/individual, não significa que ele seja absoluto. Ao se tratar de direitos e garantias individuais fundamentais em confronto com o interesse público, não pode este sobrepujar os primeiros de modo a anulá-los ou inviabilizar o seu exercício. Dessa forma, o interesse público deve prevalecer nas decisões e políticas públicas implementadas pela Administração, desde que os direitos e garantias individuais estejam também resguardados.

4.2 Planejamento e Orçamento – planos plurianuais

Plano Econômico é um instrumento de governo no qual se estabelecem as diretrizes para a regulação das atividades econômicas no país, sendo diretivo para o setor privado e obrigatório para o setor público. Assim dispõe o artigo 174 da Constituição:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (ME-DAUAR, 2012, p.125)

Ora, o Plano Econômico e Plano Nacional de Cultura são obrigatórios para o Estado por força de disposição constitucional e devem estar conectados com o orçamento governamental.

Uma vez previstas as regras orçamentárias e as diretrizes dos planos, o Estado está vinculado ao seu cumprimento, devendo destinar cada verba ao setor previamente determinado. Neste sentido, é nítida tal situação na obra analisada durante a cena em que uma funcionária pública diz que não possui verbas para a realização de obras de saneamento básico, a única verba disponível seria para a produção de algum bem cultural.

Observe-se que a Administração Pública está adstrita ao disposto nas leis e diretrizes orçamentárias, mesmo porque há a aplicação do princípio da legalidade. O orçamento público é elaborado com anterioridade e prevê o montante e os setores onde serão gastos os recursos disponíveis para a atuação governamental.

Neste contexto, os planos plurianuais, como o de Cultura, são um instrumento interessante para gerir as políticas públicas para um determinado setor, bem como para garantir a duração prolongada de determinadas políticas. Tais planos permitem uma discussão mais aprofundada sobre quais rumos tomar na política de um determinado setor, como implementar as ações e políticas públicas e ainda garantem que tais políticas não sejam modificadas substancialmente ou abandonadas pelos governos subsequentes, pois são instituídos por lei.

A pertinência e atualidade das políticas públicas previstas pelos planos plurianuais, por sua vez, são garantidas pela previsão de reforma e readequação dos objetivos dos planos periodicamente.

A distribuição da verba entre os setores, contudo, deve obedecer ao princípio da eficiência, que rege a Administração Pública. A aplicação deste princípio implica que a distribuição de verbas deve ser feita de modo a atender ao máximo de necessidades do povo. Também implica atender as necessidades da forma menos onerosa e mais satisfatória possível.

Partindo do pressuposto de que devem ser atendidos os princípios do Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar, jun-

tamente com Heller e Fehér (1991, p.72)⁴que “as necessidades daqueles que mais sofrem têm de ter *prioridade de satisfação*.”, ainda que todas devam ser reconhecidas e contempladas em alguma medida pela atuação do Estado.

Neste ponto, aplicando-se preponderantemente o princípio da eficiência, poderia se dizer que o atendimento das necessidades básicas de saneamento dos personagens do filme devem ser atendidas em primeiro lugar, preferencialmente ao atendimento da necessidade de fomento e incentivo a uma produção cultural.

A Administração Pública, porém, não pode se descuidar de outro princípio que lhe norteia os atos, o princípio da legalidade.

Para, então, solucionar o impasse que surge, pode-se partir da auto-afirmação da própria comunidade em eleger quais das suas necessidades são mais prementes e, portanto, deveriam ser atendidas prioritariamente.

Ao criar planos para organizar sua prestação de serviços à sociedade, o Estado deve se pautar nos princípios da administração pública, especialmente a legalidade, supremacia do interesse público e a eficácia. Segundo Francisco, Faria e Costa (2006, p1)

Administrar bens públicos requer uma gestão fiscal responsável, ou seja, prioridade no atendimento ao cidadão, qualidade na aplicação dos recursos públicos, transparência e democratização da gestão pública. Essas são premissas básicas para uma gestão integrada do planejamento e orçamento, visando à melhoria da prestação de serviços públicos para atender às demandas da sociedade, dentro de um enfoque de modernização.

O foco então é: em que gastar? “A ação planejadora do Estado vai além da simples produção econômica, alcançando também o que ele define como “Produção Social”, que tem um sentido mais amplo que produção econômica, envolvendo diversos aspectos da vida social da população” (SOUZA, 2012).

É a “produção social a maior dificuldade do planejamento público, pois a resposta social é imprevisível, tornando impossível prever o retorno do planejamento. Segundo Souza (2012) “Modelos matemáticos podem ser úteis na simulação de diferentes cenários, mas nem sempre são eficazes, dada a complexidade decorrente das inúmeras reações possíveis, o que inviabiliza a construção de um modelo perfeito, que possa prever todas as variáveis envolvidas.”

Por não serem matemáticos, os problemas sociais e alguns problemas econômicos tem várias soluções possíveis e ao planejar, o ente deve escolher uma alternativa. E, é justamente nesse ponto que entram os aspectos políticos do planejamento. Mas deve se ter claro que a decisão governamental de como gastar envolve interesses da sociedade como um todo e não já como estabelecê-los apenas por critérios técnicos.

Segundo o próprio ministério do planejamento o ciclo é:

Mas a discussão surge quando analisamos como o governo determina o problema ou demanda social. Este ponto é crucial para o surgimento dos planos e é básico para o estabelecimento de orçamentos anuais dos entes federados.

No Brasil, hoje, temos a criação de vários planos com um impacto substantivo nos orçamentos que em última instância não conseguem atender ao real interesse social. Acreditamos que o



grande problema é o governo não propiciar efetivamente a participação social na determinação dos anseios da sociedade, deixando apenas ao cargo de técnicos, esta definição, no melhor dos cenários, pois quase sempre é uma questão de interesses políticos do próprio governo ou de sua base governista nos órgãos de representação que deveriam ser públicos (congresso, câmara de vereadores e afins).

A necessidade de se criar meios para que a sociedade participe diretamente destas definições urge e apenas assim conseguiremos

evitar casos como no filme “saneamento básico”.

4.3 VINCULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E PARTICIPAÇÃO DA POPULAÇÃO

Em razão da aplicação dos princípios constitucionais tem-se que, como já abordado, a Administração Pública tem seus atos vinculados. Os atos administrativos são vinculados não apenas à Constituição e à legislação infraconstitucional, como também são vinculados aos motivos e decisões da própria Administração.

Embora existam atos, da Administração Pública, considerados discricionários, estes são exceção dentro do ordenamento jurídico. Regra geral, todos os atos administrativos devem seguir estritamente o que está disposto na legislação e mesmo os atos discricionários não se eximem de motivação.

Como a Constituição estabelece que o Estado brasileiro é Democrático de Direito, estabelece também que a participação popular na política deve ser garantida e ampliada para os vários setores de tomada de decisão, não devendo ficar restrita ao ponto inicial de levantamento de problemas e demandas da sociedade como proposto pelo Ministério do Planejamento (figura acima). Isto para que as decisões e políticas públicas reflitam os reais interesses da sociedade a qual se destinam.

A participação política pode se dar de várias formas (PIZZORNO, 1975) e, a Administração deve implantar formas para que a sociedade efetivamente participe das decisões políticas. Uma vez implantada a participação popular, a Administração está vinculada às decisões oriundas dessa participação, não podendo deixar de cumpri-la.

Não se pode esquecer que, a Administração Pública deve levar em conta as necessidades da sociedade e atendê-las da melhor forma possível. Assim, por exemplo, se há a discussão pública e votação em orçamento participativo para a realização de uma ou outra obra, a Administração Pública está obrigada a realizar prioritariamente a obra eleita pela população como de maior interesse, pois se vincula às decisões tomadas, especialmente em âmbito de participação popular.

5 O FILME SANEAMENTO BASICO E MEIO AMBIENTE NAS POLITICAS GOVERNAMENTAIS

5.1 RESUMO DO FILME

O longa-metragem Saneamento Básico – o filme é uma produção de Jorge Furtado, de 2007, que apresenta uma crítica social ao planejamento público e ao descaso com as necessidades sociais.

O filme se passa na fictícia comunidade de Linha Cristal, distrito do município de Antonio Pádua, na Serra Gaúcha. Lá, a comunidade se reúne para formular uma carta para reivindicar a construção de uma fossa para tratamento do esgoto que estava causando mau cheiro e até doenças na comunidade.

Uma comitiva formada por Marina, seu marido Joaquim e seu pai Otaviano, vai a prefeitura apresentar a tal carta, e ao conversar com a secretaria do prefeito, já descobrem que a prefeitura não tem os 8 mil necessários para a realização da obra. Mas a mesma informa que existe uma verba de 10 mil reais para produção de um vídeo de ficção financiado pelo Programa de incentivo as obras

audiovisuais do Ministério da Cultura, e que seria um desperdício devolver o dinheiro ao governo federal.

Empolgada Marina aceita o desafio, imaginando produzir um filme de baixo custo que cumprisse os requisitos para obtenção da verba – ficção e de ser um curta metragem de 10 minutos – utilizando o restante da verba para construir a fossa.

Como nunca tivera contato com uma câmara de vídeo, feita de roteiro ou mesmo o significado de ficção, Marina inicia uma jornada para se familiarizar com estes temas e conta com a ajuda da comunidade, da família e da secretária da prefeitura para realizar o intento. E surge assim o filme o monstro do fosso, exibido pela primeira vez na cidade de Antonio de Pádua, torna-se um sucesso, atraindo vários turistas, mas o ponto inicial que era a realização da obra de saneamento básico, que é a feitura da fossa, acaba sendo interrompida, mas a cidade atrai verbas e turistas que querem ver o local onde se passou a história.

5.2 A SEPARAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE CULTURAL E MEIO AMBIENTE NATURAL COMO PROBLEMA PARA O ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES SOCIAIS

A questão ambiental e sua proteção, seja natural ou cultural, vêm crescendo muito nos últimos anos, demonstrando a preocupação estatal em implementar os preceitos constitucionais. A separação, entretanto, entre meio ambiente natural e cultural, que se configura na organização dos órgãos estatais, onde meio ambiente natural é tratado por um ministério e meio ambiente cultural por outro, é um problema tão grande quanto a falta de comunicação entre ambos. Ora, como já dito diversas vezes é impossível levar a cabo a proteção de um sem realizar a proteção do outro, e logo o trabalho deve ser comum para evitar aberrações como a que é retratada no filme “Saneamento Básico”, onde uma verba que poderia ser destinada ao meio ambiente, poderia possibilitar o tratamento do esgoto a céu aberto no povoado Linha Cristal. Mas a verba era direcionada apenas a proteção do meio ambiente cultural, o que não possibilitou seu uso obrigando os habitantes a pensar em outras formas de realização do que necessitavam. Manipulando a destinação final das verbas para o que realmente necessitavam.

O cinema é uma forma de manifestação cultural que deve ser protegido como todo o meio ambiente, este seu patamar é inquestionável e sua preservação tem significativo papel para a sadia qualidade de vida. E hoje como difusor de cultura imaterial tem sido um dos mais ameaçados, pois esta cada vez mais influenciado pela cultura estrangeira como por exemplo a trilha sonora para o curta produzido no filme que é “*It had to be you*”

Segundo REISEWTIZ (2004, p. 132) o patrimônio cinematográfico

é um bem da vida sobre qual incidem os direitos de preservação, tendo em vista sua importância para a garantia da sadia qualidade de vida humana, fazendo emergir o bem cultural. Este, por sua vez, é um recurso ambiental, com a roupagem dos interesses culturais, pois, como temos afirmado, sempre que nos deparamos com o direito a preservação de um bem que seja meio para garantia da qualidade de vida e/ou manutenção da vida em todas as suas formas, estamos diante de um recurso ambiental

Mas ao mesmo tempo o equilíbrio entre meio ambiente e desenvolvimento social numa região urbanizada exigira atenção a ações corretivas e mitigadoras de danos ambientais, visando realizar o bem estar da população. (HOGAN, 2006)

Na sociedade, como um todo, a captação e tratamento de água, assim como a coleta e tratamento (ou não) de esgotos implicam impactos ao meio ambiente, mas também aos orçamentos públicos e ao equacionamento das forças políticas de qualquer região (HOGAN, 2006). Mas o fator higiene na manutenção da saúde é direito fundamental. Água e esgoto então representam a qualidade ambiental que deve propiciar uma sadia qualidade de vida

Neste caso do filme surge inicialmente uma real contraposição entre meio ambiente natural e cultural, onde apenas um deveria ser protegido, o que é impossível na lógica ambiental. E que ao final demonstra esta não separação, pois o meio em que os cidadãos que aparecem no filme viviam acaba por influenciar na produção cultural, surgindo aí o monstro do fosso. Este sintetiza o meio ambiente em que os cidadãos de Linha Cristal vivem e sua relação com ele, desmascarando a falsa separação.

Outro ponto fragilizado das políticas públicas que aparece claramente no filme, é a falta da educação ambiental que pelo determinado na Constituição é ponto obrigatório como política pública do Estado, inclusive legalizado pela Lei de política nacional de educação ambiental, Lei 9.795/99. Apesar de querer a fossa, os cidadãos do vilarejo estão apenas preocupados com o mal cheiro que a poluição gera e não com a poluição em si, fato apresentado na fala inicial do filme quando Seu Otaviano interrompe a fala de Marina:

MARINA: É..., melhor... Então foi por isso, Sr. Prefeito, que a comunidade de Linha Cristal, reunida nas dependências da Moveleira Marghera, resolveu tomar providências a respeito...

SR. OTAVIANO (INTERROMPENDO): ... do cheiro de cocô. (risos)

Outro ponto que o filme critica claramente é a informação de massa veiculada pelos órgãos de comunicação que defendem o fim da poluição, a preservação do meio ambiente, mas não demonstram o porquê ou como isso deve ser realizado. Aparecendo como mais um modismo que a sociedade deve seguir por estar na moda. Isso pode ser percebido em dois momentos do filme, no próprio vídeo produzido ao final pelas personagens do filme e quando Silene critica seu namorado por sujar a cachoeira, mas não sabe lhe dizer o que fazer com a lata que ia jogar lá

SILENE: Jogar a lata na cachoeira?

FABRÍCIO: O que é que tem?

SILENE: O que é que tem? Imagino você, dono de uma pousada. Depois reclamam que aqui não tem turismo.

FABRÍCIO: Turismo? E quem vai vir fazer turismo aqui nessa cachoeira?

SILENE: Cheia de lata de cerveja, ninguém.

FABRÍCIO: Onde você queria que eu jogasse a lata?

SILENE: Ali. No mato. Parece idiota...

Assim, o filme traz uma discussão de fundo (ou seria de primeiro plano?) sobre o planejamento governamental e se seu cumprimento e principalmente se vem efetivando o princípio do interesse público primário que como conceitua Rodrigues (2002) pertence ao povo e que o estado encarrega de promover e efetivar.

5.3 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA TOMADA DE DECISÕES NAS POLÍTICAS PÚBLICAS – A BUSCA DA SOLUÇÃO

Como se viu, o planejamento público é obrigatório para a Administração Pública e deve seguir todos os princípios que regem a sua atuação, especialmente os princípios da legalidade, eficiência e supremacia do interesse público.

Uma vez cumprida a exigência constitucional e estabelecidos os orçamentos e planos plurianuais de atuação e políticas públicas, a Administração está vinculada a estes instrumentos de governo e gestão, devendo segui-los e cumpri-los, de modo a efetivar seus objetivos.

Garantir que a população participe de forma autônoma nos processos de elaboração dos planos plurianuais e orçamentos, bem como nas tomadas de decisões quanto às políticas públicas a serem implementadas implica garantir a efetiva participação política dessa população.

Uma vez garantida a participação política, é de se considerar que as diretrizes para as políticas a serem implantadas em uma determinada comunidade devem ser estabelecidas pela própria comunidade.

Cada comunidade vive momentos de tensão e aproximação

com outros grupos culturais em razão de semelhanças e diferenças culturais e valores sócio-historicamente construídos. Assim, cada sociedade forma sua identidade cultural, pautada por seus próprios valores, que se refletem em suas maneiras de agir. A identidade, como lembra Taylor (1994) também é moldada pelo (não)reconhecimento da sociedade por outros grupos, inclusive o Estado/Administração Pública.

Ressalte-se mais uma vez a necessidade de se garantir a participação da população nos processos de decisão política, pois, caso contrário, corre-se o risco de a Administração decidir com base em valores alienígenas e implementar políticas públicas que não reconheçam nem sejam efetivamente reconhecidas pela comunidade a qual se destina.

Se cada comunidade possui seus próprios valores e identidade cultural, as necessidades de cada comunidade são também diferentes e características, bem como a sua ordem de importância para satisfação.

Ora, dessa forma, o único sujeito apto a declarar qual a necessidade mais premente de uma comunidade, portanto a que deve ser atendida preferencialmente, é a própria comunidade, pois ela se forma e se constitui a partir de uma autodeterminação. E esta autodeterminação é garantia constitucionalmente estabelecida.

Assim, se não há a dicotomia entre cultura e meio ambiente, as necessidades de uma comunidade passam por estes dois aspectos, ora colocando um ora outro em maior destaque. Diante disso, é a comunidade que determina quais valores a serem implementados pela política pública e de que forma, de maneira a preservar sua cultura e sua forma de interação com o meio ambiente.

6 CONCLUSÃO

Retomando os problemas apresentados em "Saneamento Básico, o Filme", é possível verificar a necessidade de implementação de políticas públicas pelo Estado brasileiro que protejam o meio ambiente de forma integral como reconhecido e apresentado no âmbito internacional e necessário a sua real aplicação.

A situação apresentada no filme demonstra a separação entre Estado e comunidade, que não pode ocorrer por ferir os princípios constitucionais e da Administração Pública.

O Estado deve buscar garantir a participação comunitária e a educação ambiental estabelecida pela Constituição da República para a real efetivação do Estado Democrático de Direito, existente no Brasil.

Assim, população e Estado devem trabalhar conjuntamente evitando as atuais disparidades entre interesse público e planejamento administrativo.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRANT, Leonardo. *Mercado Cultural: panorama crítico e guia prático para gestão e captação de recursos*. 4. ed. rev. São Paulo: Escrituras Editora Instituto Pensarte, 2004. (Coleção visões da cultura).
- BRASIL. *Decreto n. 80.978*, de 12 de dezembro de 1977. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaFormPesquisa.action>>. Acesso em: 10/2010.
- _____. *Lei nº 8.313, de 23 dezembro de 1991*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8313cons.htm> Acesso em 30 de abril de 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006. 147p.
- CHAVES, Luana Hordones. SANTOS, Héder Júnior dos. Saneamento Básico Ou O Monstro da Miséria da Cultura De Massas. In: *Baleia na Rede*. Revista online do Grupo Pesquisa em Cinema e Literatura, São Paulo, v. 1, n. 6, dez, 2009, p. 74-90. Disponível em < http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/BaleianaRede/Edicao06/f_saneamento_basico.pdf>. Acessado em: 20/03/2012
- COIMBRA, José de Ávila Aguiar. *O outro lado do meio ambiente*. Campinas: Millennium, 2002.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. Ed. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2009.
- DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socio-ambiental: perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: SENAC, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. ***O império do direito***. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de principio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*: atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 804 p.
- FRANCISCO, Jailton Gonçalves. FARIA, Maria Leonor Veiga. COSTA, Helder Gomes. *Planejamento e Orçamento Públicos: uma Revisão da Literatura*. In: *Anais do III SEGeT*: Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. Disponível em <http://www.aedb.br/seget/artigos06/763_Artigo%20%20Jailton%20III%20SEGeT%20ago%2006.pdf>. Acessado em: 20/03/2012.
- FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. London, New York: Verso, 2003. 276p.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HELLER, Agnes. FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. 240p.
- _____. *The Postmodern Political Condition*. Cambridge: Polity, 1991. 167p.
- HOGAN, Daniel Joseph et AL. Conflitos entre crescimento populacional e uso dos recursos ambientais em bacias hidrográficas do estado de São Paulo. In: TORRES, Haroldo. COSTA, Heloisa (orgs) . *População e Meio Ambiente: debates e desafios*. 2.ed. São Paulo: Secac, 2006. p. 233-269
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo , v.6, n.22 , p.62-80, abr./jun. 2001.
- BRASIL. *Constituição Federal*: coletânea de legislação de direito ambiental. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012. 1117 p. (RT mini códigos).
- MINISTÉRIO do Planejamento do Brasil. PPA. *Programas de Governo Finalísticos*. Disponível em: <www.planejamento.gov.br/arquivos_down/spi/ppa/2008/003_anexo1.pdf> Acesso em: 20 mar. 2012.
- PIZZORNO, Alessandro. Introducción AL Estudio de La Participación Política. In: PIZZORNO, Alessandro; KAPLAN, Marcos; CASTELLS, Manuel. *Participación y cambio social en la problemática contemporánea*. Buenos Aires: Siap-Planteos, 1975. 173p.
- RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 4.ed. Mexico: Porrúa 1970. 717p.
- REISEWITZ, Lúcia. *Direito Ambiental e Patrimônio Cultural: direito a preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002. v.1.
- SANEAMENTO básico, o filme. Direção: Jorge Furtado. Produção: Nora Goulart e Luciana Tomasi. Intérpretes: Fernanda Torres, Wagner Moura, Camila Pitanga, Bruno Garcia, Paulo José, Tonico Pereira e Lázaro Ramos. Direção de Fotografia: Jacob Solitrenick. Roteiro: Jorge Furtado. Columbia Tristar c 2007. 1 DVD (112 min.), widescreen, color.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, 9.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a que tenho Direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007. 188 p.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.
- SOUZA, Alexandre Barreto de. *Planejamento Governamental no Brasil*. Disponível em: < <http://www.angelfire.com/ar/rosa01/page16.html>>. Acessado em: 20/03/2012
- SOUZA, Marcelo Gomes de. **Direito minerário e meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. 181p.
- TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton: Princeton University Press, 1994. xv,175 p.
- TEIXEIRA, Sabrina Areias. DOULA, Sheila Maria. Mídia e jovens rurais: discutindo esse relacionamento em A máquina e Saneamento Básico. In: **Anais do Intercom**: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste. Vitória, ES – 13 a 15 de maio de 2010. Disponível em < <http://www.intercom.org.br/sis/regional/resumos/R19-0400-1.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Fabriz, 1993.

(ENDNOTES)

1 Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito Ambiental pela Universidad Internacional de Andalucía. Doutoranda em Geografia pela UFMG em convênio da Université d'Avignon (França). Professora de Direito Ambiental, História do Direito e Metodologia do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Doutoranda em Direito pela UFMG. Professora da Faculdade Estácio de Sá de Belo

3 Trazendo a colação a teoria de Norberto Bobbio (1992) os interesses difusos ou direitos difusos são a 3ª geração de direitos, onde a participação democrática é essencial, pois o titular do direito não é identificável e a satisfação do direito só se realiza numa perspectiva comunitária. A primeira geração, segundo ele é a direitos individuais e a segunda de direitos coletivos. Apesar de neste trabalho acreditar-se que os direitos humanos não são passíveis de fragmentação, formando um todo onde os novos se acrescentam aos já estabelecidos, adaptando os as novas situações geradas na sociedade, como acredita *Antonio Augusto Cançado Trindade* (1993) . A teoria da geração de direitos ainda é a forma mais didática de apresentar os direitos por expô-los à época histórica de seu surgimento.

4 "the needs of those suffering most have to have a *priority in satisfaction.*" (grifos no original)

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI Nº 11.445/07

Camila Antunes Notaro¹

RESUMO: O saneamento básico, serviço público essencial às condições de vida digna, deve ser prestado de forma a atender a todos os cidadãos, cabendo ao Estado implementar políticas públicas que garantam a efetividade desse serviço. Considerando-se os grandes investimentos que o setor sanitário requer, a delegação de sua prestação a entidades não integrantes da Administração é um importante instrumento para a eficiência do serviço prestado. Nesse panorama, de acordo com as diretrizes instituídas pela Lei nº 11.445/07, encontram-se as Agências Reguladoras, responsáveis pela regulação e fiscalização do serviço concedido. O presente trabalho visa identificar os pontos mais relevantes da atuação dessas entidades, bem como seu papel na universalização do direito ao saneamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Saneamento; Regulação.

ÁREAS: Direito Administrativo e Direito Constitucional

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, foram traçadas importantes diretrizes nacionais para o setor de saneamento básico, que carecia de uma normatização que viesse a efetivar e sistematizar a prestação de tal serviço.

Dentre tais diretrizes, destaca-se a possibilidade de delegação desses serviços com a consequente indicação do ente regulador, que será responsável pela edição de normas técnicas, econômicas e sociais, referentes à prestação dos serviços.

Nesse sentido, é importante verificar o papel que as Agências Reguladoras desempenham nesse setor e como se dá a atuação dessas dentro dos novos parâmetros do setor sanitário instituído pela legislação regente.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO E A TITULARIDADE DO SERVIÇO

O artigo 3º do mencionado diploma legal previu o que vem a ser "saneamento básico", definindo-o como um conjunto de serviços referentes ao abastecimento de água potável, ao esgotamento sanitário, à limpeza urbana, ao manejo de resíduos sólidos, à drenagem e ao manejo das águas pluviais.

É notória a relação direta entre o saneamento e as condições de vida digna, na medida em que garantem a manutenção da dignidade da pessoa humana:

É evidente o vínculo indissociável entre saneamento básico e direitos fundamentais. Os direitos

fundamentais se traduzem na atribuição a todo e qualquer indivíduo de condições de sobrevivência como "sujeito" (e não como "objeto") da vida. Isso envolve o fornecimento de utilidades materiais e imateriais que assegurem a existência saudável e a proteção contra os fatores nocivos do meio-ambiente circundante, de modo a propiciar o desenvolvimento de todas as potencialidades individuais e coletivas. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 17)

O direito ao saneamento básico é, portanto, direito fundamental de cada brasileiro, sendo um dever do Estado a implementação de políticas públicas que visem à sua efetivação. Dentro de uma concepção ativa do Estado Democrático de Direito, este não deve apenas deixar de promover atos lesivos aos direitos individuais, devendo atuar de forma que se eliminem os obstáculos à plenitude da vida humana.

Marçal Justen Filho (2005, p.19), citando o pensamento de Eberhard Schmidt-Assmann, observa que "junto à proibição de excesso – própria da dimensão defensiva dos direitos fundamentais – pode-se falar hoje também da proibição de omissão, que resulta da vertente protetora dos mesmos direitos".

Sendo, pois, um dever estatal, cabe, ainda que de maneira breve, destacar a discussão quanto à titularidade desses serviços, o que nos dizeres de Toshio Mukai (2007, p.37), "foi o assunto responsável pelas idas e vindas do projeto de lei, tendo em vista divergências quanto à titularidade dos serviços de saneamento básico, em especial, em nível metropolitano".

A Constituição da República de 1988, ao tratar da repartição

de competências dos Entes Federativos, conferiu à União, nos termos do artigo 20, inciso XX, competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

A propósito, o Professor Luiz Roberto Barroso aduz competente explicação:

A União, portanto, poderá fixar parâmetros nacionais no que diz respeito à prestação do saneamento, como, e.g., da qualidade ou técnicos, de modo inclusive a inserir o saneamento na política nacional de gerenciamento dos recursos hídricos. Não custa lembrar que "instituir diretrizes" não autoriza a União a exaurir o tema, de modo a esvaziar a autonomia dos entes federativos competentes para prestar o serviço. (BARROSO, 2002, p.220)

Aos Municípios foi atribuída a faculdade jurídica para legislar sobre assuntos de interesse local, conforme disposto no artigo 30, inciso I, da Constituição da República de 1988. No que tange à competência material dos Municípios, compete-lhes, de acordo com a Carta Magna:

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

(...)De acordo com Toshio Mukai (2007, p. 38) "os serviços de distribuição de água domiciliar e os de esgotamento sanitário, sem dúvida nenhuma, são de peculiar interesse local e, portanto, sua titularidade pertence ao Município".

Assim, em que pese o marco regulatório do saneamento básico (Lei 11.445/07) não dispor expressamente sobre o assunto, conclui-se pela regionalização do serviço.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O SANEAMENTO BÁSICO

O modelo de Estado Regulador surge com a derrocada do modelo providencialista. O Estado de Bem-Estar ou Estado Providência gerou benefícios que implicaram o aumento exacerbado da população, sem o respectivo aumento dos recursos estatais. Esse fenômeno gerou uma situação de inviabilidade econômico-financeira do modelo, ocasionando, por sua vez, a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado:

A elevação dos passivos governamentais, prove-

nientes de sucessivos prejuízos orçamentários, reduziu a capacidade estatal de executar satisfatoriamente os encargos que assumira. A manutenção dos projetos de satisfação do interesse coletivo demandava a existência de recursos de que o Estado não mais dispunha. Além disso, as dívidas foram se acumulando de modo a impedir até mesmo o custeio de despesas essenciais (JUSTEN FILHO, 2002, p.19).

Como se vê, a crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu à diminuição da intervenção direta estatal no domínio econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal, caracterizado pelo predomínio das funções regulatórias, que disciplina tanto a atuação dos particulares como o setor dos serviços públicos:

A atividade de regulação estatal envolve - dentro das balizas acima divisadas - funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com a abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve, como veremos mais adiante, atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. (MARQUES NETO, 2005, pp.36-37.)

A regulação, como bem explica Carlos Ari Sundfeld (2002, p.23), "é a característica de um determinado modelo econômico, no qual o Estado não assume efetivamente o exercício de uma certa atividade econômica, mas sim, intervém nesta atividade, utilizando-se para tanto de instrumentos de autoridade".

A Lei nº 11.445/07 trata da regulação em vários artigos. O primeiro a dispor nesse sentido é o artigo 8º, que preceitua que os titulares dos serviços públicos de saneamento poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços.

A delegação é a forma básica pela qual o Estado processa a descentralização. Essa "consiste no fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração". (CARVALHO FILHO, 2007, p.305).

A delegação, por sua vez, pode ocorrer de duas formas: delegação legal e delegação negocial. De acordo com os ensinamen-

tos de José dos Santos Carvalho Filho (2007), na delegação legal o processo de descentralização é formalizado por meio de lei, que ao mesmo tempo em que admite a descentralização, autoriza a criação de pessoa administrativa para executar o serviço. Já na delegação negocial o serviço é transferido para particulares, sob as formas de concessão ou permissão.

A Lei nº 11.445/07, em seu artigo 10, preceitua que a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular, ou seja, hipótese de delegação negocial, depende da celebração de contrato.

Sendo o saneamento básico atividade que demanda grandes investimentos em infraestrutura, não se afigura viável, geralmente, sua assunção pelo Estado. Com efeito, como o Ente competente para prestar os serviços de saneamento básico é o Município, vê-se que a capacidade de investimentos deste é muito pequena face ao alto custo dos investimentos no setor, principalmente no tocante à água e esgoto:

Nesse contexto surge a necessidade do Estado delegar o exercício da atividade de saneamento básico a outras entidades, sejam elas privadas ou empresas estatais ligadas a outros entes federativos. Essa delegação, porém, não prescinde de uma intervenção regulatória por parte do titular do serviço público de saneamento básico, o que por si só impôs as disposições legais que ora se analisa (TOSHIRO MUKAI, 2007, p.59).

O artigo 11, por sua vez, estabelece condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

Art.11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta

públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

Como se vê, é requisito da delegação do serviço de saneamento básico à entidade não integrante da Administração, a designação da entidade de regulação e de fiscalização.

Apesar da Lei nº 11.445/07 não mencionar expressamente, essa regulação é feita por uma Agência Reguladora, que de acordo com Carvalho Filho (2007, p.422) "nada mais é que uma autarquia sob regime especial". Esse regime especial se caracteriza pela existência de certas prerrogativas, quais sejam: poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira.

O poder normativo técnico significa que essas autarquias recebem das respectivas leis, competência para a edição de normas técnicas, inerentes ao exercício da atividade regulada. Nesse sentido, o diploma legal em comento estabeleceu, em seu artigo 23, os pontos que necessariamente tal normatização deverá ter, *in verbis*:

Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

I - padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços;

II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas;

III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos;

IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;

V - medição, faturamento e cobrança de serviços;

VI - monitoramento dos custos;

VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados;

VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação;

IX - subsídios tarifários e não tarifários;

X - padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação;

XI - medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento;

XII - (VETADO).

§1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

§2º As normas a que se refere o caput deste artigo fixarão prazo para os prestadores de serviços comunicarem aos usuários as providências adotadas em face de queixas ou de reclamações relativas aos serviços.

§3º As entidades fiscalizadoras deverão receber e se manifestar conclusivamente sobre as reclamações que, a juízo do interessado, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços.

Os pontos elencados pelos incisos do mencionado artigo se fazem necessários para a efetivação da atividade regulatória sob pena de que, sem tais aspectos básicos, o exercício da atividade ocorra de forma insatisfatória.

Destaque-se, dentre os aspectos elencados pelo supracitado artigo, os mecanismos de participação popular. É o que o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 45) chama de "administração pública consensual", que adquire seu verdadeiro sentido no contexto da transferência da execução de atividades estatais a entes da sociedade.

Ao analisar os processos regulatórios, Gustavo Binbenojm leciona que:

O fomento à participação dos cidadãos em procedimentos administrativos – e, notadamente, nos processos regulatórios – tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de legitimidade da atuação da Administração Pública. Com efeito, à translação dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma efetiva translação dos mecanismos de participação popular. Neste sentido, a governança por autoridades administrativas independentes, desafia a teoria democrática à revisão de parte dos seus instrumentos e ao desenvolvimento de novos modelos teóricos de autogoverno coletivo. (BINENBOJM, 2006, p. 289-299).

Como se vê, os mecanismos de participação popular que deverão ser adotados pelas Agências tais como, audiências públi-

cas e consultas públicas, prestam-se a tornar mais transparente a atuação destas, na medida em que efetivam os interesses dos usuários do serviço público de saneamento.

Por sua vez, a autonomia decisória significa que os conflitos administrativos serão solucionados por meio dos próprios órgãos da autarquia, sem que haja a possibilidade de eventual recurso dirigido a autoridades da pessoa federativa a qual se vincula a Agência.

No que tange à autonomia administrativa, essa consiste no fato de que os dirigentes das Agências são investidos por tempo certo. Explicitando o pensamento de CARVALHO FILHO (2007, p. 426) "são nomeados para prazo determinado fixado na lei, não ficando a mercê de critério político do Ministério supervisor, nem da usual e condenável prática da descontinuidade administrativa, tão prejudicial às metas que as instituições buscam alcançar". Como menciona SUNDFELD (2002, p.24), "na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes".

Por fim, a autonomia econômico-financeira demonstra que essas autarquias recebem dotações orçamentárias e possuem recursos próprios.

A lei nacional do saneamento básico elencou as autonomias decisória, administrativa e financeira como princípios da regulação, em seu artigo 21, como se observa:

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:

I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;

II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

O primeiro princípio liga-se a ideia de que a função regulatória deve ser independente de ingerências por parte dos Poderes do Estado, especialmente do Executivo, garantindo-se assim que as decisões e fiscalizações perpetradas pela Agência Reguladora tenham caráter estritamente técnico, coadunando-se com o segundo princípio expresso no diploma legal.

Cabe ressaltar que a Lei Nacional do Saneamento Básico previu que a regulação também poderá ser exercida, além dos entes reguladores, por consórcios públicos ou convênios de cooperação entre entes da Federação, como preceitua o artigo 15, ao dispor:

Art. 15. Na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas:

I - por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas

competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal;

II - por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

Parágrafo único. No exercício das atividades de planejamento dos serviços a que se refere o caput deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores.

Como bem leciona Aguirre de Castro (2009, p.281) "neste aspecto a Lei faz menção expressa e nova referência a delegação das atividades de regulação e fiscalização através de consórcios públicos ou convênios de cooperação entre entes da Federação e, portanto, induz sua real intenção para a regulação do setor".

Cabe ressaltar que, apesar de toda a autonomia de que gozam as Agências Reguladoras, isso não as torna imunes ao controle de suas atuações. Na lição de Justen Filho (2002, p.584) "A concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação".

Nesse sentido, temos o controle pelo Poder Judiciário, o controle popular, o controle parlamentar, o controle pelo Ministério Público e o controle pelo Tribunal de Contas, sendo ferramentas necessárias ao bom desempenho atividade regulatória conferida às Agências.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O serviço público de saneamento básico, atividade ligada ao mínimo existencial, deve ser prestado de forma efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando-se os grandes investimentos que o setor demanda, e que os municípios brasileiros, em sua grande maioria, não dispõem de recursos suficientes para prestar esses serviços, faz-se necessária sua delegação a particulares.

Para tanto, a Lei n° 11.445/07 prevê a definição de um ente regulador e fiscalizador, papel que, no cenário brasileiro contemporâneo, tem sido feito pelas Agências Reguladoras. Observe-se que não é obrigatória a instituição de uma Agência a regular o serviço de saneamento de todos os municípios, mas, apenas daqueles em que sua prestação não se der de forma direta, ou seja, quando houver concessão ou permissão do serviço de saneamento.

As Agências, por sua vez, surgidas no contexto do Estado Regulador, contam com grande autonomia, o que lhes legitima, dentre outros, poderes decisórios e normativos, necessários ao

cumprimento do papel que lhes atribui a Lei do Saneamento.

Para que prestem seus serviços de forma eficiente, a mencionada legislação preocupou-se em estabelecer requisitos para sua atuação, como padrões mínimos de qualidade, avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados e mecanismos de participação popular.

A essas entidades, especificamente no tocante ao setor de saneamento, não compete apenas regular o serviço concedido, devendo utilizar-se desses instrumentos regulatórios para efetivar a universalização do acesso ao serviço de saneamento, princípio vetor da legislação analisada.

Assim, apesar de toda independência de que dispõem, devem atentar no exercício de suas atividades para a realização dos interesses não somente do Estado ou das concessionárias de serviços públicos, mas, também para o interesse de seus usuários, que são, em última instância, os beneficiários de sua existência.

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.13, abr/maio 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 6 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n° 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 jan. 2007. p.018055.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. Regulação dos Serviços de Saneamento Básico e a Lei n° 11.445/07. In: Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei n° 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Parecer sobre a minuta de anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico para o Ministério das Cidades. Revista Jurídica, v. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVL_03/revista/Rev_72/Pareceres/saneamento_complementar_MarçalJustenFilho_1.pdf>. Acesso em: 6 maio 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras Independentes.

tes: fundamentos e seu Regime Jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOSHIO MUKAI. Do exercício da titularidade. In: Saneamento básico: diretrizes gerais. Comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

(Endnotes)

1 Mestre em Estudos de Linguagens pelo Centro Federal de Educação Tecnológica - CEFET/MG. Procuradora - Chefe da Agência Reguladora dos Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito Constitucional I do Centro Universitário Newton Paiva.

O CONTRATO COMO OPERAÇÃO ECONÔMICA: CONTRIBUTO CIENTÍFICO A PARTIR DA OBRA DE ENZO ROPPO

Ivan Guimarães Pompeu¹

Renata Guimarães Pompeu²

RESUMO: A Análise Econômica do Direito considera que os agentes que se articulam agem de forma racional, delineando atuações consistentes como recurso para a maximização de seus interesses. A reflexão que se propõe reside na noção de maximizar auto-interesse no universo capitalista. Pretende-se esclarecer que a conduta que promove interesse próprio nem sempre recusa, rejeita ou prejudica interesse comum, bem como a conduta que afirma considerar o bem-estar social nem sempre auxilia no desenvolvimento de todos. E o contrato por possibilitar uma evidente circulação de riquezas pode, deve e existe para articular o cenário público e o privado.

PALVRA-CHAVE: Contrato – Enzo Roppo

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil. Direito Empresarial.

1. INTRODUÇÃO

A motivação jurídica ou a hipótese metodológica que mobilizou a redação do presente texto reside na articulação inseparável entre os contratos e a Economia³. O contrato como operação de natureza multidisciplinar se projeta em espaços como o Direito, a Economia, a Sociologia e a Hermenêutica. O tema aqui investigado refere-se ao contrato em sua acepção jurídica como instrumento organizador e legitimador da operação econômica. Considerar ou estudar o instituto contratual sem o obrigatório viés econômico que lhe é próprio representaria descompromisso científico. O estudo do contrato à luz da Análise Econômica do Direito⁴ significa trazer ao debate mais uma, dentre tantas, ferramentas hermenêuticas⁵.

O que se quer dar ênfase aqui é que a noção de contrato como realidade jurídica deve sempre considerar a operação econômica⁶ que lhe subjaz, pois assim tornará consistente o arcabouço legal do direito dos contratos. O contrato como operação econômica foi investigado por Enzo Roppo em sua clássica obra *O Contrato* (2009), e também abordada na obra de título idêntico, mas escrita sob o nome de Vincenzo Roppo, *Il Contratto* (2001).

O propósito é recuperar algumas das reflexões de natureza econômica feitas pelo autor italiano articulando-as ou reinterpretando-as sob a ótica dos conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito, tais como riqueza, eficiência, agente racional⁷, custos de transação⁸, mercado, simetria e assimetria de informações, externalização sobre terceiros, dentre outros.

Neste caminho sugere-se como recurso conceitual esclarecedor a concepção de empresa firmada por Ronald Coase⁹ como

um complexo ou “feixe” de contratos cujos custos de transação são extremamente relevantes. A empresa representaria um contexto dinâmico de atividades, relações e transações econômicas, traduzidas juridicamente pela figura do contrato. A natureza contratual da empresa é trazida aqui, pois auxilia a reflexão sobre o ajuste contratual de condutas. Ela ilustra um contexto de evidente e natural consideração dos aspectos econômicos, presentes nas relações jurídicas ditas contratuais.

O contrato como realidade jurídica que é, representa, em linhas gerais, um acordo ou ajuste de condutas, legitimado pelas diretrizes que emanam do princípio da autonomia negocial. Ser autônomo no âmbito do Direito Privado pressupõe a titularidade de um poder jurídico de se auto-regular, denominado autonomia privada. Mas, nem todos os espaços do Direito Privado permitem o pleno exercício desta autonomia, pois neles se impõe o heterônimo comando legal, cuja natureza é essencialmente coerciva.

O contrato como fato jurídico revela natureza complexa que se inicia por legitimar um fato social de conteúdo patrimonial (sendo um dos seus principais elementos a articulação econômica), compondo, em seguida, uma realidade técnica (caminhando pelos planos da validade e eficácia), cujas normas jurídicas que o regulam surgem das regras e princípios legais. (ROPPO, 2009). E todas estas realidades ocorrem ao mesmo tempo, simultânea e sequencialmente.

Subjacente a este conceito técnico de contrato mencionou-se a presença da operação econômica em que se dá a articulação de interesses entre particulares. O que se troca por meio da transação apresenta sempre uma natureza patrimonialmente apreciável. Porém, o processo dessa operação econômica conta

igualmente com preocupações ou expectativas de ordem existencial. A formação do vínculo, seja ainda em nível anterior ao mundo jurídico, como fato social, pressupõe uma rede de pretensões imaginadas pelos agentes para realizarem as trocas.

A Análise Econômica do Direito considera que os agentes que se articulam agem de forma racional, delineando atuações consistentes como recurso para a maximização de seus interesses. A reflexão que se propõe reside na noção de maximizar auto-interesse no universo capitalista. Pretende-se esclarecer que a conduta que promove interesse próprio nem sempre recusa, rejeita ou prejudica interesse comum, bem como a conduta que afirma considerar o bem-estar social nem sempre auxilia no desenvolvimento de todos. E o contrato por possibilitar uma evidente circulação de riquezas pode, deve e existe para articular o cenário público e o privado.

A operação econômica recebida no plano da existência do mundo jurídico ilustraria, assim, as escolhas racionais (COOTER e ULEN, 2000) ou a disposição negocial de cada parte, as quais apresentam interesses contrapostos, mas ajustáveis. No processo de negociação os participantes considerarão o que já se mencionou como custo de transação. Além das expectativas existenciais propriamente ditas, o contrato pressupõe também uma contabilidade de custos de maneira a gerar uma escolha consistentemente articulada.

Considera-se que o processo negocial dos contratos sempre deverá articular fatores de heteronomia (condutas realizadas por dever/necessidade) e de autonomia (condutas movidas por vontade). O contrato organiza tecnicamente, ou legitima a operação econômica que é constituída por um sistema de trocas em que cada parte é influenciada por variáveis múltiplas (aqui denominadas custos de transação) para que se produza a escolha possível, pressupostamente consistente.

2. DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O CONTRATO

A disciplina jurídica dos contratos segue como orientação básica todas as normas legais relativas ao negócio jurídico e neste contexto destaca-se, na essência, o poder negocial e a composição das categorias jurídicas. O contrato tem seu relevo como negócio jurídico que é por meio do exercício da autonomia privada para possibilitar a composição do conteúdo que se pretende na relação negocial.

Entretanto além do destaque dado à autonomia contratual e sua possibilidade de exercício entre o campo da heteronomia, o contrato também apresenta uma estrutura jurídica clássica que o define como negócio jurídico bilateral para permitir a criação,

modificação, extinção e manutenção de direitos e obrigações cuja natureza patrimonial é predominante.

Até aqui procedemos à identificação de uma sequência, uma articulação de termos, na qual parece oportuno decompor o conceito de que nos ocupamos: operação econômica – contrato – direito dos contratos. Quer dizer: a operação econômica, na sua materialidade, como abstracto real necessário e imprescindível daquele conceito; o contrato como formalização jurídica daquela, isto é como conquista da idéia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idônea para tal fim; o direito dos contratos, como conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico, e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizado a determinados fins e a determinados interesses – ao complexo das operações econômicas efectivamente levadas a cabo. (ROPPO, 2009, p. 11)

Para que se discuta então o contrato como operação econômica é necessário o retorno à definição de sua estrutura jurídica clássica, porém apresentando renovada percepção do fenômeno da autonomia privada que deve ser compreendida entre a rede de heteronomia que a compõe.

2.1. O conceito jurídico

O contrato como conceito jurídico pretende destacar a formalização pelo Direito de uma conduta humana autônoma, consciente e intencional na escolha do conteúdo eficaz da operação econômica que ele reveste. "Contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (...) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir uma série de princípios e regras de direito." (ROPPO, 2009, p. 7).

Torna perceptível que o contrato como conceito jurídico é distinto da operação econômica, embora seja ela efetiva projeção do fenômeno negocial que pode ser imaginado num plano, no mínimo tridimensional, se considerados o conceito jurídico, a operação econômica e o direito dos contratos. A partir de sua realidade como estrutura da ciência do Direito, válida a existência da relação econômica. Aqui se imagina a construção jurídica, a partir, por exemplo, da verificação dos pressupostos para a sua existên-

cia. A identificação da presença de um agente que externaliza sua vontade de alguma maneira ou forma, seja ela escrita ou oral, por exemplo, em relação a determinado conteúdo jurídico, marcaria os indícios iniciais da existência de um contrato.

Além disso, para que se possibilite a concretização do contrato em sua acepção técnico-jurídica é necessária a identificação de um ajuste de condutas ou de um "acordo de coordenação de condutas." (ARAÚJO, 2007, p. 14). O ajuste de condutas costuma ser denominado de acordo de vontades, mas se aqui a opção se dá pela ênfase na natureza heterônoma da autonomia contratual, parece preferível evitar um idealismo da vontade. Afirmar a coordenação de condutas sugere uma descrição arguta do fenômeno contratual, em especial quando se investiga sua existência jurídica como forma de revestir uma operação econômica.

2.2. O direito dos contratos

A realidade constituída pelo contrato numa extensão macro e complexa é igualmente formada pelo direito dos contratos que pretende delinear um arcabouço de regras e princípios responsáveis pela estruturação do conceito jurídico e pela regulação da operação econômica. A expressão direito dos contratos pretende ilustrar não uma regulação passiva das transações negociais de modo a dar estrutura ao conceito jurídico, mas sim representa um conjunto de determinações e orientações efetivas urdidas conforme objetivos econômicos e políticos.

Se o direito dos contratos pretende dar nome a um universo complexo de regras, princípios e comandos legais de toda sorte sobre a realidade do contrato não se pode desconsiderar que tal universo seja conduzido por interesses de natureza econômica, até mesmo se considerada a realidade social e cultural do que se denomina mercado. O estudo do contrato desmembrado em três níveis, como sugere Enzo Roppo, reflete, no enfoque do direito dos contratos, a preocupação com as normas jurídicas reguladoras das relações negociais, mas principalmente uma preocupação em tonar claro que o universo do contrato sofre interferência das orientações políticas e econômicas que mobilizam várias reações de mercado.

Se o pressuposto neste trabalho tem sido o contrato como operação econômica representaria uma leitura pouco sistemática e minimamente consistente negar que as regras jurídicas que cuidarão desta realidade não são regras influenciadas pelo fato social que o mercado simboliza. Afirmar a existência do mercado significa reconhecer a existência de uma instituição entendida aqui como um conjunto de costumes e estruturas sociais estabelecidas em razão de um contexto social, antropológico, econômico e cultural.

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela natureza ou ditadas pela razão (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conforme aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar. (ROPPO, 2009, p. 22)

As normas jurídicas que regulam o contrato devem assim ser articuladas da maneira mais sistemática possível, em termos de interpretação e aplicação. Significa dizer que princípios como a função social do contrato e a boa-fé devem considerar os conceitos de teoria geral do direito privado, bem como os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, além de valores como a livre iniciativa e a dignidade humana, articulados à realidade da ordem econômica.

2.3. A natureza heterônoma da autonomia contratual

A descrição do que se chama de direito dos contratos torna-se legítima e necessária para se compreender o alcance das múltiplas "interferências" que o fenômeno contratual recebe ao longo de sua formação, execução e até mesmo após sua conclusão. Este "caminho" de percepção e compreensão da existência do contrato como conceito jurídico e moldado pelo direito dos contratos torna-se mais facilmente compreensível se imaginado como um processo obrigacional essencialmente discursivo.

Neste processo discursivo desenvolvem-se e se exercitam os poderes jurídicos autônomos de seus agentes, como sujeitos de direito capazes de escolhas sobre o conteúdo que comporá o vínculo negocial. O desenvolvimento da dialogia contratual, por meio da autonomia privada, revela a operação econômica em formação e trânsito, praticada igualmente entre elementos de heteronomia.

Parece recorrente no estudo da autonomia contratual relacioná-la à filosofia kantiana da autonomia⁴⁰. Tradicionalmente o poder jurídico negocial dos contratos é denominado de autonomia da vontade e neste contexto sugere-se que a ideologia de Kant tenha influenciado a compreensão da autonomia como um poder jurídico negocial exercido de maneira absoluta. Afirmar-se que a vontade, no universo dos contratos, estaria sendo percebida e en-

dossada como uma espécie de dogma. A percepção da autonomia negocial era a de um poder jurídico indiscutível ou incontestável, promovendo a exacerbação de princípios como a obrigatoriedade e relatividade dos efeitos do contrato. A reconstrução científico-jurídico do fenômeno da autonomia da vontade fez com que se afirmasse a existência de um poder jurídico negocial limitado por determinadas externalidades e perfeitamente passível de revisão de suas cláusulas em nome da justiça contratual. Sugeriu-se então a terminologia autonomia privada para a designação dessa faculdade negocial limitada por princípios como a boa-fé em sua acepção objetiva, a função social, assim como regras de revisão como a resolução por onerosidade excessiva.

A autonomia privada vem então tentando percorrer um caminho de renovação em relação à autonomia da vontade. Parece, entretanto, que alguns paradigmas relevantes ainda permanecem poucos destacados, apesar de poderem soar óbvios. Em primeiro lugar, a autonomia privada, sentida aqui no campo contratual, somente pode ser estudada e compreendida se percebida como um fenômeno precipuamente discursivo e relacional em que as categorias jurídicas vão sendo acertadas seja em que nível for. Diz-se isto, pois poderia haver oposição à percepção relacional quando da coordenação de condutas por meio de contratos chamados de adesão, cujo conteúdo é de pouca negociabilidade.

Em segundo lugar, a autonomia inclui em sua existência e exercício a manifestação da heteronomia. Seria como dizer que a autonomia possui uma natureza heterônoma que a compõe. O universo da autonomia representaria o exercício livre de determinadas faculdades entre uma rede de elementos heterônomos que articulam, moldam e compõem essa autonomia. Não parece possível que a autonomia tenha qualquer relevância se pensada além ou aquém do panorama da alteridade.

A autonomia sofre assim influências múltiplas na sua realização. Essas influências passam por preocupações e valores de ordem existencial, transitam pelas condutas juridicamente proibidas e obrigatórias que impõem determinados comportamentos, bem como passam pelas influências da racionalidade econômica. Os comportamentos de racionalidade econômica, é verdade, não deixam de sofrer resistência da racionalidade existencial, pois estão essencialmente articulados.

É real que os modelos econômicos pressupõem uma racionalidade um pouco mais objetiva do que aquela contida em tendências, inclinações e desejos de ordem meramente emocional. Porém, também estes modelos não estão imunes às transformações e alterações negociais que podem ocorrer, em completo desacordo com as previsões econômicas, dada a relevância dos elementos de heteronomia que movimentam a autonomia. Para que se cogite do contrato como operação econômica parece essencial

compreender que o poder juridicamente reconhecido que o mobiliza tem em seu núcleo uma rede de singularidades heterônomas que o articula.

3. A OPERAÇÃO ECONÔMICA

Roppo afirmava que "(...) o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não operação econômica, não pode também haver contrato." (ROPPO, 2009, p. 11). A operação econômica que o contrato "torna" jurídica evidencia-se de maneira macro pela evidente circulação de riquezas que a coordenação de condutas promovida por ele produz. Seja o contrato de natureza onerosa ou gratuita não há negligenciar que a relação jurídica possibilita o fluxo de bens e serviços oferecidos em troca de contraprestações equivalentes ou não. Igualmente um contrato como o aleatório promove a circulação de riquezas por meio de uma operação econômica que pode ser dita mais arriscada e pouco pré-estimada já que não se pode prever de antemão as prestações de cada agente. "(...) onde existe circulação de riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (falando de riqueza não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica)." (ROPPO, 2009, p. 13).

A operação econômica traz consigo a troca de utilidades feita de maneira onerosa ou não. As utilidades podem ser oferecidas por meio de prestações de bens e/ou serviços oferecidos e queridos no mercado, *locus* de transações que lhe permitem um balizador de valores. Esse fato social mobilizador de permutas ou mesmo de um fluxo de utilidades já que nem todas implicarão em contraprestação se orientam por um conceito econômico denominado custo de transação.

3.1. Contrato, custos de transação e mercado

A circulação ou fluxo de bens valorados economicamente, bem como de serviços que são considerados importantes e requisitados socialmente parece ser o "objeto" do mercado. O mercado pode ser considerado, em primeiro lugar, como um fato social de costumes, hábitos econômicos de troca, organizadas por meio de determinados códigos e condutas. Ele possibilita de maneira relativamente consistente e coordenada esse fluxo de riquezas movimentado pelos contratos. "O mercado atende às trocas relacionais e, implicitamente, envolve a própria noção de comunidade. Sem mercado não há trocas, e, sem trocas, a economia não se desenvolve (...)." (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15). O contrato aparece como relevante instrumento promotor de fluxo de rique-

zas desempenhado assim papel central na economia de mercado.

Igualmente, ou em acréscimo ao que foi dito sobre o mercado como fato social, pode-se acrescentar a natureza institucional do fenômeno que considera os costumes e as estruturas sociais regulados pelas leis. O mercado concentra o exercício das liberdades individuais ilustradas aqui pela autonomia/heteronomia contratual em que a noção de riqueza é definida pelos processos de interação (discursiva) entre os agentes. A relação entre mercado, direito e economia é nítida e não pode ser negligenciada no estudo dos contratos.

A escolha de mercado não é puramente racional, nem o resultado do processo científico de combinação de custo-benefício; ela leva em conta, muito mais, a interpretação de determinados significados, em esquema de incentivo/desincentivo. Assim é que o Direito, para Malloy, não cuida apenas de mediação do conflito em si – ele engloba também os valores dos processos de troca. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 16)

A operação econômica que o contrato regula ilustra a coordenação de condutas valoradas economicamente em razão do fato mercado. O que se mobiliza na relação jurídico-econômica do contrato se faz no mercado e para ele. E esse fluxo de utilidades é realizado em atenção a um sistema de cálculo de valores e prejuízos de maneira a movimentar as condutas contratuais. Cada decisão de conduta a ser realizada por meio do contrato passa por uma análise de vantagens e desvantagens, pois assim se detecta o que incentiva e ou deixa de incentivar determinadas prestações contratuais.

A teoria econômica dos custos de transação permite a inteligibilidade da relação jurídica contratual. Cada escolha por um tipo contratual pressupõe uma quantidade anterior de reflexões econômicas, morais, existenciais articuladas entre ônus e vantagens para cada um dos sujeitos envolvidos. Neste processo de deliberação inicia-se pela busca de informações sobre o parceiro contratual, sobre regras de preço, sobre a qualidade dos bens, sobre a presteza dos serviços. Em seguida, inicia-se o processo discursivo de negociação elegendo conteúdos jurídicos conforme as necessidades, desejos e objetivos dos seus autores.

No momento seguinte ocorreria a formação de contrato, que em alguns casos obedecerá a exigências jurídicas de formalização para sua efetiva validade. A atenção a forma representa também custos na operação econômica do contrato que devem ser antecipados e considerados na melhor decisão entre as partes. Além

disso, quando se cogita dos custos de transação de contratos, indaga-se se naqueles de execução continuada, por exemplo, os parceiros no compromisso negocial o cumprirão na forma pactuada. Neste momento cogita-se, essencialmente da proteção ao direito de propriedade e posse dos bens e sua adequada empregabilidade no contrato. Verifica-se o devido cumprimento das prestações em atenção aos benefícios e custos de cada parte.

Por fim, na avaliação de custos de transação pode-se afirmar que são cogitadas as consequências jurídico-econômicas diante do inadequado cumprimento das prestações contratuais. A cobrança de indenização por prejuízos às partes é também antecipada no processo discursivo de negociação contratual validando sua existência como operação econômica que é. “Os custos de transação são o principal elemento motivador da Teoria Neo-Institucionalista, de acordo com a qual o principal papel das instituições econômicas é reduzir o valor desses custos” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62), e, por certo, o contrato é uma destas formas de redução.

“Foi Ronald Coase quem primeiro chamou a atenção para a importância dos custos envolvidos na interação humana. Em especial, em artigo publicado em 1937, ele analisou como tais custos influíam na divisão entre transações realizadas dentro da empresa.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62) A noção de empresa aqui empregada vai ao encontro da definição hoje feita pelo Código Civil brasileiro que a recebe como atividade. Todavia, o conceito estabelecido pelo código ainda não levava em conta a noção de mercado e de uma realidade econômica inerente ao universo do Direito. Assim, empresa além de ser compreendida como atividade exercida pela pessoa jurídica ou pela pessoa natural (empresário individual) deve ser imaginada como uma grande rede de relações contratuais simultâneas.

3.2. Contrato e empresa

Embora se reconheça o emprego eventual da noção de empresa como sujeito de direito e talvez como forma de designar a sociedade que exerce atividade empresária, o que se percebe da definição legal e de toda a teoria jurídica sobre o tema é o efetivo emprego da expressão empresa como atividade. Uma realidade de atos articulados entre si de forma interdependente permite a visualização da atividade dita empresa. Além disso, essa atividade não pode ser exclusivamente científica ou literária. E o desenvolvimento desta atividade se dá seja pela constituição de pessoa jurídica específica como a sociedade, seja pela pessoa natural denominado empresário.

A empresa como atividade delinea um universo complexo de atividades que serão juridicamente reguladas, bem como será

economicamente consideradas. Isto significa dizer que a toda a teoria dos custos de transação será operada quando se pressupõe a empresa. E a representação jurídica do comportamento racional em relação a estes custos será feita por meio do contrato.

O fenômeno negocial do contrato representa uma maneira jurídica e economicamente válida e legítima de se articular interesses e necessidades, permitindo seja feita uma contabilidade sobre custos e benefícios. O exercício da atividade denominada empresa se torna então menos oneroso se desempenhado por meio de contratos adequadamente contabilizados e antecipados.

A teoria de Ronaldo Coase aqui mencionada afirma que a empresa não seria nada mais que um panorama de contratos articulados sempre em atenção a se reduzir os custos de transação. Cada vínculo jurídico desenvolvido pela atividade empresária se justificaria na forma de um contrato redutor de custos. Assim, supondo uma atividade empresária de locação de veículos, cada contrato de aluguel com o consumidor seria antecipado como um pequeno universo de uma realidade econômica. Além disso, os custos de transação também seriam considerados no momento de se decidir pela contratação de uma oficina mecânica de manutenção permanente dos veículos, do pagamento apenas por conserto ou na contratação, com vínculo trabalhista e representado outro contrato de mecânicos profissionais. Aqui são sugeridos aspectos mínimos como exemplo do "feixe" de contratos por meio do qual se desenvolve a atividade empresária já que esta também considera e deve considerar o fato institucional do mercado.

Na definição do conceito jurídico de empresa encontram-se elementos como a organização e os fatores de produção, que articulados pressupõem uma redução de contabilidade. O contrato permite que a troca de utilidades feita por meio da atividade empresária articule de forma eficiente os custos de transação. A adequada articulação dos fatores de produção na atividade dita empresária se dá pela eleição de condutas contratuais eficientes. "Se o contrato adquire relevância cada vez maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque este constitui instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda atividade econômica organizada." (ROPPO, 2009, p. 67).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato como operação econômica amplia seu universo jurídico de aplicação, pois transcende a relação tradicional com a propriedade para encontrar-se também no universo negocial da atividade empresária. A transferência de riquezas feita entre

os agentes que participam do contrato apresenta elementos ou natureza efetiva de um "jogo" econômico. Seja como troca nas relações contratuais onerosas como a compra e venda, a locação e a prestação de serviços, seja em relações contratuais em que não existe a troca, pois são gratuitas, opera-se a circulação de riquezas.

A concepção de riqueza na relação jurídica do contrato deve ser entendida em sentido amplo, pois a contabilização dos custos de transação percorre tanto elementos de natureza essencialmente patrimonial como aqueles de natureza extrapatrimonial. Por mais que se diga que determinadas decisões de natureza existencial sejam realizadas em nome do altruísmo, o exercício da autonomia negocial se dá, também, em cogitação ao que se perde e o que se ganha.

A racionalidade econômica é operada em situações em que tradicionalmente se verifica a noção da riqueza, mas também se desenvolve em contexto que a avaliação econômica direta, imediata ou precisa não pode ser feita. Porém, isso não retira a natureza econômica das condutas coordenadas entre os sujeitos de direito, já que toda uma racionalidade de pensamentos de perdas e ganhos é mobilizada em qualquer relação contratual.

A eficiência do contrato é então medida conforme a melhor ou pior adequação das condutas contratuais. A "funcionabilidade" (ROPPO, 2009, p. 221) seria verificada se todas aquelas fases previstas nos custos de transação se desenvolvesse mais ou menos próximas das antecipações das partes. Aquilo que é imprevisível e arriscado é nuclear na operação econômica e no conceito jurídico de contrato que a reveste, embora o cálculo de custos de benefícios seja efeito exatamente para minimizar o imponderável. Uma reconstrução crítica do contrato como fenômeno jurídico deve ser feita em atualização concomitante com a noção heterônoma da autonomia contratual, bem como pela percepção da natureza substancialmente econômica da operação.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007.

BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Campinas: LZN, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

COASE, Ronald H. The new institutional economics. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici=sici=002282%199805%2988%3A2%3C72%3ATNIE%3E2.O.CO%3B2-M>>. Acesso em: 28 jul. 2008.

- COASE, Ronald H. The firm, the market and the law. Chicago: London: Chicago University, 1988 apud ROBBINS, Lionel. An essay on the natural and significance of economic science. 2. ed., London: Macmillan & Co., 1935, p. 16.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1-44, 1960.
- COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Law and economics*. 5.ed. Califórnia: Addison-Wesley: Longman, 2008.
- FERES, Marcos Vinício Chein; DIAS, João Paulo Torres. Teoria geral dos contratos relacionais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 30, p. 171-182, 2007.
- FRANCO, Denis. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-162.
- GAROUPA, Nuno. Análise económica do direito. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Coimbra, n 32, p. 23-38, dez. 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 1, p.41-66, jan./jun., 2005.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 2007.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito, economia e relações patrimoniais privadas*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 43, n. 170, p.159-173, abr./jun. 2006.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier Campus, 2005.
- POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- POSNER, Richard A. Maximización de la riqueza y Tort Law: una investigación filosófica. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2008.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. *Princípios fundamentais de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 2, v.5, p. 5-58, mar. 2008.
- SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. *Da liberdade ao controle: os riscos do novo Direito Civil brasileiro*. 2007. 214f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- SCHNEEWIND, J.B. *A invenção da autonomia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- STZAJN, Rachel. *Notas de Análise Econômica: contratos e responsabilidade civil*. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 111, p.9-29, 1998.
- STZAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2004.
- STZAJN, Rachel. Externalidades e custo de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 24, p. 250-276, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-96.

(Endnotes)

- 1 Especialista em Direito de Empresa CAD/Gama Filho, Mestre em Direito Privado pela PUC/MG, Professor do curso de Direito da FEAD, PUC/MG, UNA. Membro da Associação Mineira de Direito e Economia, Advogado.
- 2 Especialista em Processo Civil CAD/Gama Filho, Mestre em Direito Civil pela UFMG, Doutora em Direito Privado pela PUC/MG, Professora do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Membro da Associação Mineira de Direito e Economia, Advogada.
- 3Neste mesmo sentido Vincenzo Roppo: "L'`area del contratto è, in parole più empiriche, l'`area degli impegni economici concordati e legalmente vincolanti (cioè coercibili coi mezzi della legge): `area strategica in ogni organizzazione sociale, e segnatamente neele società evolute". (ROPPO, 2001,

p. 3). Igualmente registrou Fernando Araújo: "(...) na visão mais ampla que é consentida pelo prisma económico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses". (ARAÚJO, 2007, p. 18).

4 Por certo o Direito representa uma ciência autônoma, mas conta também com um contexto de interdisciplinaridade que não pode ser negado. Economia e Direito articulados em nada se afastam dos seus fundamentos nucleares, apenas possibilitam (aqui para o Direito) uma análise mais consistente das inúmeras realidades às quais se deve oferecer tratamento ou regulação.

5 "A análise económica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica (...) fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades". (ARAÚJO, 2007, p. 14)

6 "De facto, falar em contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente - para a idéia de operação económica". (ROPPO, 1998, p. 8).

7 "Una persona razonable está socializada conforme a las normas y convenciones de una comunidad. De tal suerte que sus fines son congruentes con los valores compartidos, y su búsqueda de ellos se corresponde con las normas del grupo." (COOTER y ULLEN, 2008).

8 Nas palavras de Fernando Araújo, Ronald Coase teria recuperado o conceito de custo de transação articulando: "(...) a comparação de eficiências entre a solução de mercado e a solução de integração numa empresa como formas de arregimentação e organização dos fatores produtivos - ou seja, a solução horizontal de compra no mercado confrontada com a solução de coordenação vertical da produção através de factores subordinados a uma organização hierárquica." (ARAÚJO, 2007, p. 198).

9 In my article on "The Nature of the Firm" I argued that, although production could be carried out in a completely decentralized way by means of contracts between individuals, the fact that it costs means something to enter into these transactions means that firms will emerge to organize what would otherwise be market". (COASE, 1988, p. 7).

10 "Kant inicialmente acompanhou Crusius em sua concepção da estrutura do poder que nos permite ser autogovernado. Construiu a vontade como a exigência racional de consistência na ação. (...) Como podemos escolher, nunca temos de ceder a desejos que, embora certamente partam de nós mesmos, são causados em nós por nossos encontros com o mundo exterior. Kant combinou uma vontade crusiana com o tipo de liberdade da indiferença defendida por Malebranche, Locke e Clarke, para permitir não apenas a espontaneidade, mas também a autonomia." (SCHNEEWIND, 2001, p. 563).

AS RELAÇÕES DE TRABALHO E A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 6º DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Lívia Mendes Moreira Miraglia¹

Daniela Lage Mejia Zapata²

RESUMO: O objetivo do presente artigo é avaliar as relações de trabalho na contemporaneidade, tendo como foco a análise do elemento da subordinação jurídica no contrato de trabalho. Realiza-se um estudo do conceito de relação de trabalho, distinguindo-a da relação empregatícia, por meio da análise do elemento da subordinação jurídica. Para tanto, faz-se necessário proceder à uma breve incursão histórica do conceito de subordinação, a fim de contextualizá-lo no cenário trabalhista brasileiro atual. Por fim, analisa-se a nova redação do artigo 6º da CLT que amplia o sentido de subordinação jurídica, de modo a atrair para o campo de proteção do Direito do Trabalho um número maior de trabalhadores hipossuficientes.

PALAVRAS CHAVE: Direito do Trabalho – subordinação jurídica – artigo 6º da CLT

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho

1. INTRODUÇÃO

A expressão “relação de trabalho” diz respeito a todo e qualquer trabalho prestado, com ou sem vínculo empregatício, por pessoa física a um tomador do seu serviço. Tem sentido amplo, abrangendo toda obrigação de fazer que tenha como conteúdo a prestação de labor humano.

Já a relação de emprego pode ser identificada por cinco elementos fático-jurídicos como ensina Maurício Godinho Delgado³ (ou pressupostos como leciona Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena⁴). São eles: trabalho prestado por pessoa física, com onerosidade, não-eventualidade (ou habitualidade), pessoalidade e subordinação.

É essa a relação tutelada pelo Direito do Trabalho, de modo que às demais relações de trabalho só se aplicam as normas trabalhistas quando houver expressa determinação legal. É o que ocorre, por exemplo, com o trabalhador avulso que, embora não seja empregado será protegido pelo Direito do Trabalho, haja vista que o inciso XXXIV do art. 7º da CF/88 estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

2. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO: ARTS. 2º E 3º CLT

Nos termos do texto celetista:

Art. 2º - Considera-se empregador a empre-

sa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Sendo assim, pode-se afirmar que empregado é a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador mediante salário, com pessoalidade e subordinação jurídica.

O parágrafo único do art. 3º da CLT determina que não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual, basicamente repetindo o texto do art. 7º, XXXII da CF/88.

Também não permite a distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego (art. 6º CLT). Assim, trabalho a domicílio não é objeto de um contrato especial, sendo-lhe deferido todos os direitos trabalhistas se caracterizada a relação empregatícia.

Segundo Magano, há espécie de aquiescência tácita que o trabalhador possa contar com algum auxílio. Na Itália, o ordenamento jurídico do trabalhador em domicílio expressamente prevê essa possibilidade. Nesse sentido, a jurisprudência pátria já vem

flexibilizando o sentido da pessoalidade no trabalho a domicílio, sem que isso importe em descaracterização do vínculo.

Ementa: Trabalho no domicílio do contratado. Pessoalidade. O auxílio por parte de pessoas da família do empregado que labora em sua própria residência, nos moldes do art. 6º da CLT, desde que seus dependentes, não afasta a pessoalidade exigida para o reconhecimento do vínculo empregatício. (TRT 2ª R - 3ª T - RO 02920071917 - Rel. Juiz Décio Sebastião Dadone - DOE 14.12.93).

Saliente-se que é imprescindível a configuração dos cinco elementos para a caracterização da relação de emprego.

A novel redação do art. 6º da CLT determina que:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Assim, pergunta-se: quais são as modificações impostas pela Lei 12.551 de 2011? A a finalidade do legislador ao incluir o parágrafo único no dispositivo celetista foi adequar à legislação trabalhista à realidade social vigente? Ou pretendeu ir além disso, permitindo o elastecimento do próprio conceito de jornada?

Para que se possa responder à essas indagações, procedendo à uma análise das modificações impostas pela Lei 12.551 de 2011, é imprescindível, primeiro, avaliar o conceito de subordinação jurídica na legislação trabalhista.

2.1 SUBORDINAÇÃO: ART. 3º CLT

É a pedra de toque da relação de emprego, o seu elemento mais importante. Sendo assim, cumpre debruçar-se de forma mais aprofundada sobre esse requisito.

Estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que é empregado "toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário" (art. 3º)5.

Todavia, a CLT não define o que seja dependência - conceito denominado pela doutrina de "subordinação jurídica". Ainda que a

doutrina forneça os instrumentais necessários à definição da relação de emprego, identificando e precisando cada um de seus elementos fático-jurídicos, caberá ao intérprete, diante de cada caso concreto, verificar a existência ou não da relação empregatícia.

Nesse quadro, é necessário apresentar uma breve análise da evolução do conceito de subordinação, a fim de determinar qual a posição atual da doutrina e da jurisprudência acerca deste elemento tão importante.

Registre-se, por oportuno, que uma das principais funções do Direito do Trabalho é servir de mola propulsora ao desenvolvimento social e econômico, abarcando em sua rede protetora o maior número possível de trabalhadores, de acordo com a realidade vivenciada em cada época. Por essa razão, inclusive, é que o conceito de subordinação jurídica sofreu modificações ao longo do tempo histórico e deve ser permanentemente adequado e reavaliado6.

O Direito do Trabalho nasceu da necessidade de se regulamentar o conflito entre o capital e o trabalho. É resultado do modo de ser do sistema capitalista de produção (VIANA, 2000). Fruto dos anseios e das lutas dos trabalhadores marginalizados pela sociedade industrial, surgiu nos idos do século XIX (DELGADO, 2011).

Nessa esteira, só é possível falar-se em Direito do Trabalho com o advento da Revolução Industrial, momento em que se estruturou a relação jurídica basilar do sistema capitalista de produção: a relação de emprego, cujo elemento central é a subordinação jurídica.

Naquela época, a subordinação era considerada em seu aspecto subjetivo, de modo que apenas se falava em relação de emprego se observada a presença de controle e ordens diretas do empregador para o empregado.

No século XX, avançou-se para o conceito de subordinação objetiva, identificando-se o empregado como aquele que tem participação integrativa na atividade do credor do trabalho. Ou seja, a perspectiva passou a ser vista pela atividade do trabalho e não pela pessoa do trabalhador. Tal fase coincidiu, não por acaso, com os anos de ouro do capitalismo moderno, consolidado no paradigma do Estado de Bem Estar Social (VILHENA, 2005).

Todavia, a partir da década de 1970 rompeu-se com o ideal expansionista e progressista característico do Estado Social. A crise inaugurada pela alta do preço do barril do petróleo e disseminada pela ausência de respostas rápidas e eficientes do Estado Providência, levou à vitória, em parte dos países capitalistas centrais, de lideranças políticas que pugnavam pelo retorno, sob novas premissas, do modelo liberal e pela destituição das redes de proteção até então vigentes.

Ao final da década de 1980 e início dos anos noventa, os resultados da ideologia emergente no sentido de desconstrução do Direito do Trabalho fizeram-se sentir no Brasil, fase que coincidiu exatamente com o período em que o país procurava consolidar o

ideal de um Estado Democrático de Direito.

O conceito de relação de emprego foi reduzido: na contra-mão do que vinha acontecendo, com a adaptação de seus pressupostos essenciais às necessidades sociais e à consolidação da subordinação objetiva, houve uma readequação restritiva de seu conceito, com o reforço da matriz subjetiva.

Fato é que a restrição do conceito de subordinação jurídica ocasionou a expulsão de milhares de trabalhadores (que antes eram considerados empregados, pela matriz objetiva), para a posição de “cooperados”, “terceirizados”, “autônomos”, entre outras figuras não protegidas tradicionalmente pela legislação trabalhista.

Ou seja, o movimento de expansão do Direito do Trabalho se estagnou por meio do aparecimento das novas formas de relações de trabalho que não se enquadravam no conceito clássico de “relação de emprego” e que, portanto, não estariam abarcadas pelo manto de proteção trabalhista.

Assim, o conceito que ainda hoje predomina é o de subordinação jurídica, em seu sentido clássico.

Sobre esse conceito, define Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 163):

(...) a situação jurídica, derivada do contrato de emprego, em decorrência da qual o trabalhador acata a direção laborativa proveniente do empregador. É uma situação jurídica que se expressa por meio de certa intensidade de ordens oriundas do poder diretivo empresarial, dirigidas ao empregado.

É de se ver que prepondera o entendimento de que a subordinação jurídica caracteriza-se pelo poder que o empregador tem de determinar, por meio da intensidade de suas ordens, o modo da prestação de serviços a que se submete o obreiro.

Segundo Evaristo de Moraes Filho (2000, p. 242), a subordinação jurídica é o

(...) direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la à vontade, de lhes fixar limites, sem que para isso seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são então os dois pólos da subordinação jurídica.

Alice Monteiro de Barros defende que para a caracterização da subordinação jurídica não é necessário que os poderes de comando e de vigilância do empregador sejam constantes. Basta que se verifique “a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado”. Desse modo, a autora afirma que “nem sempre a subordinação jurídica

se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens” (2007, p. 260).

Ou seja, o que se percebe atualmente é a preponderância da utilização da concepção clássica de subordinação jurídica em detrimento da matriz objetiva.

Todavia, observa-se atualmente o surgimento de novas acepções para a subordinação jurídica, no sentido de preservar a finalidade teleológica do ramo justralhista revisitando e redefinindo o conceito de seu elemento basilar à realidade sócio jurídica moderna.

Nesse diapasão, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena assevera que a subordinação “é um desprendimento de fundo histórico e corresponde ao pensamento jurídico dominante no modo de equacionar as forças jurídicas conflituais de uma época” (2005, p. 512-513).

Em outras palavras, cabe ao intérprete adequar o conteúdo jurídico dos conceitos da relação de emprego de acordo com a situação histórica vigente, haja vista que o Direito deve ser reflexo dos anseios e objetivos de uma determinada sociedade em um dado momento histórico.

Sendo assim, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena defende a superação da acepção subjetivista da subordinação jurídica (cujo traço marcante é a condição de dependência), em favor da dimensão objetiva, de modo a se definir a subordinação “como a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho” (2005, p. 526).

No entanto, é de se destacar que a conceituação objetiva do elemento da subordinação jurídica também não se afigura satisfatória para a regulamentação do mundo trabalhista atual, pois “tende a enquadrar como subordinadas situações fático-jurídicas eminentemente autônomas” (DELGADO, Maurício, 2006, p. 164).

Alice Monteiro de Barros alerta para o fato de que a “subordinação objetiva não vem sendo admitida como critério autônomo para definir a existência de um contrato de trabalho”. Conclui que “a par da participação integrativa do trabalhador na atividade empresarial ele deverá estar sujeito ao poder diretivo e disciplinar conferido ao empregador” (2007, p. 261-262).

Nessa esteira, Maurício Godinho Delgado propõe a readequação do conceito clássico de subordinação jurídica, mediante a atenuação do “enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços” (2006, p. 164).

Assim, elege a subordinação estrutural, definindo-a como “a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento” (2006, p. 164).

Continua o autor (2006, p. 164), dissertando que:

A idéia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores - em especial a terceirização.

Em artigo mais recente, Maurício Godinho Delgado (2010, p. 28) desenvolve e aprofunda a noção da subordinação estrutural, ao afirmar que

Na essência, é trabalhador subordinado não só o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa pleora de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços, nem exatamente realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços realizada (subordinação estrutural).

Embora ainda prevaleça, na doutrina e na jurisprudência, a concepção clássica de "subordinação direta" 7 - exercício do poder de direção do empregador sobre o trabalhador -, compreende-se que o conceito de "subordinação estrutural" deve prevalecer devido a sua abrangência, atualidade e adequação aos princípios constitucionais e à finalidade teleológica do Direito do Trabalho.

Nessa linha de entendimento, já se observam alguns julgados, como os abaixo colacionados:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - No exercício da função de instalador/emendador de cabos telefônicos, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da companhia telefônica. E uma vez inserido nesse contexto essencial

da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas "colaborar". A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, ressume da prova a subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica. Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT - artigo 2º, caput - o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais. (TRT/MG - RO 00059-2007-011-03-00-0 - 1ª Turma - Relator: Juiz Convocado José Eduardo R. C. Júnior - J. 03/08/2007. Grifos nossos).

EMENTA: SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, INTEGRATIVA OU RETICULAR - OU SIMPLEMENTE SUBORDINAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A subordinação como um dos elementos fático-jurídicos da

relação empregatícia é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo - corpo a corpo ou boca/ouvido- típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras - em células de produção. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a expressão temporal nem a exteriorização dos comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que Godinho denominou de subordinação estrutural. A empresa moderna, por assim dizer, se subdivide em atividades centrais e periféricas. Nisso ela copia a própria sociedade pós-moderna, de quem é, simultaneamente, mãe e filha. Nesta virada de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos. Trabalhadores contratados diretamente e terceirizados. Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpa-

mento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo justabalhista. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao fogo jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite uma interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, data venia, permite que a empresa deixe de atender a sua função social, passando, em algumas situações, a ser uma empresa fantasma - atinge seus objetivos sem empregados. Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; a ausência de comandos não esconde a dependência, ou, se se quiser, a subordinação, que, modernamente, face à empresa flexível, adquire, paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica. (TRT/MG - RO 00942-2008-109-03-00-2 - 4ª Turma - Relator: Des. Luiz Otávio Linhares Renault - J. 13/12/2008)

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) também possui julgados nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISITA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. Tratando-se a trabalhadora de profissional com presença imperativa no cotidiano da entidade reclamada (farmacêutica), laborando com os elementos da relação empregatícia (pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação), por vários anos, cabe o reconhecimento do vínculo determinado na origem. Esclareça-se que o elemento da subordinação não precisa ser aferido apenas a partir de sua dimensão clássica (intensidade de ordens), podendo também ser apreendido, segundo a peculiaridade da relação fática vivenciada, em conformidade com sua dimensão objetiva (nexo entre a função e os objetivos empresariais) ou, até mesmo, a partir de sua dimensão estrutural (integração significativa obreira na organização e dinâmica do empreendimento do tomador de serviços).

Atentando o julgador de origem para -o conceito amplo da subordinação jurídica-, apreendeu, para a análise do caso concreto, todas as dimensões do pressuposto fático-jurídico, fazendo-o incidir sobre a situação real trazida no processo. De todo modo, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório fora do acórdão, para se chegar a conclusão distinta (Súmula 126, TST). Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 131440-96.2008.5.03.0013 Data de Julgamento: 07/12/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/12/2010. Grifos nossos).

RECURSO DE REVISTA. 1. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. 1.1. "Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações", por intermédio de "transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza" (art. 60, "caput" e § 1º, da Lei nº 9.472/97). 1.2. O §1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, bem como o inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472/97 autorizam as empresas de telecomunicações a terceirizar as atividades-meio, não se enquadrando em tal categoria os atendentes aos usuários de telefonia fixa, eis que aproveitados em atividade essencial para o funcionamento das empresas. 1.3. Rememore-se que o conceito de subordinação deve ser examinado à luz da inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, configurando a denominada subordinação estrutural, teoria que se adianta como solução para os casos em que o conceito clássico de subordinação se apresenta inócuo. 2. ENQUADRAMENTO SINDICAL. NORMAS COLETIVAS APLICADAS. DIFERENÇAS SALARIAIS. Não evidenciando o Regional que a reclamante se enquadra em categoria diferenciada, não há como se vislumbrar as ofensas legais manejadas. Recurso de revista não conhecido. (RR - 44100-13.2009.5.03.0003. Data de Julgamento: 23/06/2010. Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: 13/08/2010. Grifos nossos).

Na mesma direção, Marcus Mendes e José Eduardo Chaves Júnior propõem a reformulação do conceito clássico de subordinação jurídica, a partir da idéia de "subordinação estrutural-reticular". Desse modo, articulam a noção de subordinação estrutural proposta por Maurício Godinho Delgado, com a feição reticular da reorganização produtiva, mitigando, sem desprezar, a idéia de atividade preponderante do empregador (MENDES; JÚNIOR, 2007).

Ainda em consonância com a idéia de readequação do conceito de subordinação jurídica, Lorena Vasconcelos Porto (2008, p. 26) desenvolve a concepção de "subordinação integrativa", nos seguintes termos:

(...) presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume os riscos de ganhos ou perdas e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.

O conceito da autora parte da noção de subordinação objetiva, procurando conjugá-la com critérios que excluam a autonomia. Identificada a subordinação objetiva, o intérprete deve proceder à análise dos indícios de caracterização da autonomia que, caso estejam presentes, afasta a existência da relação de emprego (2008, p. 25-26).

Cita como indícios da ausência da autonomia do trabalhador a prestação de serviços para uma organização produtiva alheia; a pertença dos frutos do seu trabalho originariamente ao empregador; a ausência de uma organização empresarial própria, de modo que o trabalhador não assuma os riscos do empreendimento, cabendo-lhes exclusivamente ao tomador (2008, p. 25-26).

Sendo assim, forçoso asseverar que a análise da existência da subordinação jurídica só poderá ser feita diante do caso concreto, avaliando-se as premissas e variáveis dadas.

Em uma aplicação concreta do conceito de subordinação jurídica, colaciona-se julgado a respeito da existência ou não de relação de emprego de um representante comercial, no qual Alice Monteiro de Barros fornece alguns indícios capazes de auxiliar na aferição da presença de subordinação jurídica. É de se ver:

A doutrina fornece uma classificação capaz de ajudar na aferição da subordinação jurídica, a qual considera a verificação de três espécies de elementos: de certeza (trabalho controlado para a empresa em certo lapso de tempo; comparecimento periódico obrigatório; obediência a método de vendas; fixação de viagens pela empresa; recebimento de instruções sobre aproveitamento da zona de ven-

das; e obediência a regulamento da empresa); de indício (recebimento de quantia mensal fixa; utilização de material e papel timbrado da empresa; obrigação de produção mínima; recebimento de ajuda de custo; e personalidade na prestação); e excludentes (existência de escritório próprio e admissão de auxiliares; substituição constante do representante na prestação dos serviços, pagamento de ISS; registro no Conselho Regional de Representantes Comerciais; e utilização do tempo de forma livre). Demonstrado os elementos de certeza consistentes no trabalho com comparecimento diário a empresa, no estabelecimento prévio de rotas de vendas pela empregadora e revelados, ainda, os indícios da utilização de transporte e material da demandada e da personalidade da prestação, sem a existência de qualquer elemento excludente válido, a relação de trabalho verificada se submete à égide do Direito do Trabalho, pois configura vínculo empregatício. (TRT - 3ª R - RO 7789/03 - 2ª T - Rel. Des. Alice Monteiro de Barros).

Lorena Vasconcelos Porto (2008, p. 26) considera que o método mais racional é "verificar, primeiramente, se a subordinação em sua dimensão clássica faz-se presente" e, apenas em caso negativo, deve-se partir para a análise da presença da subordinação na dimensão integrativa.

Em resumo, conclui-se que presente a subordinação (seja ela clássica, estrutural, integrativa, mitigada, reticular ou derivada da "relación de ajénidad") configurado estará o vínculo jurídico de emprego.

3. O ART. 6º P. ÚN. CLT (NOVA REDAÇÃO LEI 12.551/11):

Cumprindo inicialmente ressaltar que até a promulgação referida lei, a CLT previa apenas a hipótese de trabalho à domicílio. A alteração do parágrafo único do art. 6º da CLT introduziu uma nova forma de trabalho: o teletrabalho, de modo que podemos afirmar que o trabalho à distancia é gênero do qual o trabalho a domicílio e o teletrabalho são espécies.

Nesse aspecto, saliente-se que o legislador apenas reconheceu, juridicamente, a existência de figura já devidamente classificada pela doutrina e pela jurisprudência como espécie de trabalho a domicílio.

O trabalho em domicílio pode ser prestado de forma autônoma ou com subordinação, sendo certo que para a configuração

desta última a presença da personalidade é mitigada.⁸

Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena (1975, 251) explica as causas do surgimento do trabalho em domicílio:

As necessidades de mercado e a reformulação do processo produtivo pela grande empresa diluíram a pequena indústria, o atelier autônomo e passaram a vincular, mais intensa e seguidamente, os pequenos produtores domiciliares a certos e determinados fregueses, as empresas de produção massiva. A partir daí, o trabalhador a domicílio passou a competir, em dependência, com o trabalhador comum e com ele passou a integrar a grande categoria dos prestadores de serviços por conta alheia.

No tocante à regulação do trabalho em domicílio, a CLT não estabelece distinção entre o trabalho praticado na empresa e o realizado no domicílio do trabalhador, conforme disposto no art. 6º da legislação trabalhista, sendo oportuna sua transcrição:

Art. 6º. Não se distinguem entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Assim, o trabalhador em domicílio pode ser considerado empregado, desde que a subordinação esteja presente. Todavia, o conceito tradicional de subordinação não auxilia no cumprimento da missão de avaliar a presença ou ausência da relação de emprego. Isso se deve à forma de prestação de serviço do trabalhador em domicílio, que realiza seu trabalho fora do estabelecimento do empregador, longe da vigilância de um superior hierárquico e imune do sistema organizativo empresarial no que diz com as conexões de tarefas a serem desempenhadas.

Fica evidente que o conceito de subordinação não pode ficar restrito à verificação de ordens e vigilância por parte do empregador. Ao contrário, deve ser ampliado para adaptá-lo à posição de empregado perante a empresa.

Como resposta ao desafio da configuração da relação empregatícia no trabalho em domicílio, Paulo Emilio Vilhena defende uma abordagem objetiva da subordinação - com enfoque na participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade da empresa. Contudo, esta construção teórica da subordinação não se mostra eficaz na tarefa de distinguir o trabalhador que presta seu serviço de forma autônoma do subordinado, pelo fato de que o labor é prestado fora do estabelecimento empresarial.

É a forma como o trabalhador integra na dinâmica de organização e no funcionamento da empresa que construirá o critério

mais eficaz e justo para distinguir o trabalho autônomo do trabalho subordinado.

No que concerne ao teletrabalho, essa modalidade especial de trabalho decorrente da evolução dos meios de comunicação, tornou possível a prestação de trabalho fora do escritório ou do centro de produção.

Perone, citado por Otávio Pinto e Silva (2004, p. 123), conceitua o teletrabalho

[...] como uma atividade laboral desenvolvida por conta de um tomador dos serviços, de modo regular e por uma quota consistente do tempo de trabalho, fora do contexto espacial de estabelecimento e portanto fora dos tradicionais poderes hierárquicos e de controle pessoal que o tomador poderia exercer naquele contexto, uma vez que utilizados meios telemáticos e informáticos.

Para Alice Monteiro de Barros, esta nova forma de trabalho que reúne informação e comunicação, é desenvolvida fora do estabelecimento empresarial, no domicílio do trabalhador sem impossibilitar, contudo, o contato deste com o empregador.

Apesar de ser uma espécie do gênero trabalho à domicílio, com ele não se confunde. No teletrabalho, há a realização de tarefas mais complexas e a utilização de novas tecnologias.

Várias são as vantagens do teletrabalho para o trabalhador elencadas pela doutrina: flexibilidade de horário de trabalho capaz de facilitar a conciliação de atividades profissionais e os encargos familiares; melhora da qualidade de vida do trabalhador; e possibilidade de inserir no mercado de trabalho as donas de casa, os trabalhadores com idade avançada ou com deficiência física.

Lado outro, o teletrabalho também pode apresentar desvantagens: o trabalhador pode se sentir isolado dos demais trabalhadores, o que impossibilitaria a interação profissional bem como a promoção na carreira, dificultando inclusive o exercício do direito de greve.

Em relação à natureza jurídica do vínculo estabelecido entre o trabalhador e o tomador de serviços no teletrabalho, pode-se afirmar que haverá relação empregatícia quando estiverem presentes os elementos descritos na CLT (pessoalidade, continuidade, onerosidade, subordinação).

Insta frisar que o elemento subordinação pode estar presente na aludida relação jurídica ainda que o controle de jornada não exista de forma clássica no teletrabalho, por ser a atividade prestada fora do ambiente empresarial.

Na lição de Trindade (2000, p. 15)

A reengenharia do contrato de trabalho prestado fora da empresa implica na impossibilidade de separar a causa e os efeitos dos fatos sociais. As

novas formas contratuais contrastam com a estrutura jurídica tradicional, e o trabalho só pode ser comparado à informática jurídica. A interligação de sistemas pré-programados faz com que o negócio se realize não entre pessoas conhecidas, mas entre máquinas e equipamentos, entre preponente e preposto. Por essa razão afirma que em tais circunstâncias o conceito clássico de contrato perde os seus traços predominantes e característicos, o que afasta a possibilidade de aplicação das regras do trabalho subordinado. Por isso, é possível discutir a natureza jurídica do teletrabalho segundo critérios de interpretação do contrato, pois não se pode afirmar que a autonomia é seu traço característico. A subordinação até mesmo se acentua nessa especial forma de trabalho provocando apenas uma alteração na morfologia típica do trabalho subordinado, o que obriga a uma reconstrução do sistema de indícios até então utilizados para desvendar a dependência.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a aplicação da tese da subordinação estrutural, nos moldes já apresentados, possibilita a inserção do teletrabalhador na proteção do Direito do Trabalho. Isso porque a flexibilidade de horários, a ausência de ordens diretas e a inexistência de fiscalização e controle, características do teletrabalho, descaracterizam a subordinação se adotada em sua matriz clássica, o que levaria a exclusão do campo de incidência do ordenamento jurídico trabalhista o teletrabalhador.

Nesse sentido, com o intuito de promover a generalização do Direito do Trabalho, a subordinação deve ser examinada sob o prisma da inserção do trabalhador na dinâmica empresarial independentemente do grau de hierarquia existente entre o trabalhador e o tomador de serviços.

De acordo com Maurício Delgado, a nova redação do parágrafo único do art. 6º da CLT incorpora, ainda que implicitamente, "os conceitos de subordinação objetiva e subordinação estrutural, equiparando-os, para os fins de reconhecimento da relação de emprego, à subordinação tradicional (clássica), que se realiza por meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão" (2012, p. 299).

Permite assim, adequar o conceito jurídico de subordinação e, conseqüentemente de relação de emprego à nova realidade social, relativizando "a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais", garantindo o caráter modernizante e progressista do Direito do Trabalho (DELGADO, 2012, p. 299).

Carmo (2012) ensina que:

Como a relação de emprego e a garantia de gozo de direitos sociais por parte do trabalhador pressupõe a existência do poder diretivo ou de comando do empregador, nada mais lógico inteligir que nem todo trabalho executado por meios telemáticos ou informatizados será automaticamente classificado como relação de emprego, pois para que este último relacionamento jurídico reste configurado será necessária a presença de todos os requisitos gizados nos artigos 2o e 3o da CLT, dentre eles, principalmente, o exercício do poder de comando do empregador. Assim, se um trabalhador desenvolve atividade por meios telemáticos ou informatizados para uma determinada pessoa, física ou jurídica, mas o faz em regime de total autonomia, a lei n. 12.551/2011 não incidirá neste tipo de trabalho.

Tecendo críticas à nova lei, defende Murilo Oliveira (2012) que houve um recuo no avanço progressista do ramo trabalhista, na medida em que a lei parece considerar que a subordinação “somente se caracteriza pelos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão”. Assim, entende o autor que:

(...) a lei induz, incorretamente, que antes da sua vigência a ideia de subordinação jurídica era apenas “controle pessoal hierárquico”, o que sequer coaduna com o próprio caput do mesmo artigo sexto. Isto porque a CLT, neste artigo, sempre admitiu a relação de emprego no trabalho a domicílio, quando dificilmente se identifica controle pessoal direto, pois o “capataz” do empregador não permanecerá na residência do trabalhador. Assim, a inovação, tentando ampliar a própria ideia de subordinação, termina por induzir uma definição bastante restrita (controle pessoal e hierárquico) quando a doutrina já vem apresentando conceitos mais amplos de subordinação pautados na “integração do trabalho” sem um forte controle e comando, a exemplo da subordinação objetiva, integrativa, potencial, estrutural e estrutural-reticular.

Há quem sustente que a nova redação do dispositivo em comento enseja a modificação da Súmula 428 do TST⁹ que determina que “o uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, “pager” ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não

permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço”.

Para tais doutrinadores e juristas, o parágrafo único do art. 6º da CLT permitiria considerar como jornada de trabalho todo o tempo em que o empregado estivesse de posse de instrumentos telemáticos, como computadores, celulares com internet, dentre outros, haja vista que a mera potencialidade de controlá-lo importaria em subordinação deste empregado.

Não obstante, cumpre salientar que o tempo de sobreaviso, disciplinado pelo art. 244, compreende o “período integrante do contrato e do tempo de serviço em que o ferroviário permanece em sua casa aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço”, não podendo ultrapassar o lapso temporal de 24 horas, sob pena de multa administrativa. A remuneração devida será referente a 1/3 do salário normal.

O conceito de tempo de prontidão, portanto, enseja uma limitação real ao direito de liberdade de deslocamento do empregado, que fica à espera de ser chamado. Saliente-se que, não pode haver dúvidas de que, ao chegar ao trabalho, o empregado está à disposição, devendo receber remuneração integral.

Na hipótese dos meios telemáticos de controle há que se averiguar se tal situação ocorre. Ou seja, se há limitação à liberdade do empregado. Se esse for o caso, ao nosso ver, será plenamente possível a incidência do tempo de sobreaviso.

O que não significa, por outro lado, a necessidade de cancelamento da Súmula 428 do TST. Isso porque, o que a súmula estabelece continua a prevalecer: o simples fato de o empregado portar instrumentos eletrônicos que possam a vir a ser utilizados para o seu controle não importa em reconhecimento do tempo de sobreaviso. Há que haver uma limitação real e não meramente potencial.

Aduz Carmo (2012) que

(...) mesmo sendo empregado, o trabalhador que desenvolva suas atividades por meios telemáticos ou informatizados só poderá, por exemplo, exigir horas extras, quando, encerrada a jornada normal de labor, continuar sob o guante do poder diretivo ou de comando do empregador, que mediante ordens expressas, devidamente identificáveis, exerça qualquer espécie de controle ou supervisão sobre seu trabalho, exigindo-lhe a extrapolação da jornada de trabalho para que seja realizada ou completada determinada tarefa que lhe tenha sido confiada. Pouco importa se, trabalhando a distância, porte o trabalhador celular, pessoal ou corporativo, lap top, pager ou qualquer outro equipamento informatizado, pois só terá direito a horas extras se

restar plenamente evidenciado o comando, o controle ou a supervisão do empregador sobre suas atividades, como pode acontecer, v.g., com o envio de um e-mail, poucos minutos antes da jornada de trabalho ser encerrada, através do qual o empregador comande que o trabalhador continue exercendo sua atividade, ou lhe acometa nova tarefa, pois só assim, estando sob a supervisão e controle de seu patrão, é que poderá ser beneficiado com o direito à percepção de horas extras (grifos nossos).

Em outras palavras, deve existir, efetivamente, o controle, ainda que indireto, do tomador dos serviços sobre o empregado, ainda que por meios telemáticos.

Outra grande questão que pode ser aduzida da novel redação do parágrafo único do art. 6º da CLT diz respeito ao controle da jornada e a possibilidade desse empregado à distancia de percepção do adicional de horas extras.

Inicialmente aduz-se que o art. 4º da CLT considera como tempo efetivo de trabalho "o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada".

Por sua vez, o art. 62, inciso I da CLT exclui da incidência do capítulo de jornada de trabalho aqueles empregados que não são submetidos ao controle de horário, em razão de desempenharem a sua função fora do local da empresa.

Nesse sentido, pode-se equiparar a situação do empregado qualificado no art. 62, I da CLT ao do teletrabalhador reconhecido no parágrafo único do art. 6º da CLT (SILVA; MINICUCCI, 2012), desde que tal situação conste expressamente nas anotações da sua Carteira de Trabalho e Previdência Social. Nessa hipótese, incidiria uma presunção relativa de ausência de controle da jornada de trabalho, incumbindo ao empregado provar o contrário.

Nessa esteira, alerta-se para o fato de que deverá existir um parâmetro para auferir o tempo efetivamente laborado, haja vista que esse não necessariamente se equivale ao tempo de "login" do empregado. Sustentam que a saída encontrada pelos Tribunais trabalhistas de avaliar a produção desse empregado pode não se coadunar com a presente espécie de trabalho, uma vez que, diferentemente do trabalho em domicílio, a remuneração do teletrabalho não se dá preponderantemente por tarefa (SILVA; MINICUCCI, 2012).

Propõe Carmo (2012):

Em se tratando de trabalho realizado, sob a égide de relação de emprego, por trabalhador que se utilize exclusivamente de meios telemáticos ou de informatização, a situação pode na prática ficar

bem complicada, quando por exemplo o trabalho é realizado por peça ou tarefa e não simplesmente dentro de uma jornada de trabalho específica prevista no contrato laboral. Neste contexto e em outros semelhantes o ideal é que o empregador crie um código digital através do qual se possa aferir o tempo trabalhado pelo empregado, isto quando seu labor for totalmente exercido por meios telemáticos ou digitais. Este código digital, que, aliás será muito útil em todo e qualquer espécie de trabalho telemático, poderá prevenir conflitos entre as partes, a par de remunerar de forma equitativa o trabalhador.

A nosso ver, deve-se analisar, de acordo com cada situação concreta, em primeiro lugar, se há real controle da jornada de trabalho daquele empregado.

Em caso afirmativo, o tempo à disposição do empregador, ainda que fora do local da prestação dos serviços será computado como tempo efetivo de trabalho, nos termos do art. 4º da CLT, ensejando o pagamento das eventuais horas extras prestadas além da oitava diária.

Na hipótese de negativa, há que se aplicar o art. 62, inciso I da CLT, presumindo-se a ausência de controle da jornada o que, conseqüentemente afasta o pagamento de eventuais adicionais de horas extras e trabalho noturno.

Por fim, caberá ao aplicador da lei avaliar se, ausente o efetivo controle da jornada, há ou não tempo de sobreaviso, nos termos do art. 244 da CLT, aplicado de forma analógica ao caso em comento.

Nesse ponto, deverá ponderar se há restrição à liberdade do empregado portador desses meios telemáticos, como celulares, *smartphones*, *paggers*, dentre outros.

Verificando o intérprete que o empregado fica à espera da ligação do empregador para se dirigir ao local de trabalho e/ou iniciar efetivamente o seu serviço (hipóteses essas reais e que são, muitas vezes, denominadas de "plantões"), incidirá o art. 244 da CLT, cabendo-lhe o pagamento de 1/3 do valor da sua hora normal por cada hora de sobreaviso.

Nessa linha de raciocínio, conclui Carmo (2012):

Dentro deste contexto teleológico fica muito fácil inferir que, quem, mesmo a distância, utilizando aparelhos de intercomunicação, esteja cumprindo efetivamente ordens do empregador, sob sua manifesta supervisão, comando ou controle, faz jus à percepção de direitos sociais legalmente previstos, situação que difere totalmente daquele trabalha-

dor que, por mera circunstância encontrando-se a distância, simplesmente porte aparelhos de intercomunicação, sem deles fazer uso por ordem expressa do empregador. Este é o verdadeiro espírito da lei que deverá estar presente em toda e qualquer exegese que dela se queira fazer, sob pena de restar conspurcada a sua finalidade social.

O que a lei 12.551 de 2011 pretende é enfatizar que não há distinção entre o labor realizado pelo empregado sob as ordens diretas e pessoais do empregador e aquele desempenhado à distância, controlado por meios eletrônicos. O que importa é a presença dos cinco elementos caracterizadores da relação de emprego, em especial, da subordinação jurídica para que se possa garantir a tutela protetiva da legislação trabalhista.

Interessante posição assume Murilo Oliveira (2012) ao destacar que

(...) revela-se menos importante enfatizar o "controle" e a "supervisão" para destacar o trecho final da lei que menciona "trabalho alheio", também compreendido como "trabalho dependente". Quiçá não fosse a dependência econômica um caminho muito mais fácil e efetivo para, no lugar da subordinação jurídica, conduzir à ampliação do conceito de empregado, até porque a ideia da dependência sempre esteve na CLT (art. 3º), mas quase nunca é vista³. Talvez fosse mais eficaz uma mudança de mentalidade e de olhares do que uma nova lei... (grifos nossos)

Mais uma vez nos aproximamos da teoria do trabalho por conta alheia de Olea. É de se ver que, embora o autor equipare o "trabalho alheio" ao conceito de "trabalho dependente", suas palavras refletem exatamente a ideia aqui esposada.

Por fim, destacamos que a jurisprudência é dividida quanto ao pleito de horas suplementares e sobreaviso nos casos de teletrabalhadores, exemplificamos:

"TRABALHO A DOMICÍLIO. HORAS EXTRAS. Admitindo a reclamante a prestação de serviços em sua residência, no horário que lhe fosse mais conveniente, assim como o auxílio prestado por terceiros (filhos, genro e noras), impossível avaliar o período de tempo despendido. Assim incabível o pedido de horas extras. (TRT 3ª R. - 2ª T. - RO/21773/99 - Relª. Juíza Taísa Maria Macena de Lima - DJMG 14.06.2000 - p. 15)"

"Empregados que exercem atividade externa incompatível

com a fixação de horário de trabalho não são abrangidos pelo regime de jornada estabelecida nas normas trabalhistas." (Ac. TRT 12ª Reg.; 1ª T.; RO 003035/94; Rel. Juiz Dilnei Ângelo Biléssimo, DJ/SC 18.01.96 - in BONFIM, Calheiros. Dicionário de decisões trabalhistas. 27. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997.p. 298, nota 1007)

"Serviços externos não controlados - Não faz jus o trabalhador horas extras nessas condições. O trabalhador que presta serviços externos não sujeitos a controle de horário enquadra-se nas disposições do art. 62 da CLT e não faz jus, portanto, ao pagamento de horas extras." (TRT-SC; RO-V-2.966/90 -AC. 1ª T. 1.250/91, 05.03.91, Rel. Juiz Rubens Muller, Publ. DJSC 30.04.91, p. 62 - in FERRARI, Irany. Julgados trabalhistas selecionados. 3. ed. São Paulo: LTr, v. I, 1994. p. 311, nota 1088)

"(...) A sobrejornada, extraordinária que é, deve ser robustamente provada pelo reclamante. A prova oral não autoriza dizer que o autor desincumbiu-se a contento de demonstrar o sobre-labor. Assim, diante da liberdade do obreiro em agendar seus compromissos, aliada ao fato da fiscalização do reclamado ser feita apenas em relação ao serviço e não aos horários, impõe-se o não acolhimento das horas extras pleiteadas na exordial. (...) Com relação aos documentos de fls. 49/53 e 63/72, a despeito de registrarem em alguns casos horário após às 18:00 horas, não se prestam à comprovação da sobrejornada do autor, seja porque detinha o reclamante acesso ao Correio Eletrônico, independente do horário, seja porque, não estando sujeito a controle de jornada, poderia organizar a prestação de serviços no horário que melhor atendesse a suas necessidades. (...)" (Recurso Ordinário nº 0724/2000 - Goiás - Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região - Juiz Relator Heiler Alves da Rocha - julgado em 21.06.2000)

"Mensagens eletrônicas (e-mails) não provam horas extras. As cópias de e-mails não servem para comprovar trabalho extraordinário, pois podem ser gravadas num momento, mas enviadas em outro. Campinas/SP - A 9ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com sede em Campinas/SP, decidiu, por unanimidade, que cópias de e-mails não servem para comprovar trabalho extraordinário, pois podem ser gravadas num momento, mas enviadas em outro. O trabalhador ajuizou reclamação trabalhista em face da empresa Motorola Industrial Ltda., requerendo o pagamento das horas extras trabalhadas. Como a 4ª Vara do Trabalho de Campinas indeferiu seu pedido, o empregado recorreu perante o TRT, pretendendo a reforma da sentença de 1ª instância. Alegou o reclamante que as diferenças de horas extras estavam demonstradas pelas provas juntadas nos autos: cópias de várias mensagens eletrônicas por ele enviadas e recebidas. O relator do recurso, juiz Gerson Lacerda Pistori, ao revisar todas as provas documentais produzidas, chegou à conclusão de ter o juízo de 1º

grau acertado ao indeferir o pedido de horas extras requerido pelo empregado. Segundo Pistori, cópias de e-mails não servem para demonstrar que determinado trabalho foi realizado naquele horário indicado no correio eletrônico. Mensagens eletrônicas podem ser gravadas num momento, mas enviadas a seus destinatários em outro, disse o relator. "Além disso, as facilidades do mundo virtual moderno, associadas ao estilo de vida da sociedade contemporânea, permitem que um profissional de nível médio receba e envie mensagens relacionadas com seu trabalho através de seu próprio computador pessoal, conectado à rede interna de sua empresa, mas instalado em sua própria residência", finalizou o magistrado. Diante disso, foi negado provimento ao recurso do trabalhador, restando improcedente a reclamação trabalhista ajuizada. (Processo 02164-2003-053-15-00-6 RO)

"(...) não prospera o inconformismo do reclamante quanto ao indeferimento das horas extras referentes aos períodos de labor externo. E isso porque não foi demonstrada a existência de controles indiretos sobre a jornada externa. A utilização de aparelhos eletrônicos celulares e do sistema de correio eletrônico denominado de "office vision" não se mostra idônea a desempenhar tal finalidade." (Recurso Ordinário nº 2866/2000 - Goiás - Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região - Juíza Relatora Dora Maria da Costa - julgado em 12.12.2000)

"HORAS EXTRAS - TRABALHO EXTERNO - AUSÊNCIA DE CONTROLE DE JORNADA - ART. 62, INCISO I, CLT - NÃO CABIMENTO. Contatos frequentes entre empregado e superior hierárquico através de telefone celular não pode ser considerado como fiscalização de horário de trabalho, mormente quando o primeiro é o único empregado da empresa no Estado e executa suas tarefas externamente. A submissão daquele à norma contida no inciso I do art. 62 da CLT é evidente." (Recurso Ordinário nº 2266 - Acórdão nº 523/02 - Sergipe - Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região - Tribunal Pleno - Juíza Relatora Ismênia Quadros - julgado em 02.04.2002)

"Também entendo improcedente a alegação de que a fiscalização do recorrente era feita via correio eletrônico, vez que, em nenhum momento, o autor comprovou que dito aparelho se prestava a controlar jornadas de trabalho, limitando-se a esclarecer, na exordial (fl. 03), que apenas recebia instruções diárias através do mesmo. É cabível registrar ainda, que o fato do reclamante ter afirmado, em seu depoimento pessoal, que "... não era obrigado a comparecer diariamente na reclamada, mas por força da atividade que desenvolvia, necessariamente teria que comparecer, com frequência, para preenchimento de relatórios e serviços burocráticos atinentes às vendas", em nada socorre o recorrente no seu desejo de que fosse judicialmente reconhecido o controle, pela reclamada, do seu horário de trabalho. Enquadra-se o autor, por-

tanto, como bem consignou o v. decisum, na exceção prevista no art. 62, I, da CLT, não fazendo, portanto, jus ao recebimento de horas extraordinárias, valendo ressaltar que a atividade de vendedor externo, por si só, não é impeditiva à percepção de horas extras, mas tão-somente o trabalho externo incompatível com o controle de horário de trabalho, situação última esta, que restou plenamente configurada nos autos em questão." (Recurso Ordinário nº 2742/2000 - Goiás - Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região - Juiz Relator Saulo Emídio dos Santos - julgado em 06.03.2001).

"TRABALHO EXTERNO. CONTROLE MEDIANTE APARELHO DE COMUNICAÇÃO. DIREITO A HORAS EXTRAS. O controle da jornada de trabalho externo, mediante aparelho de comunicação utilizável como telefone celular, rádio ou Pager, é constitutivo do direito ao recebimento de horas extras, quando caracterizada a extrapolação do limite legal de duração do trabalho." (Recurso Ordinário nº 19990582346 - Acórdão nº 20010111667 - São Paulo - Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - Oitava Turma - Juíza Relatora Vilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva - julgado em 19.03.2001 - DJ in 10.4.2001)

TRT3-022954) HORAS EXTRAORDINÁRIAS. JORNADA EXTERNA. O controle indireto do labor cumprido externamente através da exigência de comparecimento no início e término da jornada, com emissão de relatórios de visitas e monitoramento de vendedor em rota através de "palmtop", dispõe o pagamento da jornada extraordinária devidamente comprovada, já que a exceção contida no art. 62, I, da CLT refere-se tão-somente à atividade externa do empregado que implique na impossibilidade de controle pelo empregador. (Recurso Ordinário nº 00355-2004-018-03-00-2, 4ª Turma do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, Rel. Caio L. de A. Vieira de Mello. j. 15.12.2004, Publ. 22.01.2005).

TST-032708) RECURSO DE REVISTA POR CONVERSÃO SALÁRIO FIXO - HORAS EXTRAS - TRABALHO EXTERNO - COMISSIONISTA MISTO - BASE DE CÁLCULO - SERVIÇOS DE COBRANÇA - LABOR EM DOMINGOS E FERIADOS. Tendo o e. Regional concluído pelas provas colhidas que o salário fixo não era pago e, sim, deduzido das comissões, o buscado reconhecimento de quitação esbarra na Súmula 126/TST, que veda o revolvimento de fatos e provas. Inespecífica a divergência trazida que não parte dos mesmos fatos descritos no aresto regional. No que se refere às horas extras, não há como admitir ofensa direta aos arts. 62, I, e 818 da CLT, porque ficou provado que o reclamante estava submetido a horário e à fiscalização, inclusive através de relatórios e do palmtop. Comprovado o labor em horas extras, são devidos os reflexos (Súmula 376, II, do TST). Tratando-se de comissionista misto, a sobrejornada há de ser paga fazendo-se a incidência do adicional de horas extras, apenas, sobre as comissões, ao passo que, sobre o salário fixo,

reputam-se devidas as horas extras com o respectivo adicional (Súmula 340/TST). Quanto aos serviços de cobrança, o recurso se encontra desfundamentado à luz do art. 896 da CLT, na medida em que a recorrente não indicou afronta a qualquer dispositivo legal ou constitucional, nem transcreveu arestos para o confronto de tese. Provado o labor em domingos e feriados, não há como conhecer do recurso por afronta ao art. 818 da CLT, porquanto a questão não é de distribuição do ônus da prova, mas de valoração daquilo que juntado aos autos como prova. Agravo de instrumento provido. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (RR nº 682/2002-023-03-00, 5ª Turma do TST, Rel. José Pedro de Camargo. j. 28.06.2006, unânime, Publ. 04.08.2006).

HORAS EXTRAS. PLANTÕES. TELEFONE CELULAR. "O uso do BIP, telefone celular, 'laptop' ou terminal de computador ligado à empresa não caracterizam tempo à disposição do empregador, descabida a aplicação analógica das disposições legais relativas ao sobreaviso dos ferroviários, que constituem profissão regulamentada, há dezenas de anos em razão das suas especificidades. Cabe a entidade sindical onde tais formas de comunicação são usuais fixar em negociação coletiva os parâmetros respectivos. Efetivamente, tivesse o empregado 'liberdade de contratar' e no ajuste laboral já fixar condições salariais condizentes com o uso de tais equipamentos, indubitável que a solicitação do empregado e o serviço que preste em função dessa convocação constituem horas extras. Recurso de revista a que se dá provimento." (TST RR 172296/95, Ac. 3ª Turma nº 12505, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, in DJU 27.02.1998). Recursos conhecidos e parcialmente providos. (RO nº 00431-2005-008-10-00-5 begin_of_the_skype_highlighting 00431-2005-008-10-00-5 end_of_the_skype_highlighting, 3ª Turma do TRT da 10ª Região/DF-TO, Brasília, Rel. Juiz Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. j. 08.03.2006, Publ. 17.03.2006).

HORAS DE SOBREAVISO - EQUIPARAÇÃO DE CELULAR COM BIP - POSSIBILIDADE - NÃO CARACTERIZAÇÃO DO SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 49 DA SBDI-1 DO TST. Como dispõe o art. 244, § 2º, da CLT, considera-se de sobreaviso o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. No caso, é incontroverso que o reclamante permanecia, durante uma semana por mês, usando telefone celular e aguardando ser chamado a qualquer hora pela reclamada. Todavia, é entendimento predominante nesta Corte Superior que o mero uso de telefone celular não enseja o pagamento de horas de sobreaviso, pois não obriga o empregado a permanecer em sua residência esperando ter seus serviços solicitados pela empresa, condição exigida em lei para o reconhecimento do direito. Aplica-se ao caso, de forma analógica, o assentado na Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1 do TST, sendo possível equiparar o uso do telefone

celular com o do BIP. Recurso de revista conhecido em parte e provido. (RR 736/2002-023-04-00. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. 4ª Turma. DJ 27.05.2005). Conheço, pois, do recurso, por contrariedade com a Orientação Jurisprudencial 49 da SBDI-1 do TST.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que a nova lei, além de reconhecer e incluir na legislação trabalhista a posição majoritária e já pacífica na jurisprudência, acerca da existência da relação de emprego quando presente a subordinação, considerada em suas dimensões subjetiva e/ou objetiva, abre caminho para uma nova hermenêutica da relação empregatícia ao estabelecer, de modo expresso, a característica do trabalho alheio.

A nosso ver, portanto o avanço trazido pela Lei 12.551 de 2011 é ainda maior do que se conseguiu perceber até o momento. A nova redação da Lei 12.551 permite a (re) leitura não apenas do conceito de subordinação em si mesmo considerado, mas da própria relação de emprego.

Possibilita-nos defender, conforme faremos no próximo capítulo, a existência de duas categorias de trabalhadores: aqueles que desempenham seu trabalho por conta própria, assumindo os riscos da sua atividade e, portanto, excluídos do âmbito de proteção do ramo justralhista (haja vista que se são capazes de inserir-se por si mesmos, mediante o seu labor, na sociedade capitalista moderna) e aqueles que trabalham por conta alheia, destinando os frutos do seu trabalho para outrem e em prol da atividade desse e que seriam, em razão da sua hipossuficiência, tutelados pelo Direito do Trabalho. Para esses, a proteção trabalhista é, senão a única, a mais eficiente porta de entrada para o seu reconhecimento enquanto trabalhador, cidadão e ser humano pertencente à uma sociedade.

As demais consequências – reconhecimento de horas extras, aplicação analógica do tempo de sobreaviso e o controle da jornada, conforme visto acima – seriam, então, meros desdobramentos da aplicação da legislação social trabalhista ao empregado que labora por conta alheia, seja no âmbito da empresa ou fora dela, seja por meios físicos ou telemáticos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

CARMO, Julio Bernardo do. *Trabalho à distância e subordinação*. Exegese sadia da lei 12.551/11. Alagoas, 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148267,41046Trabalho+a+distancia+e+subordinacao+Exegese+sadia+da+lei+1255111>. Acesso em: 23.04.2012.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v.32, n. 123. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro 2006. p. 143-165.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MENDES, Marcus Menezes Barberino; JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. *Revista do TRT da 3ª Região*, n. 76, jul-dez, 2007. p. 197-218.

MIRAGLIA, Lúvia Mendes Moreira; DELGADO, Gabriela Neves. *Interpretação ampliada da relação de emprego: uma proposta viável para a expansão do Direito do Trabalho*. Apresentado no XIX Congresso Nacional realizado em Florianópolis nos dias 13, 14, 15 e 16 de outubro de 2010.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000.

OLIVEIRA, Murilo C. S. Mudança na CLT é aposta em teoria limitada. *Revista Consultor Jurídico*: versão eletrônica, 04 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-04/inscricao-teletrabalho-clt-transfigura-problema-solucao>. Acesso em: 23.04.2012.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*. n. 24, maio/junho de 2008, p. 6-30. p. 26.

SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Thereza Cristina Carneio G. Bezerra; MINICUCCI, Marília Nascimento. *Trabalho à distância: alterações da Lei 12.551/11*. São Paulo: Pinheiro Neto Advogados Associados, 2012. Disponível em: www.pinheironeto.com.br/.../tb.../150212155809anexobi2190.pdf. Acesso em: 23.04.2012.

TRINDADE, José Damião de Lima. Terá o Direito do Trabalho chegado a seu esgotamento histórico? In: SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coords.). *Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2007, p. 59.

TRINDADE, Washington Luiz da. A natureza jurídica do trabalho à distância. *Trabalho & doutrina*, São Paulo, n. 24, p. 10-15, mar. 2000.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado - o direito do trabalho no limiar do século XXI. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 171-191, 1º e 2º sem. 2000.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de emprego. estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

(ENDNOTES)

1. Doutoranda em Direito do Trabalho pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela Puc Minas. Professora assistente do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

2. Mestre em Direito do Trabalho pela Puc Minas. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo CAD - Gama Filho. Especialista em Direito Tributário pela Puc Minas. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

3. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 277.

4. VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. *Relação de emprego. estrutura legal e supostos*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 100.

5. O elemento da personalidade, que compõe o tipo jurídico da relação de emprego, aparece no caput do art. 2º da CLT.

6. Essa parte foi originalmente desenvolvida no artigo: MIRAGLIA, Lúvia Mendes Moreira; DELGADO, Gabriela Neves. *Interpretação ampliada da relação de emprego: uma proposta viável para a expansão do Direito do Trabalho*. Apresentado no XIX Congresso Nacional realizado em Florianópolis nos dias 13, 14, 15 e 16 de outubro de 2010.

7. No tocante à terceirização de serviços, a Súmula 331, III, é expressa em sua redação ao determinar que será lícita a terceirização, desde que ausentes os elementos da personalidade e da "subordinação direta".

8. Trabalho a domicílio - Personalidade - O auxílio de familiares na execução de trabalho a domicílio não descaracteriza o requisito personalidade, já que essa substituição conta com a aprovação tácita da empregadora. TRT - MG - RO - 16504/92, Rel. Pedro Lopes Martins - DJ 13/08/1993.

9. Nesse sentido foi a notícia veiculada pelo site do Tribunal Superior do Trabalho acerca do entendimento do presidente, Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em: http://www.tst.gov.br/web/guest/home?p_p_auth=EZIF5SIU&p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=419123&_15_version=1.2. Acesso em: 23.03.2012.

AS CIDADES E A INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Cacilda Bellose Sobreira¹

Glenda Rose Gonçalves Chaves²

RESUMO: O presente artigo tem como objeto uma análise a respeito das cidades e das pessoas com deficiência. Neste sentido, busca-se demonstrar o nascimento das cidades, a construção do espaço urbano e a necessidade de inclusão das pessoas que possuem alguma deficiência. De forma direta, procura-se analisar, como estudo de caso, a cidade de Belo Horizonte, a formação de seu espaço urbano e sua legislação, de modo a realizar uma reflexão em torno da inclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; cidades; pessoas com deficiência; direito de igualdade.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional.

1-A EVOLUÇÃO DAS CIDADES

À medida que o homem evolui, ampliam-se o seu espaço e o seu domínio sobre o meio. Com o domínio das técnicas, deixa de ser nômade e coletor e transforma-se em colhedor. Para sobreviver, reúne-se em comunidades, forma sociedades e cidades.

Dessa forma, podemos definir uma cidade como sendo o local onde ocorrem as grandes concentrações de pessoas, de serviços (hospitais, escolas, indústrias, comércio), sendo também, o local onde se encontram, direta ou indiretamente, os quatro setores da economia. De acordo com Roberto Corrêa (1995, p.5) a cidade representa "o lugar onde os investimentos de capital são maiores, seja em atividades localizadas na cidade, seja no próprio urbano, na produção da cidade. E mais: de ser o principal lugar dos conflitos sociais".

Várias são as interpretações no intuito de explicar o surgimento das cidades. Para os *evolucionistas*, o aparecimento das cidades está inscrito no processo evolutivo da própria humanidade, sendo um fenômeno quase natural. Os próprios progressos tecnológicos, a escrita e os avanços na organização social, aliados a um solo fértil e acesso a água permitem a vida urbana. Já para os *materialistas*, o excesso de produção no campo, somado a uma organização social que consolidasse uma relação de dominação de alguns habitantes sobre os outros, assegurando a transferência do excedente alimentar do campo para as cidades, permitiu a consolidação da própria cidade, que se constituiria de uma crescente desigualdade social. Por fim, os *culturalistas* entendiam que era o desenvolvimento de certas características culturais dos grupos humanos possibilitaria a vida urbana. (OLIVA, 1995).

As primeiras cidades surgiram na Mesopotâmia, na planície situada entre os rios Tigre e Eufrates (atual Iraque). Nas Américas, podemos apontar como as primeiras civilizações urbanas as dos

Maias e dos Astecas. De acordo com Jaime Oliva (1995), todas estas cidades possuíam características comuns, tais como: eram dirigidas por governos teocráticos; tinham espaços de trabalho e moradia para artesãos especializados que serviam as elites religiosas e militares; seus centros eram ocupados pelas elites e eram centros de inovação e elaboração de novos conhecimentos.

A cidade, independente dos ensejos que lhe permitem sua concepção, é dinâmica, modifica sua forma e sua estrutura de acordo com avanços tecnológicos, de acordo com progressos ou retrocessos econômicos. É o que verificamos, por exemplo, com a decadência dos grandes impérios, onde eles tiveram que se reorganizar em núcleos menores. Já na Idade Média, com o sistema de feudos, a vida econômica era baseada nas relações entre os senhores feudais e os servos, além de se estruturarem em torno da Igreja, no interior dos feudos, os servos e artesãos produziam tudo para a sua subsistência. Com a queda do feudalismo temos um avanço da expansão do comércio de longa distância, resgatando a importância das cidades como elos de ligação para as rotas comerciais.

A Revolução Industrial, em todas as suas fases, foi o marco principal para a modernização das cidades, modificando, inclusive, a ocupação do espaço e valorizando a própria cidade para o comércio interno e externo. É com a intensificação das indústrias e a modificação na produção - passou de manufatura para maquinofatura - que grandes contingentes populacionais se deslocaram para os centros urbanos, fenômeno chamado de êxodo rural. Mudaram-se, assim, os próprios hábitos das pessoas. A vida no campo exigia esforços que as atividades na cidade não exigiam.

A adaptação das pessoas ao novo estilo de vida não se deu de forma equilibrada. Foram necessários protestos e movimentos para que se adequassem as atividades urbanas às suas necessidades. Neste aspecto, muito se alterou até os dias atuais.

Se analisarmos as condições de trabalho do período conhecido como Primeira Revolução industrial, onde a tecnologia empregada era a máquina a vapor, veremos que as pessoas trabalhavam em condições insalubres, além de não existirem leis que os protegiam. Foi neste período que surgiram os primeiros protestos de operários.

Na Segunda Revolução Industrial, houve o implemento da utilização do carvão mineral, preponderando a produção de automóveis. Neste período, tivemos um maior investimento no setor logístico para auxiliar a própria utilização dos veículos fabricados, bem como agilizou-se a circulação de pessoas, mercadorias diversas e serviços.³

Já na Terceira Revolução Industrial, fase na qual nos encontramos, prevalece a utilização de tecnologia de ponta, com o uso de computadores em todos os setores.

Nas três fases *supra* elencadas, podemos verificar que as cidades são dinâmicas e se estruturam de acordo com a evolução das sociedades, evolução esta, atrelada à tecnologia. A própria forma como o ser humano se apropria da natureza varia de acordo com a tecnologia a ser empregada, satisfazendo sempre aos seus anseios e necessidades.⁴

Existem várias classificações para as cidades, cujo critério poderá ser vinculado à origem, à história, à importância econômica e política. Assim, de acordo com a origem, as cidades podem se classificar em: *cidades naturais*, aquelas que se originaram sem nenhum planejamento anterior, e *cidades planejadas*, que são aquelas constituídas a partir de um planejamento/projeto prévio. Como exemplo de cidades planejadas no Brasil, temos: Teresina, fundada em 1851; Aracaju, 1858; Belo Horizonte, 1898; Goiânia, 1937; Brasília, 1960; e Palmas, 1990.

De acordo com sua função ou principal atividade econômica, as cidades se classificam em: *Cidade Industrial* (Município que concentra um grande número de indústrias, tendo essa como principal atividade geradora de receita), *Cidade Comercial* (o ponto forte da economia são as transações comerciais e a prestação de serviços), *Cidade Portuária* (as atividades são vinculadas à exportação e importação e abriga portos em plena área urbana), *Cidade Turística* (a principal atividade econômica é a indústria do turismo), *Cidade Religiosa* (atrai fiéis de diferentes religiões), *Cidade Histórica* (possui um grande acervo histórico, principalmente na arquitetura).⁵

Hoje, as cidades consolidam-se pela própria modernização do Estado (muitas capitais são equipadas com tecnologias modernas de comunicação e de transportes, assim, os fluxos de informação, de pessoas e de produtos passam pelas mesmas), pelas formas modernas de produção, pela necessidade de se intensificar as relações mundiais (globalização da economia), pela revolução

do consumo, pelo desenvolvimento de tecnologias urbanas (engenharia nas construções, transportes, pavimentação, comunicação, sistemas de água e esgotos encanados) e pelo desenvolvimento das tecnologias de comunicação.

A cidade também reflete diretamente os aspectos sociais e econômicos dos grupos que nela se inserem. Desta forma, temos bairros mais nobres e bairros mais pobres, condomínios fechados, bairros industriais e centro de negócios. É nela, pois, que vislumbramos o retrato da sociedade.

2 - AS CIDADES E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Toda cidade traça em si o perfil social, econômico e cultural da sociedade. Conseqüentemente, há a necessidade de uma boa infra-estrutura para que haja uma interligação entre os diversos setores sociais, interligação esta, que possibilitará a geração de renda. Como exemplos, podemos citar a parte logística, estrutura de transportes, ruas, asfaltamentos, iluminação, coletas de esgoto e lixo, fornecimento de água encanada, entre outros fatores que possibilitam uma boa inter-relação no meio.

Se locomover em uma cidade, dotada de vias e de transportes, a princípio, parece fácil. Entretanto, se formos analisar uma pessoa que apresente algum tipo de deficiência (física, sensorial, mental) veremos que tal facilidade não se verifica, o que contrapõe ao previsto no art. 5º, XV, da CR/88, que garante o direito de ir, vir e permanecer, em todo o território nacional.

De acordo com o Decreto 3.956, de 08/10/2001 (Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência), em seu art. 1º, define deficiência como a "restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limite a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social."

No mesmo sentido, a recente Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/08, atual Decreto 6949/09, primeiro documento internacional de direitos humanos a ser considerado formalmente com *status* de norma constitucional, em face de sua aprovação em conformidade com o art. 5º, §3º, dispõe que: "Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas." (art.1º).

Diante disso, a expressão a ser utilizada neste artigo será *pessoa com deficiência*, tendo em vista as conversas informais

com pessoas com necessidades especiais, que preferem a utilização do mesmo, e por entender também, concatenando com o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos iminentes de cada um, ser este o melhor termo, uma vez que quem possua alguma deficiência é capaz de executar diversas tarefas, tendo, apenas, conforme a deficiência, a habilidade reduzida para alguma função.

Interpretando os dados apresentados pelo IBGE⁶, veremos que, de acordo com o Censo Demográfico de 2000, existem mais de 24.000.000 (vinte e quatro milhões) de pessoas que apresentam algum tipo de deficiência no Brasil e, logicamente, a cidade deve estar preparada para receber estas pessoas, de forma que possibilite a livre circulação destas, sem oferecer empecilhos para que as mesmas frequentem lugares e espaços que lhes permita uma formação para o mercado de trabalho ou até mesmo um livre acesso ao lazer e à cultura, ou seja, as políticas devem permitir a inclusão do deficiente em todos os aparatos sociais.

Infelizmente, as pessoas com deficiência encontram discriminação em todos os setores sociais. Para se modificar a situação de discriminação é preciso uma ampla educação/conscientização que acarrete mudanças de pensamentos e atitudes. Entretanto, tais modificações se dão em longo prazo e, para forçá-las, é necessário a criação de normas imperativas e de ações afirmativas.⁷

Para o combate a discriminação vários movimentos foram necessários. Podemos delimitar os anos 1980 como marco principal do início dos protestos realizados pelas pessoas com deficiência para se inserirem nas atividades sociais de maneira geral.

No início da década de 1980, ocorreram os primeiros movimentos reivindicatórios das pessoas com deficiência, o cerne dos movimentos era a eliminação das barreiras arquitetônicas, que dificultavam a locomoção e o acesso às pessoas com necessidades especiais aos diversos locais.

Em meados da década referida, o objetivo dos reclames era pela eliminação das barreiras atitudinais, ou seja, que tivessem campanhas que mobilizassem as pessoas de maneira geral, para que modificassem os pensamentos e atitudes, de forma a eliminar os preconceitos, dando oportunidades aos desiguais e um tratamento de acordo com as suas diferenças.

Já no início dos anos de 1990, as campanhas objetivavam a eliminação das barreiras de comunicação e de transporte, contemplando, neste momento, as outras deficiências que não só as motoras; visava-se a utilização dos diversos meios e técnicas que existem para possibilitar a livre circulação das pessoas com deficiência. Podemos citar a linguagem em braile, para os deficientes visuais, e a utilização de placas explicativas, para os deficientes auditivos.

Em meados dos anos 1990, surgiu a ideia do Desenho Uni-

versal, ou seja, a implantação de estruturas que atendam as características de todas as pessoas, que tenham ou não deficiência.⁸ No final de 90, a campanha foi pela acessibilidade de todos os portadores a tudo o que o cerca na sociedade e ao próprio Desenho Universal, garantindo-lhes a inserção ampla na sociedade.

Em 2000, as ações das campanhas eram direcionadas para fatos concretos, com a eliminação de obstáculos e a garantia efetiva de direito de ingresso, permanência e usufruto de todos os bens e serviços sociais.

Podemos observar que as campanhas e movimentos contemplaram todos os principais problemas enfrentados pelos deficientes, desde o combate a barreiras arquitetônicas, até o combate a barreiras atitudinais.

Porém, ao analisarmos a realidade de muitas cidades brasileiras, podemos, até os dias atuais, ainda ver falhas na concretização de direitos essenciais, muitos deles consagrados na Constituição da República de 1988 e em diversas leis e decretos. Citemos abaixo, como exemplo, o caso de Belo Horizonte/MG.

3 -A CIDADE DE BELO HORIZONTE E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: INCLUSÃO?

Ao salientarmos as características da cidade de Belo Horizonte (cidade planejada), temos que, de acordo com estimativas de 2009, sua população é de 2.452.617 habitantes.⁹

A cidade de Belo Horizonte tem área de unidade territorial de 331 Km², com um dos maiores PIB-Produto Interno Bruto do Brasil, ficando em quinto lugar entre os Municípios brasileiros, segundo dados do IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.¹⁰

Além disso, Belo Horizonte tem uma série de legislações para atender os interesses locais do Município, conforme prescreve o art. 30, I, da CR/88, dentro da estrutura exigida por uma cidade grande, sendo que podemos destacar, como objeto deste estudo, a Lei 7.166, de 27 de agosto de 1996, que estabelece as normas e condições para o parcelamento, ocupação e uso do solo urbano no Município de Belo Horizonte.

Segundo a presente Lei, o território do Município é dividido em zonas, conforme prescreve o art. 4º, e estas são diferenciadas de acordo com os potenciais de adensamento, além das demandas de preservação e proteção ambiental (art. 5º). Desta forma, temos:

Art. 5º - As zonas, diferenciadas segundo os potenciais de adensamento e as demandas de preservação e proteção ambiental, histórica, cultural, arqueológica ou paisagística, são as seguintes:

I - Zona de Preservação Ambiental - ZPAM -;

- II - Zona de Proteção - ZP -;
- III - Zona de Adensamento Restrito - ZAR -;
- IV - Zona de Adensamento Preferencial - ZAP -;
- V - Zona Central - ZC -;
- VI - Zona Adensada - ZA -;
- VII - Zona de Especial Interesse Social - ZEIS -;
- VIII - Zona de Grandes Equipamentos - ZE.

No art. 21, temos a porcentagem dos loteamentos que devem ser destinadas aos equipamentos urbanos. Vemos que a lei enfatiza os deslocamentos e livre circulação das pessoas:

Art. 21 - Nos loteamentos, é obrigatória a transferência ao Município de, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) da gleba, para instalação de equipamentos urbanos e comunitários, sistema de circulação e espaços livres de uso público.

§ 1º - Equipamentos urbanos são os equipamentos públicos destinados a abastecimento de água, serviço de esgotos, energia elétrica, coleta de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

§ 2º - Equipamentos comunitários são os equipamentos públicos destinados a educação, saúde, cultura, lazer, segurança e similares.

§ 3º - Sistema de circulação são as vias necessárias ao tráfego de veículos e pedestres.

§ 4º - Espaços livres de uso público são as áreas verdes, as praças e os similares. (destaque nosso).

E, no capítulo IX, das Disposições Transitórias, temos:

Art. 10 - Enquanto inexistir legislação específica sobre o assunto, nos edifícios públicos devem ser reservadas vagas de estacionamento de veículos para uso de deficientes físicos, próximas ao acesso à edificação, com largura mínima de 3,50 m (três metros e cinquenta centímetros), na seguinte proporção em relação ao número mínimo de vagas exigido:

I - até 100 (cem) vagas, 1 (uma) por 25 (vinte e cinco) ou fração;

II - de 101 (cento e uma) a 300 (trezentas) vagas, 4 (quatro) pelas 100 (cem) primeiras, acrescidas de 1 (uma) para cada 50 (cinquenta) excedentes;

III - acima de 300 (trezentas) vagas, 8 (oito) pelas 300 (trezentas) primeiras, acrescidas de 1 (uma) para cada 100 (cem) excedentes.

Como podemos perceber, a cidade de Belo Horizonte, em sua Lei de Uso e Ocupação do Solo, prevê a acessibilidade para a livre locomoção das pessoas. Entretanto, nada dispõe em relação à pessoa com deficiência. Como exemplo, podemos citar a necessidade de rebaixamento de calçadas para cadeirantes, sinais sonoros para deficientes visuais, placas informativas para os surdos, telefones adaptados para mudos, informativos em braile, principalmente em pontos de ônibus, entre outros recursos que auxiliariam a inclusão de uma pessoa com deficiência.

Caberia ao Município legislar sobre a inclusão das pessoas com necessidades especiais, de maneira mais detalhada e específica, uma vez que o mesmo deve atender aos interesses locais, conforme art.30, da Constituição da República de 1988. Ao contrário do previsto constitucionalmente, a Lei belorizontina preocupa-se com ocupação do espaço urbano sem necessariamente incluir todos que fazem parte desse mesmo espaço, gerando uma marginalização social, onde o seguimento das pessoas com deficiência possui dificuldades para atuar no espaço.

A interação do homem com o meio, que se dá desde os primórdios da humanidade, só é eficaz quando o mesmo se utiliza de suas próprias técnicas para apropriação dos recursos naturais, de forma a melhorar a sua sobrevivência neste mesmo meio. Uma vez que esta interação é tolhida, cerceia-se este direito inerente.

A este respeito, torna-se preocupação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, Decreto 6.949/09, a denominada mobilidade pessoal. Dentre uma série de direitos fundamentais garantidos às pessoas com deficiência, a presente Convenção aponta, no art. 20, a respeito da mobilidade pessoal, dirigindo ao Estado Parte a necessidade de adoção de medidas a garantir a livre circulação e a independência dessas pessoas no seu cotidiano, especialmente nas cidades, de modo à implementação de tecnologias e do uso de dispositivos e ajudas técnicas que venham possibilitar uma vida independente e com melhor qualidade a estes indivíduos.

Além disso, a presente Convenção dispõe no seu art. 19 a respeito de desenvolvimento de vida independente por parte da pessoa com deficiência e da necessidade de sua inclusão na comunidade. Para isso, torna-se necessário que o Estado assegure acesso aos serviços da comunidade, em igualdade de oportunidades, e serviços de apoio, com atendimento em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio.

Entendemos, diante destas previsões legais, que a legislação municipal deva se direcionar no sentido de possibilitar a inclusão deste grupo, de forma a, até mesmo, atender o previsto constitucionalmente: livre circulação, mobilidade pessoal, inclusão na comunidade, acesso à saúde, educação, lazer, dentre

outros, de forma a atender aos desiguais na medida de suas desigualdades.¹¹ Afinal, o Município é o ente mais próximo do cidadão e capaz de melhor organização e difusão destes direitos de maneira local.

Especialmente no que tange ao Município de Belo Horizonte, percebemos a necessidade de uma política pública mais efetiva, no sentido de se promover a verdadeira inclusão de todos os cidadãos, a fim de que eles possam usufruir melhor do espaço público e poder ter para com sua cidade o verdadeiro sentimento de pertencimento.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Nunes. A reforma Pereira Passos: uma tentativa de integração urbana. *Revista Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 10, maio/ago., 2003. Disponível em: <http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_10/10-AndreAzevedo.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Belo Horizonte. Câmara Municipal. *Lei 7.166*, de 27 de agosto de 1996. Belo Horizonte: Imprensa Municipal.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa Nacional, D.O.U. 05 Out. 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto 6.949*, de 25 de agosto de 2009. Brasília: Imprensa Nacional, D.O.U. 09 Out. 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto 3.956*, de 08 de outubro de 2001. Brasília: Imprensa Nacional, Diário Oficial da União. 09 Out. 2001.

CORRÊA, Roberto Lobato. *O espaço urbano*. São Paulo: Ática, 1995. 94 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Direito à diferença*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 221 p.

IBGE. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 01 set 2010 e 01 ago. 2011.

OLIVA, Jaime. *Espaço e modernidade: temas da Geografia mundial*. São Paulo: Atual, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 934 p.

TOURINHO, Adriana de Oliveira. *A influência das reformas urbanas pa-*

risienses no Rio de Janeiro dos anos 20. Anais das Jornadas de 2007. Programa de Pós-Graduação em História Social da UFRJ. Disponível em: <<http://revistadiscentepghis.files.wordpress.com/2009/05/adriana-tourinho-a-influencia-das-reformas-urbanas-parisienses-no-rio-de-janeiro-dos-anos-20.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

(Endnotes)

1 Advogada. Professora de Geografia do estado de Minas Gerais. Bacharel em Geografia pela UFJF.

2 Professora titular de Direito Constitucional do Centro Universitário Newton Paiva. Coordenadora e professora do Curso de Especialização em Direito Público da PUC Minas Virtual. Mestre em Direito pela PUC Minas e Mestre em Estudos Literários pela UFMG. Advogada e licenciada em Letras pela UFMG.

3 Este momento histórico coincide com o denominado constitucionalismo clássico ou liberal, marcado pela formalização dos direitos individuais e da separação dos poderes. Do ponto de vista social, há forte exploração da mão de obra de trabalhadores, inclusive crianças, o que leva o desenvolvimento urbano e, em contrapartida, ao questionamento a respeito do próprio Estado liberal. Neste sentido: Manoel Jorge e Silva Neto (2008) e Boaventura de Sousa Santos (2005). Sobre o movimento constitucional *vide também* Luis Roberto Barroso (2011).

4 Neste percurso, não podemos deixar de citar uma importante reforma urbana ocorrida na cidade do Rio de Janeiro no início do século XX, que demonstra a dinâmica mutacional das cidades. Maiores detalhes em: AZEVEDO, André Nunes. A reforma Pereira Passos: uma tentativa de integração urbana. *Revista Rio de Janeiro*, n. 10, maio-ago, 2003. Disponível em: http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_10/10-AndreAzevedo.pdf. Acesso em 20/04/2011. Reforma esta inspirada na parisiense, conforme nos ensina: TOURINHO, Adriana de Oliveira. A influência das reformas urbanas parisienses no Rio de Janeiro dos anos 20. Anais das Jornadas de 2007. Programa de Pós-Graduação em História Social da UFRJ. Disponível em: <http://revistadiscentepghis.files.wordpress.com/2009/05/adriana-tourinho-a-influencia-das-reformas-urbanas-parisienses-no-rio-de-janeiro-dos-anos-20.pdf> Acesso em 20/04/2011.

5 Para ilustrar, podemos citar como exemplo de *Cidade Industrial* o Município de Contagem/MG; de *Cidade Portuária*, Santos/São Paulo, principal porto do Brasil e um dos principais da América Latina; como *Cidades Turísticas* citemos Rio de Janeiro/RJ e Salvador/BA; como *Cidade Religiosa*, podemos citar Aparecida/SP, onde fica o santuário de Nossa Senhora Aparecida; e como *Cidade Histórica*, Ouro Preto/MG.

6 IBGE. Censo Demográfico de 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 01/09/2010.

7 Sobre direito à diferença e ações afirmativas: CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Direito à diferença**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

8 Na definição legal, conforme a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, art. 2º: "Desenho universal" significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O "desenho universal" não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

9 IBGE disponível em : <http://www.ibge.gov.br> Acesso em 01/09/2010.

10 IBGE disponível em : <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em 01/08/2011.

11A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, Decreto 6949/09, dispõe a acessibilidade das pessoas com deficiência, e da conseqüente necessidade do Estado tomar medidas a proporcionar esta acessibilidade. De forma expressa, verificamos a natureza dessas medidas no art. 9º: "Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho; b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência".

TRABALHO DO PRESO: PREMISSAS PARA O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Isabella Monteiro Gomes¹

Michel Carlos Rocha Santos²

RESUMO: O presente artigo analisa o trabalho do preso, abordando suas características, hipóteses e regulamentação, especialmente a partir do tratamento dado pela Lei de Execuções Penais. Em seguida, será verificado que o ordenamento jurídico brasileiro nega ao trabalhador preso a incidência dos direitos trabalhistas, na medida em que não reconhece a existência da relação de empregado e a incidência das normas da Consolidação das Leis do Trabalho. O objetivo é refutar a premissa legislativa, a partir de uma leitura mais atenta da Constituição da República de 1988, propondo uma interpretação principiológica e constitucional que privilegie e afirme o trabalho como direito social fundamental e consectário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho – Preso – Constituição – Direito – Social – Fundamental.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho; Direito Penal; Direito Constitucional.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República de 1988 colocou o trabalho como o direito social fundamental e pilar da ordem econômica. Além disso, estabeleceu em seu artigo 1º, que o valor social do trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Percebe-se que a intenção da Carta Magna é afirmar o trabalho como algo inerente e indissociável ao Homem, algo que contribui não só para a sua condição de pessoa e cidadão, mas que também representa a fonte principal de sua manutenção e subsistência.

Elevar o trabalho a direito social fundamental, reforça a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades sociais e a melhor distribuição da renda, com fins de erradicar a pobreza e garantir o acesso de todos ao mercado de consumo e a uma condição de vida digna.

Não sem razão que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra abrigo e fundamenta o ideal de se garantir trabalho digno a todos. O trabalho digno não significa apenas possibilitar o acesso das pessoas ao mercado de trabalho. É preciso lutar por condições de trabalho que representem melhoria para os trabalhadores, condições que sejam catalisadoras da ampliação dos direitos fundamentais.

O mundo contemporâneo assiste a grandes transformações no universo das relações de trabalho, com o aparecimento de novas formas de se trabalhar, novas profissões, novas formas de remuneração e novas exigências de qualificação. Pode-se dizer que as relações de trabalho tradicionais servem de parâmetro e fomentam o aparecimento de novos modelos de trabalho e novos

institutos que lhe são correlatos.

Uma dessas situações inovadoras, apesar de não tão nova, é o trabalho prestado pelo preso, entendido como aquela pessoa que está em cumprimento de pena privativa de liberdade. A legislação penal estabelece que o preso deve exercer atividade laborativa, colocando como maior incentivo para esta atividade, a possibilidade de comutação da pena e o pagamento de uma remuneração pela atividade.

Contudo, negou ao preso a incidência das normas celetistas (CLT) a esta relação jurídica. Vale dizer, que o trabalho do preso, por expressa disposição legal, não irá gerar os efeitos da relação de emprego, situação jurídica que, sem dúvida, importaria no mais amplo reconhecimento de direitos e garantias a esses trabalhadores.

O objetivo é analisar a negativa de amplos direitos trabalhistas ao trabalhador preso e traçar premissas e fundamentos que sejam capazes de refutar e desconstituir essa nefasta opção legislativa, especialmente, a partir de uma análise constitucional e principiológica.

2. O TRABALHO, O TRABALHO DO PRESO E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O trabalho do preso é regulado pela LEP - Lei de Execução Penal, Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Este diploma tem como objetivo estabelecer as regras para o cumprimento da pena, bem como promover a integração social do preso. Uma das formas de se realizar tal integração é possibilitar o exercício de atividade laborativa àquele recolhido em estabelecimento prisional.

O trabalho do preso tem em si a idéia de fomentar a ressocialização do condenado, além de proporcionar em certa medida, qualificação e experiência, habilitando-o em atividades que podem vir a ser desenvolvidas pelo mesmo, quando este alcançar a liberdade. Razão pela qual o trabalho do preso, segundo a LEP, terá finalidade educativa e produtiva.

A LEP permite e incentiva o trabalho do preso, na medida em que o reconhece como dever social e fomentador da dignidade humana. Referida lei também estabelece como direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração (art. 41, II).

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

(...)

Tal regulamentação não poderia ser diferente, uma vez que a Constituição da República de 1988 estabelece os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como seu próprio fundamento³, colocando-os lado a lado com a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Há ainda reconhecimento do trabalho como direito social fundamental em seu art. 6^o e como pilar da ordem econômica, em seu art. 170⁵. Neste mesmo sentido, não podemos deixar de mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo XXIII, estabelece que toda pessoa possui direito ao trabalho.

A LEP estabelece em seu artigo 29, que o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia fixação em tabela, não podendo a remuneração ser inferior a ¾ (três quartos) do salário mínimo vigente no País.

Veja-se que a Lei de Execução Penal determina a remuneração do trabalho, indicando ao apenado que o dispêndio da sua força de trabalho é fonte de geração de riqueza e sustento, para ele e seus familiares, o que valoriza o seu esforço e, ao mesmo tempo, o incentiva a permanecer exercendo atividade laborativa.

O trabalho do preso deve ser enfrentado como uma situação de concessão de dignidade ao trabalhador que se encontra em cumprimento de pena privativa de liberdade, como forma de mostrar ao mesmo, sua capacidade de desenvolvimento social e de desenvolvimento de atividade econômica frutífera e idônea.

Além de contribuir para a geração de riquezas, o trabalho evidencia ao preso que ele possui perspectivas de melhoria de vida, de recolocação no mercado de trabalho quando vier a alcançar a liberdade, após cumprir a pena ou ainda, conseguir progressão de regime.

O trabalho, nessa perspectiva, serve para que o preso recupere a sua auto-estima, seu orgulho, sua dignidade. Pode contribuir para que o mesmo vislumbre novos horizontes e também para o mesmo venha a se qualificar para o mercado. Sem falar que o

exercício de uma atividade econômica rotineira, um trabalho, a aprendizagem de um novo ofício ou profissão, pode gerar no preso a sensação de repúdio à atividade delitiva.

Não se pode negar que

O reconhecimento do trabalho como força motriz de toda a sociedade impele o Estado, único detentor do poder de punir, a promover oportunidades de preparação dos apenados sob sua custódia a desenvolver atividades laborativas, com a finalidade de prepará-los ao retorno à convivência social e propiciar a dignidade da pessoa humana. Deixar o preso reabilitando fora dessa realidade é mais do que desqualificá-lo para a nova vida fora das grades: é colocá-lo novamente em uma linha tênue entre o desemprego, devido a sua baixa qualificação, e a criminalidade, que lhe mostrará formas mais rápidas de conseguir dinheiro e status. (OLIVEIRA, 2010, p. 5)

No mesmo sentido, o magistério de Vólia Bomfim Cassar, ao afirmar que "o trabalho do preso tem a finalidade de reabilitação e exerce forte função socioeducativa ao permitir que ele produza enquanto cumpre sua pena" (CASSAR, 2011, p. 356).

Apesar de merecer aplausos a orientação da LEP, no sentido de se remunerar o trabalho do preso, é possível discordar desta orientação, por não se coadunar com as garantias constitucionais previstas no art. 7^o, da CR/88.

Dessa forma, se entende que o art. 29, *caput*, da LEP⁶, deve ser interpretado à luz da Constituição de 1988, garantido ao trabalhador preso todos os direitos trabalhistas e previdenciários decorrentes da relação de emprego, vez que não há fundamento para esta discriminação em relação ao trabalhador condenado.

Ainda acerca do art. 29 da LEP, constata-se que a remuneração do trabalho do preso deve atender a alguns objetivos, que são eles:

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas reali-

zadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

Além de estabelecer que o trabalho será remunerado, dispõe a LEP que o fruto do trabalho do preso deve servir para indenizar os danos gerados pelo crime, assistir à sua família, fazer frente às suas despesas pessoais e, além disso, ressarcir o Estado nas despesas realizadas com a manutenção daquele trabalhador.

E o parágrafo segundo do mencionado art. 29, ainda fixa que, eventual saldo em favor do trabalhador será destinado à formação de uma caderneta de poupança, a ser entregue ao trabalhador, quando este alcançar a liberdade.

Interessante é notar que o trabalho, enquanto direito social fundamental, se alicerça na premissa do trabalho livre, ou seja, o indivíduo possui liberdade para escolher ou não trabalhar. Segundo a Lei de Execução Penal, contudo, o trabalho do preso se revela obrigatório, na medida em que o art. 31 dispõe: "o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade".

Com relação ao preso provisório (como nos casos de prisão temporária e preventiva), este não está obrigado ao trabalho.

O trabalho a ser desenvolvido pelo preso poderá ser interno ou externo, conforme sua força de trabalho seja aproveitada pelo próprio estabelecimento prisional ou no interior de outro estabelecimento prisional ou; seja aproveitada por entidade pública ou privada que não seja estabelecimento prisional.

É preciso chamar atenção para o fato de que o trabalho do preso, quando externo, possa ser utilizado por entidade da Administração Pública Direta ou Indireta, ou por entidade privada, quando então, o trabalho dependerá do consentimento expresso do preso. Nessa medida, é importante que o Estado procure estabelecer parcerias com entidades da administração pública e também do setor privado, para que reservem vagas destinadas aos presos⁷.

Vale dizer que o trabalho do preso, de toda sorte, será sempre obrigatório, competindo à doutrina estabelecer a diferença entre o trabalho obrigatório e o trabalho forçado:

O trabalho, segundo a Lei de Execução Penal (art. 31), é obrigatório, mas não forçado. Deve trabalhar o condenado que almejar conseguir benefícios durante o cumprimento da pena, tendo em vista que a sua recusa pode configurar falta grave (art. 51, III, c/c. art. 39, V da Lei de Execução Penal - 7.210/84) e, conseqüentemente, o impedimento à progressão de regime e ao livramento condicional.

O trabalho forçado, vedado constitucionalmente (art. 5º, XLVII, c) teria o condão de impelir o sentenciado à atividade laborativa, sob pena de sofrer outras e mais severas sanções. Logo, a remição é um incentivo à laborterapia (NUCCI, 2006, p. 386).

Mas este poderá optar entre laborar para a Administração ou para entidade privada, já que, com relação a esta, precisa manifestar inequivocamente o seu consentimento, além de já ter cumprido 1/6 (um sexto) da pena.

Além do recebimento de uma remuneração pelo trabalho, o preso que exerce atividade laborativa também se beneficia com o instituto da remição. Segundo Guilherme de Souza Nucci, remição "é o resgate da pena pelo trabalho, permitindo-se o abatimento do montante da condenação, periodicamente, desde que se constate estar o preso em atividade laborativa" (NUCCI, 2006, p. 386).

Com efeito, segundo o art. 126 da LEP, o trabalhador que cumpre pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena, na proporção de 3 (três) dias de trabalho para 1 (um) dia de pena.

O tempo remido será computado para fins de concessão de livramento condicional e indulto⁸.

A LEP ainda cuida de fixar a jornada de trabalho do preso, com mínimo de 6 (seis) e máximo de 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados (art. 33).

Contudo, fixou que o trabalho do preso não está subordinado ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Dessa forma, apesar de o trabalho, nesse caso, ser fonte de produção, riqueza e subsistência para o preso e sua família, já que a atividade é remunerada, não estará, a relação jurídica constituída pelo contrato de trabalho, logo, não sujeita à aplicação das diretrizes da Consolidação das Leis do Trabalho e, por conseguinte, não o vincula ao sistema previdenciário.

Nesse contexto, numa primeira interpretação, pode-se defender que o trabalho do preso, melhor dizendo, o contrato de trabalho do preso, não irá gerar alguns direitos básicos, como a percepção do 13º salário, férias anuais com o terço constitucional e os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), nem direito a qualquer benefício previdenciário.

O art. 28, da LEP, contudo, parece fazer referência à CLT, quando indica em seu § 1º, que "aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene".

Ora, não há dificuldade, nessa ordem de idéias, em se admitir a incidência das normas celetistas destinadas a tutelar o trabalho, no que diz respeito aos quesitos da segurança e da higiene no ambiente de trabalho. Ou seja, em relação ao contrato de trabalho

do preso se exige o fornecimento de equipamentos de proteção individual⁹, o conforto térmico¹⁰, entre outras medidas protetivas preconizadas pela CLT, o que também decorre do mandamento constitucional do art. 7º, XXII: "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".

Quer dizer, apesar de a LEP indicar a não sujeição do trabalho do preso às normas da Consolidação das Leis do Trabalho, não nega, ao contrário, determina, que o desenvolvimento deste trabalho deverá atender a normas de segurança e higiene, que serão extraídas, em especial, junto ao texto celetista.

Isso sem deixar de mencionar a diretriz constitucional do art. 7º, XXVIII, da Constituição de 1988, que diz respeito à proteção em face de acidente de trabalho¹¹.

Isso pode gerar uma grande contradição, porque, podem-se utilizar as medidas de proteção celetistas, para se garantir ao trabalho do preso as condições necessárias de segurança e higiene. Por outro lado, não autoriza a percepção, pelo trabalhador, de eventuais adicionais de periculosidade ou insalubridade¹². Ora, ambientes insalubres ou perigosos possuem maior propensão a causar acidentes de trabalho, daí a necessidade de utilização de equipamentos de proteção ou pagamento do respectivo adicional.

E cabe notar ainda, que a LEP não distingue entre o trabalho prestado a entidade pública ou a entidade privada. Em ambos, preconiza que o trabalho não está sujeito às normas celetistas. Reflexo imediato dessa diretriz legislativa seria a impossibilidade de se reconhecer vínculo de emprego ao trabalhador preso, o que, inclusive, vem sendo afirmado por alguns tribunais brasileiros¹³.

A justificativa para tal regra, são os contornos e características diferenciados desta forma de trabalho, visto como dever social, possuindo finalidade preponderantemente educativa e contributiva para a ressocialização (GARCIA, 2009).

Contudo, não pode o intérprete fechar os olhos para a realidade ou se contentar apenas com o entendimento meramente literal e gramatical da lei. Muito menos renegar a possibilidade de incidência normativa dos princípios, especialmente aqueles peculiares do Direito do Trabalho.

A partir dessa perspectiva, é que se procura verificar a possibilidade de se estender ao trabalho prestado pelo preso os benefícios e a proteção verificados na relação de emprego.

3. PREMISSAS PARA A DEFESA DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO TRABALHO DO PRESO.

Procurando enfrentar a questão, é salutar distinguir entre o trabalho que o preso venha a prestar para entidades públicas - o próprio estabelecimento prisional ou outra entidade da Adminis-

tração Pública Direta ou Indireta - e aquele prestado a entidades privadas não integrantes da Administração Pública.

Quando o preso se dedicar a uma atividade, cujo beneficiário da sua força de trabalho será o próprio Estado, especialmente quando se tratar do próprio estabelecimento prisional, não é difícil compreender que, nesses casos, o trabalho, quando muito, deve ser apenas remunerado, sem outros ônus para a Administração Pública.

É que o Estado já suporta diversos custos com o acolhimento de presos, na medida em que precisa disponibilizar alimentação, higiene, recreação, entre outros direitos do apenado. Tudo isso gera impactos nos cofres públicos¹⁴, sendo razoável que o preso, ao entregar sua força de trabalho em benefício do próprio Estado, esteja também, devolvendo um percentual daquilo que está recebendo.

Sem falar que se poderia cair na conflituosa situação de vir o preso a adquirir o *status* de servidor público, sentido lato. Tal situação não se mostra aceitável, nem proporcional, diante da exigência de aprovação prévia em concurso público, conforme dispõe art. 37, II, da Constituição de 1988.

Entretanto, impõe-se análise diferenciada quando a atividade laborativa prisional tem como beneficiária uma entidade privada, pessoa física ou jurídica estranha à Administração Pública.

Do ponto de vista técnico, tratando-se de entidade privada, esta, inevitavelmente, se portará como empregador. Isto porque, tal entidade reunirá todas as características do empregador, conforme estatuído no art. 2º da CLT, ou seja, será a empresa, individual ou coletiva que irá assumir os riscos da atividade econômica, admitindo, assalariando e dirigindo a mão-de-obra do preso.

Ela, inclusive, exercerá todas as prerrogativas do poder diretivo, também chamado poder empregatício, em relação aos trabalhadores presos. Nessa medida, este empregador poderá se valer das prerrogativas de direção, instrução e controle da atividade laborativa.

Segundo Alice Monteiro de Barros:

"O conteúdo do poder diretivo é amplo e compreende três funções. A primeira função é traduzida pelas decisões executivas, que dizem respeito à organização do trabalho e se manifestam por meio de atos meramente constitutivos, não determinando nenhuma conduta para os trabalhadores. A segunda é a de instrução, que se exterioriza por intermédio de ordens ou recomendações, cuja eficácia real depende de uma observância do trabalhador. Finalmente, o poder de direção tem ainda a função de controle, que consiste na faculdade do empregador de fiscalizar as atividades profissionais de

seus empregados". (BARROS, 2011, p. 462).

É impossível pensar em uma entidade privada que pretenda arregimentar mão-de-obra carcerária, sem se utilizar do poder diretivo. Logo, não há dúvidas que a entidade privada que venha a remunerar trabalhadores que estejam em cumprimento de pena, será, nessa relação jurídica, o empregador. Mesmo porque, é bom frisar, ela será a beneficiária da força de trabalho, se aproveitará do dispêndio de forças e energia daqueles trabalhadores.

Analisando o trabalhador, o preso, verifica-se que o mesmo se coloca nos exatos moldes do art. 3º, da CLT, por ser pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Isso, obviamente, se o preso desenvolver atividade laborativa rotineira, habitual, diferentemente da atividade eventual, o que o descaracterizaria como empregado.

O que se quer elucidar, na presente argumentação, é que a relação jurídica entre o preso que venha a trabalhar para entidade privada pode reunir todos os elementos que caracterizam a relação de emprego.

Todavia, mesmo que isso venha a ocorrer, não se admite, pelo teor do texto da LEP, que tal situação jurídica seja reconhecida como relação de emprego.

Outro ponto que merece ser destacado, é que o preso, quando exercer atividade laborativa a entidade privada, não se enquadrará como outro tipo de trabalhador, como o autônomo, avulso, doméstico ou cooperado, simplesmente por não preencher as características típicas do trabalho exercido por estes trabalhadores. Dessa forma, constatando-se a presença dos elementos previstos no art. 2º e 3º da CLT, o preso somente pode ser reconhecido como empregado inserido numa relação de emprego.

A não incidência das normas celetistas no trabalho do preso acarreta a não observância dos direitos trabalhistas típicos dos trabalhadores urbanos e rurais. Tal situação se mostra inadequada em face dos padrões normativos da Constituição da República e, também, frente aos princípios informativos do Direito do Trabalho.

A Constituição da República de 1988 consagra os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. É também considerada marco legislativo em relação à proteção e valorização do trabalho, a partir da consolidação de princípios constitucionais e da fixação de normas gerais de observância obrigatória para o seu exercício.

Não há outra interpretação que não seja considerar o trabalho como direito fundamental. E assim sendo, é imperioso que esse status seja capaz de atingir todos os setores da sociedade. Salutar nesse sentido, a lição de Daniel Sarmiento, para quem:

"Uma das mais importantes consequências da

dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todos o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a "humanização" da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional". (SARMENTO, 2003, p. 279).

A Constituição traz o trabalho como pilar da ordem econômica, ao mesmo tempo em que preconiza os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Nesse sentido:

A "livre iniciativa" é um modo qualificado de agir, presente em todos os momentos, já perfeita e acabada naquilo em que consiste: a iniciativa não se torna mais ou menos livre; como fundamento, ou há ou não há livre iniciativa; já no caso da "valorização do trabalho humano", o acento está na "valorização", portanto num ato de apreciar e fazer realizar o que se considera bom: o trabalho humano. "Valorização do trabalho humano" significa, assim, a legitimidade da Ordem (econômica), desde que construída sobre um empenho, constante e permanente, de promover a dignidade humana do trabalho na atividade econômica.

E coloca o trabalho como direito social fundamental, estabelecendo em seu texto diversos direitos aos trabalhadores, como se nota nos artigos 7º, 8º, 9º e 10.

Ora, o trabalho, para ser digno e compatibilizado com a ordem constitucional, precisa contar com todos aqueles mecanismos de proteção ao sujeito hipossuficiente da relação de emprego, garantindo-se a observância de todos os direitos que são dedicados aos trabalhadores urbanos e rurais.

O preso, por trazer consigo não apenas a figura do "apenado", do "delinquente". Mas também a figura do "trabalhador", também merece receber tal proteção.

Não se pode deixar de mencionar ainda, o conjunto de objetivos fundamentais expressos no art. 3º, da CR/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*
- II - garantir o desenvolvimento nacional;*
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e redu-*

*zir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de
origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras
formas de discriminação.*

A análise conjunta dos princípios e dispositivos constitucionais permite verificar que o texto da carta magna alçou o trabalho como um dos pilares para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, capaz de promover a liberdade e autonomia do indivíduo, contribuindo para sua existência digna, quando realizado nas condições adequadas.

Isto porque, o trabalho protegido pela CR/88 é aquele que proporciona as condições necessárias para o desenvolvimento social e material do indivíduo, conferindo-lhe dignidade. E não aquela situação que, revestida de "trabalho" submete o preso a vender sua força de trabalho, sem que o mesmo recebe, em contrapartida, toda a gama de direitos que são reconhecidos aos trabalhadores.

Se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno.

Primeiro, devido ao nexos lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e o fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana. Segundo, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é que é instrumento capaz de construir a identidade social do trabalhador (DELGADO, 2006, p. 209).

Negar ao preso o reconhecimento da relação de emprego, o reconhecimento pleno do contrato de trabalho, não se compatibiliza com os mandamentos constitucionais de proteção ao trabalho. No caso do sujeito inserido no sistema carcerário, a diretriz deveria ser mais incisiva quanto à total integração do preso no mercado de trabalho, não apenas no aspecto da qualificação, treinamento, desenvolvimento da atividade laborativa, mas também, no aspecto do reconhecimento de direitos. Além de ser situação discriminatória, o que também é inconcebível pela ordem constitucional.

A LEP atenta contra a diretriz democrática da Constituição da República, quando estabelece diferenças entre os trabalhadores inseridos no sistema prisional e aqueles que estão "em liberdade", minimizando sobremaneira os direitos daqueles. Não é essa a orientação de uma Constituição que pugna pelo pluralismo e pela observância do princípio da igualdade. Vale lembrar, que tais trabalhadores também estarão impedidos da associação sindical, o que também não se mostra razoável.

Acolher pura e simplesmente a orientação fria e literal da LEP

pode fomentar não apenas a incompleta reinserção do preso na sociedade, ou para quem a defesa, a tão esperada ressocialização, como também o cometimento de abusos pelas entidades que contratarem tal mão-de-obra.

Por exemplo, a não observância das normas relativas à jornada de trabalho, já que nenhuma consequência será passível de verificação (pagamento de horas extras, regime de compensação), já que inaplicável o texto celetista.

Mas a mais fecunda forma de se defender a incidência dos efeitos da relação de emprego no trabalho do preso é analisar a questão na perspectiva do princípio da proteção. O mesmo decorre do inafastável reconhecimento do trabalhador como sujeito hipossuficiente da relação de emprego, diante de sua inferioridade econômica, política e jurídica, e pela própria situação de subordinação frente ao empregador.

Para Amauri Mascaro Nascimento,

"O direito do trabalho, sob essa perspectiva, é um conjunto de direitos conferidos ao trabalhador como meio de dar equilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho, diante da natural desigualdade que os separa, e favorece uma das partes do vínculo jurídico, o patronal". (NASCIMENTO, 2009, p. 389).

Maurício Godinho Delgado, ao tratar do princípio da proteção, tece as seguintes considerações:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia - o obreiro - visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano do contrato de trabalho. O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. (DELGADO, 2011, p. 192).

Merece destaque ainda, o jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez (2000), que indica ser o princípio da proteção como o cardinal, o alicerce do Direito do Trabalho, sendo fundamento de toda a estruturação deste ramo jurídico.

Se constituindo tal princípio em verdadeira norma jurídica, a partir do momento em que se busca a sua aplicação no contexto da situação fática do trabalho do preso, tem-se a necessidade de tutelar o sujeito hipossuficiente de maneira efetiva, com o objetivo

de proporcionar ao mesmo a mais ampla gama de garantias.

O trabalhador que traz em si a carga de ser presidiário, de cumpridor de pena privativa de liberdade, evidencia ainda mais a sua vulnerabilidade e hipossuficiência. Tal situação mostra a mais contundente situação de miserabilidade. E quando este sujeito se dispõe a exercer atividade laborativa, não pode a lei lhe recusar a incidência da relação de emprego e seus efeitos.

Trabalhando com a aplicação do princípio da proteção, mostra-se plausível a defesa pela proteção trabalhista integral ao trabalhador preso. Conforme leciona Vólia Bomfim (2011), na relação de emprego, o trabalhador já é inserido em nítida desvantagem, porque é vulnerável do ponto de vista econômico e também porque mostra dependência, necessidade, em relação ao emprego.

Tal realidade é ainda mais acentuada em se tratando de trabalhador que esteja em cumprimento de pena. A própria condição pessoal deste trabalhador o coloca em condição de desequilíbrio ainda maior frente ao empregador.

Por fim, é necessário encarar tal problema na ótica do princípio da igualdade, que também é direito constitucional fundamental. O tratamento igualitário do trabalhador preso, frente ao trabalhador urbano e rural, contribui para a redução das desigualdades, da marginalização, coibindo também a discriminação, o que se constitui em objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CR/88).

Dessa forma, estender a incidência das normas da CLT ao trabalho do preso, em detrimento da equivocada orientação da LEP, é sinal de reconhecimento de que a ordem jurídica brasileira está sob o primado da dignidade da pessoa humana, em que os direitos fundamentais, especialmente, o trabalho, podem ser efetivados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação dos direitos fundamentais depende da incidência irrestrita dos princípios constitucionais, notadamente, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho. O reconhecimento do trabalho como direito social fundamental reclama a incidência da rede de proteção ao sujeito hipossuficiente, o trabalhador, o que se dá, especialmente, com a aplicação dos princípios peculiares do Direito do Trabalho e também pelas regras presentes na Consolidação das Leis do Trabalho.

A legislação penal, notadamente, a Lei de Execução Penal, regulamenta o trabalho do preso, mas deixa de conferir a este trabalhador a incidência das normas celetistas, afirmando que não haveria relação de emprego entre o trabalhador preso e o seu empregado.

Idéia que se mostra falsa e arbitrária, especialmente, quando

se verifica que o trabalhador preso, enquanto prestador de serviços para uma entidade privada, se insere numa relação jurídica que reúne todos os elementos da relação de emprego.

Além disso, a aplicação dos princípios constitucionais, bem como aqueles peculiares do Direito do Trabalho, notadamente, o da proteção, levam à certeza de que ao trabalhador preso deve ser garantida a ampla rede de proteção dos trabalhadores urbanos e rurais, inclusive, com a incidência das normas celetistas, não se justificando qualquer tipo de discriminação.

Para que a esperada ressocialização (ou reinserção) social do trabalhador preso seja mais contundente e natural, é razoável que se garanta a ele a percepção de todos os direitos decorrentes do reconhecimento da existência da relação de emprego e da incidência das normas constitucionais, especialmente as do artigo 7º, da Constituição de 1988.

Espera-se que este trabalho venha a fomentar a discussão sobre o assunto, com o fim de reconhecer o trabalho, em todas as suas esferas, como direito social fundamental.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. *Constituição de 1988. Legitimidade, vigência, eficácia e supremacia*, São Paulo: Atlas, 1989.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Paulo Julieta Jorge de. Direito ao trabalho do preso: uma oportunidade de ressocialização e uma questão de responsabilidade social. In *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. V. 3 (2010), disponível em <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2801>, acesso em 20/04/2011, 20:34 hs.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, coordenador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

(ENDNOTES)

1 Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela mesma Instituição. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada em Belo Horizonte - MG.

2 Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pela mesma Instituição. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte - MG.

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

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

(..)

4 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

5 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

6 Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

7 Em Minas Gerais colhe-se o exemplo do Presídio Antônio Dutra Ladeira, localizado no Município de Ribeirão das Neves, onde, desde o ano de 2010, 40 (quarenta) detentos do regime semi-aberto produzem bloquetes de pavimentação, trabalho que foi possível graças a parceria firmada entre a Secretaria de Estado de Defesa Social por meio do programa Trabalhando para a Cidadania. Nesse caso, intervém como fomentadora das vagas uma empresa privada, que viabilizou treinamento e qualificação aos detentos. Além da remissão, os trabalhadores recebem o salário de R\$ 382,50 (trezentos e cinquenta e dois reais, cinquenta centavos). Mais detalhes no link: <http://www.agenciaminas.mg.gov.br/noticias/seguranca-defesa-social/31886-parceria-garante-trabalho-aos-presos-do-presidio-antonio-dutra-ladeira-parceria-garante-trabalho-aos-presos-do-presidio-antonio-dutra-ladeira> (acesso em 19/04/2011, às 15:30 hs).

8 O livramento condicional está previsto no art. 83 do Código Penal e, consiste, basicamente, em "permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade do condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições" (NUCCI, 2006, p. 495). Segundo este mesmo autor, o indulto é um perdão concedido pelo Presidente da República, que não se sujeita a recurso e decorre de sua avaliação discricionária, que pode ser total ou parcial (NUCCI, 2006).

9 Observe o art.166 da Consolidação: "a empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados".

10 Art. 176 da CLT: "Os locais de trabalho deverão ter ventilação natural, compatível com o serviço realizado". E em complemento, o art. 177: "Se as condições de ambiente se tornarem desconfortáveis, em virtude de instalações geradoras de frio ou de calor, será obrigatório o uso de vestimenta adequada para o trabalho em tais condições ou de capelas, anteparos, paredes duplas, isolamento térmico e recursos similares, de forma que os empregados fiquem protegidos contra as radiações térmicas".

11 O inciso XXVIII, do art. 7º, da CR/88, tem a seguinte redação: "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa".

12 Adicionais que são regulados a partir do art. 192 da CLT.

13 Nesse sentido, recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, RO nº.0000090-94.2010.5.03.0051, publicado em 29-06-2010, Relatora Taisa Maria Macena de Lima, cuja ementa é a seguinte: EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO X LEI DE EXECUÇÃO PENAL - O trabalho extramuros, previsto na Lei de Execução Penal, não é regido pela CLT, pois não há nesta norma nenhum dispositivo que regule o trabalho do preso, não importando o regime a que o condenado esteja inserido (fechado, semi aberto ou aberto). Dispõe o artigo 28, parágrafo 2º da Lei de Execução Penal: "O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho". Para a prestação de trabalho externo pelo preso beneficiário do regime fechado para o semi-aberto, deve haver a autorização do Juízo da Execução Penal, que determinará o dia do início e o local de trabalho previamente, uma vez que há a remição de um dia da pena para cada três dias trabalhados, inserindo o trabalhador na hipótese prevista na Lei nº 7.210/84, o que afasta o reconhecimento de vínculo de emprego, bem como as consectárias verbas salariais e rescisórias. Disponível no www.mg.trt.gov.br (acesso em 23/04/2011, às 20:03 hs.)

14 Segundo o Observatório de Segurança Pública e, a partir de dados da CPI da Segurança Pública da Câmara dos Deputados, estima-se que o custo mensal de um preso varie de R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais) a R\$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais). Informações no link: <http://www.observatoriodeseguranca.org/node/679> (acesso em 06 de julho de 2011, 20:40 hs).

DIREITO À PROPRIEDADE E AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Leandro Henrique Simões Goulart¹

Josiane Livia Fernandes²

RESUMO: Concretiza-se uma tendência atual de hostilidade franca entre aqueles que, de um lado defendem o direito fundamental a propriedade na sua feição romana, com as concepções presentes ainda nos dias de hoje, e, de outros, que, por sua vez, unguídos por uma ideologia radical ambiental preconizam os esforços na busca de um mundo livre de qualquer tipo de poluição advinda daquela que o direito moderno conhece como propriedade empresarial. Assim, admitida a existência da propriedade como basilar ao regime capitalista e às necessidades básicas do homem, e, por outro lado, pacificada a necessidade de se visar o bem com um preservando-se o meio ambiente, toma o presente debate cada vez mais espaço nos tribunais. Logo, almeja o presente artigo uma análise do conflito existente entre o direito fundamental à propriedade e ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental, Meio Ambiente, Propriedade, Conflito

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional; Direito Ambiental; Direito Civil.

1 - INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo realizar um estudo acerca da colisão de direitos fundamentais, situação exemplificada, in casu, pelo conflito que viceja já há muito tempo entre o direito de propriedade e a preservação do meio ambiente.

Neste desiderato, com fins a se entender as origens de tal conflito, serão analisados o nascimento de tais direitos, bem como seu desenvolvimento em gerações, ou como prefere parte da doutrina, dimensões, até sua transformação no que são nos tempos de hoje.

Entretanto, desnudada da pretensão de verticalização do assunto, apresentar-se-á uma tentativa conceitual dos direitos fundamentais, sem, todavia, aprofundar-se na diversidade terminológica que permeia tal questão.

O presente artigo tem por desígnio, desta forma, demonstrar, prima facie, a amplitude de tais premissas enquanto direitos fundamentais que o são, para, conseqüentemente, visualizar o surgimento do conflito que emerge da "massa de interesses". Com efeito, são numerosos os exemplos, cite-se, a título ilustrativo a proteção dos recursos florestais que conflita com os interesses da indústria madeireira e, por decorrência com os interesses dos lenhadores à manutenção de seus empregos.

Neste passo, uma vez elucidada a conjectura de conflito, buscar-se-á evidenciar as possíveis soluções e hipóteses atrela-

das a esses, analisando-se, em verdade, que a própria ordem econômica nacional é calcada na valorização do trabalho humano, assim como na livre iniciativa, possuindo como um de seus pilares a defesa do meio ambiente. Desta feita, o sentido e alcance desse princípio surgem, pois, como limites à iniciativa privada.

Outros sim, ver-se-á que a propriedade, direito fundamental de primeira geração, base da ordem econômica constitucional, deixa de cumprir sua função social, a qual é embrionária para sua garantia constitucional, quando se sobrepõe ao direito ao meio ambiente – direito fundamental de terceira geração.

Nessa linha de ideias, outras soluções serão vislumbradas, no desenvolver deste artigo, sendo apontadas desde a necessária leitura do texto constitucional à luz de seus princípios interpretativos até a idéia de que o postulado da dignidade humana baliza todas as demais disposições constitucionais. Merecendo alusão ainda a teoria dos limites imanentes elaborada pelo constitucionalismo moderno.

Finalmente, a outro giro, será analisado o considerável papel do operador do direito como mola propulsora para a efetiva solução do conflito em lume. Neste contexto, por lógica e coerência, longe de ter-se por completamente solucionada a miríade de dificuldades que o tema suscita buscar-se-á, incutir naqueles que se aprofundarem no estudo do presente tema a ponderação de que o perene e agudo problema da não efetividade de determinados direitos fundamentais emana da carência de reflexão.

2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de qualquer coisa, torna-se forçosa uma análise dos direitos fundamentais sob uma perspectiva histórica com o desígnio de se entender o processo evolutivo dos direitos em estudo, assim como o sistema axiológico que permeou sua transmutação, para, em consequência, ter-se por nítida a concepção hodierna dos direitos fundamentais à propriedade e ao meio ambiente.

Assim, tendo o presente artigo o intento de apresentar a necessidade de limitação de determinados direitos, a apreciação da origem dos direitos fundamentais torna-se, de per si, imprescindível uma vez que “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.”² Seguindo esse rumo, conclui-se que, em verdade, “a história dos direitos fundamentais apresenta-se, de certa forma, também como a história da limitação do poder.”³

Na fina percepção de Magalhães no pensamento grego “encontramos a ideia de um Direito baseado no mais íntimo da natureza humana, como ser individual ou coletivo.”⁴ E prossegue o insigne doutrinador asseverando que “acreditavam alguns pensadores que existe um direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção, ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem.”⁵

A doutrina dos direitos fundamentais “tem origem na ideia que prevalece em toda a Antiguidade helênica de que existe um direito com “D” maiúsculo que não é criado pelos homens, não é fruto da deliberação, seja de um rei, de um tirano ou do próprio povo”.⁶

Ao discorrer sobre o tema Ferreira Filho aponta que:

*Isto encontra sua expressão num dos documentos literários mais sensibilizantes de todos os tempos, que é a famosa Antígona de Sófocles. [Na qual] Antígona se recusa a cumprir as determinações de Cleón, afirmando que ela não sabia que ele tinha poder para estabelecer leis e muito menos para estabelecer leis que contradissem o direito estabelecido por todos os tempos e deuses.*⁷

Emana, pois, da referida obra o pensamento de que o direito não se sintetiza tão somente no que o legislador declara ou na mera vontade dos homens, ao revés, o direito firma-se na projeção do justo.

Tem-se, desta feita, que as ideias-chave inspiradoras do pensamento jusnaturalista firmam suas raízes “na filosofia clássica,

especialmente na Greco-romana, e no pensamento cristão.”⁸ Assevere-se, por oportuno, que o dado momento é concebido doutrinariamente como uma etapa pré-histórica, que se prolonga até o século XVI.

Nasce nesta ocasião a noção de que existem princípios superiores à diversidade legislativa, sendo esses válidos em um sentido universal, em todas as épocas. “Este é o ponto de partida para o pensamento do Direito Natural que se desenvolverá através dos tempos”.⁹

Vislumbresse, assim, a noção de que a Justiça e o Direito não se resumem a vãs questões de conveniência, ao revés, ante o nascimento das ideias jusnaturalistas eis que germina a conquista paulatina do que hoje conhecemos por direitos fundamentais.

Emergiu, deste modo, a fase intermediária da afirmação dos direitos naturais do homem. Neste contexto, expandindo-se a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem, bem como a da sujeição da autoridade aos ditames do direito natural.

Não obstante isso, o processo precursor de solidificação dos Direitos Fundamentais iniciou-se, tão somente, em 1.215, na Inglaterra da Idade Média, com a elaboração da Magna Carta a qual foi imposta ao Rei João Sem-Terra pelos Barões ingleses e pela Igreja.

Não se pode olvidar, todavia, que, conforme nos ensina Joaquim Carlos Salgado, citado por Magalhães em sua obra que “a ideia de garantir os direitos fundamentais a cada indivíduo é uma conquista teórica dos franceses”¹⁰. Devendo-se destacar, todavia, que os direitos fundamentais de primeira dimensão encontram seus pilares no pensamento iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, em especial, na doutrina de Rousseau, Kant e Hobbes, os quais deixaram como legado a ideia de que em bases teleológicas deve o Estado se incumbir da concretização da liberdade de cada indivíduo.

Nesta seara, foi de grande relevo o ideário liberal-burguês do século XVIII uma vez que esse surgiu “afirmando como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.”¹¹

Com igual sentir, Bonavides ao discorrer sobre tema revela que:

*Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.*¹²

Ocorre que a ideologia liberal “demonstrava-se individualista,

baseada na busca dos interesses individuais".¹³ Nesse sentir, o teor dos Direitos Fundamentais, nessa ocasião, restringia-se aos direitos relativos à liberdade e igualdade.

Há, assim, o nascimento da "liberdade de locomoção, a liberdade de imprensa, a liberdade de comércio e de indústria, a liberdade de consciência, a liberdade de expressão, de reunião, de associação"¹⁴, e, enfim, daquela que, neste momento, mais nos interessa, qual seja a garantia da propriedade privada.

Convém observar que "a base fundamental desse Estado Liberal é o direito de propriedade privada, que é [à época considerado] absoluto e intocável."¹⁵

Branco, que não se distancia dessa visão, ensina que "a preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões colidentes".¹⁶

Todavia, enquanto o Estado cingia-se dos ideais liberais, esparzindo o *laissez-faire laissez-passer*, descurava-se das desigualdades sociais que cresciam a passos largos. Não há dúvida que o referido caráter absoluto da propriedade, fruto de um individualismo arraigado no Estado Liberal conduziu a humanidade, "a um capitalismo desumano e escravizador".¹⁷

Assim, impulsionados pela Revolução Industrial, e em consequência das subumanas condições de trabalho, eclodiram movimentos que fizeram vicejar os direitos sociais, culturais e econômicos, os quais procederam do direito de igualdade.

Em lição sintética e precisa aponta Carvalho que, a partir de então, "a concepção liberal-burguesa do homem abstrato e artificial foi substituída pelo conceito do homem em sua concretude histórica, socializando-se então os direitos humanos."¹⁸ Assim, calha, com perfeição, a conclusão a que chega o renomado professor ao afirmar que "o Estado deixa de ser *absenteísta* para assumir uma postura ativa, de quem são exigidas prestações para que sejam assegurados os direitos sociais (habitação, moradia, alimentação, segurança social, dentre outros)."¹⁹

Em termos práticos, "a nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual (...), mas de propiciar um direito de participar do bem-estar social".²⁰

Percebe-se, assim, que os direitos de segunda dimensão nascem como verdadeira construção de realização dos direitos individuais de toda a sociedade, podendo ser considerados, a exemplo do que defende Sarlet:

(...) uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade de caracterizava (e,

*de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.*²¹

Com a natural evolução da sociedade surgiu a terceira dimensão de direitos fundamentais. Sobre o dado memento da história bem aponta Carvalho que:

*(...) a explosão da densidade demográfica e subsequentes aumentos do consumo e recrudescimento das transgressões ambientais impuseram a preocupação pela qualidade de vida, ensejando o aparecimento da terceira geração de direitos; os de natureza difusa.*²²

Assim, em uma análise conjuntural, pode-se afirmar que tais direitos baseiam-se na peculiaridade de serem concebidos com a finalidade de proteção da coletividade e não mais do homem isoladamente. O ser humano passa a entranhar-se em uma coletividade possuindo agora direitos de solidariedade.

Sobre o tema, com a autoridade de seu invulgar conhecimento, Sarlet promove interessante raciocínio explicativo, esclarecendo que:

*(...) os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, homem, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.*²³

Afloraram, assim, com o surgimento da terceira dimensão, os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, à comunicação, e, aquele que neste momento mais nos interessa, o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, o qual "em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção"²⁴, motivo maior da elaboração do presente estudo.

Em verdade, ao dispor sobre o tema, o pensamento de Sarlet, revela-se como verdadeiro prelúdio às questões as quais se busca delinear neste trabalho uma vez que aduz, em alusão a Pérez Luño, que:

(...) tais direitos podem ser considerados uma resposta ao fenômeno de "poluição das liberdades", que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamen-

*tais, principalmente em face do uso de novas tecnologias.*²⁵

Sobre essa primeira análise Moraes bem sintetiza o perpasso histórico ocorrido ao afirmar que “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.”²⁶

É conveniente lembrar que, nos tempos atuais, tem sido mencionada pela doutrina uma quarta geração de direitos a qual abrangeria os direitos das minorias, dos quais destaque-se o direito à democracia, ao pluralismo e à informação. Sobre o assunto pondera Carvalho:

*(...) o exercício pleno dos direitos fundamentais envolve, nessa perspectiva, a necessidade de expansão da cidadania digital, garantindo o acesso à internet proporcionando o fornecimento de produtos e serviços relativos a novas tecnologias em regiões menos desenvolvidas. Com isso, obtém-se a redução da desigualdade social no acesso à informação, com diminuição das distâncias entre info-ricos e info-pobres, e, no domínio da liberdade de expressão, busca-se garantir o direito à privacidade e a segurança nas negociações.*²⁷

Nessa levada, seria esta dimensão consequência natural da globalização dos direitos fundamentais. Em verdade, esta geração “é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”.²⁸

Não se pode negar, todavia, que a “dimensão da globalização dos direitos fundamentais, longe está de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno.”²⁹

Neste primeiro momento, analisada a base histórica do presente estudo, tem-se a primeira grande descoberta quanto aos direitos a serem estudados no desenvolver do presente estudo: sua evolução é calcada “em um processo de reconhecimento de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições.”³⁰

E, para, além disso, há uma consideração conclusiva que gravita em torno da problemática das dimensões dos direitos fundamentais, a qual é merecedora de relevo no presente estudo. Tal aspecto diz respeito às “efetivas dificuldades de proteção e implementação que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e terceira geração.”³¹

A conclusão a que chega o doutrinador revela, em verdade,

a própria base teleológica do presente artigo, a qual gravita na esfera da colisão e conseqüente harmonização de dois direitos, um de primeira e o outro de terceira dimensão. Situação a qual perpassa pelo problema da própria efetividade de alguns direitos perante outros.

Aludido doutrinador revela, neste momento, o imperativo por buscas de soluções, com fins a se garantir a efetividade de determinados direitos. Nesta seara, aponta para “necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico [sendo necessária ainda] a revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais”.³² Com efeito, “a evolução dos direitos fundamentais revela que cada vez mais sua implementação em nível global depende de esforços integrados (por isso, direitos da solidariedade e fraternidade) dos Estados e dos povos”.³³

Desse modo, novos e intrincados desafios reclamam uma análise minuciosa, firmada nos esteios no Estado Democrático de direito, razão pela qual se busca, aqui, apreciar o enfrentamento existente entre o direito ao meio ambiente e à propriedade, buscando-se, também, soluções ao dado problema.

3 - À GUIA DE UMA CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É cediço que, conquanto as expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos venham sendo utilizadas como sinônimas, “o rigor técnico exigível (...) impõe desvendar as dessemelehanças havidas entre as diversas terminologias”³⁴, para, em consequência, lançar-se em uma intrincada busca por uma adequada conceituação.

Bonavides almejando delimitar as diferenças existentes ante o uso promíscuo de tais denominações ensina que, por um critério formal, “podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”.³⁵

Ainda tendo por base esse critério, para além de uma nomeação, torna-se cogente que a Constituição outorgue a tais direitos um grau mais elevado de segurança ou garantia, dificultando para tanto sua modificação, a qual somente poderá ocorrer via Emenda Constitucional.

Por um viés material aduz ainda que ocorrerá verdadeira variação de tais direitos conforme mude a “ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra”³⁶. Logo, em apertada síntese, tem-se que cada Estado Soberano possui seu conjunto específico de direitos fundamentais.

Lado outro, no entender majoritário da doutrina, a terminolo-

minologia direitos humanos, segundo ensinamentos de Carvalho, reserva-se a abranger:

*(...) os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como as exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade, a igualdade da pessoa, que não tenham alcançado um estatuto jurídico-positivo.*³⁷

Assim, tem-se como característica indissociável dos direitos fundamentais a necessidade desses estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Note-se que, dessa forma, “essa característica serve de traço divisor entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos.”³⁸

A consequência imediata disso reveste-se, na conclusão de que “os Direitos Humanos transformam-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transforma em princípio democrático.”³⁹

Neste passo, os Direitos Fundamentais apresentam-se como verdadeira constitucionalização dos Direitos Humanos no instante em que “argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade”.⁴⁰

É de ressaltar, lado outro, que essa caracterização conceitual não denota estanqueidade, bem como incomunicabilidade entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Do ponto de vista prático, Branco revela que:

*os direitos humanos encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados, e estes, de seu turno não raro acolhem no seu catálogo direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais.*⁴¹

Feita esta primeira diferenciação, cabe, agora, definirmos o que se entende a cerca da expressão Direitos Fundamentais ou mesmo Humanos, avaliada sua inserção no ordenamento jurídico ou não.

Observe-se que, sendo grande o arcabouço e embate doutrinário quanto ao assunto, o presente artigo limitar-se-á a colacionar algumas das muitas definições encontradas. Em verdade, diferente não o poderia ser, uma vez que esta análise requer estudo profundo e específico ante a dificuldade conceitual que, inclusive, despertou no pensamento do jurista e filósofo italiano Bobbio, aguda ironia. O pensador, ao se indagar sobre o que seriam os direitos humanos responde: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”.⁴²

Passemos, pois, a esta emaranhada análise.

Magalhães aduz que direitos fundamentais “são matrizes de todos os demais; são direitos sem os quais não podemos exercer muitos outros. São direitos fundamentais, direitos que dão fundamento a todos os demais”.⁴³

Ao discorrer sobre o tema Bonavides, sob uma concepção lata, ensina que os direitos fundamentais são aqueles direitos responsáveis por criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana.⁴⁴ Note-se, por oportuno, que a compreensão do doutrinador acerca da matéria, no presente estudo, servirá de arrimo à grande discussão trazida no bojo deste trabalho uma vez que, conforme se verá a propriedade é, em verdade, uma exteriorização de uma liberdade, conquanto o meio ambiente se apresente como exata extensão ao direito à vida digna.

Não se olvide, todavia, que, restritivamente, a designação de direitos fundamentais “é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional”.⁴⁵

Galuppo, em fina percepção, ensina, por sua vez, que:

*Os direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático.*⁴⁶

Nessa seara, observe-se que tal conceito revela-se de grande importância a este estudo haja vista que tal construção ultrapassa o entendimento de democracia como um Estado, mas, para, além disso, a reconhece pela “interpenetração entre autonomia privada e autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade).”⁴⁷

Com igual sentir, Canotilho ao discorrer sobre o tema afirma que os direitos fundamentais seriam subjetivamente “conformadores de um espaço de liberdade de decisão e auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal”.⁴⁸

Cite-se, ainda que, conquanto de maneira formal para Carvalho, os direitos fundamentais são aqueles assentes na Constituição, lado outro, materialmente “não envolvem tão somente direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo constituinte; trata-se também de direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo”.⁴⁹

In fine, “os direitos fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se desco-

gia direitos humanos, segundo ensinamentos de Carvalho, reserva-se a abranger:

*(...) os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como as exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade, a igualdade da pessoa, que não tenham alcançado um estatuto jurídico-positivo.*³⁷

Assim, tem-se como característica indissociável dos direitos fundamentais a necessidade desses estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Note-se que, dessa forma, “essa característica serve de traço divisor entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos.”³⁸

A consequência imediata disso reveste-se, na conclusão de que “os Direitos Humanos transformam-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transforma em princípio democrático.”³⁹

Neste passo, os Direitos Fundamentais apresentam-se como verdadeira constitucionalização dos Direitos Humanos no instante em que “argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade”.⁴⁰

É de ressaltar, lado outro, que essa caracterização conceitual não denota estanqueidade, bem como incomunicabilidade entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Do ponto de vista prático, Branco revela que:

*os direitos humanos encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados, e estes, de seu turno não raro acolhem no seu catálogo direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais.*⁴¹

Feita esta primeira diferenciação, cabe, agora, definirmos o que se entende a cerca da expressão Direitos Fundamentais ou mesmo Humanos, avaliada sua inserção no ordenamento jurídico ou não.

Observe-se que, sendo grande o arcabouço e embate doutrinário quanto ao assunto, o presente artigo limitar-se-á a colacionar algumas das muitas definições encontradas. Em verdade, diferente não o poderia ser, uma vez que esta análise requer estudo profundo e específico ante a dificuldade conceitual que, inclusive, despertou no pensamento do jurista e filósofo italiano Bobbio, aguda ironia. O pensador, ao se indagar sobre o que seriam os direitos humanos responde: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”.⁴²

Passemos, pois, a esta emaranhada análise.

Magalhães aduz que direitos fundamentais “são matrizes de todos os demais; são direitos sem os quais não podemos exercer muitos outros. São direitos fundamentais, direitos que dão fundamento a todos os demais”.⁴³

Ao discorrer sobre o tema Bonavides, sob uma concepção lata, ensina que os direitos fundamentais são aqueles direitos responsáveis por criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana.⁴⁴ Note-se, por oportuno, que a compreensão do doutrinador acerca da matéria, no presente estudo, servirá de arrimo à grande discussão trazida no bojo deste trabalho uma vez que, conforme se verá a propriedade é, em verdade, uma exteriorização de uma liberdade, conquanto o meio ambiente se apresente como exata extensão ao direito à vida digna.

Não se olvide, todavia, que, restritivamente, a designação de direitos fundamentais “é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional”.⁴⁵

Galuppo, em fina percepção, ensina, por sua vez, que:

*Os direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático.*⁴⁶

Nessa seara, observe-se que tal conceito revela-se de grande importância a este estudo haja vista que tal construção ultrapassa o entendimento de democracia como um Estado, mas, para, além disso, a reconhece pela “interpenetração entre autonomia privada e autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade).”⁴⁷

Com igual sentir, Canotilho ao discorrer sobre o tema afirma que os direitos fundamentais seriam subjetivamente “conformadores de um espaço de liberdade de decisão e auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal”.⁴⁸

Cite-se, ainda que, conquanto de maneira formal para Carvalho, os direitos fundamentais são aqueles assentes na Constituição, lado outro, materialmente “não envolvem tão somente direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo constituinte; trata-se também de direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo”.⁴⁹

In fine, “os direitos fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem

a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.⁵⁰

Feita esta análise, cabe agora nos indagarmos: como, mediante o fato concreto, se relacionam tais direitos, que, não raras vezes apresentam-se ao judiciário como amparo a pretensos direitos, de forma antagônica entre si, se chocado, quando, em verdade, deveriam se harmonizar? Para tanto, necessária se faz, a priori, uma análise, em separado, de cada direito. Todavia, como já dito, devido à amplitude do assunto, trataremos aqui, apenas das relações oriundas do direito fundamental à propriedade e do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado os quais representam respectivamente direitos de primeira e terceira geração.

4 - DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE

O direito real de propriedade constitui o mais amplo dos direitos reais – “*plena in re potesta*”. Sua conceituação consiste no conjunto de três critérios, sendo eles o sintético, o analítico e o descritivo. Logo é, sinteticamente, a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir, e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. E, por fim, descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Analisado seu conceito urge entendermos como se caracteriza como direito fundamental.

O direito subjetivo de propriedade firma-se como o mais vasto entre todos os direitos subjetivos patrimoniais. Constitui, em verdade, elemento basilar do direito das coisas.

Ao discorrer sobre o tema Rosenthal, traz à tona, brilhante posicionamento o qual, por si só, exemplifica a importância de tal direito, ensinando-nos que “a primeira propriedade é a existência”⁵¹. Assim, como sobreviver sem adquirir a propriedade?

A verdade é que, o relevo da propriedade, reconhecida enquanto direito humano, uni-se à sua função de proteção pessoal de seu titular. Assim, “há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua personalidade, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que exerce sobre a coisa”.⁵²

Destarte, a propriedade presta-se a garantir bens jurídicos imprescindíveis à manutenção de certos valores essenciais na ordem jurídica. Em verdade, a tutela pelo ordenamento jurídico da propriedade existe com o fim precípua do desenvolvimento da personalidade, vez que sem aquela essa não se desenvolve em plenitude. Para ser, é preciso ter. Neste sentido, Rosenthal,

mostra-nos que:

*Diante da dignidade da pessoa, deve o direito reconhecer a importância que tem o direito de propriedade, para o seu desenvolvimento. Tome-se, exemplificadamente, o desenvolvimento cultural do ser humano, o qual não seria possível, nos moldes que conhecemos, sem a adequada tutela à propriedade, eis que, como facilmente se percebe, a casa, a escola, a universidade e a biblioteca estão ancoradas sobre um direito de propriedade.*⁵³

Elucidada a noção da propriedade enquanto direito fundamental, faz-se mister indagar: quando a propriedade perde tal condição? Quando se converte em privilégio, sendo, pois, transformada em verdadeira guarida para garantias de regalias que situam alguns bem acima da massa?

A propriedade é desvirtuada quando, de maneiras vetustas, e a qualquer custo, torna-se meio de geração de riquezas para alguns, enquanto muitos agonizam o mal de uma propriedade que atende aos interesses de uma pequena parcela da população.

Faz-se imperioso observar que a propriedade é o mais amplo dos direitos reais, conforme nos ensina Orlando Gomes, uma vez que concede ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la ou destruí-la. Nisso se constitui a oponibilidade *erga omnes* da propriedade. Cabe, todavia, questionarmos: verificada a amplitude desse direito, torna-se então, legítima a propriedade utilizada de maneira irrestrita?

Infelizmente, apesar de ser corriqueira a prática de um uso desregrado, a propriedade é sim mitigada, mas isso veremos logo à frente.

5 - DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Um novo direito fundamental foi acrescido pelo legislador constituinte a partir dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º. Assim, a partir do art. 225, *caput*, eis que surge um direito com fins a assegurar o desfrute adequado das condições de vida em um “ambiente saudável ou, na dicção na lei, ecologicamente equilibrado.”⁵⁴

A autoridade do direito a um meio ambiente hígido configura-se, em verdade, como alargamento do direito à vida, seja sob o prisma da existência física e saúde da humanidade, seja pela dignidade inerente a essa existência, uma vez que é a qualidade de vida que faz com que se tenha sentido a vida.

Neste sentido, tal direito emana da proteção contra qualquer

privação despótica da vida, mas também do fato de que, nos tempos de agora, o Estado está compelido a encontrar diretrizes capazes de garantir o acesso aos meios de sobrevivência da humanidade como um todo. Logo, com espeque em tal fundamento o Estado tem o dever de fazer evitar a ocorrência de riscos ambientais prejudiciais à própria vida.

Por este motivo, toda a legislação infraconstitucional é hoje norteada por tal direito, no sentido que seja dada a essa uma interpretação coesa a partir da adoção desse direito fundamental.

6 – A COLISÃO DOS DIREITOS À PROPRIEDADE E AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

“Os direitos fundamentais são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenhes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores constitucionais”.⁵⁵ Por esse motivo são dotados de elevado grau de abertura e dinamicidade, fazendo surgir, assim, em sua concretização social, verdadeiras colisões.

Nesse sentir, Cléve e Freire ensinam que a colisão de direitos fundamentais é, em verdade, “um fenômeno que emerge quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular”.⁵⁶

Seguindo a mesma linha de inteligência Gilmar Ferreira Mendes define a colisão entre direitos fundamentais:

*Fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode ocorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da coletividade.*⁵⁷

Sobre o tema, o emérito ministro do STF ensina-nos que a colisão oriunda dos direitos em tela possui um sentido específico, conforme expõe:

*Mencionem-se as colisões em sentido amplo, que envolvem direitos fundamentais e outros em sentido amplo, que envolvem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes. Assim, é comum a colisão entre o direito de propriedade e os interesses coletivos associados.*⁵⁸

Com feito, as iminentes colisões de direitos fundamentais tornaram-se movimento cíclico na história da humanidade. Em ter-

mos práticos, a ampla observância de um direito implica na não realização de outro.

Bobbio exemplifica bem a questão rememorando a experiência dos estados socialistas, que “ao priorizarem a igualdade, suprimiram a liberdade, e a experiência de uma ordem mundial capitalista e liberal, que ao priorizar a liberdade, acabou por dar causa a uma brutal desigualdade entre os povos e entre as nações”.⁵⁹

Isto posto, vejamos como se desenvolve a colisão escolhida para ser apresentada no presente artigo.

De maneira sagaz aponta Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que “enfocando especificamente o direito de propriedade como puro direito subjetivo, a ideologia liberal assenta o proprietário em uma posição de superioridade na qual poderia gozar e dispor da coisa como bem entendesse, sem qualquer controle por parte da sociedade”.⁶⁰ Verdade é que, atualmente, a propriedade ainda é instrumento de garantia de adequado funcionamento do mercado e da ordem econômica.

Com efeito, o passar do tempo conduziu tal sentido de propriedade a um arguto instrumento, se desregrado, de exclusão social, com a conseqüente devastação do meio ambiente, vez que a propriedade tornou-se meio de ascensão social e acúmulo de riquezas a qualquer preço.

Assim, observe-se que tem-se de um lado a garantia constitucional ao direito de propriedade conforme coaduna o Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII. Assim dispõe *ipsis litteris* que “é garantido o direito de propriedade”.

E, por outro lado, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é assegurado a todos conforme disposição do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, segundo se verifica:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

E assim, revestidos de tais direitos, constitucionalmente amparados, é que se tem travado um embate mundialmente conhecido nos tempos atuais. Os ambientalistas acusam as empresas, as quais são concebidas como a propriedade tecnicamente organizada para a produção de lucro, de prejudicar a sociedade, comprometendo o meio ambiente, e rotineiramente colocando os interesses financeiros das empresas acima do bem público. Por outro lado, as empresas imputam aos ambientalistas uma condu-

ta de néscios, desinteressados da realidade delas, ignorando os anseios das comunidades locais e dos governos que as recebem pela garantia de empregos e desenvolvimento.

O que se presencia atualmente é a verdadeira desvirtuação dos direitos em estudo, quais sejam propriedade e meio ambiente, para se atingir fins extremos. Entretanto, os direitos humanos fundamentais, dentre os quais se encontram entrelaçados os direitos e garantias individuais e coletivos, não podem servir de meio de defesa para fins ilícitos, tampouco para impedir ou subtrair a responsabilização por atos que infrinjam a lei, visto que isso se configura como verdadeiro descrédito ao Estado de Direito Democrático.

7 - A SOLUÇÃO DO CONFLITO

Tema revestido de grande cizânia refere-se ao direito que há de preponderar no caso de colisão. Em que pesem os ensinamentos dos doutrinadores neste artigo narrados, os quais evidenciam que não há hierarquia entre as gerações de direitos fundamentais, uma das fórmulas aventadas para desfecho de possível conflito pelo ínclito Ministro Gilmar Mendes passa pela experiência de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos individuais. Ao discorrer sobre o assunto aponta que:

*Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos.*⁶¹

Nesse passo, os ensinamentos do conspícuo ministro levam-nos a conclusão de que, somente mediante uma colisão de direitos fundamentais, a qual se configura como um "caso especialíssimo" a nossa intrincada busca por solução pode pautar-se em tal proposição. trata-se, pois, de uma exceção à afirmativa da não existência de escalonamento de direitos.

Nessa hipótese, para tal autor, torna-se indubitável que o "direito à vida tem precedência sobre os demais direitos, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos".⁶² Por conseguinte, conquanto se apresente o direito à propriedade como restrição ao direito à vida aquele deve ser mitigado, pois, conforme consagra Gilmar Mendes "valores relativos às pessoas têm

precedência sobre valores de índole material".⁶³

Tal desenlace, entretanto, nada mais faz do que considerar que o postulado da vida, ou da dignidade da pessoa humana, - como entende o Direito alemão - deve sopesar todas as demais disposições constitucionais. Logo, o que sugere o colendo jurista "não se resume a um mero juízo de desvalor de certo direito, mas sim à ideia de que a sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos."⁶⁴

Destaque-se que, não obstante a isso, não deve-se restringir tal situação a um simples balizamento entre princípios, arrogando primazia ao de maior hierarquia. Isto porque, estabelecer um escalonamento entre direitos individuais e demais valores constitucionalmente amparados, com precisão, é tarefa por demais árdua. Ante essa vicissitude, há que prevalecer em situação de conflito entre direitos e valores uma ponderação que vislumbre as conjunturas peculiares caso a caso.

Outrossim, o princípio da proporcionalidade exerce função primordial na solução de conflitos entre direitos fundamentais. O sustentáculo desse axioma firma-se no âmbito dos direitos fundamentais, assim como na própria composição do Estado de Direito, decorrendo sua aplicação de uma percepção copiosa da ordem jurídica como um todo.

Tem-se, pois, a invocação a esse princípio "quando Poderes, órgãos instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito."⁶⁵

Note-se que tal fundamento emana da indagação acerca da "legitimidade dos objetivos do legislador sobre as necessidades das restrições impostas à liberdade dos cidadãos para consecução" ⁶⁶ dos objetivos impostos.

Em outros termos, tal princípio é infringido quando se revela incoerência, contraditoriedade, assim como irrazoabilidade entre meios e fins. Portanto, os meios a serem utilizados devem ser adequados, mas também necessários ao êxito dos fins almejados.

Dessa forma, "o princípio da proporcionalidade compreende, como alerta a melhor doutrina, os princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito."⁶⁷

Por conseguinte, na tentativa de por fim a um conflito o hermeneuta deve-se perquirir, observando os ditames da adequação, se as medidas interventivas adotadas se mostram aptas a atingir os objetivos pretendidos. Em seguida, sob o enfoque do subprincípio da necessidade, deve analisar se não existe nenhum outro meio menos penoso para se alcançar o fim esperado.

Assim sendo, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele

a um só tempo adequada e menos onerosa.⁶⁸

Por fim, deve-se fazer ainda uma severa ponderação com bases fixas no equilíbrio entre a aceitação da ingerência para o atingimento e os desígnios perseguidos pelo legislador. Nesses termos se delinea a proporcionalidade em sentido estrito, a qual delimita a justeza da solução encontrada.

Observe-se que, conforme preleciona Cléve e Freire:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito expressa o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido.⁶⁹

Note-se, pois, que o princípio da proporcionalidade exige verdadeiro "sopesamento" de direitos fundamentais que se encontrem em situação de conflito, exigindo verdadeira solução ajustada e coordenada dos bens em choque.

Essa solução leva-nos a conclusão de que porquanto a propriedade se apresente como o meio adequado para desenvolvimento da personalidade humana e conseqüente acréscimo econômico uma vez que, com sua utilização o evento pretendido pode ser alcançado, por outro lado seu uso desmedido é freado pelo subprincípio da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pois sua utilização deve pautar-se de maneira menos gravosa para toda a sociedade, bem como ser guiada por um controle de sintonia, justa medida e equidade.

Ressalte-se, por conseguinte que todas as tentativas de solução, baseiam-se no esforço hermenêutico de limitação necessária para compatibilização de direitos e valores constitucionalmente proeminentes.

Note-se que conforme lição de Ruy Cirne Lima, ao qual Manoel Jorge e Silva Neto faz referência, deve ter-se por nítido que:

O que devemos entretanto, assinalar é que, na ideia de garantia de um direito, vai implícita a possibilidade de limitação desse direito ou do respectivo exercício. São, realmente, os direitos individuais suscetíveis de limitação em seu exercício. Consistirá a limitação em restrição consentida pelo indivíduo, ou provirá, talvez, de norma ou ato do Poder Público. Umas e outras, contudo, hão de conservar-se dentro da medida, que a ordem jurídica prefixa.⁷⁰

Neste desiderato, calcado nos princípios da unidade e da concordância prática, merece também destaque na solução de tais

conflitos a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais.

Martín-Retotillo e Otto Y Pardo citados por Manoel Jorge e Silva Neto explicitam que:

Os direitos e liberdades, por reconhecidos no interior do ordenamento jurídico, terão de se conciliar com outros bens que o ordenamento protege e não pode valer de modo absoluto frente a estes. (...) A finalidade da doutrina dos limites imanentes é óbvia; dado que nem sempre cabe contar com uma habilitação constitucional expressa para limitar os direitos, porque alguns são reconhecidos sem reserva de limitação (...) a restrição não pode se fundamentar senão na tese de que os limites são imanentes ao próprio reconhecimento do direito, de todos os direitos, de forma que também quando sejam reconhecidos sem reserva de limitação específica podem ser limitados pelo legislador.⁷¹

Neste diapasão a Constituição deve ser interpretada em concordância com alguns princípios básicos a fim de se evitar uma colisão de direitos ou princípios. Tome-se, por exemplo, o princípio da unidade da Constituição, pelo qual essa deve ser decifrada em sua globalidade, como um todo harmônico, eliminado-se, pois, as aparentes antinomias. Assim, o intérprete deve procurar harmonizar os espaços de tensão, sendo, dessa forma, as normas consideradas como preceitos integrados em um sistema de princípios e regras.

Devem ainda ser considerados os princípios do efeito integrador, da máxima efetividade pelo qual as normas constitucionais devem ser entendidas no sentido de se ter a mais ampla efetividade social; o princípio da justeza, pelo qual não se pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido; princípio da concordância prática ou harmonização, sendo o qual os bens jurídicos tutelados devem conviver harmonicamente, almejando-se evitar o total sacrifício de um princípio em detrimento de outro, decorrendo assim, do fundamento da inexistência de escalonamento entre os princípios; bem como o princípio da força normativa, pelo qual deve-se dar máxima efetividade às normas constitucionais, princípio da interpretação conforme a Constituição, assim como pelo princípio da proporcionalidade ora já estudado.

Ademais, observe-se, que, além de o intérprete possuir a missão de buscar o verdadeiro sentido da lei, tendo por amparo tais princípios, a própria Constituição buscou meios de solucionar os possíveis liames nascidos da altercação entre os direitos fundamentais ora analisados.

Nestes termos, o balizamento de tais direitos encontra

amparo na própria Lei Maior, pois assim o dispõe em seu art. 5º, inciso XXIII: "a propriedade atenderá a sua função social."

Verifica-se, assim que, aliada a todas as soluções apresentadas, eis que surge a função social da propriedade como ponto de equilíbrio entre os dois direitos em tela, uma vez que essa ao resguardar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado agasalha o próprio direito à vida. Isto posto, cabe, agora analisarmos e entendermos como essa se delinea.

8 - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Com grande perfeição técnica Eros Roberto Grau, citado por Rosenvald, resume o bosquejo evolutivo da propriedade, outrora absoluta, para a então propriedade-função:

A revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônio), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seu serviço, sua função." ⁷²

Fato é que o comprometimento com a garantia da dignidade da pessoa humana, bem como com o princípio e ideal de solidariedade desaguou em um grande aumento de valor dados aos direitos de personalidade. Consequentemente a isso, desencadeou-se uma submissão a tal valorização por parte de todas as relações patrimoniais. Outrossim, o indivíduo antes solitário, absolutamente abandonado em sua atividade econômica, transmudasse para um indivíduo solidário, o qual descobre na carência do outro um freio às suas liberdades.

Assevere-se, que função social configura-se como um axioma o qual é apanágio a todo direito subjetivo.

Sobre o tema, faz-se importante destacar pontual observação de Oliveira Ascensão citado por Rosenvald:

O direito é uma realidade finalista, racionalmente ordenada a fins. A ordem jurídica não é casual, mas é normativamente ordenada para finalidades, sendo que o fim do direito é o bem comum. A ausência da finalidade provoca a perda da base de legitimidade substantiva do ordenamento. ⁷³

Além disso, todos os direitos subjetivos devem se nortear ao princípio da justiça e bem-estar social uma vez que é a justiça o fim último do direito. Logo, ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução

de um direito individual, se este for compatível como os anseios sociais que com eles se relacionam. Caso contrário, o ato de autonomia privada será censurado em sua legitimidade. "Todo poder na ordem privada é concedido pelo sistema com a condição de que sejam satisfeitos determinados deveres pelo corpo social."⁷⁴

Desta feita, a função social da propriedade nasce para assegurar a liberdade do não proprietário, buscando-se, pois, a promoção da igualdade perante a relativização das liberdades individuais.

Neste sentido, ocupou-se o legislador constituinte em prever essa função também no artigo 170, inciso III da Lei Maior, pelo qual comete à propriedade uma função social. Em verdade, a ordem econômica nacional é calcada na valorização do trabalho humano, assim como na livre iniciativa, possuindo como um de seus pilares a defesa do meio ambiente. Logo, o sentido e alcance desse princípio surgem, pois, como limites à iniciativa privada. Dessa forma, a propriedade, direito, base da ordem econômica constitucional, deixa de cumprir sua função social, a qual é embrionária para sua garantia constitucional, quando se sobrepe contra o direito ao meio ambiente.

Igualmente, cuidou o legislador infraconstitucional de inserir no Código Civil limitações ao direito de propriedade, conforme se observa pela leitura do artigo 1.228, parágrafo 1º:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (Grifos nossos).

Em que pese a concepção do direito à propriedade conquanto direito fundamental, não é ela, todavia, um direito que possua a prerrogativa de erguer-se na soberana condição de ilimitado e inatingível. Assim, insurge-se o legislador ao afirmar, veementemente, que tal direito está condicionado ao bem estar social.

A propriedade, assim, não pode mais cumprir um papel meramente individual garantindo um caráter de vantagem a seu titular.

A autonomia privada do titular – segundo Rosenvald – descobre o plano da intersubjetividade, ao se exigir que o proprietário compreenda que a sua felicidade se condiciona ao complementar reconhecimento da dignidade alheia e do anseio da sociedade por bem-estar.⁷⁵

Dessa forma há verdadeira conformação dos direitos patrimo-

niais aos direitos fundamentais.

Sendo, logo, verdadeiro axioma inerente ao direito de propriedade, acresce aos poderes concedidos: usar, gozar, dispor e reivindicar.

Desse modo, a função social permite um balizamento entre os direitos de propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado uma vez que, em princípio, toda sociedade moderna depende da extração de recursos minerais, sejam eles não renováveis, a exemplo do petróleo e dos metais, sejam renováveis. Nossa energia é retirada, em sua maior parte do gás, petróleo e carvão mineral. Grande parte de tudo que nos rodeia é feito de metal, madeira, plásticos, papel. Alimentamo-nos de produtos oriundos de empresas alimentícias que precisam escoar seus efluentes, sejam eles sólidos, líquidos ou gasosos de alguma forma, seja nos rios, seja no ar. Portanto, a sociedade está comprometida com a extração e utilização das grandes empresas, propriedades privadas modernas por excelência, dos recursos naturais e do meio ambiente em si próprio. A grande questão é: em que quantidade e como escolhemos fazê-lo.

Ao passo que todo processo de desenvolvimento nacional se ergue às custas dos recursos naturais vitais, esta acarreta a deterioração das condições ambientais de maneira célere. Por isso, a Constituição privilegiou a tutela ambiental não apenas como forma de intervenção externa na propriedade, a verdade é que essa está na essência do próprio direito subjetivo.

Assim, o proprietário é obrigado, com fulcro a se atender a função social, a respeitar as normas ambientais. Tome-se, por exemplo, o ensinamento de Rosenvald "não respeita a norma ambiental (e conseqüentemente a função social) o proprietário que decida exercer a atividade vinícola na floresta amazônica, ou que decida criar gado em largo escala" ⁷⁶ na mesma região.

Note-se que a ocorrência de um indivíduo ser proprietário não lhe outorga um mandado de exploração irracional dos recursos naturais da propriedade. "Há um compromisso de solidariedade pelo qual o particular e o Estado devem participar na tutela ambiental, preservando-a para as futuras gerações." ⁷⁷

Desse modo, os axiomas ambientais galgam para o âmago do direito subjetivo de propriedade, como metavalor, possuindo a incumbência de sucumbir a tensão oriunda da função individual e social da propriedade.

9 - CONCLUSÃO

Em síntese, as práticas ambientais da maior parte das empresas que conhecemos (concebidas como propriedade privada moderna), de modo geral, são reguladas por um ponto essencial

o qual fere o ideal de justiça da coletividade. Em determinadas situações, essas, para prosperar financeiramente, em curto prazo, conspurcam o meio ambiente, fomentando, pois, paulatinamente, a grave deterioração do que se convencionou denominar de qualidade de vida, a qual está intrinsecamente enlaçada com a dignidade da pessoa humana.

Conforme já exposto, a partir de uma leitura da Constituição à luz de seus princípios interpretativos, como o da proporcionalidade; bem como tendo-se em vista a idéia de que o postulado da dignidade humana baliza todas as demais disposições constitucionais, aliado à teoria dos limites imanentes, e do prisma da função social concluímos que nenhum direito fundamental é absoluto, tampouco o direito à propriedade o qual não pode se insurgir fugindo da concepção de que o social, em verdade, orienta o individual.

Não obstante a isso, intermináveis são as discussões as quais emanam da não efetivação do balizamento desses dois direitos, fato esse que deságua na interminável busca ao Poder Judiciário na tentativa de se encontrar uma adequada solução para esta questão.

Nesta seara, mediante essa crítica situação, devemos nos indagar: qual a postura a ser adotada pelos cidadãos (principalmente por aqueles se denominam operadores do direito) para se evitar a desvirtuação dos direitos em estudo, impedindo, pois, que esses atinjam fins extremos?

Este questionamento nos faz refletir, e, conseqüentemente concluir que o embaraço que se apresenta na colisão dos direitos em questão, assim como de todos os demais, somente pode ser resolvido a partir do momento em que considerarmos que a dificuldade encontrada para fins da concordância harmônica dos direitos do homem, consoante as exatas palavras de Bobbio:

*(...) não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.*⁷⁸

Em verdade, é fácil e barato lançar a culpa em uma empresa por se enriquecer em demasia ferindo a função social da propriedade, degradando sobremaneira o ecossistema. Contudo, é improvável que tal atitude possua o condão de alterar o posicionamento de tais empresas, uma vez que essa postura mostra-se desconhecadora do fato de que empresas são negócios que almejam lucros e não instituições de caridade.

Em verdade, se o ideal finalístico de todo o direito não se torna, por si só, capaz de conter o abuso capitalista, que tem por principal instrumento a propriedade privada. É a mudança de posicionamento da sociedade a maior arma para que se evite que uma empresa lucre por meio do prejuízo de seu próprio público.

Fato é que as empresas vêm-se obrigadas a se transformar quando a sociedade, público alvo, clama por uma postura diferente. As mudanças nas atitudes dos consumidores tornam-se, desse modo, imprescindíveis nas práticas ambientais das empresas.

Em meio a essa pressão popular, crescente no século XXI, as empresas que querem continuar em ascensão financeira precisam optar, urgentemente, por um desenvolvimento sustentável. Isso ocorre porque, mesmo estando superada a "noção romântica de que a natureza é um intocável santuário"⁷⁹ tem-se em vista que é fundamental o crescimento, entretanto de maneira sustentável e planejada, assegurando-se, assim, a harmonização do desenvolvimento econômico com a proteção da qualidade ambiental, a qual finalmente consegue ilidir a falsa antinomia nascente do antagonismo criado entre desenvolvimento socioeconômico e preservação da qualidade ambiental.

Desta feita, o crescimento econômico não pode ocorrer com espreque na deturpação do mundo natural, bem como ante à ausência de um ordenamento jurídico e embasamento filosófico.

Fato é que algumas empresas, mediante a pressão popular, estão se tornando pioneiras no desenvolvimento sustentável, pois entenderam que a sociedade prefere adquirir produtos oriundos de práticas que não denigram o meio ambiente. A situação adquire, sobremaneira, verdadeiro viés irônico, vez que tais empresas, para tanto, adotam normas de caráter suasório, sem força jurídica, a denominada série ISO 14.000, a qual visa resguardar, sob o prisma da qualidade ambiental, não apenas os produtos como todo o processo produtivo.

Observe-se que o cenário mundial já se delineia por exigir a instalação de tal norma nas empresas, as quais são instrumentos para legais, se instituindo na condição de leis do mercado.

Portanto, a conclusão a que chegamos é que por mais que o direito se incumba de delinear limites e harmonizar direitos, o cidadão é o único instrumento capaz, verdadeiramente, de evitar que a propriedade privada torne-se mecanismo de destruição do meio ambiente e isso só acontece quando não aceitamos comprar carne de um frigorífico que desmata a floresta amazônica para criar gado, ou quando preferimos comprar papel de empresas que se preocupam, de fato, com o reflorestamento e assim por diante.

Infelizmente, ainda é ínfima a parcela da iniciativa privada que entendeu que necessário se faz se desenvolver atendendo as necessidades do presente sem comprometimento da possibili-

dade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades. Todavia, enquanto no passado, lucrava-se a todo custo sem nenhuma preocupação com o meio ambiente, hoje, só irá progredir, em longo prazo, quem se preocupar em vender "produtos verdes", vez que, lentamente o consumo está se tornando cada vez mais sustentável.

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da Constituição, direito constitucional positivo*. 16.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de direito constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Guerra Filho. *Direito constitucional, estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional: curso de direitos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, José Diniz de Moraes. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. V.2.
- NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. Rio de

Janeiro: Lúmen Jurídico, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

(ENDNOTES)

1 Mestrando em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil (Cautelares e Procedimentos Especiais, Teoria Geral do Processo e Recursos), Professor Orientador do CEJU - Centro de Exercícios Jurídicos, Advogado.

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

3 SARLET, 2007, p. 43.

4 MAGALHÃES, 2002, p. 23.

5 MAGALHÃES, 2002, p. 23.

6 FERREIRA FILHO, 2003, p. 240.

7 FERREIRA FILHO, 2003, p. 240.

8 SARLET 2007, p. 45.

9 MAGALHÃES, 2008, p. 2.

10 MAGALHÃES, 2002, p. 40.

11 SARLET, 2007, p. 56.

12 BONAVIDES, 2010, p. 563.

13 Magalhães 2002, p. 43.

14 MAGALHÃES, 2002, p. 43.

15 MAGALHÃES, 2002, p. 44.

16 BRANCO, 2010, p. 309.

17 MAGALHÃES, 2002, p. 44.

18 KILDARE, 2008, p. 672.

19 KILDARE, 2008, p. 672.

20 SARLET, 2007, p. 56.

21 SARLET, 2007, p. 57.

22 CARVALHO, 2007, p. 725.

23 SARLET, 2007, p. 58.

24 Idem.

25 Idem.

26 MORAES, 2007, p. 27.

27 CARVALHO, 2010, p. 725.

28 BONAVIDES, 2010, p. 571.

29 SARLET, 2007, p. 62.

30 Idem.

31 SARLET, 2007, p. 65.

32 Idem.

33 Idem.

34 SILVA NETO, 2009, p. 623.

35 BONAVIDES, 2010, p. 561.

36 Idem.

37 CARVALHO, 2010, p. 725.

38 BRANCO, 2010, p. 320.

39 GALUPPO, 2003, p. 233.

40 Idem.

41 BRANCO, 2010, p. 320.

- 42 BOBBIO, 1992, p. 17.
- 43 MAGALHÃES, 2008, p. 12.
- 44 BONAVIDES, 2010, p. 560.
- 45 SILVA NETO, 2009, p. 623.
- 46 GALUPPO, 2003, p. 236.
- 47 GALUPPO, 2003 p. 237.
- 48 CANOTILHO, 1998, p. 359.
- 49 CARVALHO, 2010, p. 726.
- 50 BRANCO, 2010, p. 313.
- 51 FARIAS - ROSENVALD, 2010, p. 178.
- 52 Idem.
- 53 FARIAS - ROSENVALD, 2010, p. 207.
- 54 MILARÉ, p. 201, 2001.
- 55 GRAU - CUNHA, 2003, p. 232.
- 56 CLÉVE E FREIRE, 2003, p. 232.
- 57 MENDES - COELHO - BRANCO, 2010, pag. 420.
- 58 MENDES, 2010, p.422.
- 59 BOBBIO, 1992, p. 44.
- 60 CHAVES - ROSENVALD, 2010 p.179.
- 61 MENDES - COELHO - BRANCO, 2010, p.422.
- 62 Idem.
- 63 Idem.
- 64 MENDES - COELHO - BRANCO, 2010, p.422.
- 65 Idem.
- 66 Idem.
- 67 GRAU - CUNHA, 2003, p. 238.
- 68 MENDES - COELHO - BRANCO, 2010, p.422.
- 69 CLÉVE E FREIRE, 2003, p. 239.
- 70 NETO, 2010, p. 629
- 71 NETO, 2010. p. 630.
- 72 FARIAS - ROSENVALD, 2010, p. 272.
- 73 FARIAS - ROSENVALD, 2010, p. 273.
- 74 FARIAS - ROSENVALD, 2010, p. 273.
- 75 FARIAS - ROSENVALD, 2010, p. 206.
- 76 FARIAS - ROSENVALD, 2010, p. 221.
- 77 FARIAS - ROSENVALD, 2010, p. 223.
- 78 BOBBIO, 1992, pag. 45.
- 79 MILARÉ, p. 201, 2001.

VALORES, NORMAS E VALIDEZ DO DIREITO NA TEORIA DE ROBERTO JOSÉ VERNENGO

Leonardo Goulart Pimenta¹

RESUMO: O presente artigo trata da relação entre valores, normas e validade do direito na teoria do professor argentino Roberto José Vernengo. A tese fundamental afirma que as normas jurídicas, assim como qualquer outra forma normativa, apesar de encerrarem em si um valor, não têm sua validade dependente de qualquer conclusão axiológica.

PALAVRAS-CHAVE: normas, valores, validade, Roberto José Vernengo

ÁREA DE INTERESSE: Teoria Geral do Direito.

1 - INTRODUÇÃO

Roberto José Vernengo é professor da Universidade de Buenos Aires. Suas obras são de grande expressão na teoria e na lógica jurídica contemporânea. Para iniciar o pensamento desse grande autor, a relação proposta entre valores, normas e validade do direito é momento primordial e indispensável. Para encarar a relação entre esses três conceitos, o presente artigo concentra-se na obra *Curso de Teoría General del Derecho*, especificamente nos Capítulos 2 e 3.

2 - LEIS NATURAIS E NORMAS

Para iniciar a discussão sobre a relação entre valores, normas e validade do direito, Vernengo inicia diferenciando as leis naturais das normas. Ao investigar a relação entre as leis naturais e as normas, o autor procura defender que as leis éticas, morais ou jurídicas, não podem ser equiparadas às leis da natureza. Tal assertiva fundamenta-se na concepção de que as leis morais, ao contrário das leis da natureza, apresentariam três características essenciais, quais sejam: 1) não tratam de hipóteses cuja validade radique na possibilidade de estabelecer funções calculáveis que permitam prever o curso dos fatos; 2) não podem ser falsificadas pelos fatos os quais pretende regular; 3) não são enunciados que formulam algum tipo de descrição dos fenômenos com uma ordem causal, pois simplesmente afirmam que, tomadas em sua função informativa secundária, entre dois ou mais fatos, o grupo social ou o legislador propõem certa relação que qualificam deonticamente.

3 - MORAL E DIREITO

Para avançar no sentido do objetivo proposto, o autor lança

a seguinte questão: é possível distinguir uma norma moral de uma norma jurídica? Se é possível, como distingui-las? O autor aduz que entre as normas morais e as normas jurídicas não há distinção do ponto de vista gramatical, lógico ou quanto as modalidades deonticas. Ainda neste sentido, do ponto de vista do conteúdo ou matéria regulada, também não é possível concluir sobre distinção entre as normas jurídicas e morais.

(...) que no sólo el aspecto lógico gramatical externo no es indicador suficiente del sistema a que una norma pertenezca, sino que tampoco podríamos establecer su distinción como moral o jurídica por el contenido o materia que regule (VERNENGO, 1995, p. 137)

Contudo o autor apresenta modos de distingui-las: 1) processo de criação – as normas jurídicas seriam criadas por alguma atividade humana específica, não estão dadas desde a eternidade, nem podem ser deduzidas de alguma realidade preexistente como as normas morais. Assim as normas morais são eternas e necessárias. 2) Utilização – as normas jurídicas servem para motivar condutas externas ao passo que as normas morais pretendem atuar sobre a motivação interna do sujeito. 3) Distinção kantiana – para Kant as normas morais são as que o sujeito dita para si mesmo, já as normas jurídicas seriam impostas ao sujeito por um legislador externo, sua obrigatoriedade não derivaria de ser obrigatório pelo próprio autor da norma. 4) Julgamento das intenções – as normas morais servem para julgar as intenções do sujeito atuante em seu foro interno. Ao contrário as normas jurídicas, as normas morais servem para julgar não intenções íntimas dos homens, mas seu comportamento externo, suas ações sociais. 5) Finalidade – afirma-se que uma conduta é moral quan-

do a ação prescrita é valiosa por si mesma, e não meio para uma finalidade; ao contrário, as normas jurídicas prescrevem certas ações como meio eficaz para certos fins.

4 - VALIDEZ DAS NORMAS JURÍDICAS

Toda norma supõe uma valoração (VERNENGO, 1995, p. 147). Determinar uma norma implica em utilizar um valor tal como a bondade, a beleza, a utilidade, a convenção, a justiça, etc. Mas o que se pretende dizer quando se faz tal afirmação? Qual é a real relação entre valor e norma jurídica? O autor em questão apresenta a tese da valoração como algum tipo de enunciado - não normativo - que logicamente estaria implicado e que poderia ser deduzido de enunciados diretamente normativos.

Esta condición hace al sentido de la norma: no sería posible comprender una norma si no fuera posible, por algún mecanismo intelectual o lingüístico, extraer el juicio valorativo que la hace sustentable. Sin embargo, norma y enunciado axiológico no serían ni sintáctica ni pragmáticamente equivalentes, puesto que juegan en planos lingüísticos y prácticos distintos (VERNENGO, 1995, p. 147)

Mas seria possível estabelecer qual o valor suposto em uma norma? Tal questionamento levaria às várias teorias sobre os valores, mas apareceria como efetivo se os sujeitos interessados duvidassem do sistema que a ordem jurídica estabelece (VERNENGO, 1995, p. 148). Outro questionamento refere-se ao caráter objetivo ou subjetivo dos valores: são os valores absolutos ou correspondem a posições subjetivas individuais das pessoas sobre os fatos, ou seja, relativos? Com efeito, poder-se-ia implicar verdade ou falsidade aos valores? Dividem-se as concepções. Kelsen afirma que há valores absolutos, mas enunciados relativos às atitudes políticas de seus criadores. "La norma es expresión de la orientación política del legislador, y em cuanto tal, refleja un valor relativo" (VERNENGO, 1995, p. 150). Assim, não é possível perguntar sobre o valor verdade de um valor, apesar de serem postulados como verdadeiros. Mas como os conhecimentos não suscetíveis de verificação objetiva e postulados como verdades são denominados ideologias, ao fazer-se depender a aceitação de uma norma de sua correspondência com um sistema de valores, incorrer-se-ia em ideologia.

Mas mesmo que uma norma encerre em si um valor, a validade, a aceitabilidade de uma norma dependeria do valor do seu conteúdo? A validade de uma norma depende do valor que possa encerrar em seu comando normativo? O autor, apoiado em Kelsen

e Ross, argumenta no sentido de que "la validad de una norma es independiente de la valoración que merezca su contenido" (VERNENGO, 1995, p. 152).

Mas então de que dependerá a validade de uma norma? Kelsen afirma que uma norma jurídica é válida por ter sido criada por uma autoridade competente para tanto mediante um procedimento aceito, ou seja, é válida se existe.

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas por que é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela a ordem jurídica cujas normas são criadas em conformidade com esta norma fundamental, por isso qualquer conteúdo pode ser direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica (KELSEN, 2003, p. 221).

À definição kelseniana o autor levanta alguns reparos, sendo que, nos mais importante, defende:

- 1) "Nada claro se dice de una norma afirmando que existe, puesto que por de pronto, el predicado "exiencia es tan menesteroso de aclaración como el de validez" (VERNENGO, 1995, p. 154)
- 2) "La renisión a una supuesta fuerza obligatoria no pasa de una metáfora tradicional, pues es claro que las normas no tienen fuerza en ningún sentido preciso. Y hablar de fuerza moral o jurídica, o es vano, o es circular" (VERNENGO, 1995, p. 154)
- 3) Atribuir validez a norma mediante um procedimento necessita de outras normas também válidas.

Enfim, define o autor que uma norma é válida, em um direito positivo, quando possa-se verificar suas relações com as outras normas do mesmo ordenamento, tendo em vista que criar uma norma significa realizar certos atos normativos cujos sentido objetivo deve-se buscar também em enunciados normativos.

5 - NORMAS JURÍDICAS E ENUNCIADOS NORMATIVOS.

Por fim cabe distinguir entre normas jurídicas e enunciados normativos. O objeto do estudo do direito são as normas válidas de determinado sistema. Sobre este sistema é possível estabelecer enunciados ou proposições jurídicas, ou seja, cabe à ciência

cia do direito enunciar corretamente o caráter deôntico de uma ação estabelecida nas normas jurídicas. Portanto, as proposições jurídicas da ciência jurídica podem ser verdadeiras ou falsas, ao contrário das normas objeto de estudo, segundo correspondam ou não às normas jurídicas.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciando a discussão a partir da diferença entre leis naturais e norma bem como pela diferença criteriosa entre direito e moral, para o autor argentino Roberto José Vernengo, as normas jurídicas, apesar de encerrarem em si valores, não fazem depender sua validade de qualquer elemento axiológico. Sem qualquer passividade teórica, o autor segue a linha de pensadores como Hans Kelsen e Alf Ross.

REFERÊNCIAS

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

VERNENGO, Roberto José. *Teoría General del Derecho*. 2 ed. Buenos Aires: ediciones Depalma, 1995.

(ENDNOTES)

1 Mestre e Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Filosofia do Direito, Direito Romano e História do Direito da Puc/Minas e da Newton Paiva.

LINEAMENTOS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO UMA RELEITURA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Michael César Silva¹

Vanessa Santiago Fernandes de Matos²

RESUMO: O presente estudo visa a analisar os contornos do princípio da boa-fé objetiva no Direito Privado contemporâneo, delineado no ordenamento jurídico brasileiro, através do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil (2002). O referido princípio passa a relativizar a autonomia privada nas relações jurídicas contratuais, para permitir aos contratantes exercer sua liberdade contratual de forma equilibrada e cooperativa.

PALAVRAS-CHAVE: contratos, boa-fé objetiva, justiça contratual, princípios.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil; Direito Consumidor.

1- INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe realizar uma reinterpretação do Direito Contratual à luz do princípio da boa-fé objetiva, tendo como pano de fundo, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, o qual nos fornece mecanismos para releitura crítica e construtiva do modelo jurídico.

Pretende-se delinear os parâmetros norteadores impostos pela boa-fé objetiva ao Direito Contratual contemporâneo, por meio da análise de sua inserção no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002, através da técnica legislativa das cláusulas gerais, no intuito de garantir o adimplemento da relação contratual.

O princípio em comento possui indubitável relevo na interpretação das relações contratuais, donde se destaca a presença das funções da boa-fé-objetiva e a criação dos chamados deveres anexos de conduta, os quais norteiam o Direito Obrigacional, e, por conseguinte, o Direito Contratual.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva passa a relativizar a autonomia privada das partes permitindo aos contratantes exercer sua liberdade contratual, de forma equilibrada e cooperativa, e, sobretudo, primando-se pela imprescindível observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CR/88), valor fundamental a ser realizado pelo ordenamento jurídico.

2- A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou

profunda modificação nos métodos de interpretação do Direito Privado (TEPEDINO, 2003, p.115). Tal fato ocorreu devido à modificação do centro fundamental principiológico do Direito Civil, que passou a nortear-se por valores sociais e princípios consagrados na Constituição da República de 1988.

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como Direito Civil Constitucional (ou Direito Civil constitucionalizado). (FARIAS; ROSENVALD, 2007a, p.25, grifos no original).³

Paulo Luiz Netto Lôbo preleciona que a constitucionalização do Direito Civil "é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional." (LÔBO 2003, p.199; LÔBO, 2005, p.3).

Esta mudança de paradigma deu-se em face da inserção de valores inerentes à pessoa humana, que passaram a orientar a interpretação dos institutos do Direito Civil, precipuamente, por meio da observância aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1º, III da Constituição da República de 1988.

A expressão Direito Civil Constitucional quer ape-

nas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade substancial (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis e não apenas impondo limites externos. (FARIAS; ROSENVALD, 2007a, p.27).

Destarte, a releitura do Código Civil à luz da Constituição da República de 1988, redefiniu o conteúdo de seus institutos, no sentido de funcionalizar as relações jurídicas privadas patrimoniais e adequá-las à nova ordem jurídica constitucional, fundada em valores extrapatrimoniais, visando à promoção do bem comum e o interesse coletivo.

Nessa esteira, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, expõem com brilhantismo que "O Estado Democrático de Direito centrado na especial dignidade humana proclama a despatrimonialização e a personalização do direito privado." (FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p.3).⁴

Assim, o caráter individualista, egoístico e patrimonialista, que permeou o Código de 1916, fora substituído pela inserção de valores e normas (princípios e regras) constitucionais, tendo por arcabouço a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República.

Nesse contexto, Gustavo Tepedino preleciona ser "imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição." (TEPEDINO, 2004, p.1).⁵

Paulo Luiz Netto Lôbo assevera ainda que "[...] os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos." (LÔBO, 2003, p.216).

Esta modificação no critério hermenêutico que perpassa o Direito Civil, segundo preceitos constitucionais, consagrados na Constituição da República de 1988, importa em:

[...] estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. (TEPEDINO, 2004, p.22).

Deste modo, o Direito Civil constitucionalizado busca compatibilizar, através da hermenêutica⁶, os institutos de Direito Civil aos preceitos constitucionais, reinterprestando seu conteúdo normativo à luz dos referidos preceitos, os quais passam a nortear as relações jurídicas privadas, funcionalizando-as a valores extrapatrimoniais, tendo por fundamento a promoção da dignidade da pessoa humana.

Gustavo Tepedino sintetiza com precisão o referido contexto ao preconizar que:

[...] Socialização, despatrimonialização, repersonalização, constitucionalização do direito civil, em seus diversos matizes, tendem a significar que as relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas, devendo ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais, previstos pela própria Constituição no ápice da hierarquia normativa, integrantes, portanto, da nova ordem pública, que tem na dignidade da pessoa humana o seu valor maior. (TEPEDINO, 2003, p.119, grifos no original).

Portanto, o esforço hermenêutico no qual se funda a releitura principiológica do Direito Civil na contemporaneidade, notadamente, no Direito Contratual, pautado na prevalência dos princípios e regras consagrados na Constituição da República de 1988, impõe a despatrimonialização e personalização nas relações jurídicas privadas, e, por conseguinte, novos contornos à liberdade contratual, buscando consagrar a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III CR/88), a solidariedade social (artigo 3º, III CR/88) e a igualdade em sentido amplo (artigo 5º, caput, CR/88).

3- O DIREITO CONTRATUAL⁷

O contrato, como fonte geradora de direitos e obrigações, afigura-se como principal instrumento de circulação de bens e serviços na sociedade, intimamente relacionado à economia, ou seja, ligado às operações econômicas existentes no meio social.

Na contemporaneidade, com o afluxo dos preceitos de ordem social inerentes ao Estado Social e, posteriormente, ao Estado Democrático de Direito, passou a sofrer influências advindas do aspecto social, que relativizaram seus efeitos entre as partes e perante a sociedade.

O modelo jurídico surge como uma reivindicação da realidade social para regulamentar juridicamente as operações econômicas, ligadas à circulação das riquezas na sociedade, através da imposição de normas que, incipientemente, aglutinaram-se e

originaram a formação do chamado Direito Contratual. (NOVAIS, 2001a, p.33-34).

As origens do contrato remontam ao Direito Romano (FIUZA, 2006, p.390; FIUZA, 2007, p.255; NOVAIS, 2001a, p.35; PEREIRA, 2007, p.8), que, perpassando pelo Código Civil Napoleônico de 1804, preceptor da era das grandes codificações, irradiou-se para outros ordenamentos jurídicos, tendo como fundamento o individualismo, caráter eminentemente patrimonialista, e, sobretudo, a imposição da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

No Brasil, tal influência fundada no contexto histórico do liberalismo e da codificação européia dos séculos XVIII e XIX, penetrou no Código Civil de 1916, e passou a reger as relações jurídicas contratuais, impondo "um modelo realmente absoluto de contrato, sempre fundado na manifestação dogmática da vontade dos contratantes." (NALIN, 2006, p.79).

A partir do advento da Constituição da República de 1988 e, em seguida, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a teoria contratual ganha novo afluxo, especialmente, com a inserção dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade preconizados no Estado Democrático de Direito, os quais introduzem uma reformulação na interpretação do Direito Contratual.

Com o Código Civil de 2002, a principiologia contratual contemporânea é consagrada definitivamente no Direito Privado, notadamente, no contratual, destacando-se entres seus princípios norteadores, a boa-fé objetiva, função social dos contratos, justiça contratual e autonomia privada, e tendo por fundamento as diretrizes da eticidade e socialidade, as quais afluem do princípio constitucional da solidariedade previsto no artigo 3º, I, da CR/88.

Deste modo, assevera-se que "o direito contratual se pauta, atualmente, em princípios modernos, criados para atender às mudanças de paradigmas dos contratos" (FIUZA, 2006, p.402), dentro de uma "concepção social do contrato" (MARQUES, 2006, p.210; MIRAGEM, 2007, p.177), denotando, assim, a necessidade de releitura do modelo jurídico (contrato) à luz dos referidos princípios e conforme os novos contornos do Direito Contratual.

4- O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

4.1- ESCORÇO HISTÓRICO

A boa-fé possui suas raízes históricas no Direito Romano. Inicialmente, exsurge através da chamada *fides*, espécie de preceito ético pautado na confiança, ligada à idéia de garantia de cumprimento dos pactos celebrados, com base na própria fé, ao respeito das convenções pactuadas. Possuía, assim, a função de garantia de respeito à palavra dada nas relações negociais.

(CORDEIRO, 2005, p.399-400; CORDEIRO, 2007, p.53-70 e 83; MARTINS-COSTA, 2000, p.113).

Posteriormente, "com a substituição do fundamento de validade das relações contratuais da forma para o consentimento" (ROSENVALD, 2005, p.76), à *fides* se acrescenta o qualitativo *bona*, passando a *fides bona*, inicialmente ligada ao aspecto objetivo.

Em seguida, transmuda-se definitivamente em *bona fides*, pela qual se restringe a quem prometeu a manter a promessa realizada, não pelo contexto verbal da promessa, mas segundo seu espírito, passando assim a boa-fé a ser entendida como um estado psicológico (aspecto subjetivo). No contexto exposto, a boa-fé assume a acepção subjetiva, sendo considerada como intenção ou o estado de ignorância do próprio sujeito, sendo que aquele que estivesse de boa-fé beneficiar-se-ia de regras mais favoráveis. (CORDEIRO, 2005, p.401; MARTINS-COSTA, 2000, p.123; NEGREIROS, 1998, p.29).

Nesse processo evolutivo, no interesse de tutelar os interesses envolvidos na relação negocial, a *bona fides* transmuda-se nos chamados *bonae fidei iudicia*, os quais consistiam em procedimentos técnicos e precisos perante o juiz, o qual sentenciava os casos com base na boa-fé, e conforme as circunstâncias concretas. (CORDEIRO, 2007, p.89-105; MARTINS-COSTA, 2000, p.117 e 120-122; LEWICKI, 2001, p.57-59).

Esses atribuíam "ao juiz uma grande margem de apreciação discricionária, isto é, o poder de estabelecer, a seu critério, tudo quanto o demandado devesse dar ou fazer com base no princípio da boa-fé." (AMARAL, 1995, p.42).

Na evolução do instituto, a boa-fé torna-se integrante do pensamento da igreja, por meio do Direito Canônico, onde estava ligada à idéia de ausência de pecado, com fundamento nos valores cristãos. Nesse contexto, a boa-fé adquire dimensão ética e axiológica por traduzir-se na concretização da lei divina, mantendo seu aspecto subjetivo. (ROSENVALD, 2005, p.77; MARTINS-COSTA, 2000, p.124).

No Código Civil Francês de 1804 (*Code Napoléon*) a boa-fé assentou-se em duas acepções. A subjetiva ligada ao estado de ignorância do sujeito e a objetiva ligada ao reforço do vínculo contratual. Porém, essa não obteve o desenvolvimento satisfatório (conteúdo útil), dado à influência da Escola da Exegese e observância ao rigor do método da exegese. (CORDEIRO, 2005, p.402; CORDEIRO, 2007, p.247, 253 e 265). Assim, apenas a boa-fé de caráter subjetivo desenvolve-se em França.

É no Direito Germânico que a boa-fé desenvolve os contornos do princípio, como se conhece na contemporaneidade. Inicialmente, constrói seu arcabouço jurídico a partir do § 242 do BGB (1900)⁸, ainda dentro do sistema fechado da codificação alemã, fundado, na acepção subjetiva (*Guter Glauben*). Esse tratava de

mero reforço do §157,⁹ que determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé. (MOTA, 2001, p.190). Até então, não se pensava em atribuir ao juiz à função fundamental de criar o Direito, por meio da aplicação.

É cunhada a expressão *Treu und Glauben* (lealdade e crença/confiança à palavra dada) consagrada na doutrina germânica, indicativa da boa-fé obrigacional (MARTINS-COSTA, 2000, p.124; CORDEIRO, 2005, p.401-402), de aceção objetiva, a qual deve presidir às relações negociais, sendo corporificada numa regra de conduta a ser observada pelas partes no cumprimento das suas obrigações.

Porém, somente após a 1ª guerra mundial, a doutrina e jurisprudência alemã, devido aos conflitos surgidos a partir das transformações sociais e econômicas provocadas pela guerra, deram nova guinada ao princípio, em suas atuais feições, de aceção objetiva, no sentido de poder-se preencher e sistematizar o princípio pela atuação criativa dos tribunais. (ROSENVALD, 2005, p.77; NEGREIROS, 1998, p.48-49).

Na contemporaneidade, o princípio da boa-fé objetiva, devido a sua importância e aplicabilidade, é previsto como cláusula geral em diversos outros países.¹⁰

4.2- LINEAMENTOS DA BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se, na contemporaneidade, como um dos mais importantes princípios do Direito Privado, especialmente, no Direito Contratual, sendo, atualmente, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro através de sua positivação no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e no Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02).

O princípio em comento gerou profundas transformações no Direito Contratual, causadas pela relativização da autonomia privada dos contratantes, a qual passa a ser mitigada pela observância a novos deveres (anexos) inseridos na relação jurídica, que dele afluem na forma de obrigação secundária, bem como pela prevalência de funções intrínsecas ao mesmo, que visam a nortear a conduta (comportamento) dos contratantes ao adimplemento contratual. (SILVA, 2009, p. 410-411).

A boa-fé objetiva foi inserida no Direito Brasileiro através do artigo 131, I do Código Comercial de 1850, onde já se previa a boa-fé, de cunho contratual no tocante ao aspecto interpretativo. Todavia, a mesma relegou-se a letra morta da lei, sem maiores

repercussões.

No Código Civil de 1916, não havia previsão legal expressa sobre o princípio, pois, o diploma legal, bem como todo o ordenamento jurídico brasileiro, encontrava-se norteados pela *boa-fé subjetiva*, que denotava uma aceção psicológica, estado de ignorância do agente.

O princípio da boa-fé objetiva foi previsto de forma efetiva no ordenamento jurídico brasileiro por meio de sua inserção no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, III (referencial interpretativo)¹¹ e no artigo 51, IV (cláusula geral)¹².

Salienta-se, ainda, que a boa-fé objetiva é, em verdade, um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, consagrado no artigo 3º, I, da Constituição da República, que se irradia através do Direito Obrigacional para todo o ordenamento jurídico.

Posteriormente, o Código Civil de 2002, através da previsão legal dos artigos 113 (referencial interpretativo)¹³, 187 (vedação ao abuso de direito)¹⁴ e 422 (cláusula geral)¹⁵, trouxe a lume novo regimento do modelo jurídico no Direito Brasileiro.

Esses novos contornos da boa-fé objetiva no Direito Privado são plenamente compatíveis com o regimento da boa-fé objetiva erigido no Código de Defesa do Consumidor, devido ao fato de ambos os diplomas legais possuírem afluxo da mesma matriz principiológica, qual seja, a Constituição da República de 1988, por meio do chamado *diálogo de fontes*¹⁶, expressão consagrada na doutrina brasileira pela profª. Claudia Lima Marques.¹⁷

4.3- ACEPÇÕES DA BOA-FÉ

A boa-fé é delineada no ordenamento jurídico por meio de duas aceções, quais sejam: a boa-fé subjetiva (estado psicológico) e a boa-fé objetiva (princípio).

Inicialmente, a boa-fé foi esculpida sobre seu aspecto subjetivo. Contudo, posteriormente, sobre a influência da doutrina e jurisprudência, principalmente a germânica, passou a ser concebida em seu aspecto objetivo, sendo inserida nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, através do sistema aberto das cláusulas gerais¹⁸.

Fernando Noronha explicita a distinção necessária, que se deve haver entre as duas espécies da boa-fé, a subjetiva e a objetiva, in verbis:

[...] A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta que determinam como ele deve agir. Num caso está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é

*boa-fé estado, a outra boa-fé princípio. (NORONHA, 1994, p.132, grifos no original).*¹⁹

A boa-fé subjetiva caracteriza-se pelo caráter subjetivo dado à boa-fé, o qual se verifica na consideração do fator psicológico, anímico, de ignorância do agente, na existência de uma determinada situação regular na relação jurídica.

Consiste a aceitação supra numa "análise subjetiva do estado de consciência do agente por ocasião da avaliação de um dado comportamento." (NEGREIROS, 2006, p.119-120; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.65). Deste modo, a apuração da boa-fé subjetiva dá-se através da análise das reais intenções que o contratante possuía, para verificar se o mesmo agiu de boa-fé ou má-fé na relação contratual.²⁰

Destarte, impõe-se ao intérprete a compreensão de que se deve "[...] considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva, está a má-fé, também vista, subjetivamente, como a intenção de lesar a outrem." (MARTINS-COSTA, 2000, p.411; NORONHA, 1994, p.133).

Lado outro, a boa-fé objetiva, traduz-se numa regra de conduta (CORDEIRO, 2007, p.632), que qualifica uma norma de comportamento leal, ético, segundo o qual, o que importa, é a apuração do comportamento das partes conforme os padrões estabelecidos pela boa-fé. (NEGREIROS, 2006, p.142; MARTINS-COSTA, 2000, p.412).

A boa-fé objetiva funda-se na necessidade das partes atuarem reciprocamente com cooperação, lealdade, honestidade e confiança (FIUZA, 2006, p.410-411; HIRONAKA, 2003, p.112-113), no intuito de concretizar a diretriz da eticidade preconizada no Código Civil.

É a chamada boa-fé princípio, a qual se impõe aos contratantes, visando a não frustrar a legítima expectativa da outra parte. É essencial entender que a boa-fé objetiva pressupõe sua análise externamente (e não internamente), para aferir-se a retidão da conduta, do comportamento, perpetrado pelas partes, diante das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, a convicção do agente, seu estado psicológico, deixa de ser relevante na relação jurídica contratual, apenas sendo primordial, a avaliação da conformidade ou não do comportamento das partes com os padrões éticos e sociais vigentes na sociedade. Isto porque, o descumprimento da boa-fé objetiva não denota má-fé do agente, mas, tão somente, quebra ou simplesmente ausência da boa-fé. (FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p.41).

A referida distinção é fundamental, pois, a boa-fé que se introjeta no Direito Contratual contemporâneo é a de égide objetiva, sendo o Direito Contratual, campo fecundo e primordial, no tocante

te à sua aplicação, denotando assim sua relevância diante dos novos contornos do contrato, na contemporaneidade.

4.4- A BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva é princípio de transformação do Direito Obrigacional, que na contemporaneidade, destaca-se como elemento norteador de todo o Direito Privado.

O princípio da boa-fé objetiva representa um "modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'." (MARTINS-COSTA, 2000, p.411).²¹

Trata-se de uma regra de conduta, de comportamento ético, social, imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas. (ROSENVALD, 2005, p.80; FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p.59).

É esse o sentido que permeia os artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, e os artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, os quais orientam o referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro na contemporaneidade.

[...] a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico standard. (HIRONAKA, 2003, p.112-113, grifos no original).

É imprescindível salientar que o princípio da boa-fé objetiva ensejou a modificação da concepção tradicional de contrato (relação jurídica estática), que passa a ser visto como *relação jurídica complexa e dinâmica* (COUTO E SILVA, 1976, p.10-11)²², formado por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas, delineadas pela inserção dos deveres anexos, nas relações jurídicas obrigacionais.

[...] a boa-fé objetiva, passa a integrar o negócio jurídico por meio dos chamados deveres anexos

de conduta (proteção, cooperação e informação, dentre outros), os quais visam a consagrar sua finalidade precípua, qual seja o adimplemento do contrato, devendo ser observados na fase pré-contratual, de execução do contrato e pós-contratual. (SILVA, 2009, p.412).²³

Diante desse novo paradigma do Direito Obrigacional, o cenário do Direito Contratual também se altera, para coadunar-se a relevante função exercida pela boa-fé objetiva, principalmente, na criação de novos deveres a serem observados pelos contratantes, bem como, no controle da autonomia privada, na realização de interesses individuais.

Destaca-se, ainda, no tocante ao estudo do princípio da boa-fé objetiva, seu aspecto tridimensional exteriorizado pelas funções interpretativa, integrativa e de controle, as quais norteiam sua aplicação nas relações obrigacionais e, por conseguinte, nas contratuais.

Nelson Rosenvald, em síntese acerca do princípio da boa-fé objetiva, explicita com clareza e precisão o contexto do modelo jurídico em análise, *in verbis*:

[...] a boa-fé objetiva é horizontal, concerne às relações internas dos contratantes. Atende ao princípio da eticidade, pois polariza e atrai a relação obrigacional ao adimplemento, deferindo aos parceiros a possibilidade de recuperar a liberdade que cederam ao início da relação obrigacional. Mediante a emanção de deveres laterais - anexos, instrumentais ou de conduta -, de cooperação, informação e proteção, os parceiros estabelecem um cenário de colaboração desde a fase pré-negocial até a etapa pós-negocial, como implicitamente decorre da atenta leitura do art. 422 do Código Civil. Dentro de sua tridimensionalidade (funções interpretativa, integrativa e corretiva), a boa-fé ainda exerce uma função de controle, modelando a autonomia privada, evitando o exercício excessivo de direitos subjetivos e potestativos, pela via do abuso do direito [art. 187, CC]. (ROSENVALD, 2007, p.89).

Destarte, o referido princípio visa ao adimplemento contratual e a limitação do exercício dos direitos subjetivos (abuso de direito), e nesse contexto, a autonomia privada passa a ser relativizada (SCHIER, 2006, p.46), ou seja, modelada, integrada, valorizada, ou mesmo para alguns, mitigada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

A boa-fé objetiva impõe-se, assim, como elemento transfor-

mador de todo o Direito Obrigacional, irradiando-se para os demais ramos do Direito, e em especial, o Contratual (MARTINS-COSTA, 2002, p.611), donde se verifica sua importância nas relações jurídicas, evidenciando sua inegável força normativa no ordenamento jurídico contemporâneo.

4.5- FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé objetiva possui caráter tridimensional (MARTINS-COSTA, 2002, p.640; TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.222-224; NORONHA, 1994, p.151), que se exterioriza através de três funções elencadas no Código Civil de 2002, quais sejam: a interpretativa (artigo 113), a de controle (artigo 187) e a integrativa (artigo 422).²⁴ Destas, a função mais importante é a integrativa, pois, a boa-fé objetiva integra qualquer relação obrigacional, e, por conseguinte, contratual, por meio dos deveres anexos de conduta.

A função *interpretativa da boa-fé objetiva* indica a forma como o intérprete irá pautar-se para buscar o sentido adequado de examinar-se o conteúdo contratual fundado na observância da boa-fé nas relações jurídicas contratuais. A boa-fé objetiva apresenta-se assim como cânone interpretativo, como referencial hermenêutico, pautado no paradigma da eticidade, que na teoria dos negócios jurídicos, possui papel essencial, na contemporaneidade.

[...] Destarte, a boa-fé servirá como parâmetro objetivo para orientar o julgador na eleição das condutas que guardem adequação com o acordado pelas partes, com correlação objetiva entre meios e fins. O juiz terá que se portar como um "homem de seu meio e tempo" para buscar o agir de uma pessoa de bem como forma de valoração das relações sociais. (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p.20).

Trata-se de uma norma de interpretação dos negócios jurídicos, a partir da qual se interpretará "as declarações de vontade conforme a confiança que hajam suscitado de acordo com a boa-fé" (OLIVEIRA, 2006, p.218), e demais circunstâncias apresentadas na relação jurídica contratual. Dessa forma, a função interpretativa referencia a boa-fé "como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais (*sic*) conforme à lealdade e à honestidade entre as partes." (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.223).

Destaca-se, ainda, que, a previsão legal do artigo 113 é norma cogente, que não pode ser afastada pela vontade das partes, pois, é dever jurídico imposto aos contratantes, que deverão comporta-se, obrigatoriamente, nos negócios jurídicos segundo os ditames da boa-fé.

A função interpretativa impõe que o intérprete, ao analisar

as relações jurídicas obrigacionais, não se aterá a uma interpretação literal do negócio jurídico, mas, precipuamente, deverá pautar-se por uma interpretação, fundada na observância do sentido pertinente às convenções sociais inerentes àquela dada comunidade política.

Nesse contexto, tem-se a prevalência da *teoria da confiança*, que se apresenta como um ecletismo da teoria da declaração (prevalência do texto em detrimento do aspecto psíquico) e da teoria da vontade (predominância da vontade interna das partes sobre a declaração), pela qual o intérprete buscará a vontade objetiva do contrato (vontade aparente do negócio jurídico), pautado nos ideais orientadores da boa-fé objetiva (ROSENVALD, 2005, p.89; FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p.64).²⁵

Assim, o intérprete analisará as circunstâncias do caso concreto e a finalidade econômico-social do contrato (NEGREIROS, 2006, p.136), as quais desencadearam a manifestação de vontade dos contratantes, para através de esforço hermenêutico, determinar a solução adequada ao caso, dentro, evidentemente, dos contornos estabelecidos pela boa-fé objetiva, visando a não frustrar a legítima expectativa da outra parte.

A *função de controle da boa-fé objetiva* impõe limites ao exercício abusivo do direito subjetivo dos contratantes, para determinar até onde o mesmo é legítimo ou não, e, desta forma, obter o merecimento do ordenamento jurídico.

Nesse escopo, a referida função implica em limitação de direitos subjetivos das partes (MARTINS-COSTA, 2000, p.382-409; AGUIAR JÚNIOR, 1995, p.24), as quais devem, necessariamente, observar os preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva no entabulamento dos negócios jurídicos, no intuito de que o contrato possa cumprir sua função social.

A boa-fé objetiva caracteriza-se, assim, como "máxima de conduta ético-jurídica" (FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p.65), que visa a coibir o abuso de direito subjetivo, qualificado pelo ordenamento jurídico como ato ilícito, conforme previsão legal do artigo 187 do Código Civil de 2002, de modo a garantir o adimplemento contratual.

Imprescindível salientar que "a boa-fé está diretamente relacionada à teoria do abuso de direito nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual." (NEGREIROS, 2006, p.140).

Destarte, busca-se evitar o abuso de direito, reduzindo a liberdade de atuação dos contratantes, pois, determinados comportamentos, ainda que lícitos, não observam a eticidade preconizada pelo princípio da boa-fé objetiva, e assim, negligenciam os ditames da lealdade, honestidade e confiança mútua, que devem nortear a conduta das partes nas relações jurídicas, ferindo a legítima expectativa da outra parte.

A *função integrativa da boa-fé objetiva* é fonte criadora de

novos deveres especiais de conduta a serem observados pelas partes durante o vínculo obrigacional (NORONHA, 1994, p.157). São os chamados deveres anexos, instrumentais ou colaterais de conduta, que passam a ser observados em toda e qualquer relação jurídica obrigacional.

É através da função integrativa (ou criadora) que se irradiam os deveres anexos de conduta, impostos pela boa-fé objetiva, os quais afluem para todo o Direito Obrigacional, e, por conseguinte, para os demais ramos do Direito. O contrato passa a ser entendido como relação jurídica *complexa e dinâmica* (COUTO E SILVA, 1976, p.10-11; MARTINS-COSTA, 2000, p.382-409; MARQUES, 2006, p.217-218; NORONHA, 2007, p.75; FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p.39-42), compreendido pela obrigação principal acrescida dos deveres anexos da boa-fé objetiva, os quais devem ser observados pelas partes, alterando-se, o vínculo obrigacional estático outrora existente, restrito ao campo da prestação.

Assim, o contrato não envolve, tão somente, a obrigação de prestar, mas, também, uma *obrigação de conduta* (MARQUES, 2006, p.218) dos contratantes visando a garantir o adimplemento da obrigação.

Trata-se da função mais importante do princípio da boa-fé objetiva, pois os referidos deveres que se originam deste passam, obrigatoriamente, a integrar qualquer relação obrigacional, como obrigação secundária, para que essa seja equilibrada, e permita não frustrar a confiança mútua e a legítima expectativa dos contratantes.

[...] a boa-fé também impõe certos deveres aos contratantes, chamados secundários, laterais ou acessórios, porque, estando em segundo plano com relação à obrigação principal (o cumprimento do objeto do contrato), surgem durante todo o processo de contratação (negociação, conclusão e execução), podendo até mesmo subsistir além desta, em momento pós-contratual [...]. (BIERWAGEN, 2007, p. 83).²⁶

Portanto, o Direito Obrigacional, e em especial os contratos, irão nortear-se pela autonomia privada acrescida pelos deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, no intuito de garantir o efetivo adimplemento contratual.

4.6- OS DEVERES ANEXOS DE CONDUTA

A partir do princípio da boa-fé objetiva exsurtem os chamados deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais, colaterais, dentre outros), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interes-

ses envolvidos no contrato.

Estes deveres de conduta que acompanham as relações contratuais vão ser denominados de deveres anexos (Nebenpflichten), deveres que nasceram da observação da jurisprudência alemã ao visualizar que o contrato, por ser fonte imanente de conflitos de interesses, deveria ser guiado e, mais ainda, guiar a atuação dos contraentes conforme o princípio da boa-fé nas relações. (MARQUES, 2006, p.219, grifos no original).

Destarte, além do dever da prestação (obrigação principal) surgem, também, outros deveres de conduta durante a relação jurídica (obrigação secundária), os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de quebra, de ofensa a boa-fé objetiva. (COUTO E SILVA, 1976, p.29-30; LÔBO, 2005, p.76; MARTINS-COSTA, 2002, p.634; MARQUES, 2006, p.220; NEGREIROS, 2006, p.150).

[...] o conteúdo do contrato amplia-se, por força da boa-fé, para além das obrigações estritamente contratuais. Ao lado das obrigações que não existiriam fora do contrato, a boa-fé passou a incluir no contexto contratual o dever geral de não causar dano, em todas as suas múltiplas especificações. Este campo de atuação dos deveres instrumentais. (NEGREIROS, 2006, p.155-156).

Os deveres anexos podem ser compreendidos como deveres positivos e negativos, os quais através da sua inserção na relação jurídica, relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres de comportamento, os quais nortearão a conduta dos contratantes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. (MELLO, 2001, p.316).

Devido à importância concretizada pelos deveres anexos de conduta nas relações jurídicas obrigacionais, a doutrina firmou entendimento no sentido de que, quando se descumpre os deveres anexos de conduta, surge a chamada *violação positiva do contrato ou adimplemento ruim* (CORDEIRO, 2007, p.594-602; NALIN, 2006, p.226; GARCIA, 2008, p.45 e 192; MARQUES, 2006, p.220; SILVA, 2002, p.82-105), pois a obrigação principal é cumprida, porém, tem-se o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).²⁷

Portanto, não basta que as partes cumpram apenas a obrigação principal. Os contratantes devem cooperar entre si, agir com lealdade, para que o negócio jurídico obtenha êxito, ou seja, "co-

laborar durante a execução do contrato, conforme o paradigma da boa-fé objetiva" (MARQUES, 2006, p.233), através do respeito aos deveres anexos, visando ao correto adimplemento da obrigação.

Da consagração da boa-fé objetiva nas relações contratuais decorrem principalmente os deveres de informação, de colaboração e cuidado, somatória que realiza a inofismável verdade de que, em sede contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma: lida-se com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a fidelidade, a honestidade, a lealdade, o zelo e a colaboração. Enfim, está presente, também na ambiência contratual, o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade que são, por assim dizer, as marcas ou marcos deste direito que, perpassando os séculos, se apresenta modificado aos primórdios do milênio novo. (HIRONAKA, 2003, p.113).

Desta forma, é imprescindível que as partes atuem nas relações jurídicas obrigacionais firmadas, com observância aos deveres anexos de conduta, os quais impõem para além da obrigação jurídica principal, deveres fiduciários (obrigação complexa), os quais objetivam resguardar a legítima expectativa e a confiança mútua existente entre as partes.

Por fim, assevera-se que a boa-fé objetiva materializa-se através dos deveres anexos de proteção (ou cuidado), cooperação (ou lealdade) e de informação (ou esclarecimento)²⁸, dentre outros, pois, sua enumeração não pode ser considerada taxativa.²⁹

4.7- O corolário da boa-fé objetiva: transparência

O princípio da transparência (artigo 4º *caput* do Código de Defesa do Consumidor) é um dos princípios norteadores dos contratos de consumo. Preconiza a maneira como a informação deve ser prestada ao consumidor durante a contratação, a qual deve ser clara, ostensiva, precisa e correta, visando a sanar quaisquer dúvidas no ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre os contratantes.

É um dos instrumentos, ao lado do dever anexo de informação, aptos a proteger a liberdade de escolha do consumidor, com vistas à consagração da boa-fé objetiva e justiça contratual na relação jurídica contratual.

Alguns doutrinadores entendem que a transparência advém do princípio da boa-fé objetiva, ou mesmo que se trata de um reflexo ou sub-princípio (RIBEIRO, 2003, p.146; SCHIER, 2006, p.49; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p.57; THEODORO JÚNIOR,

2008, p.25-26; NALIN, 2006, p.146 e 150; CAVALIERI FILHO, 2008, p.34-36), que em consonância com o dever de informação, possui o intuito de *qualificar a informação prestada*. Nesse sentido, a transparência é entendida como verdadeiro corolário da boa-fé objetiva, possuindo papel fundamental nas relações jurídicas contratuais (GARCIA, 2007, p.30).

A transparência impõe a efetiva qualificação da informação sobre aspectos relevantes da avença, ligados, principalmente, a *estipulação do conteúdo contratual*, sob pena de haver violação do referido princípio, e em consequência, descumprimento da boa-fé objetiva.

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.

[...] transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis por que institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. (MARQUES, 2006, p.715).³⁰

Isto porque, a transparência afeta a essência do contrato, pois a informação fornecida integra o conteúdo contratual, de modo a concretizar o reequilíbrio obrigacional do contrato, com vistas à consecução da igualdade material. Joaquim de Sousa Ribeiro assevera a importância da transparência como instrumento de tutela das relações contratuais, in verbis:

Exigir transparência nas relações de mercado e nos contratos que as canalizam é exigir que o conhecimento do objecto e das condições da oferta seja facilmente acessível aos interessados. Aos sujeitos que procuram bens ou serviços deve ser garantida a possibilidade de compreensão cabal das características da prestação a que ganharão direito, do montante exacto das contrapartidas a seu cargo e dos termos de execução do contrato, sem que para isso tenham que desenvolver especiais esforços ou recorrer a apoio técnico especializado.

[...] Nesta dimensão, a transparência tem fundamentalmente a ver com a quantidade e qualidade da informação que aquele contraente tem que fornecer a este [...]. (RIBEIRO, 2003, p.136-137).

Entretanto, em inúmeros contratos de consumo, verificam-se cláusulas contratuais que impedem a compreensão adequada do consumidor em relação aos termos do contrato, por não prestarem informações suficientes e adequadas, ou mesmo por não serem transparentes, trazendo inúmeros prejuízos ao mesmo.³¹

Nesse contexto, o sentido adequado à transparência seria de qualificar a autonomia privada, através da efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pelo fornecimento de informações adequadas e necessárias (transparentes) a realização da avença, as quais devem ser fornecidas desde o momento da formação do contrato.

O princípio da transparência em consonância com o dever de informação, impõe ao fornecedor a obrigação de prover informação efetiva, descrição rigorosa e ostensiva do serviço prestado ao consumidor, sobretudo, naqueles casos em que, pela natureza da prestação ou pelo modo de contratar, encontra-se ínsita a presença do risco na relação contratual, ao qual é acrescida ainda a falta de informação ou mesmo o desconhecimento do contratante sobre aspectos relevantes acerca da contratação. (SILVA, 2009, p. 422).³²

Assim, o princípio da transparência e o dever de informação, recaem sobre todas as cláusulas contratuais, as quais elencam direitos e deveres das partes, e permitem deste modo, o exercício da autonomia privada, conforme os preceitos erigidos pela boa-fé objetiva.

Portanto, a boa-fé objetiva, como manifestação da tutela da confiança, é concretizada através da transparência nas relações negociais, vinculando a parte que possui vantagens informativas, através da imposição do dever jurídico de informação clara, precisa e ostensiva de todo o conteúdo contratual, sem subterfúgios ou possibilidades de interpretações dúbias, no intuito de impedir que se frustrem as expectativas legítimas da contraparte, evidentemente, vulnerável, no tocante às informações relativas ao teor das cláusulas contratuais da avença.

4.8- A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002

Em face dos novos contornos alicerçados pela boa-fé objetiva no Direito Privado, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), faz-se necessário, empreender-se esforço hermenêutico, para determinar com precisão o conteúdo da referida cláusula geral nas relações jurídicas paritárias (abrangidas pelo Código Civil) e não-paritárias (abrangidas pelo Código

de Defesa do Consumidor), no sentido de se garantir a aplicabilidade consentânea do princípio, conforme estatuído em seu conceito dogmático.

A boa-fé, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor (1990), era utilizada no ordenamento jurídico brasileiro, apenas em sua acepção subjetivista, denotando o estado psicológico, a íntima convicção do agente, ou seja, a intenção do sujeito da relação jurídica. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.217). Era a linha de intelecção do Código Civil de 1916.

Contudo, com o processo de industrialização, a influência do liberalismo econômico, a massificação dos contratos e o surgimento dos contratos de adesão, e por consequência, pelo desequilíbrio contratual gerado nas contratações (FIUZA, 2006, p.406), o Estado vê-se forçado a intervir nas relações privadas para prover maior segurança aos contratantes e equilíbrio aos contratos, por meio de um efetivo papel intervencionista na consecução das finalidades sociais, no sentido de minimizar as desigualdades sociais e econômicas impostas pelo Estado Liberal. (LIMA, 2003, p.51).

Nesse contexto, exsurge o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), aplicável às relações jurídicas de consumo, no intuito coibir abusos, resguardar os consumidores (presumivelmente vulneráveis) e promover o reequilíbrio nas relações contratuais de consumo.

Destarte, a moderna previsão legal da boa-fé objetiva, fundada no § 242 do BGB e no artigo 1.375 do Código Civil Italiano, é inaugurada no Direito Brasileiro, através do artigo 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, como um dos princípios retores da Política Nacional das Relações de Consumo esculpida no artigo 4º CDC. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.218-219).

A inserção da boa-fé objetiva nas relações de consumo trouxe novo impulso à jurisprudência pátria, que passou a utilizá-la como instrumento de proteção ao consumidor e de reequilíbrio das relações jurídicas não-paritárias.

Nessa esteira, a aplicação da boa-fé objetiva pelos tribunais pátrios passou a nortear-se por finalidade e funções que tecnicamente não lhe eram próprios, mas, sim, da legislação consumerista, afastando-se dos preceitos fundantes do conceito de boa-fé objetiva. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.220; GAMA, 2008, p.102). Isto porque, em sua gênese no Direito Germânico, não se tratava de um preceito protetivo, "mas de uma sujeição de ambas as partes contratuais, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais." (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.220).

Porém, com o advento do Código Civil de 2002, nova aplicabilidade da cláusula geral da boa-fé objetiva foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de regular as relações jurídicas paritárias, independentemente, da vulnerabilidade de

uma das partes, pois, indubitavelmente, não havia desequilíbrio contratual a ser sanado.

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente esse caráter protetivo. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.

[...] não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta. Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente ética da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.221-222).

Nesse sentido, a boa-fé objetiva preconizada no artigo 422 do Código Civil ganha contornos distintos da que, aprioristicamente, foi consagrada na jurisprudência brasileira anterior ao Código Civil de 2002, qual seja: proteção dos consumidores, devido à desigualdade das partes contratantes, visando ao reequilíbrio contratual.

Destarte, nas relações jurídicas paritárias reguladas pelo Código Civil, a boa-fé objetiva visa não a proteger uma das partes, mas, a exigir de ambas as partes, uma atuação honesta e leal, conforme os valores e preceitos consagrados pelo ordenamento civil-constitucional, impondo funções e deveres de conduta, decorrentes da própria natureza do vínculo assumido, que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio jurídico celebrado. (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.225-226 e 228).

Deste modo, há nítido campo de atuação distinto da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de

2002, evidenciando-se que, o ordenamento jurídico objetiva com o princípio supra “assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com o contrato” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.226), sendo necessário para tanto, que o intérprete, através da hermenêutica, preencha o conteúdo da referida cláusula geral, seja nas relações paritárias ou não-paritárias, no intuito de se determinar os contornos dogmáticos do princípio da boa-fé objetiva, notadamente, suas funções, deveres anexos e limites, viabilizando assim sua aplicação diante do caso concreto.

5- CONCLUSÃO

A releitura do Direito Contratual é imprescindível dentro do contexto contemporâneo das relações jurídicas contratuais, profundamente alteradas pela inserção de princípios constitucionais aos conflitos de Direito Privado, surgimento da nova teoria contratual e advento da legislação consumerista.

Nesse contexto, o princípio da boa-fé objetiva apresenta-se como elemento essencial na reinterpretação do Direito Contratual, a partir da perspectiva civil-constitucional.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil ensejou a funcionalização e a repersonalização das relações jurídicas patrimoniais, as quais passaram a adequar-se à nova ordem jurídica constitucional, fundada em valores extrapatrimoniais, destacando-se a dignidade da pessoa humana, visando à promoção do bem comum e o interesse coletivo.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, as relações contratuais tomam novo impulso, com a consolidação da principiologia contratual contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva, que passa a relativizar a autonomia privada, apresentando novos contornos à liberdade contratual, no tocante ao estabelecimento do conteúdo do contrato. Inaugura-se, assim, um novo cenário hermenêutico a ser delineado, na aplicação do Direito Contratual.

A boa-fé objetiva destaca-se como mecanismo norteador da conduta dos contratantes, especialmente, no momento de celebração do contrato, tendo o dever de informação e o princípio da transparência, relevante aplicação no tocante à apresentação de todas as informações, efetivamente, necessárias para a conclusão da avença.

Nessa esteira, as funções e os deveres anexos da boa-fé objetiva, delimitam os limites do conteúdo da referida cláusula geral, a qual deve repercutir de modo distinto nas relações jurídicas paritárias e não-paritárias, em razão de seu campo de apli-

cação ser diferente, tendo por fundamento os valores e princípios consagrados pelo ordenamento civil-constitucional e, sobretudo, direcionando-se pela necessária observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental a ser realizado pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano. *Revista Jurídica (UFRJ)*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 33-46, jan./jun. 1995.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº167 do Conselho da Justiça Federal*. Enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: introdução doutrina geral negócio jurídico*. 3. ed. aum. e rev. Coimbra: Almedina, 2005. v.1, t.1.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n.324, p.16-19, out. 2004.

- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre, v.18, p.8-32, dez./jan. 2008.
- FIUZA, César. Crise e Interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.23-59.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FIUZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.253-265.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. rev. atual. ref. São Paulo: Saraiva, 2006. v.4, t.1.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 4.ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no Século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.93-114.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p.41-80.
- JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LEWICKI, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.55-75.
- LIMA, Taísa Maria Macena de. O contrato no Código Civil de 2002: função social e principiologia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho - 3ª região*. Belo Horizonte, n.67, p. 51-63, jan./jun. 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.197-217.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo de fontes. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.11-82.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.611-661.
- MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.163-186.
- MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a. p.307-324.
- MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *O abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.
- MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.176-225.

- MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.187-241.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A comunidade principiológica aberta no direito privado: um estudo a partir da proposta de Ronald Dworkin em "O Império do Direito". In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.1-36.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações, introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a.
- NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b. p.17-54.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Anotado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v.1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil*. 12. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.3.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Imperativo de transparência no direito europeu dos contratos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.131-157.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. *Direito dos contratos: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Michael César. A doença preexistente no contrato de seguro de vida: o princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.403-450.
- TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2.ed. São Paulo: Método, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.115-130.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.1-22.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.4, p.52-90, 1992.

33

(Endnotes)

- 1 Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Membro da Associação Mineira de Direito & Economia (AMDE). Advogado. E-mail: michael@adv.oabmg.org.br
- 2 Especialista em Direito Privado pela Universidade Candido Mendes (UCAM). E-mail: vsantiago@gmail.com
- 3 Roberto Henrique Pôrto Nogueira explicita que "Direito Civil Constitucional, constitucionalização do Direito Civil, ou, ainda, civilização do Direito

Constitucional, são todas terminologias que denotam o mesmo fenômeno: o de rompimento das fronteiras jurídicas clássicas entre o interesse público e o interesse privado.” (NOGUEIRA, 2009, p.12).

4 Nessa linha de inteligência ver: TEPEDINO (2003, p.118-119); BIERWAGEN (2007, p.50-51); LÔBO (2005, p.3 e 7); LÔBO (2003, p.205-206); NALIN (2006, p.89); GAMA (2008, p.66 e 68).

5 Luiz Edson Fachin preconiza que o Código Civil “deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, reconstitucionalizando o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo.” (FACHIN, 2004, p.18). Nesse sentido ver: NALIN (2006, p.40-41e 87); MATTIETTO (p.168-169); FIUZA (2003, p.31-33); HIRONAKA (2003, p.102-103); LÔBO (2003, p.197-199).

6 Paulo Luiz Netto Lôbo explicita que “A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.” (LÔBO, 2003, p.216).

7 Enzo Roppo define o Direito Contratual como sendo “[...] conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico [o contrato], e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizado a determinados interesses – ao complexo das operações econômicas efectivamente levadas a cabo.” (ROPPO, 1988, p.11).

8 § 242 BGB: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.” (CORDEIRO, 2007, p.325).

9 §157 BGB: “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.” (CORDEIRO, 2007, p.325).

10 Para maiores informações acerca da boa-fé e sua evolução histórica remete-se ao estudo de: CORDEIRO (2007, p.53-403); CORDEIRO (2005, p.399-418); MARTINS-COSTA (2000, p.94-168); NEGREIROS (1998, p.25-82); NEGREIROS (2006, p.115-156); AMARAL (1995, p.33-46); ROSENVALD (2005, p.75-79); LEWICKI (2001, p.57-63); NOVAIS (2001a, p.74-80).

11 Art.4º, III CDC - Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

12 Art. 51, IV CDC: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

13 Artigo 113 CC/02: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

14 Artigo 187 CC/02: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

15 Artigo 422 CC/02: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

16 Trata-se da interligação sistemática existente entre o Código de Defesa do Consumidor e outros diplomas legais, especialmente, o Código Civil de 2002, que busca possibilitar maiores benefícios e mecanismos de defesa para o consumidor. Para maiores informações acerca do diálogo de fontes ver: MARQUES (2006, p.663-701); MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM (2006, p.26-58); MARQUES (2005, p.11-82); BENJAMIN; MARQUES; BISSA (2007, p.87-98); MIRAGEM (2007, p.179-180); TARTUCE (2007, p.85-89); BRAGA NETTO, 2008, p.40-41.

17 Em relação ao diálogo de fontes, o Enunciado nº167 do CJF (Conselho da Justiça Federal), dispôs que “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007).

18 As cláusulas gerais apresentam-se como cláusulas de conteúdo vago, impreciso, propositalmente aberto, para que o magistrado, em seu trabalho de cognição relativo à aplicação das normas e princípios inerentes ao caso concreto submetido a sua apreciação, possa concretizar as referidas cláusulas. Estas possuem caráter genérico e abstrato, dirigidas precipuamente ao intérprete, que deverá, perante o caso concreto, preencher o conteúdo material da norma, através de interpretação construtiva, a fim de apresentar a solução mais adequada ao caso. Para maiores informações acerca das cláusulas gerais ver: MARTINS-COSTA (2000, p.303e341); THEODORO JÚNIOR (2004, p.123-125); JORGE JÚNIOR (2004, p.21-24); AMARAL (2006, p.72).

19 Nessa mesma linha de inteligência ver: MARTINS-COSTA (2002, p.612); MARQUES (2006, p.216).

20 Trata-se da chamada boa-fé crença, que se exterioriza através de um estado de ignorância, de crença errônea acerca de certas situações. (SCHIER, 2006, p.38; NORONHA, 2007, p.82).

21 Nesse sentido ver: NORONHA (1994, p.152); NORONHA (2007, p.446-447); NOVAIS (2001b, p.22-23); NEGREIROS (2006, p.122-123); THEODORO JÚNIOR (2008, p.25-26).

22 Trata-se do entendimento do prof. Clóvis do Couto e Silva acerca da compreensão (concepção) da obrigação como processo. Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p.217-218); MARTINS-COSTA (2000, p.382-409);

NORONHA (2007, p.75); FARIAS; ROSENVALD (2007b, p.39-42).

23 Nesse sentido ver: MELLO (2001a, p.316); COUTO E SILVA (1976, p.131); NORONHA (2007, p.80).

24 Destaca-se que “[...] as referidas funções objetivam permear a aplicação da boa-fé objetiva, por todo o Direito Obrigacional, na busca do adimplemento contratual, e da limitação do exercício do Direito Subjetivo, permitindo, assim, o equilíbrio contratual almejado pelo ordenamento jurídico.” (SILVA, 2009, p.414).

25 Nesse mesmo sentido ver: FARIAS; ROSENVALD (2008, p.15-17); MARQUES (2006, p.212); AMARAL (2006, p.415); TARTUCE (2007, p.145); SETTE (2003, p.127-128); HIRONAKA; TARTUCE (2007, p.56).

26 Nesse sentido ver: MARTINS-COSTA (2000, p.437-438); COUTO E SILVA (1976, p.113);

27 Nesse sentido, Flávio Tartuce expõe que “[...] Segundo o Enunciado n.

24 do Conselho da Justiça Federal, da I Jornada de Direito Civil, a quebra desses deveres anexos é modalidade de inadimplemento obrigacional, cuja responsabilidade independe de culpa. Para alguns autores, essa quebra da boa-fé objetiva conduziria a uma terceira modalidade de inadimplemento, ao lado da mora e do inadimplemento absoluto, denominada “violação positiva do contrato.” (TARTUCE, 2007, p.200 e 213, grifos no original).

28 O dever de informação (ou de informar) impõe aos contratantes, o dever precípuo de informação acerca de todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato, para que as partes possam, livremente, exercitar sua autonomia privada. Tem-se como o mais importante dos deveres anexos da boa-fé objetiva, pois, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos, relacionados ao conteúdo contratual, que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária. Destaca-se, ainda, que, o dever de informação é extremamente valorado na sociedade contemporânea, em decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva, sendo entendido como obrigação secundária ao contrato e importante mecanismo de reequilíbrio contratual nas relações de consumo. (ROSENVALD, 2005, p.109; MARQUES, 2006, p.772).

29 Para maiores estudos acerca dos deveres anexos da boa-fé objetiva ver: CORDEIRO (2007, p.586-631); MARTINS-COSTA (2000, p.437-454); FARIAS;ROSENVALD (2007b, p.43-46); NORONHA (2007,p.77-87); TEPEDINO; SCHREIBER (2005, p.222-224).

30 Nesse sentido ver: TOMASETTI JUNIOR (1992, p.53); FABIAN (2002, p.68-70); SCHIER (2006, p.50).

31 Nesse sentido, Joaquim de Sousa Ribeiro explicita que “[...] o consumidor tem direito a decidir com pleno conhecimento de causa, devendo ser-lhe facultada a oportunidade de avaliar, com toda exactidão, aquilo que adquire e aquilo que paga. São contrárias à boa-fé e abusivas, por intransparentes, as indicações obscuras, através de fórmulas excessiva-

mente complicadas, mas também as cláusulas enganadoras, restritivas ou modificativas, de forma dissimulada, do que resulta de outras disposições ou de comunicações publicitárias para as quais a sua atenção é solicitada.” (RIBEIRO, 2003, p.146).

32 Paulo Nalin assevera que no tocante ao princípio da transparência “seu maior impacto na relação contratual está na necessidade de que uma informação contratual de qualidade seja oferecida ao contratante vulnerável, pois somente a partir dela é que também pode ser emitida uma vontade qualificada.” (NALIN, 2006, p.147).

A AÇÃO PENAL NO CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO E O RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 4424

Ana Carolina Campos Oliveira¹

Fernando Gonçalves Coelho Júnior²

Ronaldo Passos Braga³

Valéria Edith Carvalho de Oliveira⁴

RESUMO: O artigo propõe um estudo sobre os crimes de lesão corporal leve cometidos no âmbito doméstico e familiar, sob a incidência da Lei 11.340 de 2006, baseada no caso da biofarmacêutica Maria da Penha. Com ênfase nas condições de procedibilidade, processamento e renúncia nesses delitos, à luz do Código de Processo Penal e Legislação específica.

PALAVRAS CHAVE: Lei Maria da Penha. ADI 4424. Ação penal.

ÁREAS: Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Processual Penal e Legislação Especial.

1 – INTRODUÇÃO – A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

A agressão doméstica é um assunto que provoca desconforto entre homens e mulheres, não apenas pelo preconceito, como também pelo desconhecimento e influência cultural ultrapassada. Este é um problema que satura a seara privada e invade a esfera pública, precisando de soluções urgentes e improrrogáveis. Muitas eram as dúvidas e mudanças esperadas pelo Governo Brasileiro, no entanto, a primeira delas foi a condição para o desenvolvimento das demais, o reconhecimento desse mal social e a intenção de combatê-lo.

O primeiro passo escolhido para combater esse tipo de violência foi ratificar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against women) de 1º de fevereiro de 1984, com reservas a alguns dispositivos. Depois, em 1994, tendo em vista o reconhecimento, pela Constituição Federal brasileira de 1988, da igualdade entre homens e mulheres, em particular na relação conjugal, o governo brasileiro retirou as reservas, ratificando plenamente todo o texto da convenção. (CARVALHO:2011)

Esta convenção apontou os problemas gerados pelas desigualdades entre homens e mulheres, e a necessidade de amenizar os resultados. É preciso entender que a participação da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, para o bem-estar do mundo e para a causa da

paz. E, em apelo maior, o reconhecimento de que a discriminação contra a mulher viola os princípios de igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviços ao seu país e à humanidade.

O segundo passo adotado pelo Brasil nessa direção foi a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – mais conhecida como “Convenção de Belém do Pará”. Essa mesma convenção foi adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 6 de junho de 1994, e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. O tratado complementa a CEDAW (Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) e reconhece que a violência constitui uma violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, de forma a limitar total ou parcialmente o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades. (CARVALHO: 2011).

2- VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Entretanto, todas as iniciativas tomadas não afastaram a problemática da violência doméstica praticada contra a mulher cuja origem em tempos remotos é saudada por uma cultura en-

raizada pela dominação masculina. A partir dessa ótica, é possível detectar resultados que repercutem no meio social e privado de ambos os sexos com a finalidade de impor papéis sociais diferenciados e embasados pela cultura machista pregada através da submissão da mulher ao homem. Por isso, a represália ao ato rudimentar não significa uma tarefa simples de ser solucionada.

A sedimentação do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III estremeceu as bases do direito civil, mais especificamente no ramo do direito de família, uma vez que neste âmbito o indivíduo obtém plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes dessa sub-sociedade (família) deixa de representar a conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, carinho, amor e a ajuda mútua. Além do artigo mencionado, o diploma jurídico também otimizou o combate à violência doméstica em seu artigo 226, parágrafo 8º, pois o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Assim, a violência familiar cria um *status* constitucional.

Desta feita, o respeito à mulher é manifestado nas garantias de igualdade material, liberdade, integridade e solidariedade, todas consagradas e asseguradas na Constituição Federal e no Código Civil, harmônicos com a ideia de justiça distributiva e dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição da República Federativa Brasil no seu art. 1º, III (CAVALCANTI: 2011).

3- CASO Nº 12.051/OEA : MARIA DA PENHA

Em 29 de maio de 1983, a biofarmacêutica Maria da Penha foi vítima de violência doméstica praticada por seu ex-marido, que a agrediu durante o sono, e na oportunidade dissimulou a ação como se tivesse corrido uma tentativa de roubo. A agressão, na verdade, foi uma tentativa de homicídio que deixou sequelas permanentes: paraplegia nos membros inferiores. Duas semanas depois de regressar do hospital, ainda durante o período de recuperação, Maria da Penha sofreu o segundo atentado contra a sua vida: sabendo de suas condições, seu ex-marido tentou eletrocutá-la durante o banho.

Entre a prática dessa dupla tentativa de homicídio e a prisão em definitivo do criminoso transcorreram nada mais nada menos que 19 anos e seis meses, graças aos procedimentos legais e instrumentos processuais brasileiros vigentes à época, que colaboraram demasiadamente pela morosidade da justiça em condená-lo.

Em razão desse vergonhoso fato, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima

- Maria da Penha - formalizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA - órgão internacional responsável pelo arquivamento de comunicações decorrentes de violação desses acordos internacionais.

Diante da displicência brasileira perante a morosidade procedimental com relação aos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Comissão da OEA publicou o relatório de número 54 em 2001, concluindo que o Estado brasileiro é responsável pela sua omissão no trato da violência doméstica e familiar praticado contra a mulher e é premido a adotar ações no combate a essa forma de ofensa à dignidade humana.

Nasce, dessa forma, o primeiro Projeto de Lei 4.559/2004, que teve, em sua elaboração, participação de organizações não-governamentais de combate à violência doméstica. Após alguns debates em audiências públicas, o projeto, inclusive no Senado Nacional, sofreu algumas alterações e foi sancionado pelo Presidente da República em 7 de agosto de 2006 resultando na Lei 11.340 que está em vigor desde 22 de setembro de 2006 em virtude da *vacatio legis* de 45 dias prevista no artigo 46 no corpo de seu texto.

Muito se questiona sobre a constitucionalidade desta lei, arguindo-se a possível ofensa ao artigo 5º, *caput* e inciso I e artigo 226, parágrafo 5º, ambos da Carta Magna que versam a respeito da inviolabilidade do direito à igualdade entre homens e mulheres. Os que defendem a inconstitucionalidade da Lei afirmam que a elaboração do instituto defende e beneficia exclusivamente a mulher em desfavor do homem e, por isso, afronta o princípio da igualdade, sendo esta uma norma supraconstitucional a qual todas as outras devem obediência, servindo como garantidor contra injustiças e para tolher favoritismos.

Entretanto, alinhado com o posicionamento majoritário, que aduz ser constitucional a discriminação de gênero resguardada pela Lei 11.340/06, que na verdade protege a discriminação positiva, pois estão sendo tratados desigualmente homens e mulheres, tendo em vista que a mulher fragilizada pela violência necessita ser protegida para alcançar o *status* de igualdade. Registre-se, a possibilidade do homem também poder sofrer violência doméstica, além de configurar uma situação isolada, já possui resguardada na legislação em vigor de forma a respeitar a analogia. A Lei vem na exata medida de efetivar o princípio da igualdade. Sendo assim, afastando todas as prováveis ofensas aos princípios mencionados, a relativa Lei tem o condão de ser instrumento pacificador e de transformação social (ALVES: 2011).

4 - HIPÓTESES DE APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a Lei

Maria da Penha estende sua aplicação a toda violência praticada em razão de relação amorosa, abrangendo assim namoro, noivado, casamento e união estável. Realça-se aqui, que no caso de simples namoro, mesmo não havendo coabitação há entendimento pela aplicação da referida Lei, funcionando como paradigma no caso concreto a existência de nexos causal entre a conduta criminosa e a relação de intimidade entre os envolvidos.

CC 96532 / MG. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO DE NAMORO. DECISÃO DA 3ª SEÇÃO DO STJ. AFETO E CONVIVÊNCIA INDEPENDENTE DE COABITAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEINº 11.340/2006. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL. 1. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação. 2. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica. 3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os conflitos nºs. 91980 e 94447, não se posicionou no sentido de que o namoro não foi alcançado pela Lei Maria da Penha, ela decidiu, por maioria, que naqueles casos concretos, a agressão não decorria do namoro. 4. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, devendo ser aplicada aos casos em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Conselheiro Lafaiete -MG. (STJ. 3ª Seção. Rel. Min. Convocada Desembargadora Jane Silva do TJMG. 19/12/2008).

5- A INEFICÁCIA DA LEI 9.099/95 NO COMBATE AOS CRIMES DE VIOLÊNCIA (DOMÉSTICA/FAMILIAR) CONTRA A MULHER.

O procedimento aplicado aos Juizados Especiais previstos na Lei 9.099/95 revelou-se extremamente incapaz de atuar nos casos de violência previstos nas Lei 11.340/06, haja vista que torna banal o crime praticado contra a mulher que se origina na forma branda da resposta penal proposta pelos Juizados.

Esta banalização da resposta penal é decorrente dos institutos despenalizadores contidos na Lei 9.099/95, uma vez que esta lida com delitos de menor potencial ofensivo e são resolvidos com o pagamento de cestas básicas a entidades beneficentes cadastradas nos Juizados e também através de penas restritivas de direitos, dentre outras penas alternativas.

Os institutos despenalizadores significam um grande avanço para o direito penal, mas na esfera da violência doméstica não há como presenciar um grande progresso, pois os Juizados Especiais Criminais foram criados com a finalidade de desafogar o judiciário e evitar a estigmatização do sistema penal, entretanto, não atendem ao efetivo amparo às vítimas de crimes praticados em situação de violência doméstica ou familiar.

A exemplificação deste aspecto está na prisão preventiva e assim, a impossibilidade da prática descrita no artigo 313 do Código de Processo Penal, antes da alteração sugerida pela Lei 11.340/06 que deixava à mulher a absoluta situação de abandono e descaso, levando a descrédito a Justiça Brasileira.

Assim, há de encontrar a incapacidade de oferecer à mulher a proteção necessária, ou pela inviabilidade na prisão cautelar do agressor no caso de crimes de menor potencial ofensivo ou pela ausência de normas específicas de proteção à vítima. Registre-se, somente haveria a possibilidade da medida cautelar pessoal no referente aos crimes de menor potencial ofensivo se o agressor recusasse a posteriormente comparecer a uma audiência de conciliação.

Além do mais, a inoperância da Lei 9.099/95 está no controle desses crimes, pois verifica-se o alto índice de desistências sob o prisma da "ausência de interesse da vítima" ou na retratação da representação ocorridas na audiência preliminar ou mesmo na audiência de instrução e julgamento. Essa conciliação que ocorre não é para apenas o ressarcimento dos danos, mas também para o arquivamento dos autos, e este arquivamento (ou desistência da vítima), em geral era induzido pelo magistrado ou conciliador, através da insistência feita à vítima de aceitar o compromisso (verbal e não expresso/judicial) do agressor em não reiterar a prática do ato violento, renunciando ao direito de representar.

As audiências eram realizadas mais no intuito de resolver o processo, mediante a "falta de interesse da vítima" em prosseguir do que com o fato de ser necessária a resolução do problema mediante as ações de prevenção e repressão. Ficando provada a inviabilidade, sob diversos aspectos, à aplicabilidade do sistema adotado pela Lei 9.099/95 em ser incapaz de punir o agressor e oferecer proteção à vítima.

6- AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.340/06

Iniciativa tomada pela Lei 10.455/02 no sentido de conferir

à mulher vítima de violência doméstica e familiar um amparo especial ao acrescentar na parte final do parágrafo único do artigo 69 da Lei 9.099/95, que a partir de então passou a vigorar com o seguinte texto: "Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.". No âmbito do direito material, a Lei 10.455/02 alterou o artigo 129 do Código Penal, ao acrescentar no parágrafo 9º o subtipo penal de lesão corporal decorrente da violência doméstica, na qual não ingressou o efetivo combate.

O nascimento da Lei 11.340/06 promulgada em 7 de agosto trouxe a oportunidade processual de tipificar o instrumento específico para o efetivo combate à violência em tela. E, com ela, finalmente a origem do mecanismo específico de amparo à vítima. Dentre todas as inovações, é possível explicitar as seguintes alterações no que tange à estruturação: a tipificação e definição da violência doméstica e familiar; o reconhecimento de ser a violência doméstica e familiar uma das formas de violação dos direitos humanos; a competência dos Juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher; impossibilidade de fixação de penas de cesta básica ou outras formas de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa pelo agressor; a necessidade de participação do Ministério Público nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica; não aplicabilidade da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher independentemente da pena prevista; estabelecimento de medidas de assistência e proteção a essas mulheres vítimas da violência; desenvolvimento de políticas públicas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares resguardando-as de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dessa forma, com a nova Lei, efetivamente, o poder familiar passa a contar com um instrumento apto a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, inaugurando uma nova fase na história das instituições públicas e sociais, na medida em que condensa um conjunto de regras penais e extrapenais com o fim de diminuir a impunidade e, principalmente, proteger a entidade familiar.

7-DA AÇÃO PENAL

No sistema processual penal pátrio, a ação penal pode ter caráter público ou privado, sendo que a primeira pode ser condicionada ou incondicionada à representação e a segunda pode ser exclusivamente privada ou privada subsidiária da pública. Essa subdivisão deriva objetivamente do sujeito que possui a titulari-

dade da ação penal.

Em regra, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido, conforme descrito no artigo 100 *caput* do Código Penal e no seu parágrafo 1º descreve que a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. E, no mesmo sentido, está previsto no artigo 24 *caput* do Código de Processo Penal.

Assim, a regra é que a ação penal seja pública incondicionada, exigindo a lei, para que seja considerada privada ou pública condicionada à representação, com expressa previsão, ou seja, sempre estarão contidas nas normas complementares ao tipo penal incriminador. Na ação penal pública incondicionada prevalece o interesse do Estado, sendo de todo irrelevante a vontade do ofendido, necessitando apenas do mínimo de justa causa para o oferecimento da denúncia e assim a promoção da ação penal.

Nesse sentido, ensina Prado:

Sendo a ação penal pública incondicionada, estarão dispensados quaisquer requisitos para a sua promoção. O Ministério Público oferecerá a denúncia independentemente de representação da vítima ou de requisição do Ministério da Justiça. É irrelevante mesmo a vontade contrária do ofendido, ou de quem quer que seja (PRADO, 2006, p.750).

Na ação pública condicionada há exigência de uma condição de procedibilidade, seja pela representação do ofendido ou de seu representante, seja por requisição do Ministro da Justiça em determinados casos. Portanto, não há o que se falar em ação se não houver vontade da vítima, ou seja, contra a vontade da mesma, a ação não será levada à apreciação do Poder Judiciário. No entanto, uma vez implementada a condição de procedibilidade, torna-se *múnus*, atribuição do Ministério Público o processamento criminal, cabendo retratação da vítima somente até o oferecimento da exordial acusatória.

Assim esclarece Bitencourt:

Na ação penal pública condicionada há uma relação complexa de interesses do ofendido e do Estado. De um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado; de outro lado, o interesse público do Estado em puní-lo: assim, não se move sem a representação do ofendido, mas, iniciada a ação pública pela denúncia, prossegue até decisão final sob o comando do Ministério Público (BITENCOURT, 2007, p.335).

Por fim, na ação penal privada e em qualquer das suas su-

espécies, o Estado, titular do exclusivo direito de punir, transfere a legitimidade de propor a ação para o ofendido ou seu representante legal. Pois, fundamenta-se na preservação da intimidade da vítima, uma vez que o processo pode ser mais danoso do que a própria repreensão do agente.

7.1 - A AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE

Nos crimes de lesão corporal leve, tradicionalmente, o Direito Brasileiro previa que o delito deveria ser processado via ação penal pública incondicionada, à míngua de não haver previsão expressa em sentido contrário. Neste caso, no crime previsto pelo artigo 129 do Código Penal, em qualquer de suas modalidades, sujeitava-se à ação penal pública incondicionada, incubindo ao Ministério Público, titular da ação, em havendo justa causa, denunciar o agressor, independente da vontade da vítima.

Posteriormente, o artigo 88 da Lei 9.099/95, em suas disposições finais, prescreveu que "além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas". Dessa forma, a partir da vigência da Lei 9.099/95, que instituiu aos Juizados Especiais, os crimes de lesão corporal leve e lesão culposa passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação, inclusive na hipótese de violência doméstica haja vista inexistência, até então, de legislação específica.

A nova regra teve alcance aos crimes cometidos antes da sua vigência, tendo em vista a adoção do princípio da retroatividade penal benigna (artigo 5º, inciso XL Constituição Federal de 1988) no caso de norma processual penal mista e, juntamente com o artigo 91 da Lei de Juizados Especiais (9.099/95), passou ser requisito de validade a representação da vítima ou de seu representante dentro do prazo tido como decadencial de 30 dias para o prosseguimento da ação. Com a inovação deste Juizado, visando a previsão de rito especial, célere e informal, e a institucionalização do caráter despenalizador em face da figura da transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo, apropriou-se a ideia de intervenção mínima do direito penal e da justiça restaurativa promovendo alguns ajustes em prol da proporcionalidade, dificultando em parte o processamento desses crimes.

Com o advento da Lei 11.340/06 e o disposto em seu artigo 41, aos citados crimes, quando praticados no âmbito doméstico e familiar em face da mulher, independentemente da pena prevista, vedou-se a aplicação à Lei 9.099/95, restringindo todo o caráter despenalizador anteriormente mencionado, até porque, houve a ampliação da pena do citado crime que não mais insere-se na competência dos Juizados Especiais.

A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei

11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima (HABEAS CORPUS Nº 96.992 - DF (2007/0301158-9. Ministra Relatora Desembargadora convocada do TJ/MG Jane Silva).

E mais, a regra também contida o artigo 17 da Lei 11.34/06, veda por completo, no caso de violência doméstica, a aplicação de penas, com efeito meramente financeiros como cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa, uma solução decorrente do procedimento da Lei dos Juizados Especiais que era alvo de severas críticas, uma vez que a agressão sofrida pela mulher se tornava objeto de mercancia. Quanto a vedação na aplicação de penas com efeito meramente financeiros não há que se falar em inconstitucionalidade, mormente diante do inciso XLVI, artigo 5º da Constituição Federal que determina que caberá à Lei regular a individualização da pena, afastando por completo qualquer alegação de violação da constituição e do princípio da igualdade na hipótese.

Realça-se, que os crimes de lesão corporal culposa não estão abrangidos pela Lei 11.340/06, uma vez não presente o dolo do agente em praticar o ato, mas sim, a simples ocorrência de resultado não desejado, fruto de imprudência, negligência ou imperícia.

Registre-se ainda, que num primeiro momento a jurisprudência pátria enveredou-se pelo entendimento de que no caso de crime de lesões corporais leves decorrentes de violência doméstica a ação penal seria pública incondicionada.

8 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ALTERA O ENTENDIMENTO SOBRE A LEI 11.340/06 (JANEIRO DE 2011)

Conforme registrado infra, num primeiro momento, a jurisprudência pátria direcionou-se, em razão do colacionado no artigo 41 da Lei 11.340/06, no sentido da natureza pública incondicionada da ação referente ao crime de lesão corporal leve praticado no âmbito doméstico, no entanto, em 21/05/2010, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1097042 originário do Distrito Federal, firmou entendimento pela necessidade de a vítima representar assim manifestando: "é imprescindível a representação da vítima para propor ação penal nos casos de lesões corporais leves decorrentes de violência doméstica" (BRASIL, 2011).

REsp nº 1097042. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE

LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IR-RESIGNAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito do doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.

2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.

3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.

4. Recurso especial improvido (Brasil, 2011)

Juntamente com a Terceira, a Quinta e a Sexta Turmas, que juntas formam a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça excluem a interpretação de que a Lei 11.340/2006 a ação penal pública a respeito de violência doméstica tem natureza jurídica incondicionada, mormente em razão do disposto no artigo 16 da mencionada legislação que dispõe: nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Por fim, transcreve-se a citação da doutrina da jurista Maria Lúcia Karam e da Desembargadora Maria Berenice Dias, ambas utilizadas pelo do Ministro Jorge Mussi, a fundamentar seu voto no Recurso Especial supracitado.

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, o seu direito e o seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como coisa fosse, submetida à vontade dos agentes do Estado, que, inferiorizando-a e vitimando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar. E sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é, ou não, um agressor, ou que, pelo menos, não deseja que seja punido. Não há como pretender que se prossiga uma ação penal

depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com definição de alimentos, partilhas de bens e guarda de visita. A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos, envolvendo as questões de Direito de Família, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas por meio das quais as mulheres podem exercer o poder na relação com os companheiros.

9- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CARÁTER DE AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA DO CRIME DE LESÃO CORPORAL NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADI 4424

Em recente julgado, datado de 09/02/2012, por maioria de votos, vencido o ministro Cezar Peluso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424) ajuizada pela Procuradoria-Geral da República quanto aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

Por dez votos a um, a Corte acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, no sentido da possibilidade de o Ministério Público iniciar a ação penal sem necessidade de representação da vítima, na hipótese de violência doméstica.

A Ministra Rosa Weber afirmou que:

... exigir da mulher agredida uma representação para a abertura da ação atenta contra a própria dignidade da pessoa humana. Tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança (BRASIL, 2012).

O Ministro Luiz Fux assim manifestou:

... sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétrea (BRASIL, 2012).

A ministra Cármen Lúcia assim dispôs: "é dever do Estado adentrar ao recinto das "quatro paredes" quando na relação conjugal que se desenrola ali houver violência" (BRASIL, 2012).

O Ministro Gilmar Mendes manifestou a dificuldade em se saber a melhor forma de proteger a mulher no concernente à definição do caráter da ação, se pública incondicionada ou condicionada, mas concluir que "... como estamos aqui fixando uma interpretação que, eventualmente, declarando (a norma) constitucional, poderemos rever, diante inclusive de fatos, vou acompanhar o relator" (BRASIL, 2012).

Ministro Dias Toffoli acompanhou o relator

... o Estado é "partícipe" da promoção da dignidade da pessoa humana, independentemente de sexo, raça e opções, conforme prevê a Constituição Federal. Assim, fundamentando seu voto no artigo 226, parágrafo 8º, no qual se preceitua que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 2012).

O ministro Ricardo Lewandowski destacou o problema do fenômeno conhecido como "vício da vontade"

Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade, e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade (BRASIL, 2012).

O ministro Joaquim Barbosa, ressaltou a importância das discriminações positivas em prol de determinados setores: "quando o legislador, em benefício desses grupos, edita uma lei que acaba se revelando ineficiente, é dever do Supremo, levando em consideração dados sociais, rever as políticas no sentido da proteção".

Para o ministro Ayres Britto, "a proposta do relator no sentido de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida como condição de propositura da ação penal pública me parece rimar com a Constituição" (BRASIL, 2012).

Acompanhando o relator o ministro Celso de Mello consignou

... estamos interpretando a lei segundo a Constituição e, sob esse aspecto, o ministro-relator deixou claramente estabelecido o significado da exclusão

dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher do âmbito normativo da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), com todas as consequências, não apenas no plano processual, mas também no plano material (BRASIL, 2012).

Em voto isolado, o ministro Cezar Peluso divergiu do relator reafirmando a natureza jurídica de ação penal pública condicionada do crime de lesão corporal leve no âmbito doméstico:

... não posso supor que o legislador tenha sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Ele deve ter levado em consideração, com certeza, elementos trazidos por pessoas da área da sociologia e das relações humanas, inclusive por meio de audiências públicas, que apresentaram dados capazes de justificar essa concepção da ação penal (BRASIL, 2012).

Finalizou seu voto afirmou que é preciso respeitar o direito das mulheres que optam por não apresentar queixas contra seus companheiros quando sofrem algum tipo de agressão. "Isso significa o exercício do núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, que é a responsabilidade do ser humano pelo seu destino. O cidadão é o sujeito de sua história, é dele a capacidade de se decidir por um caminho, e isso me parece que transpareceu nessa norma agora contestada", salientou. O ministro citou como exemplo a circunstância em que a ação penal tenha se iniciado e o casal, depois de feitas as pazes, seja surpreendido por uma condenação penal.

10- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Clarividente, que a decisão do Supremo Tribunal Federal conferindo interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11340/2006 (Lei Maria da Penha) e estabelecendo que o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, processe-se mediante ação penal pública incondicionada, consolida a intenção do legislador quando da elaboração da Lei 11.340/06 de coibir a impunidade historicamente imbricada na cultura e na prática patriarcais do país.

Interpretação contrária representaria violação direta aos direitos fundamentais condicionantes da própria condição humana, mormente do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme precisa argumentação disposta pela Procuradoria Geral da República na ADI 4424 "Condicionar a ação penal à representação da

ofendida é perpetuar, por ausência de resposta penal adequada, o quadro de violência física contra a mulher e, com isso, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2012).

Nesse esteira também, a confirmação no mesmo julgado de que a Lei 9.099/95 e seus institutos despenalizadores não se aplicam, em nenhuma hipótese, aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha.

Por derradeiro, a erradicação de toda forma de violência na busca da concretização dos valores fundamentais é objetivo inerente a todo Estado Democrático e Social de Direito justificando o uso de ações afirmativas dando tratamento diferenciado à mulher em situação de violação de seus direitos humanos, sendo absolutamente legítima e louvável a intervenção do Estado em prol da nivelção das diferenças e promoção da igualdade material fática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fabrício da Mota. Lei Maria da Pena: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1133, 08 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8764>>. Acesso em: 19 mar. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 5.ed. São Paulo 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1097042*. Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. processo penal. Lei Maria da Penha. crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. São Paulo, 03 jan. de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802279706>>. Acesso em: 28 maio 2012.

BRASIL, 2012. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 28 mai. 2012.

CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. O âmbito de incidência da Lei nº 11.340/06 consoante a delimitação dada por seu art. 5º. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2046, 06 de fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12287>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *A violência doméstica como violação dos direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2467>> Acesso em 26 de fevereiro de 2011.

CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. O tipo de ação penal nos crimes de lesão

corporal leve praticados com violência doméstica e familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, 1718, 15 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11055>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. A violência doméstica na Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1140, 15 de ago de 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8959>>. Acesso em: MELLO, Adriana Ramos (org.). *Comentários à Lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

(ENDNOTES)

1. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.
2. Mestre em Direito Internacional. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.
3. Mestre em Direito. Professor no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.
4. Mestre em Direito Privado. Professora no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

AS COTAS RACIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rogério Medeiros Garcia de Lima¹

RESUMO: O presente artigo enfoca as "cotas raciais", adotadas para garantir o ingresso de alunos, pertencentes a etnias historicamente discriminadas, em universidades públicas. O sistema foi considerado compatível com a Constituição Federal por recente decisão do Supremo Tribunal Federal, mas o tema gerou acirrada polêmica na sociedade brasileira. Será aqui analisado à luz das denominadas "ações afirmativas".

PALAVRAS CHAVE: Cotas raciais. Universidades Públicas. Ações Afirmativas. Políticas Públicas. Princípio da Igualdade. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional.

I – INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema das chamadas "cotas raciais", sistema adotado para garantir o ingresso de alunos, pertencentes a etnias historicamente discriminadas, em universidades públicas.

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal considerou o referido sistema compatível com a Constituição Federal.

A questão é bastante polêmica na sociedade brasileira e será aqui tratada no contexto das "ações afirmativas".

II – AÇÕES AFIRMATIVAS

"Ações afirmativas" são o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam a favorecer grupos ou segmentos sociais encontrados em piores condições de competição no meio social, em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas (MENEZES, 2001:27).

Profundo conhecedor do tema, o ministro JOAQUIM BARBOSA, do Supremo Tribunal Federal, também define (GOMES, *O debate constitucional sobre as Ações Afirmativas*, 2004):

"Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou compulsório, concebidas com vistas à discriminação racial de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso aos bens fundamentais, como a educação e o emprego".

Os Estados Unidos deram grande contribuição para o desenvolvimento das ações afirmativas e muitos estudiosos afirmam ser o país berço do instituto (SOUZA, 2012). Difundiram seu emprego nos mais variados campos da atividade humana coletiva. Os movimentos de Direitos Cívicos e Políticos reivindicavam a promoção da igualdade mediante oferta de oportunidades para que minorias pudessem assumir funções lucrativas, gratificantes e importantes (por exemplo, acesso das mulheres ao mercado de trabalho e instituições de ensino).

Os opositores argumentavam violação à 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos da América (cláusula da igual proteção). Todavia, a idéia ganhou força política suficiente para proliferar na educação e no emprego. As controvérsias chegaram às últimas instâncias da justiça norte-americana, onde as ações afirmativas foram consideradas constitucionais.

No Brasil, a escassez de obras sobre o tema dificulta apontar as origens do instituto (SOUZA, 2012). Registra-se a oferta de incentivos à vinda de europeus ao Brasil, mediante doação de terras, como razão histórica para a fundação de várias cidades brasileiras, a exemplo de Nova Friburgo, no Rio de Janeiro.

Na década de 1960, a Lei nº 5.465, de 1968, conhecida como "Lei do Boi", reservava, preferencialmente, 50% das vagas em estabelecimentos de ensino médio agrícola e escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, a agricultores ou seus filhos, proprietários ou não de terras, que residissem com suas famílias na zona rural, e 30% a agricultores ou seus filhos, proprietários ou não de terras, que residissem em cidades ou vilas que não possuíssem estabelecimentos de ensino médio.

A Constituição Federal de 1988 dispôs expressamente sobre ações afirmativas. Juntamente com leis que oferecem incentivos a mulheres e deficientes, inaugurou a era moderna das ações afirmativas. Políticas governamentais buscam a valorização da

população negra e a eliminação da discriminação no emprego e na ocupação.

Os objetivos das ações afirmativas são os seguintes: 1) induzir transformações de ordem jurídica, epistemológica e cultural, através da promoção da diversidade, enquanto valor e prática nos espaços coletivos, 2) reparar danos causados por injúrias a grupos no passado e no presente, 3) concretizar a igualdade de oportunidades, 4) criar personalidades emblemáticas, 5) contribuir para a eliminação do racismo institucional, inclusive os "glass ceilings", 6) aumentar a representatividade de grupos em desvantagem, 7) zelar pela pujança econômica do país, 8) criar novos horizontes para grupos em desvantagem, 9) reformar os mecanismos de composição do mérito e 10) diminuir a importância da raça na vida social (SOUZA, 2012).

(Nota do autor: "glass ceiling" ou "telhado de vidro", em tradução literal, são obstáculos discriminatórios impostos às mulheres e outros grupos minoritários para que atinjam o topo de suas carreiras).

III – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Indaga-se: as ações afirmativas encontram espaço no Direito brasileiro? (GARCIA DE LIMA, 2003). O artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, consagra o princípio da igualdade: *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"*.

PINTO FERREIRA discorria (1991:143):

"A igualdade diante da lei procurou tornar inexistentes os privilégios entre os homens por motivo de crença, nascimento ou educação. Já os gregos tinham dois conceitos de igualdade, a saber, o de 'isonomia' ou igualdade perante a lei, e o de 'eunomia' ou de respeito à lei. Esta igualdade grega entretanto só se revelava em determinados círculos sociais, uma vez que as mulheres, os estrangeiros e os escravos não eram beneficiados pela dita norma. A igualdade diante da lei surge historicamente na Inglaterra através dos seus costumes, findando por estabelecer que a igualdade seria como a equidade, ou um preceito de sujeição às mesmas leis e tribunais, segundo salienta Eduardo Ridgés no estudo intitulado 'O direito constitucional da Inglaterra'. A Constituição norte-americana, na sua Emenda XVI, fala de igual proteção ('equal protection'), baseada em igualdade de condições e de circunstâncias".

No entanto, devemos recordar célebre afirmação do saudoso ORLANDO GOMES, segundo quem *"o Direito igual para pessoas desiguais só pode legalizar a injustiça"* (GARCIA DE LIMA, 2003).

RUI BARBOSA, em magistral alocução, também salientou que *"a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam"* (1951:31):

"Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem".

Não discrepa BANDEIRA DE MELLO, em magistral monografia sobre o tema, também assinalou (1998, pp. 12-13):

"O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Onde, a algumas são deferidos determinados direitos obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos".

A relação de consumo é exemplo bastante atual dessa discriminação (GARCIA DE LIMA, 2003). A Constituição de 1988 (artigo 5º, inciso XXXII) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) partem do pressuposto de que o consumidor é a parte mais fraca nas relações jurídicas com produtores ou fornecedores de produtos e prestadores de serviços. Confere-lhes o CDC inúmeras prerrogativas. O Superior Tribunal de Justiça, unificador da interpretação das leis federais, decidiu:

"O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há que ser justa" (Recurso Especial nº 90.366-MG, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, publicação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de

IV – POLÍTICAS PÚBLICAS

Pari passu com a concepção das ações afirmativas caminha a definição das políticas públicas. ALCINDO GONÇALVES explana (2006:75):

"Quando são apresentadas definições de políticas públicas, percebe-se que elas tendem a focalizar o Estado como o agente central de sua promoção, constituindo-se sistematicamente em ações de governos. É o caso de Eros Grau, que nomeia políticas públicas o conjunto de 'todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social'. Maria Paula Dallari Bucci enuncia que políticas públicas são 'programas de ação governamental voltados à concretização de direitos'. Ao sintetizar várias definições, Patrícia Arzabe escreve que 'políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos'" (grifos no original).

A organização administrativa corresponde à concepção política ínsita na Constituição. Deve observar, nas relações com os cidadãos, procedimento conforme a diretriz de tutela dos direitos fundamentais. O Estado, em todos os seus níveis e extensão, é sujeito primário do dever jurídico de velar por seu respeito e promoção (DROMI, 2003:94).

No mesmo diapasão, o ministro CELSO DE MELLO, do Supremo Tribunal Federal, assinala que "a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal" (STF, Mandado de Segurança nº 24.458-DF, julg. 18.02.2003, *Informativo do STF* nº 298).

FÁBIO KONDER COMPARATO discorre com maestria sobre o assunto (*Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*, 1997):

"No modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em

sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo. Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico. (...) Um dos raros autores contemporâneos a procurar uma elaboração técnica daquele novo conceito é Ronald Dworkin. Para ele, a política ('policy'), contraposta à noção de 'princípios', designa 'aquela espécie de padrão de conduta ('standard') que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil'. (...) As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos, obviamente, coordenados àqueles. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Já a busca do pleno emprego é uma finalidade especial da ordem econômica (art. 170, VIII). No que diz respeito à política nacional de educação, que deve ser objeto de um plano plurianual, os seus objetivos específicos estão expostos no art. 214, e a eles deve ser acrescida a progressiva extensão dos princípios da obrigatoriedade e da

gratuidade do ensino médio (art. 208, II). As finalidades próprias da atividade de assistência social, por sua vez, vêm declaradas no art. 203. Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado".

E destaca o controle judicial da constitucionalidade de políticas públicas:

"É irrecusável, em primeiro lugar, reconhecer que o juízo de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios envolvidos no programa de ação governamental. Não se pode, porém, deixar de admitir que esse efeito invalidante há de produzir-se tão-só 'ex nunc', ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois de outra sorte poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados. Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo ('ex nunc', como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política".

O Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática, decidiu:

"CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA

EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em

seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegíti-

mo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da

essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.

A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por

finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência" (Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337-SP, min. Celso de Mello, julg. 23.08.2011)."

Ainda exemplificativamente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu o cabimento da ação civil pública para obrigar municípios a: a) implantar políticas públicas de defesa da criança e do adolescente, inclusive portadoras de necessidades especiais (Agravo de Instrumento nº 70016949539, desª Maria Berenice Dias, julg. 01.11.2006, e Agravo de Instrumento nº 70016795007, des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 10.10.2006); b) implantar centros residenciais de cuidados intensivos para idosos (Embargos de Declaração nº 70014835268, des. Wellington Pacheco Barros, julg. 14.06.2006); e c) garantir transporte escolar gratuito, diante da universalização do ensino obrigatório (Apelação e Reexame Necessário nº 70006700033, des. Niwton Carpes da Silva Wellington Pacheco Barros, julg. 15.03.2006).

V - AÇÕES AFIRMATIVAS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apaixonado debate envolveu a sociedade brasileira em torno das "cotas raciais", sistema adotado para garantir o ingresso de alunos, pertencentes a etnias historicamente discriminadas, em universidades públicas.

Do lado contrário à sua adoção, verberou, em editorial, o jornal *Folha de São Paulo* (*Cotas raciais, um erro*, edição 27.04.2012, p. A-2):

"Ninguém duvida que a escravidão foi uma catástrofe social cujos efeitos perniciosos ainda se propagam mais de um século após a Abolição. Descendentes de cativos -de origem africana ou nativa, pois também houve escravização de índios- sofrem, na maioria dos casos, uma desvantagem competitiva impingida desde o nascimento.

As políticas adotadas por universidades que reservam cotas ou garantem pontuação extra a candidatos originários daquela ascendência procuram reparar essa iniquidade histórica. A decisão do STF dará ensejo à disseminação de tais medidas em outras instâncias (acesso a empregos públicos, por exemplo), o que ressalta a relevância do julgamento.

São políticas corretivas que podem fazer sentido

em países onde não houve miscigenação e as etnias se mantêm segregadas, preservando sua identidade aparente. Não é o caso do Brasil, cuja característica nacional foi a miscigenação maciça, seguramente a maior do planeta. Aqui é duvidosa, quando não impraticável, qualquer tentativa de estabelecer padrões de 'pureza' racial.

Não se trata de negar a violência do processo demográfico ou o dissimulado racismo à brasileira que dele resultou, mas de ter em mente que a ampla gradação nas tonalidades de pele manteve esse sentimento destrutivo atrofiado, incapaz de se articular de forma ideológica ou política. Com a mentalidade das cotas raciais, importa-se dos Estados Unidos uma obsessão racial que nunca foi nossa.

No Brasil, a disparidade étnica se dissolve numa disparidade maior, que é social -uma sobreposta à outra. A serem adotadas políticas compensatórias, o que parece legítimo, deveriam pautar-se por um critério objetivo -alunos de escolas públicas, por exemplo- em vez de depender do arbítrio de tribunais raciais cuja instalação tem algo de sinistro.

A Constituição estipula que todos são iguais perante a lei. É um princípio abstrato; inúmeras exceções são admitidas se forem válidos os critérios para abri-las. A ninguém ocorreria impugnar, em nome daquele preceito constitucional, a dispensa de pagar Imposto de Renda para os que detêm poucos recursos.

O cerne da questão, portanto, consiste em definir se há justiça em tratar desigualmente as pessoas por causa do tom da pele ou se seria mais justo, no empenho de corrigir a mesma injustiça, tratá-las desigualmente em decorrência do conjunto de condições sociais que limitaram suas possibilidades de vida".

Em defesa do sistema, surge a respeitada voz do educador e senador CRISTOVAM BUARQUE (*Elite tem de ser tão multirracial quanto nosso povo*, 2012):

"Anos atrás, visitando o campus da Universidade de Brasília (UnB) com uma professora norte-americana, perguntei qual a diferença da paisagem arquitetônica do nosso campus para um campus nos Estados Unidos. Esperei que dissesse: "São parecidos". Mas, depois de olhar ao redor, ela disse:

"Não têm negros". Respondi que, no Brasil, como também nos EUA, os negros não têm boas escolas na educação de base. Ela perguntou: 'Por que não adotam cota para negros, como nos EUA?'

Depois de nove anos de adotada pela UnB, as cotas raciais foram reconhecidas como legais pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse período, 3.000 alunos foram admitidos pela cota racial na UnB e mil concluíram seus cursos graças ao ingresso usando as cotas. Temos bons jogadores de futebol negros porque a bola é redonda para todos, mas nossas escolas são redondas apenas para os poucos que têm renda para cursar uma boa escola no ensino fundamental e no ensino médio.

Tanto os que são contrários às cotas raciais quanto aqueles favoráveis enfocam o assunto pelo lado individualista de oferecer uma escada social a um jovem negro. Continuam pensando que as cotas visam beneficiar o aluno que obtém a vaga. Não percebem o papel da cota racial como o caminho para o Brasil apresentar com orgulho uma sociedade com elite tão multirracial quanto seu povo.

A cota social beneficia o aluno, a cota racial beneficia o Brasil, possibilitando o ingresso de jovens negros na carreira profissional de nível superior. Certamente, jovens escolhidos entre aqueles de classe média que concluíram o ensino médio e passaram no vestibular porque foram bem-preparados em uma boa escola, portanto, provavelmente, não pobres.

A cota racial para a universidade nada tem a ver com a cota social. Esta atenderia jovens pobres para compensá-los pelo que lhes negamos na infância. É um benefício justo. Já a cota racial não é um assunto de justiça, é um assunto de dignidade nacional; não é social, é patriótica.

Os que lutam pela cota racial nas universidades não lutam pela erradicação do analfabetismo entre adultos negros, nem para que os negros pobres tenham escolas com a mesma qualidade dos ricos brancos. E aqueles que defendem as cotas sociais no lugar das raciais não defendem cotas sociais no ensino fundamental e médio, nos colégios federais e mesmo nas escolas particulares de qualidade. Essa, sim, seria cota social. A cota social na educação de base nunca atraiu os defensores da cota racial nem aqueles que se opõem a ela e que usam

a ideia de social contra a ideia de racial.

Os que defendem cotas sociais para as universidades, ao invés das cotas raciais, provavelmente ficarão contra as cotas sociais nas boas escolas da educação de base, obrigando as escolas caras a receberem alunos pobres, sem mensalidade ou com uma bolsa do tipo ProUni”.

Com efeito, em julgamento paradigmático, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes na Universidade de Brasília (UnB). Foi julgada improcedente arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Democratas (DEM). Foi seguido à unanimidade o voto do ministro relator Ricardo Lewandowski, segundo o qual as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado, e têm o objetivo de superar distorções sociais historicamente consolidadas. Além disso, segundo ele, os meios empregados e os fins perseguidos pela UnB são marcados pela proporcionalidade, razoabilidade e as políticas são transitórias, com a revisão periódica de seus resultados:

“No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudante negros e ‘de um pequeno número delas’ para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10 anos constitui, a meu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. A política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição” (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, min. Ricardo Lewandowski; fonte: Notícias do STF, <http://www.stf.jus.br>, captado em 26.04.2012).

Dias após, o STF declarou constitucional a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni) e passou a regular a atuação de entidades de assistência social no ensino superior. Em seu judicioso voto, o ministro Gilmar Mendes afirmou que a sistemática adotada pelo ProUni para fomentar a concessão de bolsas de estudo por parte de instituições privadas de educação superior, mediante o oferecimento, em contrapartida, de isenção de alguns tributos, é um modelo extremamente engenhoso que favorece mais de um milhão de estudantes, e que deveria ser estendido a outros setores. Para Mendes, o ProUni é bem-sucedido

muito em razão de seu mecanismo de fiscalização, que é “*bastante simples, quase documental*”, na medida em que dispensa a atuação de fiscais para impedir fraudes. “*É um modelo institucional digno de encômios porque todos nós sabemos da dificuldade de se fazer um controle dessas entidades. E é um modelo que pode se expandir para outras áreas, como a saúde*”, afirmou. O ministro Gilmar Mendes também teceu elogios aos critérios para a concessão de bolsas com base na renda, e não na cor da pele. O programa é dirigido aos estudantes egressos do ensino médio da rede pública ou da rede particular na condição de bolsistas integrais, com renda per capita familiar máxima de três salários mínimos. “*A lei do ProUni, em verdade, estabelece o critério de renda do aluno como requisito essencial para a concessão dessas bolsas*”. Ficou vencido, neste julgamento, o ministro Marco Aurélio, para quem a Medida Provisória nº 213/04 contém diversos vícios, como, por exemplo, não respeitar os requisitos de urgência e relevância previstos na Constituição Federal, e regular matéria tributária (prevê isenção fiscal às universidades que aderirem ao ProUni), o que somente pode ser feito por meio de lei complementar. Conforme Aurélio, pouco importa que a MP tenha sido convertida em lei, citando o jurista Celso Antonio Bandeira de Mello: “*O vício originário quanto à edição da medida provisória contamina a lei de conversão. A lei de conversão, em síntese, é válida se válida se mostrar a medida provisória*” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330, min. Ayres Britto; fonte: Notícias do STF, <http://www.stf.jus.br>, captado em 03.05.2012).

V – CONCLUSÃO

Segundo o historiador JOSÉ MURILO DE CARVALHO (2001), não se afirma a noção de cidadania no Brasil. Com efeito, a chamada Revolução de 1930 abriu o caminho para os direitos sociais. No pós-1930 e também no pós-1964, registrou-se o maior avanço dos direitos sociais no Brasil. Houve fortes constrangimentos aos direitos políticos, inteiramente suspensos de 1937 a 1945 e muito cerceados no pós-1964. São os direitos políticos e civis, e não os sociais, os alvos mais frequentes de regimes políticos discricionários. Os direitos sociais ocupam posição central na percepção da população sobre a cidadania, embora não tenham colaborado sempre para o fortalecimento do Estado democrático. O MDB e, depois, o PMDB, pôde canalizar o descontentamento da população, manifestado pelo voto e por campanhas como as das “Diretas Já”, nos anos 1980. Enfim, após a redemocratização, se os direitos políticos completam sua expansão, os direitos sociais passam a sofrer ameaças e os direitos civis permanecem retardatários, o que está longe de configurar um percurso bem-sucedido.

Não destoia o contexto da América Latina, conforme JACQUES LAMBERT (1969:332):

"Sob uma forma ou outra, as constituições da América Latina têm sempre afirmado que os homens nascem livres e iguais e, como afirma a constituição do Uruguai, 'não há entre eles outra diferença senão a do talento e da virtude'. Nesses países que conheceram, todos, a escravidão no período colonial e que, por vezes, a conservaram por muito tempo após a independência, considerou-se necessário insistir na proibição de toda servidão involuntária. Pelo fato de que, no mais das vezes, as nações latino-americanas constituem sociedades plurirraciais, que conheceram, durante o período colonial, discriminações jurídicas em detrimento dos ameríndios, dos africanos, dos mestiços e dos mulatos, insiste-se, também, muitas vezes, na igualdade das raças".

Andaram bem o constituinte de 1988, o legislador ordinário e o Supremo Tribunal Federal ao consagrar, no Direito Brasileiro, as ações afirmativas.

Em suma, José Saramago, no romance *Todos os Nomes* (1997), sintetizou bem o princípio da igualdade: "Quanto maior é a diferença, maior será a igualdade, e quanto maior é a igualdade, maior a diferença será".

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____ (organizador). *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões, 1951.

BUARQUE, Cristovam. Elite tem de ser tão multirracial quanto nosso povo. *Jornal O Tempo*, Belo Horizonte, 11 maio, 2012, p. 19.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2001. 236 p.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 343-359.

_____. Cotas raciais: um erro. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 Abr. 2012, p. A-2.

DROMI, Roberto. *Sistema y valores administrativos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Ações afirmativas. *Jornal O Tempo*, Belo Horizonte, 08 Ago. 2003, p. 8.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. Disponível em: <www.mundojuridico.com.br>. Acesso em: 20 out. 2004.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75-96.

LAMBERT, Jacques. *América Latina: estrutura social e instituições políticas*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa: "affirmative action" no direito norte-americano*. São Paulo: Editora RT, 2001. 173 p.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 600 p.

SARAMAGO, José. *Todos os nomes*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. 279 p.

SOUZA, Arivaldo Santos de. *Ações afirmativas: origens, conceito, objetivos e modalidades*. Jusnavigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9487/acoes-afirmativas>. Acesso em 08 maio 2012.

(ENDNOTES)

1Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Doutor em Direito Administrativo pela UFMG; Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Escola Judicial "Desembargador Edésio Fernandes"

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DO DIREITO DE ESCOLHA QUANTO AO REGIME DE BENS NO CASAMENTO EM FUNÇÃO DA IDADE

Valéria Edith Carvalho de Oliveira¹

Aurélia Tinti Lourenço de Lima²

RESUMO: A limitação quanto a idade dos nubentes para a escolha livre do regime patrimonial vigora nos dias atuais apesar das mudanças efetuadas em diversas leis brasileiras em favor dos idosos. A controvérsia doutrinária sobre a legalidade da limitação imposta subsiste sendo, entretanto, nos Tribunais brasileiros, amplamente aplicado o preceito legal, em que pese a contrariedade a dispositivos principiológicos constitucionais e específicos em relação aos idosos.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Obrigatório de Bens. Idoso. Liberdade. Dignidade

ÁREAS: Direito Civil e Direito de Família.

1 BREVE HISTÓRICO DA LIMITAÇÃO DA ESCOLHA DO REGIME DE BENS DE CASAMENTO, COM FUNDAMENTO NA IDADE DOS NUBENTES, NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A época do descobrimento do Brasil vigorava em Portugal o casamento religioso, celebrado sob os moldes da religião católica. O matrimônio era regulado pelo Direito Canônico, e uma vez colônia de Portugal, no Brasil, nos mesmos moldes, a legislação era aplicada.

O aspecto patrimonial da relação casamentária ficava evidenciado no 4º livro das Ordenações Filipinas, §1º do título 46 que estabelecia que “quando marido e mulher forem casados por palavras de presente à porta da Igreja, ou por licença do Prelado fora dela, havendo cúpula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda.”

Assim, para que se firmasse a comunhão patrimonial decorrente do casamento bastariam dois requisitos: a autorização da Igreja e a consumação do ato sexual. Destarte não havia que se falar em idade ou qualquer outro requisito discriminatório à época.

No governo Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, através do Decreto Executivo 181, promulgado em 24 de janeiro de 1890, regulamentou-se a lei do casamento civil. Esta normatização estipulou em seu artigo 58, limitação à comunhão de bens com base na idade dos contraentes.

Com esta determinação, manifestada há mais de um século atrás, quando a expectativa de vida do cidadão era bem menor que a atual, o Estado tentou proteger o ancião que aos olhos da sociedade e do Direito seria vulnerável demais a ponto de colocar

em risco o patrimônio construído ao longo de uma vida, com um casamento realizado em fase mais avançada da vida.

A codificação civil de 1916 manteve a limitação da escolha do regime de bens dos nubentes em decorrência da idade. A previsão encontrava-se no art. 258, parágrafo único, inciso II. Em consonância com a desigualdade vigente entre homens e mulheres o artigo estabelecia diferentes limites de idade, sendo de sessenta anos para homens e de cinquenta para mulheres.

Tendo percebido que o referido artigo prejudicava um dos os cônjuges, uma vez que em muitos casos havia a colaboração mútua para a o acréscimo patrimonial do casal durante a convivência, caracterizando enriquecimento sem causa de uma das partes, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem que deveria ser resguardado o direito dos cônjuges que mesmo contraindo matrimônio no regime de separação obrigatória, o faziam de boa fé.

Desta feita visando flexibilizar a rigidez do referido artigo foi editada a Súmula 377 que estabeleceu que independente do enquadramento do regime jurídico determinado pelo art. 258 do Código Civil de 1916, referente ao regime de separação obrigatória de bens, deveria haver com unicabilidade entre os bens adquiridos na constância do matrimônio.

Em 10 de Janeiro de 2002 o Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou a Lei 10.406, ou o novo Código Civil Brasileiro. A partir deste novo *codex* a limitação pela idade quanto a possibilidade de livre escolha do regime de casamento passou a ser regulamentada pelo artigo 1641, inciso II, no limite previsto de sessenta anos.

O novo tratamento legislativo dado ao tema, em consonância com a vedação constitucional de tratamento discriminatório

em razão do sexo, extirpou a diferença anteriormente existente quanto a diversidade de idade para homens e mulheres, no entanto manteve para o sexagenário a impossibilidade de escolha livre do seu regime matrimonial.

A restrição quanto a liberdade de escolha dos sexagenários sempre incomodou muito a comunidade jurídica trazendo a baila com frequência a discussão do tema. Assim, em 2010 a Lei 12.344 acabou conferindo ao referido artigo nova redação que aumentou de sessenta para setenta anos o limite de idade para a escolha do regime de bens.

A modificação frustrou as expectativas daqueles que ansiavam pelo fim da limitação, fazendo prevalecer a autonomia da vontade dos nubentes, bem como a liberdade de escolha, garantida constitucionalmente a todos. Foi a última alteração legislativa ocorrida nesta matéria, entretanto ainda se faz merecedor de reparos o artigo limitador por violar garantias constitucionais dos idosos.

2 A TUTELA JURÍDICA DO IDOSO

Uma das inovações apresentadas pela Constituição Federal foi a proteção específica em relação aos idosos, apresentada no art. 230.

O dispositivo em referência *per se* bastaria para que fosse juridicamente garantido o direito do idoso sem distinção alguma. No entanto, visando materializar e complementar os direitos ali apresentados, editou-se a Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994 trazendo a Política Nacional do Idoso, atualmente vigente.

Expressamente considera-se idoso a pessoa maior de sessenta anos de idade. Tal instituto traz em seus artigos dispositivos garantidores de direitos, princípios e diretrizes de políticas que visem garantir a participação efetiva do idoso na sociedade e uma vida digna aquele que já prestou sua colaboração para a construção da sociedade.

A lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994 expressamente em seu artigo 10 §1º garantiu ao idoso o direito de gerência sobre sua vida patrimonial assegurando ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada.

Destaca-se nesta disposição legal que qualquer limitação neste sentido deverá ser derivada de incapacidade judicialmente comprovada, ou seja, a limitação só se impõe diante da interdição declarada em um processo que comprove a incapacidade do idoso para praticar por si só os atos da vida civil, sendo a ele assegurado neste processo o contraditório e confirmada a incapacidade por perícia médica.

Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho manifestam-se sobre o assunto:

Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 325):

Em 1º de outubro de 2003 foi publicado o Estatuto do Idoso, Lei 10.741, destinado a regular os direitos adquiridos pelas leis anteriores, mantendo-se o critério das pessoas com idade superior a sessenta anos.

O art. 2º do Estatuto apresentou inicialmente os direitos a eles garantidos, destacando as condições de liberdade e dignidade. O direito a liberdade do idoso foi reforçado no §1º do art. 10 da mesma lei.

É de se ressaltar que se omitiu o legislador quanto a positivação dos direitos de propriedade e decisões de cunho patrimonial do idoso. No entanto, um olhar mais atento faz notar no caput os dizeres "entre outros". Assim, razoável é a interpretação que compreende estarem ali abarcados o direito de uso, gozo e disposição de seus bens.

Confirmando este entendimento extrai-se do Capítulo II, do Estatuto do idoso, intitulado como: *Dos crimes em Espécie* que o legislador quis dar proteção especial aos direitos do idoso imputando à conduta discriminatória em relação ao idoso ou àquela que tenha por objetivo impedir ou dificultar seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar, por motivo de idade, pena de reclusão de seis meses a um ano e multa.

Assim, não poderá ser negado o direito ao idoso de contratar e dispor de seus próprios bens tão somente em função de sua idade, salientando que no que se refere à capacidade civil, deve-se observar os dispositivos do art. 3º e 4º do Código Civil. Permanecendo a capacidade nos moldes dos referidos artigos não há que se presumir a incapacidade do idoso.

3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS DOS IDOSOS

Além do tratamento específico dado ao idoso em seu Estatuto próprio, não se pode olvidar das garantias constitucionais de dignidade da pessoa humana, liberdade, propriedade, à família, dentre outros.

Acrescente-se a isso que violar princípios constitucionais é romper com a própria Constituição.

Assim, o homem é o destinatário das normas e consequentemente seu próprio remetente haja vista ser ele o único possuidor de direitos e deveres e ser ele a razão destas.

Para Edinês Garcia a dignidade da Pessoa Humana:

É o atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano. (GARCIA, 2003, p. 37)

Calha informar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem logo em seu preâmbulo também traz o norte dos direitos da dignidade da pessoa humana.

Tendo sido ratificada a Declaração Universal de Direitos Humanos, devem ser respeitados os preceitos ali constantes.

Não se olvide os artigos pertinentes ao tema manifestamente esposados na no art. 1º da Constituição, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. E por fim, no mesmo sentido caminhou o Estatuto do Idoso ao dispor no Art. 230 que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Assim, qualquer ofensa a este princípio é considerado ofensa ao próprio homem.

De amplo sentido normativo constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana consolida a força dos direitos fundamentais e a proteção do homem desde o direito à vida, tendo este último o direito a ser tratado pelos semelhantes como pessoa humana. (GARCIA, 2003, p.32)

A aplicação de tais direitos é imediata e de interpretação extensiva sendo a razão para decisões conforme os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Então, limitar o direito do idoso de gerenciar conforme sua vontade o seu patrimônio, incluído aqui o direito de escolher o próprio regime de bens no casamento, viola a direito à liberdade de escolha e à dignidade do cidadão que, sendo plenamente capaz para a prática de todos os atos da vida civil, vê-se cerceado em um direito fundamental.

4 A LIMITAÇÃO QUANTO A ESCOLHA DO PRÓPRIO REGIME DE CASAMENTO, EM FUNÇÃO DA IDADE, NA CODIFICAÇÃO CIVIL E A SÚMULA 377 DO STF

O Código Civil dispõe em seu art. 1641, inciso II que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos. Esta disposição foi assim determinada por força de nova Lei em 2010. A Lei 12.344 ampliou a limite de sessenta para setenta anos.

Quis o legislador com este dispositivo legal assegurar proteção especial ao idoso imputando-lhe uma limitação de disposição patrimonial. A intenção foi de evitar a confusão patrimonial nestes casos, com o escopo de preservar os interesses individuais do cônjuge idoso, diante do suposto interesse alheio no patrimônio daquele em virtude da idade poderia apresentar-se vulnerável, levando-o a ser ludibriado e enganado.

Calha lembrar que os nubentes que estiverem sob a égide deste regime além de não possuírem a partilha dos bens comuns, não podem estabelecer sociedade entre si, não necessitam da outorga uxória e tampouco gozarão dos direitos sucessórios.

A norma contraria a liberdade assegurada no art. 1.639 do Código Civil de estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

Destarte, verifica-se a inegável afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana por diminuir a autonomia da pessoa detentora de direitos e deveres e constrangê-la socialmente imputando-lhe uma incapacidade de discernimento e restrição à sua manifestação de vontade que a própria constituição vedou. É imputar deficiência mental presumida *ius et de iure* àquele que de fato possui maior capacidade pela maior experiência e maturidade acumulada devendo revelar a mais apurada sabedoria

Se a legislação civil impôs a restrição ao direito de escolha dos septuagenários é fato que discrepâncias podem advir desta norma. O casamento representa comunhão plena de vida, e não necessariamente todos que se casam com pessoas idosas têm interesses outros senão compartilhar com o par eleito as amarguras e alegrias da vida.

Assevera Caio Mário que:

Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem a razão para substituir. Se é certo que podem ocorrer matrimônios por interesse nesta faixa etária, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. (PEREIRA, 2006, p.206)

Então, impedir que o cônjuge compartilhasse patrimônio adquirido a título oneroso durante a constância do casamento exigiu do judiciário posicionamento que teve entendimento consolidado na súmula 377 do STF, aprovada em sessão plenária em 03 de abril de 1964, que se posicionou no sentido de que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Assim a referida Súmula flexibilizou a aplicação do artigo 258, II do então Código Civil de 1916 no intuito de ver imperar a justiça diante de algumas situações levadas àquele órgão.

Poderia ter garantido o direito de escolha aos maiores de sessenta anos à época, no entanto, de forma genérica aplicou os efeitos do regime de comunhão parcial de bens, garantindo a partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio ao cônjuge. Ou seja, permaneceu a presunção de incapacidade para escolha do regime que melhor conviesse ao idoso, assim, caso o mesmo quisesse optar pelo regime de separação convencional, não poderia assim o exercer tendo em vista a obrigatoriedade do regime legal de separação e conseqüentemente a aplicação da súmula que dividiria o patrimônio adquirido onerosamente na constância do matrimônio.

Em 2010 a ampliação do limite para setenta anos ainda faz atual e necessária a discussão uma vez que em nada modificou as argumentações contrárias à vedação imposta.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje em dia os idosos acima de setenta anos que estejam em vésperas de casar-se encontram restrição legal para livremente escolherem o regime de bens do casamento.

Esta restrição teve redução em seu alcance quando em 2010 a faixa etária sujeita à limitação passou de sessenta para setenta anos.

Em que pese a ampliação do limite, a restrição ainda permaneceu deixando implícito todos os preconceitos do legislador em relação ao idoso. Mais especificamente no tocante a sua vulnerabilidade em relações afetivas estabelecidas em momento mais avançado da vida.

A restrição representa ofensa a direitos assegurados constitucionalmente como a liberdade de escolha, a igualdade e a dignidade humana, bem como afronta direitos assegurados aos idosos em estatuto específico, o Estatuto do Idoso.

Assim, não havendo incapacidade comprovada que retire do idoso sua capacidade de discernimento e consciência, bem como uma interdição legalmente constituída, razoável a interpretação de que é inconstitucional a limitação estabelecida no art. 1641,

II do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Edinês Maria Sormani, *Direito de família: princípios da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. Campinas: Bookseller, 2001. v.2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Forense, 2006. v.6.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6., 2007, Belo Horizonte(MG ; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008. 477 p.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Controvérsias sobre o regime de bens no novo código civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6

VILLELA, João Batista. Liberdade e família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, 1980, n. 2, v. 3. Série Monografias.

(ENDNOTES)

1 Mestre em Direito Privado. Professora no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

2 Aluna do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

O DEBATE CONTEMPORÂNEO DA ECONOMIA VERDE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL

Ana Paula Campos Machado
Jéssica Sayuri Fonseca Hamada
Karla Moreira Lima Carvalho
Letícia Pereira Coelho
Lorena Karen Sampaio da Costa
Rayka Bárbara Moreira ¹
Shirley Maria de Jesus ²

RESUMO: O modelo da economia verde, constituído por três pilares - baixa emissão de carbono, inclusão social e eficiência de recursos naturais - serão discutidos no evento Rio +20. A economia verde está relacionada à sustentabilidade, planos governamentais e a situação ecológica do Brasil. O assunto promove opiniões diferentes em relação à eficácia do plano economia verde. O desenvolvimento sustentável é um princípio supremo do Direito Ambiental, direito este que desde a conferência de Estocolmo em 1972 promove uma harmonia entre as questões econômicas sociais junto com o uso ordenado dos recursos naturais. O Direito Ambiental influencia a conscientização da sociedade para a resolução dos problemas relacionados aos três pilares da economia verde. Assim, esse artigo tem por objetivo discutir a importância da economia verde visando à inesgotabilidade dos recursos disponíveis com o intuito de propiciar o bem estar humano e a inequidade social, de modo a chegar a um consenso unânime que resulte em uma mudança de paradigmas e garanta estabilidade às futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Economia Verde. Sustentabilidade. Baixa queima de carbono. Recursos naturais. Inclusão social.

ÁREA: Direito Ambiental.

1- INTRODUÇÃO

A economia verde é um conceito que designa um modelo de desenvolvimento fundamentado em três pilares que buscam um equilíbrio harmônico baseado na baixa queima de carbono, eficiência no uso dos recursos naturais e inclusão social em longo prazo.

Essa economia não visa somente à equidade social e o bem estar humano, assim como a redução de impactos, riscos sociais e ambientais para a garantia de recursos naturais às gerações futuras. De acordo com Achim Steiner, Diretor Executivo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a preocupação recai sobre aspectos como "segurança alimentar, acesso à água, geração e eficiência energética", devido ao fato de que nos próximos 40 anos, aproximadamente, 9 bilhões de pessoas viverão no planeta, como o próprio órgão institui:

Nessa proposta de Economia Verde, o crescimento na renda e no emprego é puxado por investimentos públicos e privados que reduzem emissões de carbono e poluição. Essa rota

de desenvolvimento deve manter, aprimorar e onde necessário, recuperar o capital natural degradado, enfocando-o como ativo econômico crítico e fonte de benefícios públicos especialmente para a população pobre cuja sobrevivência e segurança são mais direta e imediatamente afetadas por desequilíbrios nos sistemas naturais; como demonstram os efeitos das secas e cheias em regiões pobres. (STEINER, 2011)

O PNUMA, órgão mencionado acima, institui medidas para a conservação ambiental de forma que haja um monitoramento político, informando a população sobre os possíveis problemas causados pelo descaso com o meio ambiente, assim como estabelecem acordos ambientais, programas e projetos metodológicos que promovem uma intensa contribuição de especialistas, instituições brasileiras e ações internacionais. Estabelecido em dezembro de 1972, tem como meta a melhora da qualidade de vida da sociedade através da conservação do meio ambiente a

fim de que essa não seja prejudicada futuramente.

Segundo Arnt (2011), a economia mundial deve estar sobre o tripé de sustentabilidade na lógica da gestão simultânea de resultados econômicos, sociais e ambientais. Assim, o autor descreve como propostas importantes que devem ser tratadas no Rio+20 a diminuição da "pegada ecológica"³ dos países, organização global do mercado de trabalho e criação de um Fundo Internacional de Desenvolvimento Sustentado.

2 - CONTEXTO HISTÓRICO DA ECONOMIA VERDE

As Revoluções Industriais, decorrentes dos séculos XVIII e XIX, fizeram com que houvesse uma explosão no setor industrial, fator

principal da economia contemporânea. Mais adiante, essa se deu no Brasil a partir da década de 30, no governo de Getúlio Vargas, implantação da indústria. Entretanto, esse avanço nos meios de produção afetou gradativamente o meio ambiente através das emissões de gases poluentes, degradação das áreas florestais e contaminação dos lençóis freáticos.

O marco histórico político internacional no debate de políticas de gerenciamento ambiental foi a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, conhecida como Conferência de Estocolmo, realizada em 1972 em Estocolmo, na Suécia. Esta conferência decorreu após uma série de desastres e desequilíbrios ambientais ocorridos à época, o que chamou atenção da comunidade científica.



Figura 01 - Japoneses contaminados pela poluição química desembarcam em Estocolmo na Conferência de 1972. Fonte: Arnt (2011)

A Conferência de Estocolmo, segundo LE PRESTRE (2005)⁴, foi motivada por quatro fatores decisivos:

- a) o aumento da cooperação científica nos anos 60, da qual decorreram inúmeras preocupações, como as mudanças climáticas e os problemas da quantidade e da qualidade das águas disponíveis;
- b) o aumento da publicidade dos problemas ambientais, causado especialmente pela ocorrência de certas catástrofes, eis que seus efeitos foram visíveis (o desaparecimento de territórios selvagens, a modificação das paisagens e acidentes como as marés negras são exemplos de eventos que mobilizaram o público);
- c) o crescimento econômico acelerado, gerador de uma profunda transformação das sociedades e de seus modos de vida, especialmente pelo êxodo rural, e de regulamentações criadas e introduzidas sem preocupação suficiente com suas consequências em longo prazo;
- d) inúmeros outros problemas, identificados no fim dos anos 1960 por cientistas e pelo governo sueco, considerados de maior importância, afinal, não podiam ser resolvidos de outra forma que não a cooperação internacional. São exemplos destes

problemas as chuvas ácidas, a poluição do Mar Báltico, a acumulação de metais pesados e de pesticidas que impregnavam peixes e aves.

Tendo como ponto de partida a Conferência de Estocolmo, a construção de estratégias para proteção do meio ambiente foi novamente discutida no Rio de Janeiro em junho de 1992, evento esse que ficou conhecido como Eco 92. Dessa feita, a principal motivação foi em decorrência à globalização e ao interesse mundial direcionado à preservação ambiental, com o intuito de discutir formas alternativas de desenvolvimento sustentável para o planeta, assim como a implantação de créditos de carbono⁵ com a tentativa de amenizar os danos gerados como consequência do uso desordenado dos recursos naturais disponíveis.

Hoje, 20 anos após o Eco 92, será realizada uma segunda conferência das Nações Unidas relacionada a questões ambientais que, segundo o PNUMA, não só avaliará os progressos alcançados revisando as principais recomendações, protocolos e convenções solicitadas em 1992 e retomará as discussões para avançar em um desenvolvimento nesse âmbito, assim como também escolherá meios adequados para promover e acelerar a transição para sociedades sustentáveis. De acordo com o Portal Brasil (2010),

O encontro recebeu o nome de Rio+20 e visa a renovar o engajamento dos líderes mundiais com o

desenvolvimento sustentável do planeta, vinte anos após a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92). Será debatida a contribuição da "economia verde" para o desenvolvimento sustentável e a eliminação da pobreza, com foco sobre a questão da estrutura de governança internacional na área do desenvolvimento sustentável; inserindo-se, assim, na longa tradição de reuniões anteriores da ONU sobre o tema.

custos de produção e mercantilização da vida e da natureza.

Um exemplo da relação de Sustentabilidade e Economia Verde seria a fabricação de palmito, que é extraído da palmeira, onde se usa dela uma pequena parcela e as sobras são utilizadas para a produção artesanal, fazendo com que as empresas continuem produzindo seus produtos e as classes menos favorecidas tenham outros recursos de renda. Além desse, temos outros exemplos como, a reutilização da água da chuva, fontes renováveis de energia, dentre outros.

3- IMPORTÂNCIA DOS PILARES DA ECONOMIA VERDE

3.1 BAIXA QUEIMA DE CARBONO

O combate ao aquecimento global através de medidas de redução ou estagnação à emissão de monóxido de carbono na atmosfera garante a inibição de gases tóxicos prejudiciais à natureza e ao ser humano. Ao substituir combustíveis fósseis por energias renováveis e tecnologias de baixa emissão de carbono, promove-se o uso eficiente dos recursos disponíveis, oferecendo um modo de vida menos vulnerável ao elevado índice de substâncias químicas que agravam a atual situação crítica em que os seres vivos e seus constituintes naturais estão sujeitos em áreas urbanas, onde estão concentrados os grandes polos industriais.

3.2 EFICIÊNCIA NO USO DOS RECURSOS NATURAIS

A eficiência no uso dos recursos naturais está relacionada ao desenvolvimento sustentável. Por sua vez, a relação do desenvolvimento sustentável e Economia Verde são correlacionadas pelo fato que a sustentabilidade consiste na utilização de recursos naturais sem colocá-los em estado de extinção, através da utilização dos mesmos em uma parcela não prejudicial à existência da espécie. A eficácia desta prática está no uso integral do que foi extraído da natureza, aproveitando assim, além da parte principal que é necessário para as indústrias, a reutilização dos restos para outros fins. Segundo o Radar Rio+20⁶,

A expressão transformou-se em artifício para melhorar a imagem pública de governos e empresas, sem que seu uso traduza mudanças na sua gestão e práticas. Há também movimentos sociais que veem o Desenvolvimento Sustentável uma nova roupagem para o sistema econômico que ate implicaria em melhorias em áreas como eficiência energética e gerenciamento de água, mas não modificaria o Capitalismo Contemporâneo - maximização do lucro, rebaixamento dos

3.3 A TRANSIÇÃO DO USO DE INCLUSÃO SOCIAL

De acordo com Novaes (1992), a melhoria no meio ambiente e os avanços tecnológicos trarão como consequência, além da sustentabilidade, a prevalência da ética da igualdade. Segundo o mesmo autor, os cientistas da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), afirmam que "a desigualdade inviabiliza o desenvolvimento sustentável".

Dessa forma, é de se concordar que, a sustentabilidade se dispõe de preceitos válidos que visam o bem estar e a equidade social. Tendo como exemplo, o Princípio primeiro da Declaração do Rio⁷, ao indicar os seres humanos como o centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável, sendo esses, possuidores do direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza; bem como o Princípio 3.^o, ao relatar que o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de forma a permitir que sejam atendidas igualmente as necessidades de todos.

Sob esses aspectos, foi estabelecido, o Direito do Homem ao Ambiente, resultante da Declaração de Estocolmo e do Programa das Nações Unidas para o Ambiente (UNEP). Integrado por um apelo à utilização racional dos recursos não renováveis e a responsabilização dos Governos pela preservação e melhoria do ambiente, acentuava a melhoria do meio natural a gerações - atual e futura - junto do papel individual de cada indivíduo na responsabilidade de proteção dessas.

Dito isso, foram obtidos como preceito notável: o Princípio 1.^o "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar, sendo portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras" e o Princípio 21.^o, que elevava instrumentos financeiros, administrativos e transferência de tecnologia, por mais que apontasse projetos sólidos em sua execução.

Sendo assim, de acordo com Luísa Neto⁸, a Comissão de Di-

reitos Humanos da ONU reafirma a relação entre a preservação do ambiente e promoção dos direitos humanos. E, por meio da Resolução n.º 45/199, de 1990, a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou que “todos os indivíduos têm o direito de viver em um ambiente adequado à saúde e bem-estar”. Possui o Direito, desse modo foi desintegrado nos seguintes aspectos:

a) ambiente livre de poluição, degradação e atividades que afetem adversamente ou ameace a vida, a saúde, a subsistência, o bem-estar ou o desenvolvimento sustentável;

b) proteção e preservação do ar, do solo, da água, da flora e da fauna e dos processos essenciais e áreas necessárias à manutenção da diversidade biológica e dos ecossistemas;

c) mais elevado padrão alcançável de saúde, livre de dano ambiental;

d) alimento, água e ambiente de trabalho seguro e saudável;

e) morada adequada, à posse da terra e à condições dignas de vida num ambiente seguro, saudável e ecologicamente equilibrado;

f) acesso a ambiente ecologicamente sadio e à conservação e ao uso sustentável da natureza e dos recursos naturais;

g) preservação dos sítios únicos, compatíveis com os direitos fundamentais das pessoas ou grupos que vivem na área;

h) desfrute da vida tradicional e à subsistência dos povos indígenas.

É considerável ressaltar ainda, o reconhecimento à importância da participação do debate internacional sobre os direitos humanos e a contribuição atuante da empresa Vale - companhia brasileira, privada, de capital aberto e uma das maiores mineradoras do mundo -, que estabelece diretrizes e princípios para sua atuação, assim como reforços aos compromissos estabelecidos em seu Código de Conduta Ética, lançando também o Guia de Direitos Humanos para orientar empregados e definir processos que assegurem que suas atividades se pautem pelo respeito e pela dignidade humana.

4- A REALIDADE BRASILEIRA

O Brasil originou-se como um país exportador de matérias primas, tornando-se conhecido internacionalmente por suas produções agrícolas. Após a 1ª Guerra Mundial, sua economia passou a adquirir um caráter industrial, principalmente, na década de 30

com o governo de Getúlio Vargas, que criou a Companhia Siderúrgica Nacional (1940), a Companhia Vale do Rio Doce (1942), a Fábrica Nacional de Motores (1943) e a Hidrelétrica do Vale do São Francisco (1945); porém, chegou ao máximo de sua industrialização no segundo governo Vargas e com Juscelino Kubitschek.

Diante dos aspectos anteriormente mencionados, o Brasil tornou-se um polo industrial, que obteve o índice de emissão de gases poluentes elevado, não só por esse motivo, mas também pelo avanço da tecnologia agropecuária.

O método utilizado pelos agropecuários para redução da emissão de monóxido de carbono é a prática do plantio direto e o aumento do uso insumos biológicos, como o rizóbio, bactéria que capta o nitrogênio do ar e o fixa no solo.

Contudo, o país é, atualmente, uma potência ambiental, com destaque na biodiversidade, potencial alternativo para geração de energia, produção de alimentos e reservas de águas naturais. Essas características nos atribuem novas responsabilidades para a Economia Verde, que prevê o desenvolvimento em moldes sustentáveis, de forma a garantir recursos naturais para as futuras gerações.

5- A POSIÇÃO DO GOVERNO BRASILEIRO EM RELAÇÃO À ECONOMIA VERDE

Uma política fiscal e uma melhor administração das finanças públicas são fatores essenciais para a transição de um país para a Economia Verde. Além dessas mudanças, é necessário que haja uma parceria do governo com as universidades, instituições de pesquisa e uma melhor divulgação nas redes sociais para que a população entenda e saiba a importância dessa para, assim, ajudar o governo nessa caminhada rumo ao Desenvolvimento Sustentável que vem se mostrando bastante complicada, pois, como não há nenhum precedente, não existe um modelo a ser seguido.

Para iniciar essa transição, a população deve reexaminar suas atitudes para produzir e consumir conscientemente permitindo de tal forma, uma considerável aproximação das políticas públicas. Em relação a elas, o governo apresenta importantes projetos que têm, de acordo com Cláudio R. Frischtak, o objetivo de:

Conduzir uma revisão detalhada dos programas de governo pré-inventariados, assim como dos incentivos tributários, financeiros e outros, tanto no plano setorial quanto regional; além dos planos de investimento das empresas estatais e o exame da viabilidade econômica -já na nova perspectiva- e jurídica de eliminar ao longo dos próximos anos todas as formas de suporte a projetos e atividades

claramente não condizentes com a economia verde. (FRISCHTAK, 2011)

Entre os projetos mencionados, há também, segundo o PNUMA, outros preceitos:

- a) Quadros normativos sólidos, priorização de despesas e provisão do Estado em áreas que estimulem setores da economia verde e limitem despesas que provoquem perdas de capital natural.
- b) Tributação e mecanismos inteligentes de mercado que alterem os padrões de despesa dos consumidores e promovam a inovação verde.
- c) Investimentos públicos em reforço e formação de capacidades, paralelamente a um fortalecimento da administração internacional.
- d) As políticas públicas também podem assegurar que os benefícios de um setor mais ecológico desencadeiem benefícios de sustentabilidade mais amplos em outros setores.

Sob essas perspectivas, com o apoio de políticas públicas adequadas e uma conscientização da população sobre o tema, o Brasil pode se tornar um dos países que mais rapidamente venha se consolidar enquanto economia verde, pois esse detém grande potência ambiental que deve ser preservada para garantir que as futuras gerações tenham uma melhoria na qualidade de vida, contribuindo, dessa forma, com o meio ambiente além de tornar nosso país um exemplo.

6- MINAS GERAIS: CONJUNTURA ECONÔMICA E LIDERANÇA NA MINERAÇÃO

Minas Gerais, o terceiro estado brasileiro de maior índice do PIB, possui em seu território algumas subdivisões econômicas, como no Vale do Jequitinhonha o plantio de eucalipto que serve na produção de Carvão Vegetal – que além de inibir o plantio de outras espécies nessa área, faz com que sejam emitidos gases poluentes na produção do carvão, agravando ainda mais a poluição - no Vale do Aço com a produção do mesmo; no Triângulo Mineiro, o Polo Agropecuário; Sul de Minas, com o Vale da Eletrônica e, por fim, o Quadrilátero Ferrífero, onde se localizam as mineradoras, tais como: Vale do Rio Doce, Mineradora Lagoa Seca, dentre outras.

O Quadrilátero Ferrífero composto pelas cidades de Belo Horizonte, Mariana, Congonhas, Santa Bárbara, Sabará, Rio Piracicaba, Casa Branca, Itaúna, Itabira, Nova Lima, Ouro Preto, dentre outras é a área mineira mais abundante em minério de ferro, além disso, é de grande importância para o desenvolvimento econômico

estadual, impulsionando, o setor industrial, principalmente, de segmento siderúrgico.

A ação antrópica - aquela cuja é resultante da intervenção do homem - nessa área, como construções de mineradoras, induzem o desmatamento de áreas naturais, além de gerarem a poluição do lençol freático e do solo, a perda de biodiversidade, descarte inadequado de resíduos perigosos e erosões.

Os problemas detectados deixam em risco a integridade ambiental da região mineira. Por esse motivo, a Vale do Rio Doce criou alguns programas de sustentabilidade para amenizar os danos causados pela industrialização, tais procedimentos são: o combate à poluição – investimento no aprimoramento dos sistemas de controle da poluição e em práticas operacionais e tecnologias que minimizaram as emissões atmosféricas, assim regularam a qualidade do ar em áreas de influência; gestão de produtos químicos – a utilização de meios que identificam, minimizam e eliminam os perigos causados pelo manuseio de produtos químicos; recursos energéticos – desenvolvimento no projeto de uso de fontes renováveis e na sistematização de informações de consumo de energia. Além disso, a empresa possui um programa de gestão territorial: “A Vale contribui para o desenvolvimento social, econômico e ambiental nos territórios onde está presente. Reconhecemos que esse desenvolvimento só pode ser alcançado por meio da participação dos diversos públicos e utilizamos nossa capacidade de articulação para integrá-los”. (Sustentabilidade. Gestão Ambiental. 2010. Disponível em <<http://www.vale.com.br/ptbr/sustentabilidade/gestaoambiental/paginas/default.aspx>>. Acesso em 13 abr. 2012.)

7- A ECONOMIA VERDE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL

Sob a perspectiva de Coelho (2012) - professor titular de Direito Ambiental e pesquisador da Universidade Federal de Goiás -, os três pilares constituintes da economia verde, apesar de importantes, não são suficientes para garantir o desenvolvimento sustentável, tanto em aspectos ambientais quanto sociais; seria viável, segundo esse, a consideração da Constituição de 1988 por estabelecer outras formas que resultariam na sustentabilidade, como o desenvolvimento político e a própria sustentabilidade cultural. Entendimento contrário ao de Custódia (2012) – professora titular de Direito Ambiental da Universidade Newton Paiva -, que considera os pilares como um modo de garantia efetiva para que os negócios atendam aos interesses ambientais e, obviamente, ao interesse da sociedade.

Ainda sob a visão de Coelho (2012) e Custódia (2012), ao relacionar questões que podem ser feitas dentro do Direito Am-

biental considerando a equidade social, a eficiência no uso dos recursos naturais e a baixa emissão de carbono, também há discordância quanto ao entendimento de ambos. Coelho (2012) considera necessário, além da racionalização do uso de recursos naturais e a aquisição do uso de tecnologias que permitam ressaltar a produção em detrimento ao uso de matéria prima, a aquisição também da ideia do "Poluidor pagador e Usuário pagador" ao maximizar a lógica da economia verde, assim como a admissão da cobrança pelo uso desses recursos disponíveis. Já Custódia (2012) ressalta a necessidade de conscientização da sociedade, que apresenta problemas relacionados à corrupção e individualidade, além do fato de que o desenvolvimento sustentável é taxado como um dos princípios do Direito Ambiental pelo qual se pauta as leis ambientais, assim como considera Mazzuoli *et al* (2008) em relação à sustentabilidade.

De acordo Mazzuoli *et al* (2008), o desenvolvimento sustentável, originado em 1972 na Conferência de Estocolmo, pode ser considerado como o princípio supremo dentre os existentes no Direito Ambiental. Esse garante aptidão ambiental I - tanto para a atual sociedade quanto para as próximas gerações - através da harmonia entre aspectos econômicos e sociais, junto da preservação dos recursos naturais disponíveis e do equilíbrio ambiental incluído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 6.803, de 03/07/1980, ao estabelecer normas básicas para o zoneamento industrial e especialmente pelo inciso I do artigo 4º, firmada pela Lei 6.938 de 318/1981, a "compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" como um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Ainda segundo Mazzuoli *et al* (2008), a Constituição Federal de 1988 possui inúmeras referências sobre o princípio referencial do Direito Ambiental, tendo como exemplo o artigo 170 que enuncia como um dos preceitos gerais da atividade econômica, a defesa ambiental. Assim como garante o direito fundamental de propriedade que atenda a sua função social nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º, de forma a amparar sua tese ao estabelecer no artigo 186 os critérios qualificantes de tal função: "I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

8- CONCLUSÃO

A Economia Verde e o Desenvolvimento Sustentável são os assuntos mais abordados atualmente, por conta do aniquilamento que a economia capitalista vem fazendo em nosso planeta.

Os pilares da Economia Verde constituem-se como forma de um triângulo, onde o ápice é o desenvolvimento econômico, e na lateral encontra-se a máxima proteção ao meio ambiente - pois não tem como usufruir do meio ambiente sem poluí-lo - e o desenvolvimento social. E para a realização do mesmo nas sociedades, esses três fatores têm que caminhar juntos, caso contrário, não ocorrerá nem em longo prazo, como nos relatou a professora titular de Direito Ambiental do Centro Universitário Newton Paiva, Maraluce Custódia. Além disso, vale ressaltar que para a redução dos danos no meio ambiente, não basta somente uma conscientização dos mentores do sistema capitalista, a população também possui um papel importante na diminuição dos estragos no meio ecológico.

O objetivo em trabalhar com o tema Economia Verde foi com o intuito de avaliar a eficácia do mesmo para a amenização dos danos do nosso meio ambiente e se seus princípios condizem com que os países ligados ao Rio+20 vêm praticando em seus territórios. Contudo, durante nossas pesquisas e análises sobre o tema, chegamos à conclusão que a economia verde é apenas uma nova nomenclatura do Desenvolvimento Sustentável, e a ligação entre os mesmos ocorre por serem sinônimos, e no âmbito jurídico ambiental por terem o mesmo significado e a mesma relevância.

REFERÊNCIAS

ALLEGRETTI, Mary Helena. Reservas extrativistas: parâmetros para uma política de desenvolvimento sustentável na Amazônia. In: ARNT, Ricardo (org.). *O destino da floresta: reservas extrativistas e desenvolvimento sustentável na Amazônia*. Rio de Janeiro: Relumê Dumará, 1994. 276p.

ARNT, Ricardo. A sombra de Gandhi. *Revista Planeta*. 2011. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/revistaplaneta/edicoes/470/artigo242397-2.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

AYRES, Robert *et al*. Rumo a uma economia verde: caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza: síntese para tomadores de decisão. *PNUMA*. 2011. Disponível em: <http://www.pnuma.org.br/admin/publicacoes/texto/1101-GREENECONOMY-synthesis_PT_online.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2012.

CUSTÓDIA, Maraluce Maria. *A economia verde sob a perspectiva do direito ambiental*. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva. Entrevista dada aos alunos do Centro Universitário Newton Paiva.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. *A economia verde sob a perspectiva do direito ambiental*. Goiás: Universidade Federal de Goiás. Entrevista dada aos alunos do Centro Universitário Newton Paiva.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. *Quadrilátero ferrífero*. Equipe Brasil Escola. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/geografia/quadrilatero-ferrifero.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

FRISCHTAK, Cláudio R. O Brasil e a economia verde: fundamentos e estratégia de transição. In: *Política ambiental economia verde: desafios e oportunidades / conservação internacional*. Belo Horizonte: Conservação Internacional, n. 8, jun. 2011.

Leis Ambientais Brasileiras. *Ecologia e Saúde*. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/leis_ambientais.htm>. Acesso em: 13 abr. 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. BARROZO, Helena Aranda. TESHIMA, Márcia. *Novos estudos de direito internacional: contemporâneo*. Londrina: Eduel, 2008.v.1.

NETO, Luísa. *Novos direitos ou novos(s) objecto(s) para o Direito?*. Porto: U.Porto Editorial, 2010.

NOVAES, Washington. Eco-92: avanços e interrogações. *Estudos avançados*. [online]. v.6, n.15, p. 79-93. 1992. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141992000200005>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

PASSOS, Priscilla Nogueira Calmon de. A conferência de Estocolmo como ponto de partida para a proteção internacional do meio ambiente. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba: UniBrasil - Faculdades Integradas do Brasil. v.6., 2009.

PNUMA, Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. *Comunicados*. Nairóbi, 2011. Disponível em: <http://www.pnuma.org.br/comunicados_detalhar.php?id_comunicados=125>. Acesso em: 11 abr. 2012.

PNUMA, Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. *PNUMA no Brasil*. Disponível em: <<http://www.pnuma.org.br/interna.php?id=44>>. Acesso em 11 abr. 2012.

PORTAL BRASIL. Rio+20. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2010/01/06/rio-20>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

Rio+20. Em questão edição nº 958. 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2010/01/06/rio-20>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

SOUSA, Rainer. *Era Vargas: Estado novo. Equipe Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiab/vargas.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

VALE. Sustentabilidade. Direitos Humanos. 2010. Disponível em: <<http://www.vale.com.br/pt-br/sustentabilidade/direitos-humanos/paginas/default.aspx>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

VALE. Sustentabilidade. Gestão Ambiental. 2010. Disponível em: <<http://www.vale.com.br/ptbr/sustentabilidade/gestaoambiental/paginas/de>

fault.aspx>. Acesso em: 13 abr. 2012.

(Endnotes)

1 Alunos (as) do primeiro período Direito-sala 661M- da faculdade de ciências sociais aplicadas do Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: paulinhacampos_2012@hotmail.com; jehamada@hotmail.com; karlamcarvalho@gmail.com; leticia_pc94@hotmail.com; losampaio@hotmail.com; raykamoreira@hotmail.com.

2 Professora adjunta de Língua Portuguesa da faculdade de ciências sociais aplicadas do Centro Universitário Newton Paiva. E-mail: shyрма@terra.com.br.

3 A *_pegada ecológica_* é um termo utilizado para mostrar até que ponto a forma de viver está de acordo com a capacidade do planeta de oferecer, renovar seus recursos naturais e absorver os resíduos que é gerada ao longo dos anos. Fonte: WWF. Disponível em <http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/pegada_ecologica/o_que_e_pegada_ecologica>. Acesso em: 13 abr. 12.

4 Apud Amt (2011)

5 Os Créditos de Carbono são certificados gerados por projetos que reduzem ou absorvem emissões de gases do efeito estufa. Os compradores desses créditos são empresas ou governos de países desenvolvidos que precisam alcançar metas (instituídas pelo Protocolo de Quioto, pela própria empresa ou outros programas) de redução destas emissões, e os vendedores são diversificados dependendo do país de origem do projeto. Fonte: Revista Meio Ambiente. Disponível em <<http://www.revista.meioambiente.com.br/2008/03/28/creditos-de-carbono/>>. Acesso em: 13 abr. 12.

6 O Radar Rio+20 trata-se de um portal destinado aos profissionais de mídia para auxiliar na cobertura da Rio+20. Fonte: Portal Rio+20. Disponível em: <<http://rio20.net/pt-br/iniciativas/radar-rio20-por-dentro-da-conferencia-das-nacoes-unidas-sobre-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 01 mai. 12.

7 A Declaração do Rio estabelece uma nova e justa parceria global sob a conclusão de acordos internacionais que respeitam os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento. Fonte: MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>. Acesso em: 13 abr. 12.

8 Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Diretora Executiva da Pós-Graduação em Direito das Autarquias Locais e do Urbanismo da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

GUARDA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE À LUZ DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Valéria Edith Carvalho de Oliveira¹
Luiza Helena Messias Soalheiro²

RESUMO: O fim de um relacionamento muitas vezes se dá de maneira traumática para um dos pares e os conflitos ocultos existentes por ocasião deste evento pode levar um dos genitores a estabelecer uma conduta perversa em relação aos filhos, muitas vezes sem perceber o mal causado aos menores. Nesta condição um dos pais passa a utilizar os filhos como meio para atingir o outro. Os danos identificados apresentaram-se extremamente negativos aos filhos, que tornam-se vítimas dos próprios pais. Para evitar esta disputa perniciososa aos filhos a guarda compartilhada apresenta-se como uma alternativa, entretanto algumas considerações devem ser feitas para avaliar a efetividade deste instrumento como meio assecuratório dos direitos e interesses dos menores.

PALAVRAS-CHAVE: guarda; guarda compartilhada; interesse do menor.

ÁREAS: Direito Civil. Direito de Família

I - INTRODUÇÃO

A ruptura de um casamento ou de uma união estável em que há filhos, sempre gera polêmica no momento de decidir qual genitor será responsável pela guarda dos infantes, uma vez que o desmembramento da família já traz por si só uma problemática. O fim do casamento, da união estável, ou simplesmente o fato dos pais não conviverem, em nada altera o poder familiar, sendo a guarda um dos elementos a ele inerente, entretanto pela separação física é inevitável, e necessário, fixar-se a guarda, como medida regulamentadora da posse dos filhos por um dos genitores, e asseguradora da proteção aos interesses do menor.

Os pais podem decidir amigavelmente qual a melhor forma de criarem os filhos diante dessa ruptura conjugal, seja estabelecendo guarda, horário de visitas do genitor não guardião, pagamento de despesas, entre outras decisões, ou recorrerem ao Poder Judiciário para que um de seus membros determine a guarda judicial.

É inegável que a guarda decidida pelos pais traz benefícios únicos. Nada melhor que os próprios genitores decidirem uma situação que diz respeito exclusivamente à sua família. Contudo, há casos em que o fracasso do relacionamento afetivo do casal não permite aos genitores tomarem uma decisão que represente o melhor interesse do filho, sendo necessária a interferência de um terceiro, normalmente um Juiz de Direito das Varas de Família, para determinar o que é melhor para o menor naquela situação. A preocupação e interesse na preservação dos interesses do menor podem ser classificados como um princípio jurídico assim

identificado, nas palavras de Rolf Madaleno:

Prevalece o princípio dos melhores interesses da criança (the child's best interests and its own preference), ao considerar como critério importante para definição da guarda apurar a felicidade dos filhos e não os de se voltar para os interesses particulares dos pais, ou para compensar algum desarranjo conjugal dos genitores e lhes outorgar a guarda como um troféu entregue ao ascendente menos culpado pela separação, em notória censura àquele consorte que, aos olhos da decisão judicial, pareceu ser o mais culpado, ou quiçá o último culpado pela derrocada nupcial. (MADALENO, 2010, p. 352)

Neste caso deve o magistrado decidir sobre a custódia dos filhos, optando por uma das modalidades de guarda, tendo em vista, sempre, as necessidades específicas do filho, bem como a distribuição de tempo necessário deste com o pai e com a mãe.

II - ALGUNS MODELOS DE GUARDA

A atual Constituição Brasileira estabeleceu em seu art. 226§5º a igualdade para homens e mulheres no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, cabendo a titularidade e exercício do poder familiar a ambos os genitores.

Solvido o relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC

1.632). *O exercício do encargo familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio dos genitores, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos (CC 1.579). Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. (DIAS, 2010, p.420)*

A guarda é um dos consectários jurídicos do poder familiar, poder este que não é alterado, limitado, nem suprimido pela ausência de convivência sob o mesmo teto, exceto no que tange ao direito de ter o filho em sua companhia.

O tema encontra tratamento legislativo tanto no Código Civil, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990).³

Dentro deste universo é possível identificar diferentes modelos de guarda nos quais os filhos podem ter como guardiões apenas um dos pais, os dois, um e outro alternativamente, e ainda a fixação da guarda com um terceiro, aplicável esta última hipótese no caso de adoção, tutela, ou na possibilidade de não se verificar as condições adequadas para permanência do menor junto com nenhum dos genitores.

O modelo de guarda unilateral é aquela em que a guarda dos filhos fica sob a responsabilidade de um dos genitores, cabendo ao outro fiscalizar a manutenção e educação do filho e o direito-dever de visitação. Estes poderes-deveres têm previsão legal nos artigos 1.583§3º e 1.589 do Código Civil, enquanto a apresentação conceitual encontra-se no §1º do art. 1583 do mesmo diploma legal.⁴

Quando a guarda unilateral é atribuída a um dos genitores a escolha deve levar em conta a análise daquele que apresenta melhores condições para exercer a guarda, assim considerada maior aptidão para proporcionar aos filhos afeto, segurança, saúde, educação e outros elementos fundamentais ao digno desenvolvimento de um menor.

O genitor não guardião não tem poder de ingerência sobre as decisões tomadas pelo guardião. A guarda assegura a este as escolhas e formas de condução dos assuntos de interesse do filho do casal. Em caso de divergência resta ao genitor discordante a discussão judicial da questão.

Outro modelo de guarda que pode ser adotado se refere à guarda alternada, na qual a criança permanece por períodos de tempos que podem ser de quinze dias, uma semana, um mês ou até um ano, na casa de um dos genitores, que exercerá a guarda do filho com todos os atributos que lhe são inerentes e posterior-

mente, ao fim desse período, o outro exercerá a guarda, assim alternativamente. O guardião que não detém a guarda durante o período estabelecido, tem o direito de visitar os filhos e o de fiscalização. Esse modelo de guarda é fortemente criticado tanto pela doutrina como pelos Tribunais, haja vista que pode não assegurar da melhor forma o interesse do menor, criando uma situação de incerteza entre os filhos uma vez que a mudança frequente de guardião pode trazer danos irreversíveis na estrutura psíquica do sujeito.

Positivado ainda na codificação civil encontra-se o modelo de guarda compartilhada, recentemente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei 11.698/08, também denominada guarda conjunta, e foco das luzes do presente trabalho.

A referida Lei alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil e fez surgir a guarda compartilhada como uma possibilidade dos pais que não vivam sob o mesmo teto exercerem conjuntamente os direitos e deveres referentes ao poder familiar.

Apesar de tratar-se de um mesmo arranjo familiar, que divide entre os pais as responsabilidades relativas aos filhos, Dimas Messias de Carvalho informa sobre interessante distinção doutrinária entre guarda conjunta e guarda compartilhada:

Na guarda conjunta o menor possui moradia com apenas um dos genitores, mantendo livre a visitação do outro, ou seja, apenas um possui a guarda física, mas o outro participa de todas as decisões no seu exercício, ambos os pais exercem e partilham conjuntamente a autoridade e decisões.

Na guarda compartilhada propriamente dita ou dividida também a guarda física é dividida, vivendo o menor alguns períodos com o pai e outros com a mãe. O filho possui dois lares, dividindo o período de vida entre as residências dos genitores, sendo que a autoridade parental é exercida por ambos conjuntamente. (CARVALHO, 2010, p.63)

Na definição de Waldir Grisard Filho:

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

(GRISAR FILHO, 2010, p.91)

A compreensão deste modelo, que tem o propósito de melhor preservar os interesses familiares envolvidos, com destaque para aqueles voltados para o menor, merece análise aprofundada e algumas considerações exploradas nos capítulos seguintes.

III - ORIGEM HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada não é novidade no mundo jurídico, surgiu nos anos 60, na Inglaterra, onde houve a primeira decisão favorável a guarda compartilhada, *"joint custody"*, tradução literal de "guarda conjunta". Da Inglaterra expandiu-se para a Europa encontrando terreno fértil na França e de lá ganhando espaço no Canadá, Estados Unidos e posteriormente em países da América do Sul, como Argentina e Uruguai.

A origem desta modalidade de guarda, ainda no sistema *Common Law*, na Inglaterra, encontra justificativa no desequilíbrio e desigualdade da atribuição da guarda e poder de decisão sobre a vida do filho a apenas um dos genitores, com tendência nitidamente favorável a um ou outro conforme o momento histórico.

Assim é que a common Law reconhecia ao pai, e não à mãe, o natural e único guardador dos filhos. Era ele o encarregado da educação escolar e religiosa, e, em troca dos trabalhos dos menores - estes eram importante fator de produção -, era o responsável por sua manutenção. Os filhos eram considerados propriedade do pai e isto explicava as decisões em matéria de separação, fundadas numa realidade econômica: os pais tinham melhores condições de sustentar os filhos. (GRISAR FILHO, 2010, p.129)

A revolução industrial provocou o deslocamento das famílias para os centros urbanos e os homens passaram a trabalhar em fábrica e oficinas, ficando as mulheres com o encargo da criação dos filhos. A atenção dos pais voltou-se então, muito mais para o trabalho, com o intuito de prover as necessidades da família, do que para a criação dos filhos. A preferência legal da guarda então, transmuta-se para a mãe, permanecendo assim até a década de 60, sendo o pai excluído da participação direta na educação dos filhos.

Entretanto, um novo fator social modifica esta situação. A partir da segunda metade do século XX ocorre de forma significativa o reingresso da mulher no mercado de trabalho, sendo exigida uma nova postura do pai no âmbito familiar, sobretudo no tocante à participação efetiva na criação e educação dos filhos. Identificado que o modelo "pai provedor e mãe dona de casa" não represen-

tava bem a realidade e que o envolvimento do pai na criação dos filhos, só traria benefícios a estes, novas possibilidades abriram-se no tocante à guarda e visitas. A guarda compartilhada apresentou-se então, como um meio para pais que não viviam mais sob o mesmo teto exercerem da mesma forma a autoridade parental sob seus filhos.

Esta ideia foi ganhando território com o desenvolvimento da sociedade e com a repercussão no Direito como um todo. Na França, houve a modificação do Código Civil Francês em 1987, que passou, então, a possibilitar a guarda compartilhada.⁹

Em Portugal, eram proibidos expressamente outros tipos de guarda que não fosse a guarda unilateral. A Lei 84/1995, de 31 de agosto modificou o Código Civil Português, permitindo a ambos os genitores acordarem conjuntamente sobre situações relativas à vida dos filhos.

No Brasil, a noção de guarda compartilhada ou pelo menos a possibilidade de se adotar esse modelo de guarda, surgiu com a Lei 6.515/77, que instituiu o divórcio, estabelecendo em seu artigo 27 que *"o divórcio não modificará os direitos e deveres em relação aos filhos"*. Desta feita, tanto homem como a mulher podem exercer a função parental, seja conjuntamente ou não. Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, essa ideia foi reafirmada, dispondo em seu artigo 5º, I, *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações"* e ainda no mesmo diploma legal, em seu artigo 226, § 5º, *dispõem que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher"*.

No Código Civil Brasileiro, disposições expressas relativas à guarda compartilhada foram introduzidas com a Lei 11.698/08, que alterou a redação dos artigos 1583 e 1.584 do citado diploma legal.

IV - APLICAÇÃO PRÁTICA DA GUARDA COMPARTILHADA COM VISTAS À PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A legislação brasileira prevê a possibilidade de estabelecimento da guarda compartilhada tanto pode ser requerida por consenso pelos pais quanto pode ser decretada pelo juiz, no caso de ausência de acordo. Quando há a livre composição dos pais sobre o assunto fica fácil antever os benefícios para o menor advindo desta modalidade de guarda viabilizada por um diálogo maduro entre os pais, entretanto é merecedora de debate a hipótese da conferência da guarda compartilhada àqueles que não conseguiram livremente compor sobre este assunto. A incapacidade de chegarem a um consenso sobre a guarda de seus filhos independentemente do auxílio de diversos operadores do direito e demais profissionais envolvidos no processo judicial, denota, por si só, a inadequação desta medida?

A ruptura de qualquer casal, por mais conscientes que estejam os envolvidos e mesmo que a situação se desenvolva em um ambiente tranquilo, é dolorosa principalmente para os filhos que presenciam a destruição do relacionamento afetivo dos seus pais. É nesse momento que os genitores devem ter esclarecimento e bom senso para distinguir a ruptura da vida amorosa da não ruptura da comunidade de pais, mas, lamentavelmente, nem sempre isso ocorre.

Após o divórcio ou a dissolução da união estável, frequentemente os genitores encontram-se tomados por sentimentos de raiva, mágoa e tristeza pelos quais se deixam levar e transferem o fracasso do relacionamento para os filhos, provocando um desgaste na relação entre pais e filhos. Há situações tão graves nas quais um dos cônjuges ou companheiro não superou a ruptura, que ignora totalmente a figura do ex-cônjuge, afastando o outro genitor do filho e em casos mais graves, criando uma imagem distorcida daquele genitor no imaginário da criança, o que caracteriza os denominados casos de alienação parental. A indagação que se faz é se nesse ambiente hostil e conflituoso de um divórcio litigioso os genitores conseguirão dividir a responsabilidade nas decisões referentes à saúde, educação, residência e bem estar dos filhos, exercendo de forma comum as prerrogativas de uma guarda.

Primeiro ponto a mencionar refere-se ao fracasso do casal de não conseguir resolver o divórcio de forma consensual, o que muitas vezes ocorre por motivos aparentemente ocultos, como o sentimento de traição, perda, etc. Como já tratado anteriormente, o fim do casamento e os conflitos ocultos ali presentes e não resolvidos, quiçá mal resolvidos, cega de tal forma os envolvidos que acabam deixando extrapolar os efeitos negativos desta ruptura para os filhos. Se os genitores estão em litígio e não conseguem resolver a partilha de bens, a renúncia de pensão entre eles, não conseguem diferenciar a relação conjugal da parental, nem decidir sobre a guarda dos filhos, não faltaria razoabilidade ao considerar hipótese da inviabilidade de um exercício comum e efetivo da guarda compartilhada, tendo em vista que o acordo, o bom senso e a boa vontade neste sentido são princípios para eficácia desse modelo de guarda.

Lado outro, seria muito razoável imaginar que um casal que tenha diálogo tranquilo sobre os temas pertinentes à família, mais especificamente quanto àqueles que envolvam os filhos, consiga, de maneira absolutamente harmônica, manter o exercício conjunto da autoridade parental.

O legislador estabeleceu a guarda conjunta como a preferencial para os casos em que não tenha sido possível o acordo entre pai e mãe.

O artigo 1583, § 2º do Código Civil estabelece:

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto a guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Louvável a proposta legislativa de impor os deveres conjunto da guarda aos pais, mas fica uma dúvida: pais que não consigam acordar sobre a guarda do filho teriam condições de compartilhar as responsabilidades de uma guarda conjunta? Certamente a resposta só pode ser encontrada com luzes em foco sob o caso específico. A maturidade do casal deve ser apurada caso a caso para se identificar a adequação da medida.

Para que o texto legislativo em comento reflita as demais normas familistas, bem como as assecuratórias dos direitos dos menores não é cabível a interpretação de que a guarda compartilhada deva ser aplicada preferencialmente em casos de dissenso entre genitores sobre este tema. Casais em conflito, com diferenças mal resolvidas podem acabar por prejudicar o desenvolvimento e processo educacional do menor, ao tentarem compartilhar as responsabilidades em relação ao filho.

Mesmo existente o conflito é certo que a maturidade e tranquilidade para discutir e resolver em conjunto as questões do menor, analisando a conveniência da proposta apresentada por um dos genitores, e a capacidade de respeitar esta decisão em momento futuro são elementos imprescindíveis. Por maiores que sejam as diferenças e desavenças entre os genitores em um ponto o diálogo deve ser possível e frutífero: o bem estar do menor.

Sabe-se que mágoas decorrentes de um relacionamento afetivo que muitas vezes termina com questões emocionais ou financeiras pendentes, acabam interferindo na convivência familiar. Lamentavelmente a realidade mostra que os filhos neste embate entre genitores acabam virando uma "arma" de ataque e agressões. A consequência são danos psicológicos ao menor que determinarão marcas negativas durante toda sua existência.

Não obstante, tratando-se de relações entre pessoas, a riqueza de possibilidade não permite descartar a possibilidade de pais que mesmo com questões afetivas pendentes entre si, tenham sempre como prioridade o bem estar do menor e em nome deste amor paterno/materno-filial consigam de maneira respeitos e harmônica conduzir todas as questões referentes à vida do filho infante. São casos felizes de alcance do objetivo almejado pelo dispositivo do Código Civil. A responsabilidade e amor pelos filhos prevalecem sobre diferenças pessoais. Entretanto, a conveniência desta escolha pelo magistrado só é possível mediante um estudo da família e das condições dos pares envolvidos no litígio, feito por profissionais especializados.

Assim, se delinham os exatos contornos do disposto no artigo retro citado, 1583, § 2º do Código Civil, que prevê a aplicação prio-

ritária da guarda compartilhada, *sempre que possível*. Esta possibilidade é o que se busca apurar no processo, especialmente no momento em que há proposta e explicação para os genitores desta modalidade de guarda, no momento em que o juiz forma seu convencimento a partir do contato com os mesmos, em que se realiza estudo psicossocial da família e em alguns casos, em que até mesmo o menor é ouvido.

A busca para se verificar a possibilidade da guarda compartilhada em caso de falta de acordo entre os genitores é criteriosa e visa sempre o bem estar e proteção do menor. Esta proteção é ampla e engloba, dentre outros, os direitos do menor a uma vida que lhe contemple saúde, educação, moradia digna, respeito, formação psíquica saudável, e, sobretudo o direito à convivência familiar, elemento que indiscutivelmente inclui a participação efetiva dos genitores na vida do filho. Diante dos preceitos constitucionais apresentados pelos artigos 227⁶ e 229⁷ da Carta Magna Brasileira, que assegura prioridade na defesa dos interesses do menor, outra conclusão não seria possível.

Assim, identificando-se que os genitores, independente de qualquer diferença pessoal, tem maturidade suficiente para compartilhar a guarda, o benefício maior se reflete no filho, que certamente terá orientações que reflitam valores de ambos os pais e além de tudo, a percepção da preocupação, interesse e participação de ambos os genitores em sua vida. Este é o maior diferencial e vantagem para o menor, trazido por este modelo de guarda, e que devem ser perseguidos à exaustão nos processos familistas.

V – CONCLUSÃO

Na guarda compartilhada ou unilateral o que sempre deve prevalecer é o melhor interesse da criança. Assim, independentemente do modelo de guarda adotado se deve buscar a preservação dos direitos e garantias fundamentais do menor, dentre eles saúde, educação, lazer e moradia.

Entretanto o dever dos pais se estende além da questão patrimonial, e dos cuidados com saúde, educação, moradia e lazer, também consiste no de proporcionar afeto aos filhos, dar carinho, possibilitando que os filhos vivam em um ambiente amoroso e não em um lugar conflituoso. O afeto é elemento fundamental para formação e desenvolvimento sadio das pessoas, sendo dever dos pais não omitir o afeto necessário para a formação plena dos filhos, uma vez, que falta de afetividade na formação da criança pode gerar sequelas psicológicas e comprometedoras na formação de um adulto.

A guarda compartilhada permite igualitária participação de ambos os genitores na vida do filho, e isto tem reflexo positivo na formação do mesmo, pois lhe faz perceber, quando assim efetiva

os pais exercem esta guarda, que a preocupação, o interesse, e, sobretudo, o que isto tudo deixa transparecer, o amor inabalado pela separação conjugal, são uma realidade na vida deste filho.

Isto é o almejado socialmente: a possibilidade de uma saudável e benéfica convivência familiar após a ruptura do vínculo entre genitores. A guarda compartilhada é interessante instrumento para tanto, porém a maturidade dos pais para, independentemente de qualquer diferença, decidir sobre os interesses dos filhos é condição inarredável para o sucesso e a efetividade da medida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a lei nº 11.698/2008. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, v.10, n. 6, p. 36-59, out./nov. 2008.

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Guarda e tutela na prática forense*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, Ciência jurídica, 1998.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRISAR FILHO, Waldir. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda: conforme o estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

LACERDA, Galeno. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINHEIRO, Thayse de Paula; SILVA, Maria Izabel. O exercício da guarda compartilhada sob a perspectiva do serviço social. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 13, n. 23, p. 41-56, ago/set. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Sílvio Paulo Brabo; RODRIGUES, Oirama Valente Santos Brabo. *Manual da guarda no direito da criança e do adolescente: doutrina, jurisprudência, prática e legislação*. Belém: CEJUP, 1997.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 7 v.

VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção: no estatuto da criança e do adolescente*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Direito civil: direito da família*. 17. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009.

(ENDNOTES)

1 Advogada. Mestre em Direito Privado. Especialista em Direito Empresarial. Professora no curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 Aluna do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

3 Mesmo precedendo o ECA ao Código Civil em mais de uma década, não se vislumbra contradição entre as duas leis, salvo no tocante à denominação pátrio poder, presente no ECA, e substituída por poder familiar no Código Civil.

4 Código Civil: art. 1583 § 1o: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o)(...)

5 O Art. 287 do Código Civil Francês passou a contar com a seguinte redação: "Conforme o interesse das crianças menores, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, depois que o juiz colheu suas opiniões, quer por um deles. No caso de exercício em comum da autoridade parental, o juiz indica o genitor na casa de quem as crianças tem sua residência habitual".

6 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde,

à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

7 Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

APLICABILIDADE DA LEI 8.009/90 PARA DEVEDORES SOLTEIROS

Leandro Henrique Simões Goulart¹

Lucas Alves de Andrade Rocha²

RESUMO: O presente artigo tem como objeto abordar alguns aspectos da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família – Lei n° 8.009/90 – uma lei que visa proteger o bem imóvel residencial da entidade familiar ou casal, não sendo objeto de execução por qualquer tipo de dívida, comercial, fiscal ou previdenciária. Ocorre que a Lei busca proteger somente a entidade familiar e o casal, não abordando sobre as demais pessoas, solteiras, viúvas, divorciadas, que possuem dívidas e um único imóvel residencial. Analisando a constitucionalidade da Lei 8.009 no ordenamento jurídico brasileiro, as mudanças oriundas do Código Civil de 2002, juntamente com a Constituição de República de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Impenhorabilidade do Bem de Família, Direito a Moradia, Devedor Solteiro.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil; Direito Processual Civil; Direito Constitucional.

1- INTRODUÇÃO

O inadimplemento de uma obrigação, quando um devedor não cumpre com sua obrigação, gera ao credor a possibilidade de obtenção da satisfação de seu crédito através de uma execução judicial, aplicada pelo Estado exercendo seu poder jurisdicional.

Em 29 de Março de 1990, entrou em vigor a Lei 8.009, que substituiu os artigos 70 a 73 do Código Civil de 1916, garantindo que o imóvel destinado ao bem de família em regra é impenhorável.

Todavia, não houve menção expressa na lei se o bem imóvel adquirido e residido somente por uma pessoa, solteira, é passível de impenhorabilidade nos casos de dívidas civil, comercial, previdenciária, fiscal ou de outra natureza, fato que trouxe aos estudiosos do Direito grande dificuldade na aplicabilidade da lei.

Devido aos diferentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, não é tão fácil, determinar os limites de tal proteção. Observa-se que as normas que protegem o imóvel do indivíduo têm além da preservação da sua dignidade, possui uma utilidade social colossal.

Este artigo compreende em analisar e compreender as mudanças e as consequências trazidas pela Lei 8.009/90, a qual trouxe novo entendimento sobre a aplicabilidade da impenhorabilidade do imóvel de um casal, ou entidade familiar. Verificando sua aplicabilidade aos devedores solteiros.

Nesse sentido, será analisada a Lei 8.009/90 e sua aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro, bem como os entendimentos atuais da jurisprudência e doutrina, uma vez

que toda Lei tem uma finalidade social, buscando atender os anseios da sociedade.

2- BREVE HISTÓRICO

Para os romanos a obrigação contraída por uma pessoa era de grande responsabilidade, sendo que a garantia das obrigações era exclusivamente pessoal, onde o devedor respondia com sua própria pessoa. Pois, para os romanos todos os patrimônios de uma pessoa pertenciam a sua família que se interligava a sua religião, destinada ao culto dos deuses, e assim, sempre inalienável e indivisível.³

A Lei das XII Tábuas dispunha sobre o tratamento dado aos devedores, do qual atingia somente a pessoa e nunca seu patrimônio. Os romanos inadimplentes sofriam vigorosamente por suas dívidas, podendo ser presos, virar escravo do credor, sofrer humilhações em praça pública, e até mesmo serem mortos e esquartejados.

Ao fim da civilização romana com a evolução de seu povo, nos casos de inadimplemento de obrigações, o indivíduo não respondia com seu corpo e sim com o seu patrimônio.

Essa modalidade é mantida ao longo do tempo, sendo legitimada e positivada a proibição do uso da pessoa como satisfação em execuções somente no Código Napoleônico, o Código Civil Francês, outorgado por Napoleão Bonaparte em 1804. Positivando que somente respondia pela execução o patrimônio de um devedor.

Atualmente, o credor para satisfazer seu crédito pode se uti-

lizar do patrimônio do devedor, através da Execução Civil.

O modelo de bem de família adotado no Brasil foi inspirado do modelo americano, conhecido como *homestead* ⁴, instituído pelo Estado do Texas em 1839, onde os habitantes foram isentos de execução judicial por dívidas para imóveis urbanos ou rurais de até 50 acres, devido a uma grave crise econômica. Sendo posteriormente adotado por todo Estados Unidos da América.⁵

O primeiro instituto introduzido no ordenamento jurídico brasileiro veio através do regulamento 737 de 25 de Novembro de 1850, onde alguns bens eram impenhoráveis, mas, o regulamento não isentava da penhora o imóvel residencial do devedor.

A impenhorabilidade do bem de família foi inserida no ordenamento brasileiro somente no Código Civil de 1916, sendo regulado no "Livro dos Bens", nos artigos setenta e sete e três.

Com a promulgação da Lei 8.009/90, disciplina a regra que o bem imóvel destinado ao bem de família é impenhorável, com as devidas exceções abordadas na própria Lei. Com a entrada em vigor do novo Código Civil em 2002, foram trazidas ao tema algumas inovações, nos artigos 1711 a 1722.

No artigo 1712 encontramos a definição legal de bem de família:

O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. (Código Civil de 2002).

Ocorre que com os adventos trazidos pelo novo Código Civil Brasileiro de 2002, juntamente com a Lei 8.009 de 1990, inovou a começar pela permissão para que entidades familiares instituam bem de família. Do qual, bens de família são tratados como inalienáveis, onde se entende que ao devedor deve ser garantido o mínimo de bens para que tenha uma vida digna e que não atinja a dignidade da pessoa humana, ou seja, em regra, existem alguns bens que não podem ser executados para o pagamento de dívidas.

No rol de bens inalienáveis, instituídos no artigo 1º da Lei 8.009/90, encontra-se o imóvel residencial próprio da entidade familiar, posto que o direito pátrio vinculado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana protege o direito a habitação de todos os indivíduos, impedindo que sua residência seja penhorada.

Todavia, não houve menção expressa na Lei 8.009/90 acerca da sua aplicabilidade tendo em vista a moderna concepção de família e se tal instituto pode ou não ser aplicado ao devedor solteiro que resida sozinho.

3- CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO BEM DE FAMÍLIA

Antônio Chaves conceitua o bem de família como um "patrimônio separado, constituído por bem imóvel isento de execução, por dívida posterior à sua instituição pelos cônjuges, por um deles ou por terceiros, vedada a sua alienação ou alteração de seu destino, que é o de garantir, obedecidos os requisitos, limites e formalidades da lei, a estabilidade e o centro do lar, durante a vida de cada um daqueles e dos seus filhos, enquanto menores."⁶ Observa-se que o bem de família é uma forma de garantir um abrigo as famílias, tornando o imóvel um domicílio impenhorável e inalienável, sendo assim um patrimônio com destinação específica.

Nesse sentido, conceitua Álvaro Villaça Azevedo, que "o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completarem sua maioridade."⁷

Sendo assim, o bem de família, no ordenamento brasileiro, é um imóvel - urbano ou rural - que será objeto de proteção do Estado, que, protege a entidade familiar, tornando o domicílio, inalienável e impenhorável, conforme requisitos legais.

Ressalta-se que a família, ente familiar, não é sinônima de sociedade, pela mesma razão, não se atribui ao bem de família como sua propriedade. Desta feita, no tocante a natureza jurídica, conclui-se o bem de família, um patrimônio com destinação específica.

Ensina AZAVEDO, no que tange a natureza jurídica, no ordenamento brasileiro, que "o bem de família é um patrimônio especial, que se institui por um negócio jurídico de natureza especial, pelo qual o proprietário de determinado imóvel, nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com o escopo de garantir a sobrevivência da família, em seu mínimo existencial, como célula indispensável à realização da justiça social."⁸

Assim, deve a família existir com uma proteção efetiva e objetiva do Estado, ou seja, o Estado deve agir através de sua imperatividade, na defesa da família, na sua preservação e manutenção.

4- O BEM DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, existem duas espécies de bem de família. Classificadas em: bem de família voluntário ou convencional e bem de família involuntário ou legal.

O bem de família voluntário ou convencional está disposto e regulado no Código Civil de 2002, do qual gera ao bem instituído, o lar familiar, sua impenhorabilidade e inalienabilidade. Devendo ser constituído tal proteção pelo responsável da entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, observando o limite le-

gal na instituição do patrimônio protegido, conforme disposto nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Já o bem de família legal ou involuntário é uma norma de ordem pública, regulada na Lei 9.009/90, protegendo o domicílio, independentemente do montante ou valores do patrimônio familiar, gerando a impenhorabilidade do bem, escolhido como abrigo familiar.

4.1- Bem de Família no Código Civil de 2002

O bem de família voluntário esta disposto no Código Civil de 2002, Livro IV – Do Direito de Família -, Título II – Do Direito Patrimonial-, Subtítulo IV – Do Bem de Família, artigos 1.711 a 1.722.

Ressalta-se que o bem de família voluntário nasce da vontade dos interessados, ou seja, da iniciativa privada.

Inicialmente observa-se o artigo 1.711, do qual dispõe:

Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Com o advento da Constituição da Republica de 1988, trouxe ao ordenamento mudanças significativas relacionadas ao Direito de Família, uma delas é a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, sendo assim conforme disposto acima ambos possuem capacidade para instituir bem de família, sem se esquecer da entidade familiar, terceiro interessado e o convivente, proveniente da união estável.

Ato este mediante escritura pública ou testamento respeitando o limite de um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, limite este não condizente com a realidade da maioria da população brasileira, uma vez que para instituir um bem de família de um imóvel, deverá o instituidor ser proprietário de no mínimo mais dois imóveis, devido a necessidade de não ultrapassar um terço, frustrando a instituição do bem de família. Ressalta-se que o parágrafo único confere ao terceiro capacidade de instituir bem de família, como mencionado acima, ocorre que não faz menção a reserva de uma parte do patrimônio, como disposto no *caput*.

Desta feita, possui capacidade os cônjuges, companheiros, entidade familiar e o terceiro, desde que possuem capacidade civil, seja proprietário do bem a ser instituído e não seja devedor insolvente, podendo até possuir dívidas, o que não seria compatível com o instituto é a sua realização com o objetivo de fraude (Fraude Contra Credores), ou seja, quem tem dívidas pode instituir bem de família convencional.

Ressalta-se que para sua constituição é necessário seguir algumas solenidades, quais sejam, registrar o bem através de escritura pública no competente cartório de Registro Imobiliário, com a maior publicidade possível, caso contrário o ato será nulo, conforme disposto no artigo 166, inciso IV do Código Civil. Sendo possível a instituição por meio de testamento e no caso do terceiro, mediante testamento ou doação.

5 – O DIREITO À MORADIA

Inicialmente ressalta se que o direito à moradia goza não somente no Brasil, mas principalmente no âmbito internacional de proteção legal, tendo como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos do Homem, do qual o Brasil foi signatário.

Com o passar dos anos, muitos tratados foram realizados no âmbito internacional com o objetivo de proteção ao direito à moradia, tais como: Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ratificando internacionalmente o direito a moradia como um direito humano, tendo como principais característica: a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação.

O Brasil mesmo sendo signatário de muitos tratados do qual aborda a proteção e o direito a moradia, positivou somente no ano de 2000 na Constituição Federal, com a Emenda Constitucional de n° 26, em seu artigo sexto, capítulo II, como direito social o direito a moradia, do qual dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Observa-se que o direito a moradia foi incluído no capítulo dos direitos sociais e nesse sentido nos ensina Alexandre de Moraes, “os direitos sócias caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de di-

reito, tendo como finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura em dos fundamentos de nosso Estado democrático⁹.

Brilhantemente destaca se as palavras de Sérgio Iglesias Nunes de Souza sobre o direito a moradia:

A moradia consiste em um bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. Dessa forma, a moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente a personalidade humana.¹⁰

Diante disso, o direito a moradia é um Direito Fundamental graças a sua positivação pela Carta Magna, recaindo sobre o Estado o dever de proteção através de leis e aplicação de políticas públicas.

Ressalta se que o direito a moradia está condicionado e relacionado ao exercício de outros direitos, principalmente com o direito à vida, à integridade física, à educação, à inviolabilidade do domicílio, ao segredo doméstico, à intimidade, ao sossego, à honra, ao sigilo de correspondência de sua residência, o direito a vida privada, etc., uma vez que a questão da moradia é um problema da sociedade, conseqüentemente do Estado brasileiro.

Pode se caracterizar o direito a moradia sob diferentes enfoques, uma vez que tal direito jamais poderá ser considerado como alienável sendo inerente a cada ser humano, condicionada a personalidade de cada indivíduo. Sendo este (direito) inalienável, imprescritível, irrenunciável, gozando de proteção fundamental.

Recaindo sobre o Estado, em atuação conjunta dos três poderes, o dever e a obrigação de garantir o direito à moradia, tendo como norte os princípios fundamentais, de respeitar, ampliar, proteger e facilitar o acesso a todos os indivíduos a essa garantia fundamental.

Nesse sentido, Sérgio Nunes de Souza descreve que "o exercício deste deve ser mantido, e jamais restringido, independentemente da política administrativa ou executiva, ou de normas do Poder Executivo ou do Legislativo que tratem do assunto" ¹¹.

Sendo assim, toda norma infraconstitucional deverá atender ao preceito constitucional de garantia e proteção a moradia.

6 – BEM DE FAMÍLIA NA LEI 8.009/90

Inicialmente vale conceituar o bem de família disposto na Lei 8.009, de 1990, "é o imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal." O objeto do bem de família é o imóvel, urbano ou rural, destinado à moradia da família, não importando a forma de constituição desta.¹²

Destaca se que a impenhorabilidade do bem de família da Lei em análise é uma norma de ordem pública, em proteção a entidade familiar, uma vez que é à base da sociedade brasileira, conforme dispõe a Constituição Federal.

Ao contrário do bem de família voluntário, instituído pelo Código Civil de 2002, a criação deste bem de família (Lei 8.009/90) independe de formalidades, bastando ao indivíduo residir em um imóvel, rural ou urbano, tornando impenhorável.

Com o advento da Lei 8.009/90, demonstram-se alguns requisitos necessários para a constituição de um bem de família, quais sejam:

- a) O objeto da impenhorabilidade é, principalmente, imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar; bem como os móveis que guardam a residência do casal, seja o imóvel próprio ou simplesmente ocupado.*
- b) Além da propriedade do imóvel ou de sua posse, é necessário que os membros da família nele residam."¹³*

Ante o exposto, vale a pena analisar os principais artigos da Lei 8.009/90.

6.1 – Artigo 1º

O art. 1º dispõe:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Nesta nova modalidade de bem de família, observa-se que além da proteção conferida ao bem imóvel, fora abrangido pelo parágrafo único, a proteção aos bens móveis. Completamente diferente do que é disposto no bem de família voluntário, que não faz nenhuma menção aos bens móveis. Outra distinção é que o bem de família voluntário além de proteger o imóvel da penhora o torna inalienável.

Observa-se que ao criar a norma o legislador protegeu o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar e como o Direito encontra-se em constante mudança, acompanhando a evolução da sociedade, compreende-se como casal, pessoas de diferentes sexos, casadas ou em união estável e até mesmo o casal do mesmo sexo. E como entidade familiar, aquela formada somente por algum dos pais e seus descendentes, ou ascendentes com colaterais. Uma crítica que é necessária destacar é que o legislador não faz menção às pessoas que optam ou acabam vivendo sozinhas, como as solteiras de fato, pessoas viúvas, idosos, divorciadas...

Sendo assim, não se deve interpretar o caput do artigo primeiro de forma restritiva ao enumerar os beneficiários sujeitos a tal proteção. Pois não se pode obrigar alguém a ter ou não uma família, isso afronta a inúmeros princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, este presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade da Lei 8.009/90, para as pessoas solteiras, uma vez que as mesmas necessitam de uma moradia e por infortuno acabam sendo devedora de dívidas civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza.

Ante o exposto, verifica-se que o objetivo exposto no artigo primeiro da lei é de garantir além de condições mínimas para sobrevivência do devedor, garantir a família do devedor uma vida digna, que permita que continuem vivendo no meio social do qual fazem parte.

Destaca-se que "a execução só fica obstada se o débito for do proprietário do bem de família¹⁴", ou seja, a execução somente será cobrada contra o devedor, nunca contra membros de sua família, e, recaindo somente sobre seu patrimônio, excluindo consequentemente os bens de família.

6.2 – Artigo 2º

O artigo segundo dispõe:

Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

Verifica-se que o legislador optou por não incluir como bens de família alguns elementos do qual considera não necessários para uma vida digna do devedor e de sua família.

Sendo assim, cabe ao judiciário analisar nos casos concretos o que pode ou não ser considerado como adornos suntuosos, uma vez que num país de grandes dimensões como o Brasil, de diferentes culturas e padrões sociais o conceito de adorno suntuoso deve ser analisado no caso concreto de acordo com a finalidade aplicada pelo devedor em sua residência.

Em relação às obras de artes, o legislador foi correto, pois não é necessário nenhum objeto artístico para que um ser humano tenha uma vida digna, juntamente com sua família. Não sendo cabível a imobilização do bem, por exemplo, por acessão intelectual.

No parágrafo único do artigo segundo, o legislador, de forma brilhante protegeu os bens móveis que guarnecem a residência do mero possuidor, ocorrendo assim o bem de família móvel legal, também disposto no parágrafo único do artigo primeiro da lei em estudo.

Sendo assim, a lei por ser de cunho social, não faz distinção na proteção a família, sendo o devedor proprietário ou mero possuidor do imóvel, protegendo seus bens móveis, desde que observadas as exigências legais.

6.3 – Artigo 3º

O artigo terceiro dispõe:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;
II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
III - pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Pelo *caput* do artigo analisado, a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução de qualquer natureza, seja de natureza cível, privada, comercial, a penhorabilidade fica impossibilitada devido a proteção ao bem de família, por ser a lei 8.009/90 uma norma de ordem pública e caráter social.

Observa-se que tal oponibilidade é relativa, uma vez que no próprio artigo, existem sete exceções, sem se esquecer das exceções do artigo segundo *caput* (veículos de transporte, as obras de artes e os adornos suntuosos).

Vale a pena destacar cada inciso. Primeiramente analisaremos o primeiro inciso, do qual dispõe que os créditos de trabalhadores da própria residência e suas respectivas contribuições previdenciárias são passíveis de execução contra o bem de família. Tal inclusão se fez necessária uma vez que o crédito trabalhista tem natureza alimentar, sendo fundamental a cada ser humano.

No inciso segundo, inclui-se na execução contra o bem de família o crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato. Tal dispositivo aplica-se aqueles que de má-fé tentem tirar algum proveito da lei, coibindo o enriquecimento sem causa.

Também pode ser penhorado, como disposto no inciso terceiro, o débito alimentar, porque, "à guisa de defender-se a célula familiar, não pode ser negada a proteção existencial do próprio integrante dela. Primeiro, deve sobreviver o membro da família, e, depois, esta, como fortalecimento da Sociedade e do próprio Estado."¹⁵

Conforme inciso quarto, também pode ser penhorado o bem de família, na cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar. Sendo assim, o imóvel pode ser penhorado nos casos dos seguintes débitos: IPTU e IPTR (Imposto sobre propriedade territorial urbana e rural), ISS (imposto sobre serviço), INSS (Instituto Nacional da Segurida-

de Social), taxas decorrentes do poder de polícia (artigo 77 do Código Tributário Nacional).

No inciso quinto, é passível de penhora o crédito hipotecário sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, uma vez oferecido não a de se falar em proteção pela Lei 8.009/90.

Já, no inciso sexto, dispõe que recairá a penhora quando o imóvel e/ou móveis, tenham sido adquiridos com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens, pois como nos ensina Álvaro Villaça Azevedo, o bem proveniente de ato criminoso não pertence ao quem se intitula como proprietário. Sendo a Lei 8.009/90 contra a prática delitual.

No último inciso do artigo terceiro, é passível de penhora, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

6.4 – Artigo 4º

Dispõe o artigo quarto da Lei 8.009/90:

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

No artigo quarto, a uma preocupação do legislador ao punir todo adquirente de má-fé, que estando insolvente, se transfere de sua atual residência, para outra propriedade de maior valor, desfazendo-se ou não da antiga moradia.

No parágrafo primeiro, com o objetivo de acabar com a fraude, o juiz poderá, após o devido ajuizamento da ação pelo credor, tomar dois providimentos, pode transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, liberando o imóvel mais valioso para a devida execução; ou, anular a venda do imóvel, liberando o imóvel mais valioso para execução do credor ou credores. Retornando a impenhorabilidade a residência antiga.

No parágrafo segundo, ocorre a proteção ao bem de família

rural, "a pequena propriedade rural" que atinja sua função social, como disposto pela Constituição Federal de 1988.

6.5 – Artigo 5º

Dispõe o artigo quinto da Lei 8.009/90:

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

No caput do artigo quinto, verifica-se a presença de um dos requisitos para que o imóvel seja considerado como bem de família "legal". Pois a Lei 8.009/90 tem como objetivo a proteção da família e entidade familiar, sendo assim, só goza de proteção um único imóvel, sendo o mesmo utilizado como moradia.

No caso apresentado no parágrafo único do artigo em análise, caso exista mais de um imóvel utilizado como residência ou domicílio, a proteção aludida pela lei recairá somente no imóvel de menor valor, ou caso o imóvel de maior valor econômico possua a proteção ao bem de família "voluntário", disposto no artigo 1.711 do Código Civil de 2002.

Sendo assim, conforme dispõe o artigo quinto da Lei 8.009/90, o benefício da impenhorabilidade legal é possível somente em um único imóvel.

7 – APLICABILIDADE DA LEI 8.009/90 ÀS PESSOAS SOLTEIRAS

Inicialmente voltemos ao caput artigo primeiro da Lei 8.009/90, dispõe que "o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida (...)", não a duvidas sobre a abrangência do conceito de entidades familiar, sendo alvo de proteção legal, os diferentes modelos de família, não importando a forma pela qual é constituída.

Ocorre que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares do direito brasileiro, sendo um dos fundamentos da existência do Estado. Desta feita o Estado deve garantir a todos uma proteção igualitária, tratando todos de forma igual de acordo com suas desigualdades, permitindo assim, um total desenvolvimento da sociedade.

Visando a proteção de todos, o legislador não pode prover leis que estejam em descompasso com a realidade social, ou, quando uma norma entre em desafino, que a mesma seja revogada ou alterada, atendendo sua função social.

Sendo assim, vislumbramos que a Lei 8.009 não faz menção em seu texto legal a pessoas solteiras, que se tornam insolventes, devedoras de dívidas dispostas no caput do artigo primeiro, proprietárias de um único imóvel, urbano ou residencial, que acabam sofrendo a execução deste único bem.

A Lei 8.009/90 visa proteger e garantir a todas as pessoas uma moradia digna para sobrevivência e não pode ser interpretada de outra maneira, sendo assim, o entendimento que um solteiro sofra execução de seu único imóvel, devido ao fato de morar sozinho, não pode ser aceito pelos julgadores, uma vez que estaria cometendo injustiças ao interpretar a lei de forma literal.

Desta feita, seria questionável a constitucionalidade da Lei 8.009/90, por não abordar em seu texto a proteção à pessoa que reside sozinha, de forma discriminatória, contra todos os princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, cabe ao julgador ao analisar o caso concreto aplicar o benefício da Lei a todas as pessoas, independente da opção de viver ou não com outras pessoas.

Merece destaque, o entendimento de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, do qual nos ensina:

De qualquer maneira, a impenhorabilidade legal deve beneficiar as pessoas solteiras independentemente da existência de prole. Quando a Lei 8.009/90 faz menção ao imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, torna claro o objetivo de proteger a moradia. Além disso, ao utilizar a expressão entidade familiar, admite que a proteção alcance pessoas solteiras. Mais do que reconhecer a abrangência do conceito de família, o legislador preocupou-se em garantir habitabilidade ao executado. Assim, se existe uma lei que tem por objetivo a proteção da moradia, é inconcebível entendê-la tão discriminatória, a ponto de instituir um benefício às pessoas em função do seu estado civil.¹⁶

O legislador ao criar a norma em análise buscou proteger não somente o bem em espécie e sim a pessoa, assim, o julgador ao aplicar a Lei buscando enquadrá-la com a dinâmica social, sempre fundado na dignidade da pessoa humana.

O instituto do bem de família legal é de suma importância, uma vez que no Brasil, cresce a cada dia o número de pessoas que optam, ou que por algum motivo acabam morando sozinhas,

como por exemplo, no caso de pessoas que não possuem filhos e divorciam, das viúvas e viúvos, assim, após o advento da Lei 8.009/90, ocorreu entendimentos divergentes, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sobre a aplicabilidade da Lei aos devedores solteiros.

A minoria da doutrina entende que a impenhorabilidade do bem de família é aplicável apenas nos casos em que exista a entidade familiar, estando excluída a proteção ao devedor solteiro que resida sozinho. Pois se o objetivo do legislador fosse à proteção de todos, independente da constituição de família, não restringiria a sua amplitude, estendendo a aplicabilidade legal da Lei 8.009/90 a todos e qualquer devedor.

De fato, após o advento da Lei em 1990, muitos foram os julgados que não ampliaram a proteção legal ao bem de família ao devedor solteiro, conforme se demonstra através das seguintes ementas:

I) *RESP 67112/RJ ; RECURSO ESPECIAL (1995/0027046-3)*

Fonte DJ DATA: 23/10/1995 PG: 35681

Relator (a) Min. BARROS MONTEIRO (1089)

Data da Decisão 29/08/1995 T4

Ementa Impenhorabilidade. Lei n. 8.009, de 29.3.90. Executado solteiro, que mora sozinho. A lei n. 8.009/90 destina-se a proteger, não o devedor, mas a sua família. Assim, a impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário.

Recurso especial não conhecido.

Decisão POR MAIORIA, NÃO CONHECER DO RECURSO¹⁷

II) *RESP 212600/SP ; RECURSO ESPECIAL (1999/0039366-0)*

Fonte DJ 18/09/2000 p. 127 LEXSTJ vol. 136 p. 105

Relator (a) Min. WALDEMAR ZVEITER (1085)

Data da Decisão 10/04/2000

Ementa PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - LEI 8.009/90 - DEVEDOR SOLTEIRO - BENEFÍCIO CONCEDIDO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE.

I - Não havendo convicção absoluta, por insuficiência de elementos nos autos, de que o devedor, mesmo solteiro, não constitui a denominada "entidade familiar", não pode o benefício da impenhorabilidade ser concedido de ofício.

II - Recurso conhecido e provido.¹⁸

III) *RESP 169239/SP ; RECURSO ESPECIAL (1998/0022662-1)*

Fonte DJ 19/03/2001 p.112 RSTJ vol. 158 p. 345

Relator (a) Min. BARROS MONTEIRO (1089)

Data da Decisão 12/12/2000

Ementa IMPENHORABILIDADE. LEI N° 8.009, DE 29.3.90. EXECUTADO SOLTEIRO QUE MORA SOZINHO. A Lei n° 8.009/90 destina-se a proteger, não o devedor, mas a sua família. Assim, a impenhorabilidade nela prevista abrange o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, não alcançando o devedor solteiro, que reside solitário.

Recurso especial conhecido e provido parcialmente.¹⁹

Vislumbra-se através desses três julgados, que o entendimento é pela não aplicabilidade da Lei 8.009/90 aos devedores solteiros. Ocorre que esse entendimento é antigo e defasado, tanto que se observa que os julgados ocorreram a mais de uma década atrás.

Assim, com a evolução da sociedade o entendimento dos nobres julgadores brasileiros e da maioria maçante dos doutrinadores mudou completamente, uma vez que a dignidade da pessoa humana e de sua família é de suma importância para a consolidação de uma sociedade justa e sólida, da qual não se deve restringir direitos e garantias protegendo não apenas uma parcela da sociedade. Importante destacar que além da proteção a dignidade da pessoa humana, da função social, o entendimento recai também sobre a proteção ao Direito a Moradia, instituído no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo sexto da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, na jurisprudência não existem muitas vacilações sobre a aplicabilidade da Lei aos solteiros, e quando ocorre, é reformada a decisão nas instâncias superiores, pois se entendem que o conceito de entidade familiar abrange tanto os solteiros, como divorciados ou viúvos (as), para os fins de proteção da Lei 8.009/90.

Nesse sentido, defende Álvaro Villaça Azevedo, "o solteiro não pode ser alijado da proteção da lei, porque cada pessoa, ainda que vivendo sozinha, deve ser considerada como família, em sentido mais restrito, já que o homem, fora da sociedade, deve buscar um ninho, um lar, para proteger-se das violências, das agruras e dos revezes que existem em sociedade. Todo ser humano necessita de proteção, no seu lar, não podendo ficar excluído porque optou por viver sozinho."²⁰

Sendo assim, importante destacar as decisões de diferentes tribunais, do qual adotam a Lei 8.009/90 sem distinção do estado da pessoa, vejamos:

IV) Processo: APL 9096424102007826 SP
9096424-10.2007.8.26.0000

Relator(a): Maria Lúcia Pizzotti

Julgamento: 04/08/2011

Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Publicação: 22/08/2011

Ementa: EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - PESSOA SOLTEIRA.

1-/1 lei 8.009/90 não se dirige a número determinado de pessoas, mas sim à pessoa humana em si, seja ela solteira, casada, viúva, convivente ou divorciada. Pretendeu o legislador garantir o direito constitucional à moradia, seja daquele que vive em grupo, como daquele que reside só, devendo, portanto, ser observado o sentido social da norma, A norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana, pouco importando seu estado civil. Precedentes do STJ nesse sentido. 2 - Faturas de cartão de crédito, energia elétrica, mala direta de editoras e informação prestada pela Receita Federal que apontam que o devedor reside no local informado bastando, portanto, para corroborar sua tese.

3 - Verbas de sucumbência que devem observar o princípio da causalidade. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS -RECURSO IMPROVIDO.²¹

V) Processo: AC 35000084497 ES 035000084497

Relator(a): ELPÍDIO JOSÉ DUQUE

Julgamento: 01/07/2008

Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Publicação: 30/07/2008

Ementa APELAÇÃO CÍVEL EMBARGOS À EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - ÚNICO BEM - PESSOA SOLTEIRA - RECONHECIMENTO - RECURSO IMPROVIDO.

A) A matéria atinente à impenhorabilidade, prevista na Lei 8.009/90, é de ordem pública, já que visa a assegurar ao devedor a dignidade de sua família. Essa lei está em consonância com o disposto no artigo 226 da Constituição Federal, que garante à pessoa um patrimônio mínimo, impedindo-se que o imóvel que constitua sua residência venha a ser penhorado. B) O imóvel é residencial quando servir de local em que se estabeleça uma família, centralizando suas atividades. Ele é propriamente o domicílio familiar, em que existe a residência de seus

integrantes, em um lugar e o ânimo de permanecer, de estar nesse local em caráter definitivo. C) À pessoa solteira também se estende a regra da incidência da impenhorabilidade consagrada na Lei nº 8.009/90, não podendo ser constrito seu imóvel residencial. Deve ser feita uma análise teleológica da norma, admitindo-se a extensão da proteção às pessoas com esse estado civil, por se entender que também compõem um núcleo familiar.²²

VI) Processo: RESP 518711 RO 2003/0030349-7

Relator (a): MIN: ARI PARGENDLER

Julgamento: 19/08/2008

Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma

Publicação: Dje 05/09/2008 LEXSTJ vol.230 p. 101 RDDP vol. 69 p. 165

Ementa? DIREITO CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. CARACTERIZAÇÃO. HIPÓTESE DE DÍVIDA DOS CÔNJUGES QUE, APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO VISANDO AO SEU RECEBIMENTO, PROMOVEM SUA SEPARAÇÃO DE FATO, PARTINDO, CADA UM DELES, PARA RESIDIR EM UM DOS IMÓVEIS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DO CASAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DA QUALIDADE DE BEM DE FAMÍLIA ÀS DUAS RESIDÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE.

- O Superior Tribunal de Justiça já consolidou seu entendimento no sentido de que a proteção ao bem de família pode ser estendida ao imóvel no qual reside o devedor solteiro e solitário. Esse entendimento, porém, não se estende à hipótese de mera separação de fato entre cônjuges, com a migração de cada um deles para um dos imóveis pertencentes ao casal, por três motivos: (i) primeiro, porque a sociedade conjugal, do ponto de vista jurídico, só se dissolve pela separação judicial; (ii) segundo, porque antes de realizada a partilha não é possível atribuir a cada cônjuge a propriedade integral do imóvel que reside; eles são co-proprietários de todos os bens do casal, em frações-ideais; (iii) terceiro, porque admitir que se estenda a proteção a dois bens de família em decorrência da mera separação de fato dos cônjuges-devedores facilitaria a fraude aos objetivos da Lei. Recurso especial não conhecido.²³

Ante o exposto, a Lei 8009/90 deve ser interpretada da forma a abranger todos, pois o sentido social da norma busca proteger a moradia e a dignidade da pessoa humana. Não sendo passível

entendimento contrário.

8 – SÚMULA 364 STJ

No Direito brasileiro as súmulas são criadas por um Tribunal, do qual, registra sua interpretação majoritária sobre um tema específico, após o julgamento de diversos casos idênticos, objetivando uma uniformidade nas decisões. Fazendo com que os Juízes de primeira instância julguem de acordo com as súmulas editadas.

Sendo assim, após inúmeros casos de Execução por Dívidas de devedores solteiros, viúvos ou divorciados, do qual os Embargos à Execução foram fundamentado na impenhorabilidade do bem, por o mesmo ser de família, o Superior Tribunal de Justiça, editou a Súmula 364, do qual dispõe: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas."

Ocorre que para chegar a sumula, o tema foi alvo de grandes discussões, tanto para os ministros do STJ, tanto para doutrina. O entendimento do STJ é de que a Lei 8.009/90 está dirigida a pessoa, e não a números de pessoas. Segundo o Ministro Humberto Gomes de Barros, "para quem a circunstância de alguém ser solitário não significa que esta pessoa tenha menos direito à moradia." Segundo o ministro, "estender a impenhorabilidade ao imóvel próprio da pessoa solteira significa ampliar a interpretação da lei face a um aspecto da maior importância: o direito à moradia."²⁴

Nesse sentido, vale a pena destacar algumas jurisprudências do qual aplicam a Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça:

Processo: APL 9078183952001826 SP 9078183-95.2001.8.26.0000

Relator (a): Kioitsi Chicuta

Julgamento: 04/08/2011

Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado

Publicação: 04/08/2011

Ementa: Execução. Embargos da devedora. Ação julgada procedente. Bem de família. Penhora pertencente a devedora, viúva e que mora sozinha. Irrelevância. Proteção da Lei nº 8.009/90. Súmula 364 do STJ. Honorários de advogado. Redução para 20% sobre o valor atualizado da causa. Recurso provido em parte. É irrelevante que a devedora, que é viúva, more sozinha no apartamento e não constitua propriamente entidade familiar. Há expressa previsão legal e o próprio Superior Tribunal de Justiça já editou, a respeito, a Súmula 364 (O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel

pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas?). Há excesso na estimação dos honorários de advogado, não podendo penalizar a parte diante das oscilações da jurisprudência, razão pela qual a verba deve ser reduzida para 20% sobre o valor atualizado da causa.

²⁵*Processo: APL 7082347700 SP*

Relator(a): Álvaro Torres Júnior

Julgamento: 02/02/2009

Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado

Publicação: 16/02/2009

Ementa: EMBARGOS A EXECUÇÃO - Penhora - Desconstituição - Bem de família - Acolhimento - Impenhorabilidade que se tornou incontroversa ante a falta de impugnação específica dos embargados - Mesmo que o devedor-embargante fosse solteiro, a impenhorabilidade do bem de família seria admissível - O sentido de entidade familiar está relacionado com o uso do imóvel, para fim residencial, de pessoa física que tenha, ou não, constituído família na acepção estrita do termo - Aplicação da súmula 364 do STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas" - Não procede a alegação dos embargados de que o imóvel é penhorável porque o devedor se encontra em Brasília-DF, pois a esposa dele foi intimada no imóvel penhorado, o que demonstra a sua destinação familiar - Embargos à execução parcialmente procedentes -²⁶

Recurso Especial n.º 950.663 - SC (2007/0106323-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogado: Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz

Recorrido: Izair Luis Possato

Advogado: Elizabet Correa e outros

Ementa: PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. DEVEDOR NAO RESIDENTE EM VIRTUDE DE USUFRUTO VITALÍCIO DO IMÓVEL EM BENEFÍCIO DE SUA GENITORA. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTATUTO DO IDOSO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL.

1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de

tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental.

2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família.

3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990.

4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ.

5. Recurso especial não provido.²⁷

Desta feita, com a edição da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, não nos resta dúvidas que o devedor solteiro, goza

da proteção imposta pela Lei 8.009/90, protegendo o único bem imóvel de execuções por dívidas, sejam de caráter civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza.

9 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo envolve uma análise técnica sobre a aplicabilidade da Lei 8.009/90 nos dias atuais, uma vez que esta Lei foi inicialmente criada para proteção da entidade familiar, tornando o imóvel único de um devedor, impenhorável.

A Lei 8.009/90 é uma lei de grande importância para sociedade brasileira, pois, além de estar em consonância com a Constituição Federal de 1988, da qual dispõe que a Moradia é um Direito Fundamental, está em harmonia com os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a Dignidade da Pessoa Humana e Direito a Vida Digna. Ou seja, não pode uma Lei com um caráter social, privilegiar somente uma parte da sociedade.

Analisando a Lei, verifica-se em seu artigo primeiro que a proteção legal recairá sob a entidade familiar e/ou casal, seja casado ou em união estável. Ocorre que não se pode interpretar a Lei 8.009/90 de forma literal, uma vez que toda lei visa à proteção de todos, pois a sociedade é composta por pessoas e não somente por entidades.

Sendo assim, vislumbra-se que a Lei não faz menção expressa sobre sua proteção ao imóvel residencial único do devedor solteiro, seja ele, viúvo (a), separado (a), divorciado (a).

Devido essa omissão expressa, trouxe aos doutrinadores e a jurisprudência diferentes entendimentos a cerca da aplicabilidade legal da proteção ao imóvel, aos devedores que residam sozinhos.

Não se pode vincular a proteção da Lei 8.009/90 ao estado civil do devedor, pois é, no mínimo, ir contra os preceitos da Lei e do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ambos visam proteger a moradia, assegurando a todos uma vida digna. Não podendo ser é o estado civil da pessoa requisito para tornar o imóvel residencial impenhorável. Desta feita, não pode afastar da proteção legal todos os que residam sozinhos, em razão do seu estado civil.

A Lei 8.009/90 deve ser analisada primeiramente no âmbito social, qual seja, garantir a todos, independente de seu estado civil, uma moradia digna, é sob essa ótica que deve ser interpretada a Lei.

Nesse sentido, após inúmeras execuções judiciais, da qual figura no pólo passivo, o devedor solteiro, o Superior Tribunal de Justiça, editou a súmula 364, garantindo habitabilidade ao executado. Pois, se a Lei 8.009/90 tem por objetivo a proteção ao direito de moradia, não se pode interpretar, limitando sua abran-

gência a ponto de instituir sua proteção em função do estado civil de cada pessoa.

Assim, os julgadores devem aplicar a Lei 8.009/90, norteado pelo fim social da norma, enfocando modernamente o instituto, considerando a evolução da sociedade, atendendo-se à sua finalidade social, com base nos princípios constitucionais, Dignidade da Pessoa Humana e ao direito social de moradia, direitos estes consagrados no inciso III do artigo primeiro e no caput do artigo sexto da Constituição Federal de 1988. Trata-se de uma proteção, voltado a todos, ao casal, aos solteiros, a todas as formas de entidades familiares, aos viúvos, separados ou divorciados e aos homossexuais, conforme a Constituição Federal de 1988,

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alisson da Cunha. *Devedor solteiro e bem de família*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD4BA19EF-382A-4E56-A42D-BB0FEE7F9AA%7D_7.pdf>. Acesso em: 30 maio 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família com comentários à Lei 8.009/90*. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2010.

BRASIL. *Lei n° 8.009, de 29 de março de 1990*. Dispõe sobre as hipóteses e exceções do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, ser impenhorável. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 16 nov. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil, tutela jurisdicional executiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREIA, Márcia. *Moradia: direito à dignidade*. Disponível em: <<http://www.metodista.br/cidadania/numero-35/moradia-direito-a-dignidade>>. Acesso em: 30 maio 2012.

COSTA, Willian da. *A impenhorabilidade do bem residencial ao solteiro*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29568>>. Acesso em: 30 maio 2012.

DELGADO, José. *STJ entende impenhorabilidade do bem de família ao imóvel residencial do devedor solteiro*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=69562>. Acesso em: 30 maio 2012.

FAGUNDES, Elaine Divina da Silva. FAGUNDES, Clecio Carvalho. ARAUJO JUNIOR, Vicente Gonçalves de. *Bem de família*. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/cfcb827078c357c3b62a08ba0e05007d.pdf>. Acesso em: 30 maio 2012.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. *A impenhorabilidade do imóvel residen-*

cial do devedor. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7019/a-impemhorabilidade-do-imovel-residencial-do-devedor>>. Acesso em: 30 maio 2012.

GALLO, Gabriela Neves. *Direito a moradia: direito humano fundamental*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gabriela_neves_gallo.pdf>. Acesso em: 30 maio 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, execução e processo cautelar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEMONS, Helio Chin da Silva. *A impenhorabilidade do bem de família*. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/helio-chin-da-silva-lemos.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2012.

MARTINS, Marcelo Marciel. *Comentários sobre o bem de família no Código Civil e na Lei 8.009/90*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/comentarios-do-bem-de-familia-no-codigo-civil-e-na-lei-n-8-009-90/6714/>>. Acesso em: 30 maio 2012.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito a moradia e de habitação, análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedrosa. *Súmula 364 estende a impenhorabilidade do bem de família à pessoas solteiras, separadas e viúvas*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/143353/sumula-364-estende-a-impemhorabilidade-do-bem-de-familia-a-pessoas-solteiras-separadas-e-viuvvas>>. Acesso em: 30 maio 2012.

(Endnotes)

1 Mestrando em Direito pela FUMEC, Especialista em Processo Civil Pela UNI-BH, Professor do Centro Universitário Newton Paiva das Disciplinas Processo Civil (Cautelares e Procedimentos Especiais, Teoria Geral do Processo e Recursos), Professor Orientador do CEJU - Centro de Exercícios Jurídicos, Advogado.

2 Graduando do 09º Período em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva - Monitor do CEJU (Centro de Exercícios Jurídico da Newton Paiva)

3 MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1956, V. I, p. 76

4 Home: casa, e stead: lugar, que na linguagem jurídica quer dizer "uma residência de família".

5 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família e a Lei 8.009/90*. 5. ed. São

Paulo: RT, 2002, p. 25.

6 Tratado de Direito Civil, Parte Geral, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, 3. Ed., refundida de Lições de Direito Civil, Parte Geral, v.1, PP. 1107-1109.

7 AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 80.

8 AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 93.

9 Alexandre Moraes, Direitos Humanos Fundamentais - Teoria Geral, comentários ao art. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 3. Ed. São Paulo, Atlas, 2000. p. 43.

10 Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Direito à Moradia e de Habitação, 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

11 Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Direito à Moradia e de Habitação, 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

12 Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Direito à Moradia e de Habitação, 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 189.

13 Sérgio Iglesias Nunes de Souza. Direito à Moradia e de Habitação, 2. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 190.

14 AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 198.

15 AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 208.

16 VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. A Impenhorabilidade do Bem de Família: e as novas entidades familiares. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

17 <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/550843/recurso-especial-resp-67112-rj-1995-0027046-3-stj>> acessado em 29 de Maio de 2012.

18 <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/337914/recurso-especial-resp-212600-sp-1999-0039366-0-stj>> acessado em 29 de Maio de 2012

19[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=impenhorabilidade+bem+de+fam%EDlia+devedor+solteiro&b=ACOR)
[null&livre=impenhorabilidade+bem+de+fam%EDlia+devedor+solteiro&b=](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=impenhorabilidade+bem+de+fam%EDlia+devedor+solteiro&b=ACOR)
[ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=impenhorabilidade+bem+de+fam%EDlia+devedor+solteiro&b=ACOR)

20 AZEVEDO, Álvaro Villaça, Bem de Família. 6. Ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010, p. 195.

21 < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20267602/apelacao-apl-9096424102007826-sp-9096424-1020078260000-tjsp>> acessado em 29 de Maio de 2012

22 < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6984966/apelacao-civel-ac-24000188375-es-024000188375-tjes>> acessado em 29 de Maio de 2012

23 <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7021395/recurso-especial-resp-518711-ro-2003-0030349-7-stj>> acessado em 29 de Maio de 2012

24[http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=69562)
[area=368&tmp.texto=69562](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=69562)

25<www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/TJSP/IT/APL_9078183952001826_SP_1313614290875.pdf> acessado em 29 de Maio de 2012.

26<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/TJSP/IT/APL_7082347700_SP_02.02.2009.pdf> acessado em 29 de Maio de 2012

27<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/RESP_950663_SC_1335659049654.pdf> acessado no dia 29 de Maio de 2012.

CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE A INQUISIÇÃO

Leonardo Pimenta¹

Flávia Rodrigues; Gleison Jr. Silva; Rafaela Pereira; Nancy Santana²

RESUMO: O tema discutido neste ensaio é Direito e Religião; Sob o olhar da disciplina de História do Direito. Este artigo aborda o tema da Inquisição bem como um estudo diferenciando sobre o Tribunal do Santo Ofício e o Tribunal da Inquisição, além das principais características do processo inquisitorial. Ainda, serão mencionados e explicados os métodos de tortura, e execução e os tipos de tortura utilizados na época do movimento.

PALAVRAS CHAVE: Inquisição; hereges; torturas; Estado; Igreja

INTRODUÇÃO

Inquisição é o ato de inquirir, isto é, investigar, interrogar judicialmente. No caso da Santa Inquisição, significa 'questionar judicialmente aqueles que, se opunham aos preceitos da Igreja Católica'.

Dessa forma, a Santa Inquisição foi um tribunal eclesiástico criado com a finalidade "oficial" de investigar e punir os crimes contra a fé católica. Na prática, os pagãos representavam uma constante ameaça à autoridade clerical e a Inquisição era um recurso para impor, por meio do uso da força, a supremacia católica, exterminando todos que não aceitavam o cristianismo nos padrões impostos pela Igreja.

Posteriormente, a Santa Inquisição passou a ser utilizada também como um meio de coação, de forma a manipular as autoridades como meio de obter vantagens políticas.

2. HISTÓRICO

Também chamada de Santo Ofício, tal instituição era formada pelos tribunais da Igreja Católica que perseguiram, julgavam e puniam pessoas acusadas de se desviar de suas normas de conduta. Ela teve duas versões: a medieval, nos séculos XIII e XIV, e a Inquisição moderna, concentrada em Portugal e Espanha, que durou do século XV ao XIX.

Tudo começou por volta de 1199, quando o papa Inocêncio III qualificou heresia de crime de *Lesá Majestade* (crime contra o Rei, o Estado - Traição). Como para esses crimes o Estado aplicava pena de morte, defende-se a mesma pena para os hereges que não quisessem se emendar. Em 1231, quando o papa Gregório IX - preocupado com o crescimento de seitas religiosas - criou um órgão especial para investigar os suspeitos de heresia. Os indivíduos que compartilhavam de idéias contestadoras da dou-

trina oficial do catolicismo eram chamados hereges. (NOVINSKY, 1990, p.10)

Atuando na Itália, na França, na Alemanha e em Portugal, a Inquisição medieval tinha penas mais brandas (a mais comum era a excomunhão), embora a tortura já fosse autorizada pelo papa para arrancar confissões desde 1252.

Já sua segunda fase surgiu com toda força na Espanha de 1478, que tinha como alvo principal os judeus e os denominados cristãos-novos, que eram os recém-convertidos ao Catolicismo (acusados de continuarem praticando o Judaísmo secretamente).

Segundo o historiador Eduardo Szklarz, a justificativa do retorno da Inquisição era a necessidade de fiscalizar a fidelidade desses conversos. A verdade é que esses grupos já formavam uma poderosa burguesia urbana que atrapalhava os interesses da nobreza e do alto clero. O apoio dos reis logo aumentou o poder do Santo Ofício, que, para piorar, passou a considerar como heresia qualquer ofensa "à fé e aos costumes". A lista de perseguidos também foi ampliada para incluir protestantes e iluministas, homossexuais e bígamos.

As punições tornaram-se bem mais pesadas com a instituição da morte na fogueira, da prisão perpétua e do confisco de bens - que transformou a Inquisição numa atividade altamente rentável para os cofres da Igreja. A crueldade dos inquisidores era tamanha que o próprio papa chegou a pedir aos espanhóis que contivessem o banho de sangue.

A migração de judeus expulsos da Espanha para Portugal, em 1492, fez com que a perseguição se repetisse com a criação do Santo Ofício lusitano, em 1536. O Brasil nunca chegou a ter um tribunal, mas emissários da Inquisição aportaram por aqui entre 1591 e 1767. Calcula-se que 400 brasileiros foram condenados e 21 queimados em Lisboa, para onde eram mandados os casos mais graves. Os inquisidores portugueses fizeram 40 mil vítimas, das quais 2 mil foram mortas na fogueira. Na Espanha,

até a extinção do Santo Ofício, em 1834, estima-se que quase 300 mil pessoas tenham sido condenadas e 30 mil executadas.

O mais famoso inquisidor medieval foi o teólogo catalão Nicolau Aymerich, autor do *Directorium Inquisitorium*, uma espécie de manual da Inquisição. Ele dizia que o segredo era à base do trabalho, pois protegia os delatores. A obra também “ensinava” como identificar feiticeiras e contribuiu para a histeria da caça às bruxas, um fenômeno paralelo à Inquisição que chegou ao auge entre os séculos XV e XVII. Os historiadores estimam que 50 mil pessoas (75% delas mulheres) tenham sido queimadas por suspeita de bruxaria.

Em 1478, o Papa Xisto IV autorizou a criação oficial do Tribunal da Inquisição na Espanha. Embora duvidasse das intenções religiosas, acabou aceitando a idéia para manter a cooperação entre a coroa e a Santa Sé. Apesar das funções santas que alegou, o Tribunal da Inquisição foi uma instituição vinculada ao Estado e respondia aos interesses das facções do poder: coroa, nobreza e clero.

Segundo historiador John Edwards, da Universidade de Oxford, em 1481 seis mil pessoas morreram na fogueira. Estima-se que mais de 700 convertidos foram queimados e outros 5 mil presos até 1488. Diferentemente da Inquisição medieval, cujos inquisidores eram nomeados pelo papa, na moderna eles eram nomeados pelos reis e atuavam por intermédio dos tribunais criados nos reinos, com a autorização do papa.

Em 1483, Xisto IV autorizou a criação de tribunais em Aragão, Catalunha e Valência. Quem assumiu como inquisidor-geral foi Tomás de Torquemada, chefe do mosteiro dominicano de Santa Cruz em Segóvia. Torquemada iniciava os processos com base em denúncias de todo tipo, inclusive por carta anônima. Não era preciso provar nada e o acusado não sabia quem era seu delator. Os tribunais julgavam dois tipos de crimes:

Os que eram contra a fé (e tinham como acusados judeus, islâmicos e protestantes, entre outros) que eram considerados mais graves e passíveis de morte;

Os que eram contra a moral (acusados de bigamia, sodomia e bruxaria, por exemplo) eram punidos com prisão e outros castigos mais leves. O confisco de bens valia para todos os acusados.

A Inquisição tornou-se um organismo com muitos poderes, que abrangia todos os setores da sociedade, laicos ou religiosos. Apesar da Inquisição Medieval ter sido idealizada e executada por um Papa, ou seja, dirigida por uma autoridade eclesiástica, contava com a aprovação dos soberanos em todos os países onde atuou porque punha em dúvida os dogmas do catolicismo e abalava o poder e a força da Santa Sé (NOVINSKY, 1990, p. 16).

No Brasil Antonio Carlos Wolkmer destacou:

As inspeções inquisitoriais ocorreram durante toda

época colonial. Ainda que se possa destacar, num primeiro momento, as visitas de 1591 e de 1618, o aumento considerável das “perseguições inquisitoriais no Brasil deu-se na primeira metade do século XVIII, quando a produção do ouro dominava a economia colonial. Nessa ocasião, a maior parte dos prisioneiros era composta de cristãos – novos do Rio de Janeiro (WOLKMER, 2003, p. 70).

A Inquisição acabou oficialmente em 1821, quando o Tribunal do Santo Ofício foi abolido por lei; em Portugal e em 1834 na Espanha. Depois disso, o Santo Ofício ainda vigorou na Itália e mudou duas vezes de nome até, em 1965, passar a ser chamado de Congregação para a Doutrina da Fé.

No ano 2000, o papa João Paulo II oficializou o pedido de desculpas pelos ‘erros cometidos a serviço da verdade, por meio do recurso a métodos não-evangélicos’.

3. O TRIBUNAL DA INQUISIÇÃO

A Inquisição é confundida com “Tribunal do Santo Ofício”, porém o segundo é uma entidade que tem por função fazer inquisições.

Ao contrário do que se pensa, o “Tribunal do Santo Ofício” foi uma entidade jurídica que não tinha como executar as penas. Foi um tribunal católico romano utilizado para averiguar heresia, feitiçaria, bigamia, sodomia e apostasia. O culpado era muitas vezes acusado por causar uma “crise da fé”.

O Estado ou o poder Régio recebiam o acusado e então o puniam. As penas variavam desde confisco de bens, perda de liberdade, até a pena de morte (por vezes queimados na fogueira). Este tribunal era muito comum na Europa a pedido dos poderes régios, e foi criado com o objetivo de proteger as pessoas das injustiças cometidas pelo poder estatal, dando aos considerados hereges a oportunidade de se redimir, sem sofrerem danos, ou serem torturados.

Os tribunais da inquisição não eram permanentes, sendo instalados quando surgia alguma heresia e eram depois desfeitos. Posteriormente tribunais religiosos e outros métodos judiciais de combate à heresia seriam utilizados pelas igrejas protestantes (como por exemplo, na Alemanha e Inglaterra). O delator que apontava o “herege” para a comunidade, muitas vezes garantia sua fé e *status* perante a sociedade. A caça às bruxas não foi perpetrada pela Inquisição, mais sim por Estados e tribunais civis independentes sem reais ligações com a Inquisição.

4. O PROCESSO INQUISITORIAL

Após a composição do Tribunal, o Inquisidor proferia um sermão exortando todos à conversão e à colaboração. Seguiu-se o Edito de Graça: os que se apresentassem num prazo de 15 a 30 dias recebiam a penitência com a absolvição.

Expirado o prazo era publicado o Edito de Fé: todos eram intimados a denuncia, e os denunciados eram caçados, presos e sujeitos ao processo. A habilidade do Inquisidor fazia o réu entrar em contradição, pedir perdão, reconhecer o erro. Não se descobrindo culpas, o réu era absolvido. Havendo indícios de culpa, passava pelo cárcere ou pela tortura. A lei eclesiástica admitia a tortura, que eram as mesmas aplicadas pelos dos tribunais civis da época.

O réu que se arrependia ao se concluir o processo recebia a penitência e era sujeito a humilhações. Se caísse novamente na heresia, a pena de morte estava garantida. Se o réu confessasse o erro, mas sem arrependimento, era colocado por meses em cárcere severo. Se mesmo assim persistisse no erro, era queimado vivo.

5. MÉTODOS DE TORTURA

Durante a Santa Inquisição em toda a Idade Média, a tortura era um recurso utilizado para extrair confissões dos acusados. Diversos métodos de tortura foram desenvolvidos ao longo dos anos, sendo os mais agressivos reservados àqueles que provavelmente seriam condenados à morte.

Além de aparelhos mais sofisticados e de alto custo, utilizava-se também instrumentos simples como tesouras, alicates, garras metálicas (que destroçavam seios e mutilavam órgãos genitais), chicotes, instrumentos de carpintaria adaptados, ou apenas barras de ferro aquecidas.

Os inquisidores utilizavam-se de diversos recursos para extrair confissões ou “comprovar” que o acusado era feiticeiro. Segundo registros, as mulheres eram totalmente depiladas pelos torturadores que procuravam um suposto sinal de Satã, que podia ser uma verruga, uma mancha na pele, mamilos excessivamente enrugados (os mamilos representariam a prova de que a bruxa “amamentava” os demônios) etc.

Mas este sinal poderia ser invisível aos olhos dos torturadores. Neste caso, o “sinal” seria uma parte insensível do corpo, ou uma parte que se ferida, não verteria sangue. Assim, os torturadores espetavam todo o corpo da vítima usando pregos e lâminas, à procura do suposto sinal.

No *Liber Sententiarum Inquisitionis* (*Livro das Sentenças da Inquisição*) o padre dominicano Bernardo Guy (*Bernardus Guidonis, 1261-1331*) descreveu vários métodos para obter confissões dos acusados, inclusive o enfraquecimento das forças físicas do

prisioneiro. Dentre os descritos na obra e utilizados comumente, encontra-se tortura física através de aparelhos, como a *Virgem de Ferro* e a *Roda do Despedaçamento*; através de humilhação pública, como as *Máscaras do Escárnio*, além de torturas psicológicas como obrigar a vítima a ingerir urina e excrementos.

De uma forma geral, as execuções eram realizadas em praças públicas e tornava-se um evento onde nobres e plebeus deliciavam-se com a súplica dos torturados e, conseqüentemente, a sua execução.

6. OS TIPOS DE TORTURA

Roda de Despedaçamento: Uma roda onde o acusado é amarrado na parte externa. Abaixo da roda há uma bandeja metálica na qual ficavam depositadas a brasas. À medida que a roda se movimentava em torno do próprio eixo, o acusado era queimado pelo calor produzido pelas brasas. Algumas vezes, as brasas eram substituídas por agulhas metálicas.

Dama de Ferro: A dama de Ferro é uma espécie de sarcófago com espinhos metálicos na face interna das portas. Estes espinhos não atingiam os órgãos vitais da vítima, mas feriam gravemente. Mesmo sendo um método de tortura, era comum que as vítimas fossem deixadas lá por vários dias, até que morressem. A primeira referência confiável de uma execução com a Dama de Ferro data de 14 de Agosto de 1515. A vítima era um falsificador de moedas.

Berço de Judas: Peça metálica em forma de pirâmide sustentada por hastes. A vítima, sustentada por correntes, é colocada “sentada” sobre a ponta da pirâmide. O afrouxamento gradual ou brusco da corrente manejada pelo executor fazia com que o peso do corpo pressionasse e ferisse o ânus, a vagina, cóccix ou o saco escrotal.

Garfo: Haste metálica com duas pontas em cada extremidade semelhantes a um garfo. Presa por uma tira de couro ao pescoço da vítima, o garfo pressiona e perfura a região abaixo do maxilar e acima do tórax, limitando os movimentos. Este instrumento era usado como penitência para o herege.

Garras de gato: Uma espécie de rastelo usado para açoitar a carne dos prisioneiros.

Pêra: Instrumento metálico em formato semelhante à fruta. O instrumento era introduzido na boca, ânus ou vagina da vítima e expandia-se gradativamente. Era usada para punir, principalmente, os condenados por adultério, homossexualismo, incesto ou “relação sexual com Satã”.

Máscaras: A máscara de metal era usada para punir delitos menores. As vítimas eram obrigadas a se exporem publicamente usando as máscaras. Neste caso, o incômodo físico era menor do

que a humilhação pública.

Cadeira: Coberta por pregos na qual a vítima era obrigada a sentar-se despida. Além do próprio peso do corpo, cintos de couro pressionavam a vítima contra os pregos intensificando o sofrimento. Em outras versões, a cadeira possuía uma bandeja na parte inferior, onde se depositava brasas. Assim, além da perfuração pelos pregos, a vítima também sofria com queimaduras provocadas pelo calor das brasas.

Cadeira das bruxas: Uma espécie de cadeira na qual a pessoa era presa de costas no acento e as pernas voltadas para cima, no encosto. Este recurso era usado para imobilizar a vítima e intimidá-la com outros métodos de tortura.

Cavalete: A vítima era posicionada de modo que suas costas ficassem apoiadas sobre o fio cortante do bloco. Os braços eram presos aos furos da parte superior e os pés presos às correntes da outra extremidade. O peso do corpo pressionava as costas do condenado sobre o fio cortante. Dessa forma, o executor, através de um funil ou chifre oco introduzido na boca da vítima, obrigava-a ingerir água. O executor tapava o nariz da vítima impedindo o fluxo de ar e provocando sufocamento. Ainda, há registros de que o executor golpeava o abdômen da vítima danificando os órgãos internos.

Esmaga cabeça: Como um capacete, a parte superior deste mecanismo pressiona, através de uma rosca girada pelo executor, a cabeça da vítima, de encontro a uma base na qual se encaixa o maxilar. Apesar de ser um instrumento de tortura, há registros de vítimas fatais que tiveram os crânios, literalmente, esmagados por este processo. Neste caso, o maxilar, por ser menos resistente, é destruído primeiro; logo após, o crânio rompe-se deixando fluir a massa cerebral.

Quebrador de joelhos: Aparelho simples composto por placas paralelas de madeira unidas por duas roscas. À medida que as roscas eram apertadas pelo executor, as placas, que podiam conter pequenos cones metálicos pontiagudos, pressionavam os joelhos progressivamente, até esmagar a carne, músculos e ossos. Esse tipo de tortura era usualmente feito por sessões. Após algumas horas, a vítima, já com os joelhos bastante debilitados, era submetida a novas sessões.

Mesa de evisceração: O condenado era preso sobre a mesa de modo que mãos e pés ficassem imobilizados. O carrasco, manualmente, produzia um corte sobre o abdômen da vítima. Através desta incisão, era inserido um pequeno gancho, preso a uma corrente no eixo. O gancho (como um anzol) extraía, aos poucos, os órgãos internos da vítima à medida que o carrasco girava o eixo.

Pêndulo: Um dos mecanismos mais simples e comuns na Idade Média. A vítima, com os braços para traz, tinha seus pulsos amarrados (como algemas) por uma corda que se estendia até uma roldana e um eixo. A corda puxada violentamente pelo tortu-

rador, através deste eixo, deslocava os ombros e provocava diversos ferimentos nas costas e braços do condenado. Também era comum que o carrasco elevasse a vítima a certa altura e soltasse repentinamente, interrompendo a queda logo em seguida. Deste modo, o impacto produzido provocava ruptura das articulações e fraturas de ossos. Ainda, para que o suplício fosse intensificado, algumas vezes, amarravam-se pesos às pernas do condenado, provocando ferimentos também nos membros inferiores. O pêndulo era usado como uma "pré-tortura", antes do julgamento.

Potro: Uma espécie de mesa com orifícios laterais. A vítima era deitada sobre a mesa e seus membros, (partes mais resistentes das pernas e braços, como panturrilha e antebraço), presos por cordas através dos orifícios. As cordas eram giradas como uma manivela, produzindo um efeito como um torniquete, pressionando progressivamente os membros do condenado. Na legislação espanhola, por exemplo, havia uma lei que regulamentava um número máximo de cinco voltas na manivela; para que caso a vítima fosse considerada inocente, não sofresse sequelas irreversíveis. Mesmo assim, era comum que os carrascos, incitados pelos interrogadores, excedessem muito esse limite e a vítima tivesse a carne e os ossos esmagados.

7. MÉTODOS DE EXECUÇÃO

Guilhotina: Inventada por Ignace Guillotine, a guilhotina é um dos mecanismos mais conhecidos e usados para execuções. A lâmina, presa por uma corda e apoiada entre dois troncos verticais, descia violentamente decapitando o condenado.

O Serrote: Usada principalmente para punir homossexuais, o serrote era uma das formas mais cruéis de execução. Dois executores, cada um em uma extremidade do serrote, literalmente, partiam ao meio o condenado, que preso pelos pés com as pernas entreabertas e de cabeça para baixo, não tinha a menor possibilidade de reação. Devido à posição invertida que garantia a oxigenação do cérebro e continha o sangramento, era comum que a vítima perdesse a consciência apenas quando a lâmina atingia a altura do umbigo.

Espada, machado e cepo: As decapitações eram a forma mais comum de execução medieval. A decapitação pela espada, por exigir uma técnica apurada do executor e ser mais suave que outros métodos, era, geralmente, reservada aos nobres. O executor, que apurava sua técnica em animais e espantalhos, ceifava a cabeça da vítima num único golpe horizontal atingindo o pescoço do condenado. O machado era usado apenas em conjunto com o cepo. A vítima era posta ajoelhada com a coluna curvada para frente e a cabeça apoiada no cepo. O executor, num único golpe de machado, atingia o pescoço da vítima decepando-a.

Garrote: Um tronco de madeira com uma tira de couro e um acento. A vítima era posicionada sentada na tábua horizontal de modo que sua coluna fique ereta em contato com o tronco. A tira de couro ficava na altura do pescoço e, à medida que era torcida pelo carrasco, asfixiava a vítima. Há ainda uma variação na qual, preso ao tronco na altura da nuca da vítima, encontrava-se uma punção de ferro. Esta punção perfurava as vértebras da vítima à medida que a faixa de couro era apertada. O condenado podia falecer tanto pela perfuração produzida pela punção quanto pela asfixia.

Gaiolas suspensas: Eram gaiolas pouco maiores que a própria vítima. Nela, o condenado, nu ou seminú, era confinado e a gaiola suspensa em postes de vias públicas. O condenado passava dias naquela condição e morria de inanição, ou frio em tempos de inverno. O cadáver ficava exposto até que se desintegrasse.

Submersão: A submersão podia ser usada como uma técnica de interrogatório, tortura ou execução. Neste método, a vítima é amarrada pelos braços e suspensa por uma roldana sobre um caldeirão que continha água ou óleo fervente. O executor soltava a corda gradativamente e a vítima ia submergindo no líquido fervente.

Empalação: A empalação consistia em inserir uma estaca no ânus, umbigo ou vagina da vítima, a golpes de marreta. Neste método, a vítima podia ser posta "sentada" sobre a estaca ou com a cabeça para baixo, de modo que a estaca penetrasse nas entranhas da vítima e, com o peso do próprio corpo, fosse lentamente perfurando os órgãos internos. Neste caso, dependendo da resistência física do condenado e do comprimento da estaca, a agonia se estendia por horas.

Cremação: Este é um dos métodos de execução mais conhecidos e utilizados durante a inquisição. Os condenados por bruxaria ou afronta à igreja católica eram amarrados em um tronco e queimados vivos. Para garantir que morressem queimados e não asfixiados pela fumaça, a vítima era vestida com uma camisola embebida em enxofre.

Estiramento: A vítima era posicionada na mesa horizontal e seus membros presos às correntes que se fixavam num eixo. À medida que o eixo era girado, a corrente esticava os membros, os ossos, e os músculos do condenado desprendiam-se. Muitas vezes, a vítima agonizava por várias horas antes de morrer.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão que se chega é de que foram vários séculos de torturas e horror cometidos pelas autoridades políticas, e eclesásticas, tendo como prerrogativa a heresia. Milhares de pessoas foram cruelmente torturadas e mortas. Ao estudar o período da Inquisição, é necessário tentar remeter o pensamento aos moti-

vos e modos de viver da época para tentar entender as razões que levaram a criação da Santa Inquisição. É um exercício difícil e talvez inatingível.

Nos dias atuais é simplesmente inaceitável tais práticas e pensamentos; exceto em alguns países que admitem a pena de morte. E fica aqui uma indagação: no Brasil, com as péssimas condições do nosso sistema judiciário e carcerário, que apenas cruelmente pune, e não re-socializa os presos, não se estaria praticando de modo velado ou menos cruel, métodos de tortura ao colocar dezenas de pessoas numa mesma cela, com precárias condições de higiene, e sobrevivência?

REFERÊNCIAS

GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu mundo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NOVINSKY, Anita Waingort. *A Inquisição*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2003.

GUY, Bernard. *Manual do inquisidor*. Disponível em: <www.doutrinacatolica.com.br>. Acesso em: 21 abr. 2011.

Tribunal do Santo Ofício. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$tribunal-do-santo-oficio](http://www.infopedia.pt/$tribunal-do-santo-oficio)>. Acesso em: 21 abr. 2011.

GEORGE, Timothy. Teologia dos reformadores. *Revista Os Grandes Acontecimentos da História*. Disponível em: <www.santovivo.net>. Acesso em: 20 abr. 2011.

(ENDNOTES)

1 Mestre e Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Filosofia do Direito, Direito Romano e História do Direito da Puc Minas e da Newton Paiva.

2 Acadêmicos do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. .

POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DO TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Maria Isabel Fernandes Silva¹

Frederico Barbosa Gomes²

RESUMO: Com o desenvolvimento da ciência, principalmente o da medicina, surgiram técnicas e medicamentos capazes de prolongar a vida de uma pessoa acometida por uma doença tida como incurável. Assim a tecnologia médica aliada à obstinação terapêutica têm feito com que, cada vez menos, as pessoas estejam preparadas para encarar a morte, fazendo com que muitas vezes indivíduos sejam mantidos vivos apenas em virtude dos aparelhos aos quais se encontram ligados. Desta forma os indivíduos têm vivido a própria morte, uma vez que o prolongamento indeterminado da vida de pacientes terminais, cuja sobrevivência depende de inúmeros aparelhos tem como consequência o sofrimento e a perda da dignidade destes. A opção de não terminar a vida em semelhante estado é direito do indivíduo. A capacidade de autodeterminação e a liberdade, resguardadas pela Constituição Federal, dão ensejo à prerrogativa de um indivíduo plenamente capaz escolher as condições do final de sua vida. Considerando tais circunstâncias, então, é que se propõe a possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, documento no qual um indivíduo, gozando de suas plenas faculdades mentais, dispõe antecipadamente acerca das escolhas terapêuticas a serem adotadas na fase terminal de sua vida, podendo inclusive, recusar-se a receber tratamento que prolongue inútil e indefinidamente a sua vida. Documento que deverá ser respeitado caso o paciente não possa mais decidir pessoalmente sobre a continuidade dos tratamentos por não estar em pleno gozo de suas capacidades mentais.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Ciência. Dignidade da Pessoa Humana. Testamento Vital.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional; Direito Civil.

1 INTRODUÇÃO

Até meados do século XX, havia a figura do médico da família, que atendia o paciente em casa e que muitas vezes era membro do círculo de amizades dessa.

As decisões médicas eram tomadas exclusivamente pelo médico, em decorrência da autoridade moral e científica atribuída a esse profissional: A sociedade atribuía ao médico a tarefa de indicar o melhor para o paciente e este detinha autoridade para impor sua decisão.

Segundo Clemente e Pimenta (2006, p.3),

o papel tradicional do médico para tomar decisões excluindo as preferências do paciente tinha um fundamento ético-sociológico e um fundamento ético: o fundamento ético-sociológico estava no paternalismo, e o fundamento lógico estava no determinismo monocausal linear.

Aos poucos, devido ao crescimento das cidades e da demanda, aliadas ao desenvolvimento da tecnologia houve o distanciamento entre o médico e o paciente, e a tecnologia inseriu o tecni-

cismo em detrimento do humanismo.

Com o desenvolvimento da ciência, principalmente o da medicina, surgiram técnicas e medicamentos capazes de prolongar a vida de uma pessoa acometida por uma doença tida como incurável, ainda que artificialmente e por uma infinidade de aparelhos.

Antes a vida tinha um ciclo natural, devendo o médico apenas cuidar para que este não fosse interrompido de forma precoce. Atualmente, a tecnologia médica aliada à obstinação terapêutica mantém vivos indivíduos que já não querem ou não podem mais viver.

Atualmente, os indivíduos têm vivido a própria morte, uma vez que o prolongamento indeterminado da vida de pacientes terminais, cuja sobrevivência depende de inúmeros aparelhos tem como consequência o sofrimento e a perda da dignidade destes. Ao contrário do ideal de busca pelo prolongamento da vida com qualidade, o que se vê é a busca pela quantidade de vida, distanciando-se dos direitos à vida e à morte dignas.

É necessário, como bem elenca Maria Helena Diniz (2006, p.20),

a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em

todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado caso se esteja atento à dignidade da pessoa humana.

Diante de tais avanços e das condições nas quais estes indivíduos são submetidos faz-se necessário discutir a possibilidade de um indivíduo, gozando de suas plenas faculdades mentais, dispor antecipadamente acerca das escolhas terapêuticas adotadas na fase terminal de sua vida, por meio de um documento chamado testamento vital, podendo, inclusive, recusar-se a receber tratamento que prolongue inútil e indefinidamente a sua existência.

Assim, através de um instrumento de manifestação de vontade com a indicação negativa ou positiva de tratamentos e assistência médica a serem ou não realizados em determinadas situações, o paciente terá seu desejo de se submeter ou não a determinado tratamento respeitado.

Questionar-se-á acerca da autonomia da vontade do indivíduo para se autodeterminar associada à idéia de dignidade da pessoa humana como proteção das circunstâncias indispensáveis para uma existência plena de sentido. Ideia que traduz o estado do homem enquanto indivíduo, não podendo este ser tido como objeto à disposição de interesses alheios, impondo limites às ações que não consideram a pessoa como um fim em si mesma.

O médico, dentro das suas atribuições, indica e recomenda o tratamento adequado. O paciente, dentro da autonomia que lhe é assegurada, aceita ou não a recomendação, exercendo poder de escolha para tomar decisões sobre si. O que se justifica pelo art. 5º, III, CF que preceitua que "ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante", ou seja, elenca a autonomia de vontade como direito e garantia fundamental. (BRASIL, 1988, p.22)

O testamento vital considera o paciente como sujeito central do processo clínico ao invés da tecnologia médica e da obstinação terapêutica. O médico também necessita que lhe sejam respeitadas sua autonomia, crença e a própria adstrição às normas deontológicas-profissionais.

As decisões médicas devem estar centradas no paciente e não na família deste ou no médico. Deve haver um consenso sobre o objetivo e os meios diagnósticos e terapêuticos, e há que se argumentar explicitamente com a possibilidade de persuasão mútua.

A tomada de decisões deve ser participativa, tomadas em conjunto, entre o médico e o paciente. Em caso de conflito, deve-se conceder maior peso às preferências do paciente, ainda que não de modo absoluto, devendo respeitar restrições legais.

E, ainda, não se pode ignorar a situação do indivíduo acometi-

do por uma doença grave e incurável, em que o prolongamento de sua vida contribui apenas para a sua degradação e sofrimento, o que fere a dignidade da pessoa humana, consagrada no art.1º, III, CF, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988, p.21)

Desta forma, ao demonstrar que não há hierarquia entre princípios e sim limitações de uns sobre os outros, sendo possível que o direito a vida, em alguns casos, se submeta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade restará comprovada a possibilidade de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro.

2 TESTAMENTO VITAL

A expressão testamento vital está além do sentido atribuído ao testamento comum, no qual se dispõe, via de regra, a respeito do patrimônio de uma pessoa após sua morte. O significado desta expressão está intimamente ligado ao atual estado das ciências biomédicas, do elevado grau de desenvolvimento das tecnologias empregadas no cotidiano de tais ciências e dos princípios fundamentais eleitos pela Constituição Federal.

Com o desenvolvimento dessas ciências mesmo quando não há chances de efetiva recuperação dos indivíduos doentes, estes permanecem vivos, ainda que artificialmente e mantidos por uma infinidade de aparelhos. O que faz com que esses indivíduos vivam a própria morte, uma vez que o prolongamento indeterminado da vida de pacientes terminais, cuja sobrevivência depende de inúmeros aparelhos tem como consequência o sofrimento e a perda da dignidade destes.

Diante de tais avanços e das condições nas quais estes indivíduos doentes, sem chances de efetiva recuperação, permanecem "vivos", faz-se necessário discutir acerca de questões como: a validade da manutenção da vida a qualquer custo, ainda que isso cause ao paciente dores infindáveis, senão físicas, certamente mentais; o prejuízo causado à qualidade de vida em benefício de sua quantidade; a faculdade dos indivíduos de morrer da forma que lhes pareça menos sofrível, mais dignamente; a capacidade de autodeterminação do indivíduo para optar pela morte quando sua vida não mais lhe pareça viável na situação em que se encontra; o que de fato a medicina esta prolongando, a vida ou a vivência da morte; é dever da medicina sustentar indefinidamente a vida ou interromper o tratamento dos indivíduos que já não querem ou não podem mais viver.

É nesse contexto que deve ser entendido o testamento vital: diante dos avanços da medicina e tecnologia que permitem o prolongamento indeterminado da vida de pacientes terminais,

como doentes em estado vegetativo ou acometidos de males degenerativos, que só se encontram vivos em virtude dos aparelhos aos quais se encontram ligados. E, ainda, à luz dos princípios resguardados pela Constituição Federal de respeito à dignidade e autonomia do paciente, é que se deve analisar a adoção de tal documento no ordenamento jurídico brasileiro.

Magalhães (2010, p.28) assevera que

em geral, estes testamentos aplicam-se nos casos de condições terminais, sob um estado permanente de inconsciência ou um dano cerebral irreversível que não possibilite a capacidade de a pessoa se recuperar e tomar decisões ou expressar seus desejos futuros. Nesse contexto, entra a aplicação do testamento vital, a fim de que sejam tomadas medidas necessárias para manter o conforto, a lucidez e aliviar a dor, inclusive com a suspensão ou interrupção de tratamento.

Podendo citar-se como exemplos de aplicabilidade do testamento vital para pacientes terminais nos seguintes casos: um religioso que deseja assegurar que seja respeitada sua recusa à transfusão de sangue, ou, ainda, um indivíduo que requer a não adoção de medidas de reanimação, somente por ocasião de uma parada cardiorrespiratória, sem condição de sobrevivência.

2.1 BREVE HISTÓRICO

Em 1967, a Sociedade Americana para Eutanásia propôs o testamento vital (living will) como documento de cuidados antecipados, por meio do qual os indivíduos poderiam registrar sua vontade quanto às intervenções médicas para manutenção da vida. (CLEMENTE; PIMENTA, 2006, p.4)

Segundo Clemente e Pimenta (2006, p.4)

em 1969, Luis Kutner, sugeriu um modelo de documento no qual o próprio indivíduo declarava que, se entrasse em estado vegetativo, com impossibilidade segura de recuperar suas capacidades físicas e mentais, deveriam ser suspensos os tratamentos médicos. Kutner sugeriu, ainda, que o testamento vital satisfizesse a quatro finalidades: primeira, em processos judiciais, a necessidade de se ter em conta a diferença entre homicídio privilegiado por relevante valor moral (a compaixão) e o homicídio qualificado por motivo torpe; segunda, a necessidade legal de permitir, ao paciente, o direito de morrer por sua vontade; a terceira, a necessidade de o paciente expressar seu desejo de morrer,

ainda que incapaz de dar seu consentimento na ocasião; quarta, para satisfazer às três primeiras finalidades, dever-se-ia dar, ao paciente, garantias necessárias de que sua vontade fosse cumprida.

Apesar de muitas tentativas de se institucionalizar e regulamentar tal possibilidade nos diversos estados americanos, todas restaram infrutíferas. A primeira delas foi uma iniciativa de Walter Sackett, na Flórida, em 1968.

Somente em 1972 nos EUA, que este documento teve reconhecido o seu valor legal, surgindo com o Natural Death Act, na Califórnia.

Ribeiro (apud CLEMENTE, PIMENTA, 2006, p.4) assevera que *um segundo período de legalização começou em 1976, com a promulgação, na Califórnia, da primeira lei sobre morte natural, vigente até 1991, quando entrou em vigor a lei federal de autodeterminação do paciente. Nesse período, a opinião pública foi mobilizada por processos judiciais de grande repercussão, como por exemplo: o Caso Quinlan, de 1976, o Caso Conroy, de 1975, e o Caso Cruzan, de 1990, cujo objeto era a retirada de tratamentos vitais. Esses casos fizeram com que muitas pessoas temessem ficar presas a tratamentos similares aos impostos àqueles pacientes, com a Justiça exigindo, ao final de suas vidas, provas das preferências prévias de cada um.*

Em 1977, foram aprovados nos Estados Unidos, sessenta e um diferentes testamentos vitais em quarenta e dois estados.

Após o ano de 1991 iniciou-se um terceiro período pós-legislativo, que teve como foco a difusão, aperfeiçoamento e ampliação do conteúdo das diretivas. Iniciou-se a discussão acerca da autonomia do paciente frente à escolha de vida e morte, da possibilidade de autodeterminação, da manifestação livre e consentida de vontade e do consentimento informado na relação entre médico e paciente. O que se refletiu no surgimento de vasta literatura, incentivando sua implementação prática.

Assim, em 1º de dezembro de 1991, com a entrada em vigor do PSDA - *Patient Self-Determination Act* -, nos Estados Unidos, o testamento vital foi confirmado como documento jurídico válido, pois

[...] reconheceu a autonomia privada do paciente, inclusive para recusar tratamento médico. Os centros de saúde, quando da admissão do paciente, registram suas opções e objeções a tratamentos em caso de incapacidade superveniente de exer-

cício pela própria autonomia - são as 'advance directives' - previstas nessa lei (SÁ, 2005, p.36).

O Conselho Italiano de Bioética, órgão constituído em Milão em 1992, aprovou uma carta de autodeterminação, com a qual o declarante estabelece determinadas condições para o futuro, caso seja exposto a enfermidade em fase terminal ou a lesão traumática do cérebro, irreversível.

Em Oviedo, no dia 04 de abril de 1997 foi firmado o Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do ser Humano com Respeito às Aplicações da Biologia e da Medicina, o primeiro instrumento internacional com caráter jurídico vinculante para os países que o subscrevem, sendo um marco com um para a proteção dos direitos humanos e a dignidade humana nas aplicações médicas e biológicas, no qual ficou estabelecido (art. 9º) que serão levados em consideração os desejos expressados anteriormente com respeito a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em situação de expressar sua vontade.

Na Cataluñia (Espanha), em 21 de dezembro de 2002, com base nos princípios tratados no Convênio de Oviedo, foi editada a primeira lei sobre o respeito à declaração antecipada de vontades. Segundo a qual, qualquer cidadão poderia expressar de forma antecipada a quais tratamentos não desejava se submeter em caso de enfermidade terminal e incapacitante.

No dia 13 de fevereiro de 2003, em Brasília, o Conselho Federal de Medicina (CFM), pela primeira vez, absolveu profissional acusada de não efetuar uma transfusão de sangue em sua paciente, Testemunha de Jeová. A paciente, que morreu ao dar a luz, foi considerada dona de seu corpo, tendo sido acatado o documento que assinou em conjunto com sua família, determinando à médica que, numa emergência, não realizasse em seu corpo nenhuma transfusão de sangue.

Na Europa, em 07 de julho de 2005 foi aprovada a lei 6/2005, que regulamentou a Declaração de Vontade Antecipada, outra denominação para o testamento vital, no estado autônomo de Castilla-La Mancha. (AMARAL, PONA, 2010, p.7)

Como bem elencam Clemente e Pimenta (2006, p.8),

atualmente, pretende-se ampliar as diretivas antecipadas a quaisquer enfermos em situações clínicas potenciais. Pretende-se, ainda conceder poderes aos pacientes não só para recusarem, mas também para optarem positivamente por um tratamento, diante de um espectro de possibilidades.

Apesar de não haver em nosso país legislação específica tratando sobre o tema do testamento vital, da leitura do ordena-

mento conjuntamente com os princípios da autonomia privada do indivíduo, da autodeterminação de sua vontade e da dignidade da pessoa humana defende-se a inclusão deste no nosso ordenamento.

2.2 CONCEITO

O testamento vital pode ser chamado também de documento de vontades antecipadas, living will, testamento em vida, testamento biológico e ainda de testament de vie.

Sánchez (apud, AMARAL, PONA, 2010, p.4), escreve que

os testamentos vitais são documentos por meio dos quais uma pessoa suficientemente capaz pode estabelecer, antecipadamente, que medidas e tratamentos quer que se lhe apliquem quando não possa mais expressar sua vontade pessoalmente, podendo ainda, designar um representante para que tome esse tipo de decisão em seu lugar.

Segundo Borges (apud CLEMENTE; PIMENTA, 2006, p.4),

o testamento vital é um documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.

Sá, (2005, p.36) afirma que "o living will" ou "testamento em vida" pretende estabelecer os tratamentos médicos indesejados, caso o paciente incorra em estado de inconsciência ou em estado terminal". Sendo mais com uns as disposições sobre recusa de intubação e de ressuscitação.

Betancor (apud MOTA, 2007, p. 1) define-o como

instrumento jurídico no qual os indivíduos capazes para tal, em sã consciência, expressem sua vontade acerca das atenções médicas que deseja receber, ou não, no caso de padecer de uma enfermidade irreversível ou terminal que lhe haja conduzido a um estado em que seja impossível expressar-se por si mesmo.

Desta forma, tem-se que

o testamento vital é um documento jurídico redigido por uma pessoa quando plenas as suas faculdades mentais, por meio do qual dispõe antecipadamente a sua vontade quanto aos tratamentos a serem ou não empregados caso advenha situação na qual não possa mais expressar suas intenções

em virtude do estado de saúde em que se encontra, podendo ainda servir de instrumento para a nomeação de terceiro para tomar a decisão quanto aos tratamentos utilizados e ainda dispor acerca da doação ou não de órgãos. Por meio desse documento o indivíduo manifesta a sua vontade de não ser mantido vivo em condições que considere indignas, cuja qualidade da vida já não mais pode ser preservada diante da batalha travada para vencer a morte. (AMARAL, PONA, 2010, p.5)

Assim, por esse documento é possível que se assegure a morte digna no que se refere à assistência e ao tratamento médico ao qual será submetido um paciente em condição física ou mental incurável ou irreversível.

Baudouin e Blondeau (apud MOTA, 2007) afirmam que "o testamento vital é um nobre e louvável esforço de humanização e uma tentativa de reapropriação da morte, pois, tem como objetivo a preservação da dignidade humana no fim da vida."

2.3 CARACTERÍSTICAS

Faz-se necessário a priori diferenciar o testamento como conhecemos do testamento vital, sobretudo quanto à produção de seus efeitos, pois, enquanto o primeiro destina a produção dos seus efeitos apenas para depois da morte do testador, tendo disposições, em geral, de caráter patrimonial, o segundo, ao contrário, destina-se a produzir efeitos antes do falecimento, sendo suas disposições relativas aos direitos da personalidade e autonomia do indivíduo.

O testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, assim como o testamento comum, realizado por uma pessoa em situação de lucidez mental para ser levado em conta quando, por causa de uma doença, já não seja possível expressar sua vontade.

No entanto, é um ato jurídico entre pessoas vivas e não um ato causa mortis, dado que não tem como fim a regulação das coisas depois da morte.

Por esse instrumento o indivíduo determina, de forma escrita, a quais tipos de tratamento deseja ou não se submeter para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.

Como elencam Amaral e Pona (2010, p.8), as características deste documento são as mesmas do testamento comum:

A) Ato jurídico (ou negócio jurídico): representa a manifestação da vontade do indivíduo para a produção de efeitos jurídicos;

B) Unilateral: porque sua eficácia não depende do concurso de outra pessoa, bastando a vontade declarada pelo testador na

forma da lei;

C) Personalíssimo: somente o indivíduo pode realizá-lo, lhe sendo vedada a outorga de poderes para a confecção por representante;

D) Revogável: para que se leve a cabo as disposições nele contidas, é necessário que expresse as vontades do testador de forma inequívoca, podendo o mesmo, a qualquer momento, revê-las, revogá-las;

E) Gratuito: não impõe ônus nem obrigações a quaisquer pessoas;

F) Solene: exige-se o registro do documento, como garantia da segurança jurídica. É essencialmente formal, devendo ser escrito e respeitar as solenidades, sob pena de nulidade.

2.4 REQUISITOS

Assim como os demais documentos jurídicos, o testamento vital deve obedecer alguns requisitos para que se permita sua elaboração.

Na maioria dos países nos quais se aceita a sua confecção, exige-se que a pessoa seja maior e capaz, que o documento seja assinado perante duas testemunhas independentes, e que seus efeitos sejam válidos apenas após 14 dias de sua assinatura, sendo a manifestação passível de revogação a qualquer tempo. Além disso tem caráter provisório, pois sua validade no tempo é de aproximadamente 5 anos. Exige-se ainda, a caracterização da fase terminal do doente atestada por dois médicos. (CLEMENTE; PIMENTA, 2006, p.5)

A declaração vital será plenamente eficaz quando for parte de um mandato claro entre paciente e médico. Sua validade dependerá dos trâmites que lhe deram origem, da precisão e clareza com que seja formulado. Não poderá representar alienação à liberdade pessoal, podendo ser livremente revogado ou alterado a qualquer momento.

Converte-se em instrumento eficaz, sobretudo se aos médicos forem concedidas possibilidades de rápido acesso, em caso de acidente ou de enfermidade súbita. Na Dinamarca, o médico tem obrigação de consultar o arquivo central eletrônico de testamentos vitais, sendo penalizado se o não fizer. (MOTA apud GUERRA, 2005, p.374)

Um estudo realizado pela Associação Portuguesa de Bioética (PORTUGAL, 2010, p.14) defende que

para ser válido, o consentimento deve ser atual. Ora a criação on-line de um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade permitiria que só documentos recentes, com um período de validade predefinido, fossem considerados válidos.

Mais ainda, a existência de este registro permite também que o consentimento seja livremente revogado até à prática do ato concreto, na medida em que, enquanto existir competência, o doente pode revogar a orientação expressa no Testamento Vital. Findo este prazo de validade, e no caso de o doente ficar incapaz de decidir, o Testamento Vital manteria o seu valor dado que representa a vontade previamente manifestada do doente, desde que não existam dados que permitam supor que o doente alteraria a sua decisão.

Outro ponto relevante abordado pelo estudo é o estabelecimento de requisitos para a plena eficácia do testamento vital, sendo eles:

A) Limitação a pessoas capazes, competentes, maiores de idade e não inibidas por anomalia psíquica;

B) Informação e esclarecimento adequados, por intermédio de um médico com formação técnica apropriada;

C) Efeito compulsivo na decisão médica e não meramente indiciário;

D) Existência de um formulário-tipo com o objetivo de padronizar procedimentos;

E) Possibilidade de revogação a qualquer momento e sem qualquer formalidade;

F) Renovação periódica da manifestação de vontade;

G) Certificação perante um notário para garantir a autenticidade e evitar influências indevidas na esfera da decisão pessoal;

H) Criação no âmbito do sistema de saúde de um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENDV), para agilizar o acesso ao testamento vital por parte dos profissionais de saúde.

Diante da análise destes requisitos pode-se verificar a compatibilidade do testamento vital com o ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro é a capacidade do indivíduo. Fundamental requisito para confeccionar o documento, a capacidade aqui exigida é capacidade plena para a prática dos atos da vida civil. O Código Civil de 2002 optou por definir quem são os incapazes em seus artigos 3º e 4º. Desta forma entende-se por capaz todos aqueles que já atingiram a maioridade, nos moldes do art. 5º, CC/02 excluídos os que se encontrarem nas situações descritas nos arts. 3º e 4º do CC/02. Exclui-se também a possibilidade prevista pelo art. 1860, parágrafo único do CC/02 que prevê a possibilidade dos maiores de 16 anos testarem, atribuindo-se somente aos indivíduos que já tenham atingido a maioridade civil a capacidade para deixarem um testamento vital, pois não se trata aqui da disposição patrimonial, e visa resguardar a vida e a integridade física do menor. (BRASIL, 2002, p.13; 209)

O segundo é a informação, intimamente ligada ao consentimento informado (esclarecido), que se dá através da discussão ampla do médico com formação técnica apropriada com o paciente sobre o diagnóstico, prognóstico, os tratamentos possíveis e suas consequências. O que é assegurado pelo art. 5º, XIV, da CF/88, que garante a todos acesso a informação de seu interesse. (BRASIL, 1988, 22) E, ainda, o art. 59 do Código de Ética Médica, que garante ao paciente o direito de conhecer o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento. (BRASIL, 1988, p.7)

Terceiro: efeito compulsivo. O médico ao ter conhecimento do disposto no testamento vital deverá respeitá-lo, agindo em consonância e apenas nos limites deste, ainda que a família do paciente se oponha. Como estaria resguardado pela disposição testamentária não há que se falar em responsabilização civil do profissional. No entanto, se o médico violar tal disposição estará sujeito às penas impostas pelo Código Civil de 2002 em seus artigos 186, 932, 948, 949, 950 e 951. Além de sofrer sanções disciplinares. (BRASIL, 2002, p.141; 167-168)

Quarto: formulário-tipo. Visa facilitar a elaboração deste documento pelo paciente, para que a sua manifestação de vontade seja clara e facilmente compreendida.

Quinto: revogável. Por se tratar de uma manifestação de vontade, é plenamente possível a sua revogação, pois a declaração deve estar em consonância com a vontade do testador, podendo ser revogada a qualquer tempo.

Sexto: renovação periódica. Com o intuito de preservar a vontade do indivíduo, possibilitando sua alteração, tendo o documento prazo de validade, devendo ser renovado de quando em quando. Nos países que adotam o testamento vital esse prazo é de aproximadamente 5 anos.

Sétimo: certificação perante um notário. Para que se dê maior garantia de validade, deve ser realizado por meio de escritura pública ou apresentado a registro perante um tabelião, que, com a fé conferida pela lei, assegura a veracidade e validade de documento.

Oitavo: criação no âmbito do sistema de saúde de um Registro Nacional de Diretivas Antecipadas de Vontade (RENDV). Não seria necessariamente um requisito, mas sim uma forma de garantir a eficácia do testamento vital, pois para que o médico respeite tal manifestação de vontade é necessário que tenha conhecimento desta.

Apesar de não estar elencada dentre os requisitos estabelecidos pelo estudo da Associação Portuguesa de Bioética é necessário que a manifestação da vontade seja inequívoca. A intenção do paciente deve ser precisa e claramente manifestada. Não podendo haver dúvidas acerca das providências indicadas pelo indivíduo.

No modelo utilizado nos Estados Unidos, tem-se como requisito a presença de pelo menos duas testemunhas no momento da

assinatura, as quais devem de igual modo, assiná-lo. E a eficácia do documento se dará somente depois de decorridos 14 dias da assinatura, por motivos de segurança jurídica, sendo de suma importância que se estabeleça um período de espera para o testamento passar a ser válido.

Ressalte-se que as diretrizes antecipadas previstas no testamento vital aplicam-se ao paciente que se encontre em condição terminal, sob um estado permanente de inconsciência ou um dano cerebral irreversível, na qual não seja mais possível a recuperação da capacidade para tomar decisões e expressar seus desejos futuros.

3 AUTONOMIA DA VONTADE

O termo autonomia vem do grego *autos* (próprio, eu) e *nomos* (regra, domínio, governo, lei) sendo interpretado como autogoverno, liberdade de direitos, escolha individual, agir segundo a pessoa. (COHEN *apud* GUERRA, 2005, p.315)

É a capacidade que cada pessoa tem de se autodeterminar, fazendo escolhas e determinando seu destino atrelados ao contexto cultural, já que os seres humanos são motivados pela visão que possuem do mundo.

Segundo Santos (*apud* CLEMENTE; PIMENTA, 2006, p.4), "a capacidade de autogoverno é a capacidade para pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom."

O princípio de autonomia significa o reconhecimento desta liberdade de ação, desde que o indivíduo, movido pelas suas próprias razões, não produza danos a outrem. (MOTA, 2007, p.4)

Como elenca DINIZ (*apud* FIÚZA, NAVES, SÁ, 2003, p.85), "é o reconhecimento de que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar ou abster-se de certos atos, conforme sua vontade."

É a resistência do indivíduo à intromissão do Estado, a liberdade de decidir seu destino e arcar com a responsabilidade que decorre de sua escolha.

3.1 AUTONOMIA DA VONTADE COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DO PACIENTE

A relação médico - paciente transformou-se com o tempo, antes o médico decidia o melhor tratamento e submetia o paciente a este, muitas vezes sem que o enfermo nem mesmo soubesse do que padecia. Hoje, é dever do médico respeitar a autonomia do paciente para que possa tomar decisões referentes à enfermidade. Deve-se observar o consentimento informado para que se alcance o respeito à autonomia.

Segundo Clemente e Pimenta (2006, p.8)

As decisões médicas passaram a considerar as preferências do paciente. O fundamento ético dessa nova forma de agir está no novo modelo autonomista que gerou o direito ao consentimento informado e o fundamento lógico está nas novas teorias causais e nos novos modelos probabilistas.

O princípio da autonomia é o respeito à vontade do paciente, considerando seus valores morais e crenças religiosas. É o reconhecimento do domínio do paciente sobre sua própria vida, sobre seu corpo e sua mente, o respeito à intimidade. (MAGNO *apud* GUERRA, 2005, p.338)

A autonomia compreende-se como o direito do paciente no uso pleno de sua razão, ou de seus responsáveis, quando faltar consciência para estabelecer os limites em que gostaria de ter respeitada sua vontade.

Na relação médico-paciente, ambos devem ser autônomos, livres para avaliarem as opções possíveis, assegurado ao paciente o direito de consentir ou recusar determinado procedimento.

Na Bioética o respeito à autonomia do paciente é entendida como a valorização da consideração das opiniões e escolhas dos indivíduos, de modo a não obstruir suas ações a menos que estas sejam prejudiciais a outras pessoas. Assim devem ser respeitados: a liberdade de escolha do paciente, seu direito de autodeterminação, de manifestação livre de sua vontade e sua privacidade. (AMARAL, PONA, 2010, p.14)

A autonomia do paciente deve ser externada por meio de seu consentimento livre e esclarecido para que o médico possa fazer as intervenções necessárias (aplicar medicamentos, realizar cirurgias, etc.). (MAGNO *apud* GUERRA, 2005, p.316)

A Constituição Federal elenca em seu art. 5º, incisos II e III, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, decorrendo ambos da autonomia da vontade. (BRASIL, 1988, p.22)

No mesmo artigo, em seus incisos IV, VI e VIII, a Constituição assegura o princípio da autodeterminação moral, que garante a liberdade dos indivíduos de pensarem e orientarem sua conduta da forma que lhes pareça apropriada, baseada em qualquer que seja a crença ou a convicção. (BRASIL, 1988, p.22)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948, p.1-3) de igual modo assegura a liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião e expressão.

Além disso, o Código Civil dispõe em seu artigo 15 que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica". O que evidencia a

autonomia do paciente frente aos tratamentos médicos. (BRASIL, 2002, p.134)

É o direito básico de qualquer paciente de não sujeição, contra sua vontade, a tratamento, bem como o direito de não aceitar continuidade terapêutica, ou seja, poder exigir a suspensão dos tratamentos que lhe estejam sendo empregados. (DINIZ, 2002, p.31)

3.2 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A autonomia da vontade é um princípio fundamental, umas das bases do ordenamento jurídico brasileiro, mas, para evitar que ocorram abusos dessa liberdade do indivíduo, o mesmo Estado que concede essa faculdade é obrigado a limitá-la, de forma que não haja excessos individuais nem opressão estatal.

Não se pode impor ao paciente nenhum tratamento ou procedimento contra sua vontade. Esse e a família devem ser consultados e informados, ressalvados os casos de extrema urgência em que o médico pode adotar as medidas que julgar convenientes para salvar a vida do paciente.

O Código de Ética Médica nacional veda ao médico: efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal; o desrespeito ao direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, ressalvadas as situações em que houver iminente perigo de vida; e, ainda, que a autoridade do médico seja exposta a tal ponto que limite a liberdade da pessoa sobre o que considera relevante à sua pessoa ou seu bem estar. Previsto, respectivamente, em seus artigos 46, 56 e 48. (BRASIL, 1988, p.6-7)

O desrespeito à autonomia representa uma violação aos direitos do paciente, configurando hipótese de constrangimento ilegal previsto no caput do art. 146 do Código Penal nacional, a não ser que esta intervenção esteja justificada por iminente perigo de vida conforme indica o inciso I, parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal, ou ainda, se a coação é exercida para impedir o suicídio. (MOTA apud GUERRA, 2005, p.362)

Depreende-se desses dispositivos que o direito à vida prevalece ao direito à liberdade, pois à autonomia só será exercida plenamente nos casos em que não houver iminência de morte.

O argumento utilizado é de que a vida é um bem maior, sobrepujando-se à autonomia e tornando a realização do ato médico um dever *prima facie*. (MOTA apud GUERRA, 2005, p.362)

No entanto, não se trata de uma questão tão simples que possa ser resolvida por uma disposição do Código Penal, ou pela ressalvas presentes no Código de Ética Médica. Apesar da importância dessas disposições, faz-se necessário a análise os

avanços tecnológicos, sociais e o ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Está-se diante de uma mudança de valores: hoje o direito à vida, embora este seja necessário para que todos os demais direitos possam ser exercidos, já não persiste mais solitário, independente e superior a todos os demais direitos, devendo ser analisado juntamente com a autonomia de vontade, e, sobretudo à luz do princípio da dignidade da pessoa humana que é fonte legitimador de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, ainda que o evento seja qualificado como iminente perigo de vida, a vontade expressa em um testamento vital deverá ser preservada.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DE MORRER

4.1 DIREITO À VIDA

A vida é um direito fundamental como elenca o art. 5º da Constituição da República em seu *caput*. (BRASIL, 1988, p.21)

Durante muito tempo acreditou-se que os direitos fundamentais fossem absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem qualquer tipo de restrição. Desta forma, todo poder seria limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal prevaleceria sobre estes. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.

Prevalecia o princípio do primado do direito à vida no qual se defende que

a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc. (DINIZ, 2006, p.28)

Atualmente, o entendimento é de que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, pois estão em sua totalidade sujeitos a juízos de ponderação, em cada situação hermenêutica, com outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

Segundo Canotilho (*apud* MORAES, 2010, p.7) a relativização do direito à vida é um fenômeno social e consequentemente jurídico, podendo ser definido como

fenômeno jurídico, caracterizado pelo fato de que para se garantir a inviolabilidade da vida ou a dignidade de um ou mais indivíduos, o Direito tem que relativizar a inviolabilidade da vida de outros, os quais representam risco concreto à

vida ou à dignidade dos primeiros.

O direito à vida é relativizado em três circunstâncias:

A) Quando se depara com o embate vida x vida: que é o caso da legítima defesa, uma pessoa pode tirar a vida da outra para defender a sua própria.

B) Quando se está diante de choque entre princípios: após a análise do caso concreto, um princípio irá se sobrepor ao outro, não significando que há hierarquia entre estes, mas sim que naquele caso um foi afastado para a melhor aplicação do outro.

C) Quando se tratar da defesa do direito de propriedade: hipótese em que uma pessoa que tem sua propriedade invadida mata outra para defesa dessa.

Assim, tendo em vista que não há direitos absolutos e que a Constituição da República consagra o direito a inviolabilidade da vida, deve-se questionar se o direito à vida compreende também o direito à morte, ou a inviolabilidade assegurada pela Constituição gera um dever do indivíduo em continuar vivo, ainda que intoleráveis sejam as circunstâncias em que tal vida é mantida.

Sztajn (apud, AMARAL, PONA, 2010, p.17) assevera que:

o que o preceito constitucional faz é tutelar um bem jurídico, a vida, sem alcançar a vontade de morrer e a faculdade de provocar a própria morte. A norma protege a vida contra ação de terceiros, daí porque o induzimento ao suicídio é tipificado como conduta delitual. A autonomia na escolha de entre viver ou não deve ser absoluta, resultar da manifestação livre e informada, sem interferência externa de qualquer ordem, especialmente do médico ou do Estado.

A Constituição estabelece em diversos artigos a tutela à vida, dentre eles podemos elencar o art. 5º no qual este recebe status de direito fundamental e em seu inciso XXXVIII instituiu o processo penal por meio do Tribunal do Júri para punir os crimes dolosos contra a vida. E ainda, o art. 225, parágrafo 1º impõe que o Poder Público assegure um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desta forma, percebe-se o dever do Estado de agir para preservar a vida e ainda lhe garantir determinado grau de qualidade. (BRASIL, 1988, p.75)

Segundo Mota (apud GUERRA, 2005, p.368)

cabe recordar que um dos fins do Estado é propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas. Todavia, a dignidade humana pode ser por diversas maneiras violada, por exemplo, quando o próprio Estado interfere nas convicções mais pro-

fundas e essenciais daquelas. Às pessoas cabe dar sentido às suas próprias vidas, e ao Estado cabe facilitar-lhes o exercício da liberdade. Nesse diapasão, liberdade e dignidade ascendem ao patamar dos direitos fundamentais.

No dizer de Canotilho (apud MORAES, 2010, p.22), os direitos fundamentais exercem

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera, jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

O direito à vida está intrinsecamente atrelado ao direito de defesa, ou seja, impedir que os poderes públicos pratiquem atos contra a existência de qualquer ser humano e que outros indivíduos se submetam ao dever de não agredir esse bem.

A previsão constitucional do direito de inviolabilidade da vida se destina a assegurar ao indivíduo que ninguém atente contra sua vida. Sendo designada também ao Estado, o qual tem a obrigação de garantir a efetividade deste direito, provendo aos indivíduos segurança e as condições mínimas para o desenvolvimento pleno da vida destes, mas não destinado ao próprio indivíduo, impondo-lhe o dever de continuar vivo em quaisquer circunstâncias.

Assim, o que é assegurado pela Constituição Federal é o direito à vida e não o dever de viver, pois como bem elenca o art. 5º, III, não se admite que o indivíduo seja obrigado a se submeter a tratamento desumano ou degradante. Diante disso, por não ser obrigado a continuar vivo, é possível a escolha do indivíduo anteriormente mesmo à própria doença, de não receber tratamento caso se encontre em estado vegetativo no qual não possa mais expressar sua vontade. (BRASIL, 1988, p.22)

Segundo Borges (apud CLEMENTE; PIMENTA, 2006, p.5) é assegurado o direito à vida, não o dever de viver.

A Constituição não prevê o direito à morte, pelo fato de que ninguém é imputado o dever de matar. Dever à vida é coisa que não existe. Tanto é assim que o Código Penal não tipifica como ilícito penal a tentativa de suicídio. A vontade do paciente expressa no testamento vital de não se submeter a

tratamentos inúteis que apenas prolongam uma mera vida biológica, sem nenhum outro resultado, não é forma de eutanásia. É reconhecimento da morte como elemento da vida humana, é da condição humana ser mortal. É humano deixar que a morte ocorra, sem o recurso a meios artificiais que prolonguem inutilmente a agonia. A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentando contra a sua dignidade.

Santos (apud CLEMENTE, PIMENTA, 2006, p.5) elenca que *o direito à vida constitucionalmente, não é um direito sobre a vida. Constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos os componentes da coletividade se exige. O direito à vida, no âmbito privatístico, confere o direito de personalidade as características de indisponibilidade e não interferência de terceiros.*

O que se defende aqui é que o direito a uma morte digna, também foi protegido pela Constituição Federal. Quando se defende o direito à morte digna não quer dizer que o indivíduo possa extirpar seu direito fundamental precípuo, necessário para a efetivação dos demais, mas sim que tendo em vista um ideal de qualidade de vida e a não intervenção de terceiros nem do Estado na vida do indivíduo, que este possa negar-se a submeter-se a tratamentos que apenas prolonguem uma vida sem dignidade, onde haveria quantidade ao invés de qualidade.

Diniz (2006, p.381) ao tratar do direito à morte digna assevera que

a dignidade da pessoa humana é o valor fonte legitimador de todo ordenamento jurídico. A consciência jurídica atual, diante da indiferença de um mundo tecnicista e insensível, precisa ficar atenta à maior de todas as conquistas: o respeito absoluto e irrestrito pela dignidade humana, que passa a ser um compromisso inafastável e um dos desafios para o século XXI.

Faz-se necessário ainda, destacar a importância da filosofia do hospício (asilo), que atualmente é adotada nos hospitais através da medicina paliativa, e que visa resguardar o direito a uma morte digna. Dentre seus pilares estão a aceitação da morte como episódio natural do ciclo da vida e que não se deve antecipar, nem prolongar a vida se a morte é inevitável. Busca enfrentar a morte como um processo normal e assegurar a qualidade de vida do

paciente terminal, dando possibilidade a este ou a seus familiares de decidir sobre a recusa, ou não, de qualquer intervenção tecnológica prolongadora da vida.

O que o testamento vital viabiliza é que uma pessoa ao perder sua capacidade de discernimento não seja submetida à vontade do Estado ou de terceiros, sendo submetida a tratamentos degradantes que apenas prolongariam uma vida sem dignidade. Não se trata de defender a prática da eutanásia ou do suicídio, que são vedados pelo ordenamento jurídico, mas sim de garantir ao indivíduo o direito de escolher os tratamentos aos quais quer ou não ser submetido.

4.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Assim como aconteceu com os direitos humanos em geral, o respeito à dignidade humana, representa a culminação de um longo processo, que se desenvolveu em, pelo menos três fases, como leciona Bobbio (apud, MENDES, 2010, p.217):

Num primeiro momento, eles aparecem como teorias filosóficas nas obras dos seus defensores; a seguir, inserem-se em textos de âmbito nacional; e, por derradeiro, são enunciados em documentos de alcance mundial, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Sarlet (2001, p.101) ensina que

a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, [...] tão-somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem elenca em seu artigo 1º que, " todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade." (ONU, 1948, p.1)

A ideia de dignidade humana está associada à proteção das circunstâncias indispensáveis para uma existência plena de sentido. Essa ideia traduz o estado do ser humano enquanto indivíduo, não podendo este ser tido com objeto à disposição de interesses alheios, impondo limites às ações que não consideram a pessoa como um fim em si mesmo.

Como bem elenca Reale (apud, MENDES, 2010, p.214):

toda pessoa deve é única e que nela já habita

o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpessoalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples "momento de um ser transpessoal" ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo "monstro frio": "coletividade", "espécie", "nação", "classe". "raça", "ideia", "espírito universal", ou "consciência coletiva".

Segundo Moraes (2010, p.22) a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Insta salientar que a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca do indivíduo, sendo irrenunciável, inalienável e inerente a toda e qualquer pessoa humana.

Uma Constituição que, de forma direta ou indireta, consagra a ideia de dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o ser humano, em virtude de sua condição biológica humana independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por terceiros e pelo Estado. (SARLET, 2001, p.106)

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Constituição Federal. (BRASIL, 1988, p.21)

Nunes (2007, p.45) assevera que a dignidade

é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais, funcionando como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidas a estes constitucionalmente.

Delpérée (apud, CARVALHO, 2008, p.654) assevera que a Constituição Federal, ao elencar a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, consagrou um direito de resistência:

Cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade. Ele está em condições de orientar a sua própria vida. Ele é por si só depositário e responsável do sentido de sua existência. Certamente, na prática, ele suporta, como qualquer um, pressões e influências. No entanto, nenhuma autoridade tem o direito de lhe impor, por meio de constrangimento, o sentido que ele espera dar a sua existência. O respeito a si mesmo, ao qual tem direito todo homem, implica que a vida que ele leva dependa de uma decisão de sua consciência e não de uma autoridade exterior, seja ela benevolente ou paternalista.

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Limite da atividade dos poderes públicos, uma vez que a dignidade pertence a cada um devendo ser respeitada, não podendo ser perdida ou alienada. E tarefa, a medida que importa ao Estado assegurar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade. (SARLET, 2001, p.108)

A dignidade é inerente à pessoa humana. É o respeito à integridade física e psíquica do indivíduo, aos seus pensamentos, ações e comportamentos, a sua imagem, a sua intimidade, é a sua liberdade de consciência religiosa, científica, espiritual. Enfim, é assegurar que o indivíduo tenha sadia qualidade de vida.

O respeito à dignidade da pessoa humana que é o fundamento do Estado Democrático de Direito, é a essência do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser tido como fim da sociedade e do Estado e prevalecer sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. (DINIZ, 2006, p.19)

Dessa forma a dignidade (virtude, honra, consideração) das pessoas deve ser respeitada em todos os aspectos, devendo ser levado em conta sua vontade, inclusive para escolher tratamentos ou de recusar os mesmos.

No entanto, atualmente nos deparamos com situações nas quais o indivíduo é posto em segundo plano e os tratamentos nele empregados são tidos como fins em si mesmos, e a intenção não é a de evitar a morte, mas, apenas e tão somente, de prolongar a vida. (AMARAL, PONA, 2010, p.24)

Desta forma, ocorre a escolha pela quantidade de vida em detrimento de sua qualidade, sendo o indivíduo reduzido à condição de coisa, o que ofende o princípio da dignidade da pessoa humana. E ainda, se a submissão a tratamentos se der de forma contrária à vontade do paciente estaremos diante de ofensa à sua liberdade de escolha e a sua autonomia.

Assim, tendo em vista que o testamento vital tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, que é o valor legitimador de todo ordenamento jurídico, esse tem amparo constitucional sendo possível a sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais segundo Schneider (apud SARLET, 2001, p.62) "podem ser considerados *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático." Desta forma um Estado no exercício de seu poder está condicionado aos limites fixados na sua Constituição.

Os direitos fundamentais possuem função limitadora do poder do Estado e critérios de legitimação deste poder. Sarlet (2001, p. 63) ensina que

os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.[...] Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, conforme elenca o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, são posi-

ções jurídicas material e formalmente fundamentais fora do Título II, diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I dessa. Assim os direitos decorrentes do regime e dos princípios possuem importância equiparada com os direitos e garantias fundamentais. (SARLET, 2001, p.98)

Segundo Sarlet (2001, p. 98)

de acordo com a redação do art. 5º, § 2º, da nossa Constituição, poder-se-ia, ao menos em princípio, sustentar que apenas os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios se encontram umbilicalmente vinculados aos princípios fundamentais consagrados no Título I da nossa Lei Fundamental, no sentido de que os demais direitos fundamentais localizados fora do catálogo (na Constituição ou em tratados internacionais) não são - ou não precisam ser - necessariamente decorrentes daqueles. [...] Assim, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana.

A maior parte dos direitos fundamentais pode ser identificada por seu conteúdo comum, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, que se materializa através do reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem caráter duplice como bem elenca Sarlet (2001, p.100)

além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização deste princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, da nossa Lei Fundamental.

Apesar de o Constituinte de 1988 não ter incluído a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos fundamentais, o que faria desta um autêntico e típico direito fundamental, esta recebeu o tratamento de princípio fundamental do qual os direitos fundamentais podem, de modo geral, ser considerados concretizações de suas exigências.

Segundo Sarlet (2001, p. 100)

este princípio deve ser considerado em si mesmo, como um autêntico direito fundamental autônomo,

em que pese sua importante função, seja como elemento referencial para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais, seja na condição de fundamento para a dedução de direitos fundamentais decorrentes.

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental tem conteúdo ético e moral, além de constituir norma jurídico-positiva com status constitucional, dotada de eficácia o que a torna um valor jurídico fundamental da sociedade. Desta forma, é a essência de todo o ordenamento jurídico.

Assim, tendo em vista que os direitos fundamentais são concretizações ou desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nessa devem ser interpretados, pode-se afirmar que o princípio da dignidade exerce o papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais dando-lhes unidade e coerência.

Carvalho (2008, p. 686) ensina que

os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, etc., resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores sociais aceitos pela sociedade.

Desta forma, da análise dos apontamentos de Sarlet e Carvalho, pode-se concluir que havendo conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e um dos direitos fundamentais é possível que o princípio se sobreponha ao direito, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos e devem ser interpretados a luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.4 EMBATE ENTRE O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao investigarmos a validade dos testamentos vitais perante o ordenamento jurídico brasileiro surge o embate entre o princípio da indisponibilidade da vida e o princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com a autonomia de vontade.

Colisão que deve ser analisada com cuidado, pois, embora o direito à vida seja inviolável, não existem direitos absolutos. Os princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade possuem valor igual ao atribuído ao princípio da inviolabilidade à vida.

Como não há hierarquia entre princípios, devendo-se em caso

de colisão, um princípio ceder ante o outro. O que não significa que este perca sua validade ou que não deva ser observado, mas sim que naquele caso concreto ao exercer um juízo de ponderação foi necessário que este fosse afastado para plena eficácia do outro.

Desta forma pode-se dizer que o conflito entre princípios se dá na dimensão do peso.

Essa ideia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista a sua hierarquização. Não uma hierarquização absoluta, é verdade, mas uma hierarquização tendo em vista o caso concreto, realizada pelo procedimento de ponderação dos princípios envolvidos na situação. (GALUPPO, 2002, p.175)

Assim apenas a análise do caso concreto poderá dizer qual princípio irá se sobrepor ao outro, sendo plenamente possível que sob outras condições a preponderância ocorra de maneira inversa.

Como bem elenca Mota (apud GUERRA, 2005, p.355)

o direito à vida, reconhecido no art. 5º da Constituição brasileira, nem sempre pode considerar-se inviolável, mas sim que seja quantitativamente graduável e suscetível de ponderações quando entra em conflito com outros interesses, pois bem vida não se coloca no mundo jurídico alheio à sua qualidade de vida digna e livre, o que a liberta de ser um mero ato biológico.

E é exatamente por ser a vida o bem maior, traduzindo-se como bem indisponível, da qual derivam todos os demais direitos, que se defende a inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que este almeja a garantia de vida e morte dignas.

A vontade declarada pelo paciente nada mais é do que o seu posicionamento diante desse embate. Nesse aspecto, a morte digna desejada pelo indivíduo nada mais seria do que deixar a natureza agir por si própria, no que a medicina não pode remediar.

Como todos os princípios são relativizados, não se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana sempre prevalecerá em detrimento do direito à vida, pois apesar de o primeiro ser um princípio de valor pré-constitucional e de hierarquia supra constitucional, deve-se existir um amplo grupo de condições de precedência, assim como um elevado grau de segurança no sentido de que, presentes tais condições, este prevalece sobre os demais.

Não havendo então que se falar em hierarquia ou valoração de princípios, o que ocorre é que em determinadas situações legitima-se a precedência do princípio fundamental da dignidade da

pessoa humana sobre a indisponibilidade da vida.

5 DIFERENCIAÇÃO ENTRE TESTAMENTO VITAL E EUTANÁSIA

Os testamentos vitais ou as diretrizes antecipadas são instrumentos de manifestação de vontade com a indicação negativa ou positiva de tratamentos e assistência médica a serem ou não realizados em determinadas situações. Trata-se de uma escolha do paciente em se submeter ou não a determinado tratamento, que não lhe trará a cura, mas poderá adiar a sua morte.

Nesse contexto, assim como o paciente participa das decisões acerca do tratamento indicado pelo médico, emitindo a sua opinião sobre os procedimentos a serem adotados sobre a sua saúde e a sua vida, deve o médico, também, ouvir o paciente quando da indicação de determinado tratamento.

O médico de hoje, dentro das suas atribuições, indica e recomenda o tratamento adequado. O paciente, dentro da autonomia que lhe é assegurada, aceita ou não a recomendação, exercendo poder de escolha para tomar decisões sobre si.

Não se trata de eutanásia, cuja prática consiste em pôr fim à vida de um enfermo incurável, a seu pedido, em razão de um sofrimento insuportável, de maneira assistida, cujo ato é praticado por um terceiro.

Sá (2005, p.38) ensina que o termo eutanásia deriva do grego eu (boa), thanatos (morte), podendo ser traduzido como "boa morte", "morte apropriada", morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou simplesmente, direito de matar. Sendo a nomenclatura eutanásia utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela. A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta, por meio da ação ou omissão do médico, que emprega ou omite meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.

Como bem elencam Clemente e Pimenta (2006, p.7)

O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com direito à morte. O direito de morrer dignamente é o desejo, a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. Isso não se confunde com o direito de morrer.

O testamento vital não se confunde com a prática da eutanásia ou do auxílio ao suicídio, que são intervenções que causam a morte. O testamento vital visa resguardar o direito de morrer dignamente, não se trata de defender qualquer procedimento que cause a morte do paciente, mas sim de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação. (SANTOS, 2001, p.40)

No caso de o paciente solicitar a eutanásia ativa, por exemplo, o médico estaria proibido de executá-la, pois é ilegal no Brasil. Porém, nos casos em que a doença levar inevitavelmente à morte, o direito de autodeterminação do paciente deve ser respeitado.

6 CONCLUSÃO

No Brasil não há regulamentação do testamento vital, no entanto ao conjugar a interpretação das diversas normas percebe-se que é possível a inclusão desse documento no ordenamento jurídico brasileiro.

O ritmo acelerado de inovações tecnológicas das últimas décadas na seara da medicina trouxe um grande poder de intervenção sobre a vida e a morte. Assim, faz-se necessária uma reflexão a respeito da bioética e do biodireito para buscar a melhoria da qualidade de vida do ser humano e o que deve ser considerado prioritário, possibilitando ao homem vida e morte dignas.

Ao se analisar o embate entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, não se deve ter como base o ponto de vista biológico, sob o qual sem vida não é possível defender nenhum outro direito, mas sim o de que a dignidade da pessoa humana é um valor que deve ser preenchido a priori, uma vez que esta nasce com a pessoa, é de sua essência, logo, não existe vida sem dignidade.

Nesse contexto, tem-se por constitucional a permissão para que uma pessoa disponha antecipadamente, enquanto plenas suas capacidades mentais, não querer ser mantida viva em condições as quais considera indignas, sustentada por inúmeros aparelhos. Não permitir tal disposição, condenando antecipadamente os indivíduos a serem mantidos vivos a qualquer custo, atenta contra sua dignidade.

No caso de o paciente solicitar prática de tratamento vedado na legislação brasileira, como por exemplo, a eutanásia e o suicídio assistido, o médico estaria proibido de executá-lo. Porém, nos casos em que a doença leve inevitavelmente à morte, o direito de autodeterminação do paciente deve ser respeitado.

Desta forma deve ser analisado o caso concreto para que se tenha a melhor solução a ser seguida. Não se trata de fazer cumprir a declaração de vontade do indivíduo nos moldes por ele deixados, mas realizá-la dentro dos limites impostos pela lei. Sen-

do assim os testamentos vitais poderiam ser feitos e cumpridos apenas nos casos de doenças irreversíveis ou terminais, cujo tratamento destinado a prolongar a vida do enfermo provocaria inevitavelmente, dor (física ou psicológica) e degradação.

De fato, não é possível a previsão de todos os casos pela lei. Cada quadro clínico tem um desenvolvimento próprio. Porém, compete à família e ao corpo clínico responsável avaliar a situação do paciente se enquadra dentro dos limites previstos em lei.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. *Autonomia da vontade e testamento vital: a possibilidade de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro*. 2010. 29 f. Artigo Científico - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

BAUDOUIN, Jean-Louis, BLONDEAU, Danielle. *Éthique de la mort et droit à la mort*. Paris: Universitaires de France, 1993, p. 97-98.

BETANCOR, Juana Teresa. *El Testamento Vital*. Eguzkilore, San Sebastián, n. 9, p. 100, dic. 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 32.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Imprensa Nacional, Diário Oficial da União, 12 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 10.406 - Código Civil Brasileiro*. Brasília, Imprensa Nacional, Diário Oficial da União, 10 de janeiro de 2002. Lex: Vade Mecum Compacto. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.246 - Código de Ética Médica*. Brasília, Imprensa Nacional, Diário Oficial da União, 08 de janeiro de 1988. Disponível em: <http://www.crfm.com.br/pdf/codigo_etica_medica.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2011.

CANO, Marcel Tenório de Britto. *O fenômeno da relativização da inviolabilidade da vida humana frente a outros princípios constitucionais e o excepcional caso dos embriões excedentários da fertilização "In Vitro"*. 18 f. Artigo Científico - Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2301/1869>> Acesso em: 02 out. 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição - direito constitucional positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 1323 p.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; PIMENTA, Waldemar J. D.. *Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias?* 2006. 32 f. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_lnk=revista_artigos_leitura&artigo_id=1231>. Acesso em: 29 set. 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 334 p.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 965 p.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 362 p.

FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 331 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença - estado democrático de direito a partir do pensamento de habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 231 p.

GUERRA, Arthur Magno e Silva et al. (coord). *Biodireito e bioética: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. 403 p.

MAGALHÃES, Carolina da Cunha Pereira França. Os Testamentos Vitais e as Diretrizes Antecipadas. *Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte, segundo semestre, p. 28-29, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 922 p.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 323. (Coleção temas jurídicos).

MOTA, Silvia. *Testamento vital*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/testvital-definicao.htm>>. Acesso em: 29 set. 2011.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Da relação jurídica médico-paciente. *Virtuajus (Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito)*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, ago. 2003. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Rela%E7%E3o%20jur%EDdica%20m%E9dico-paciente.doc>. Acesso em: 07 set. 2011.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Aplicação dos princípios jurídicos no Biodireito. *Virtuajus (Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito)*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, out. 2002. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Publicacoes/APLICA%C7%C3%20DOS%20PRINC%C3%20PIOS%20NO%20BIODIREITO.doc>>. Acesso em: 07 set. 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2007, 127 p.

PORTUGAL, Associação Portuguesa de Bioética. *Estudo n.º E/17/APB/10 - testameto vital*. Porto. 18 de setembro de 2010, 18p. Disponível em: <http://www.sbem-fmup.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf>. Acesso em: 02 set. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração universal dos direitos do homem*. Paris. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Família e dignidade humana. In: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte. 2010, p. 275.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Suspensão de esforço terapêutico. *Cadernos de direito clínico*. Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central. Ano I, número 1, Out. 2005. Brasília. p. 18.

SÁ, Maria de Fátima Freire de et al. (coord). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 465 p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 154 p.

SÁNCHEZ, Cristina Lopes. *Sobre la reciente aprobación del testamento vital*. *Dossier de Prensa*. Universidad de Alicante. Alicante, 2002. Disponível em: <<http://www.ua.es/dossierprensa/2002/12/11/19.html>>. Acesso em: 29 set. 2011.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos et al. (coord). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SZTAJN, Rachel. Parecer CoBi 1999. Eutanásia e meios extraordinários de prolongamento da vida. In: COHEN, Cláudio; GARCIA, Maria (orgs). *Questões de bioética clínica: pareceres da comissão de bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 147-154.

(Endnotes)

1. Graduando do 10º período do curso de Direito – FACISA – do Centro Universitário Newton Paiva

2. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006), Professor adjunto do Centro Universitário Newton Paiva, Professor Orientador do CEJU – Centro de Exercícios Jurídicos, Professor da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte.





QUEM
SE PREPARA,
NÃO PARA.