

ISSN 1678-8729 - QUALIS C

REVISTA ELETRÔNICA DE

DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Número 19
2012



QUEM
SE PREPARA,
NÃO PARA.

Ficha Catrológica

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 catrológica 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

João Paulo Beldi

VICE-REITORA

Juliana Salvador Ferreira

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO

Marcelo Vinicius Santos Chaves

SECRETÁRIA GERAL

Dorian Gray Rodrigues Alves

COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO

Emerson Luiz de Castro

EDITOR DA REVISTA

Gustavo Costa Nassif

EDIÇÃO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

<http://npa.newtonpaiva.br/npa>

EDITORA DE ARTE E PROJETO GRÁFICO

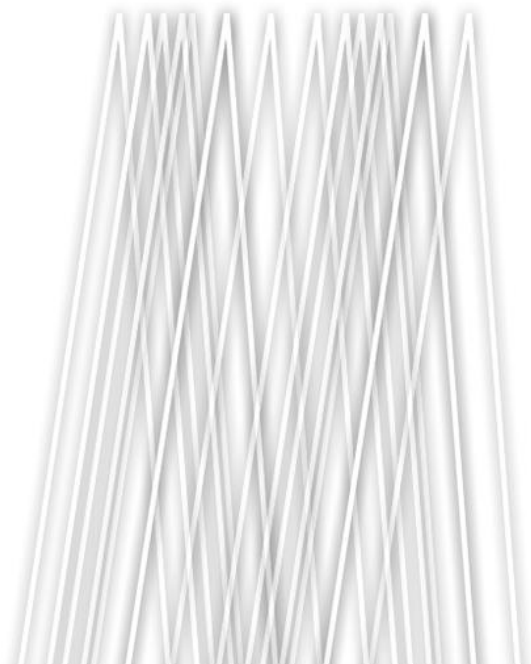
Helô Costa - 127/MG

DIAGRAMAÇÃO:

Geisiane de Oliveira

(estagiária da Central de Produção

Jornalística da Newton Paiva - CPJ)





EDITORIAL

Caro Leitor,

A Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva é o instrumento oficial do Curso de Direito destinado a veicular a produção teórica de seu corpo docente e discente, e as mais diversas reflexões jurídicas, propugnando pelo diálogo com as mais variadas áreas do saber, sem fazer distinções relativas a correntes ideológicas ou linhas filosóficas. O espaço interdisciplinar da revista garante a liberdade e o pluralismo em um momento de transição e incerteza.

Nesta linha de pensamento, a pesquisa, a extensão e a produção acadêmica têm ocupado lugar de destaque no ensino universitário. Uma produção voltada para o estudo do Direito, da Democracia e da Cidadania em uma perspectiva inclusiva constitui uma nova forma de compreensão do ensino superior de um lado, e a crença no seu constante amadurecimento pela peregrinação do desvelar-se a cada dia, de outro. Assim, a academia deve cumprir a sua função social e valer-se de canais institucionalizados para a divulgação de sua produção, e por conseguinte, contribuir para democratização do saber.

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

A Revista Eletrônica de Direito tem publicado por meio digital excelentes trabalhos produzidos por seus alunos, professores e pela comunidade acadêmica. A Revista contribui para o aprofundamento e disseminação do saber jurídico, permitindo uma maior aproximação entre a produção do conhecimento técnico e a realidade social.

Seu conselho editorial é composto por professores e profissionais de destaque no cenário nacional e internacional. Sua publicação é semestral e está aberta para receber novas contribuições para alcançar seus objetivos: o fortalecimento da pesquisa científica e o aprofundamento da reflexão.

A 19ª edição da Revista Eletrônica de Direito traz importantes artigos, e acredita-se, com isso, que eles possam cumprir seu valioso papel de consolidação e difusão da produção acadêmica.

Professor Gustavo Costa Nassif
Editor da Revista



SUMÁRIO

CONVIDADOS

ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO

Rubén Alberto Duarte Cuadros 09

DIREITO À VERDADE: UM INSTRUMENTO NO COMBATE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Daniel Guimarães Medrado de Castro 19

A NÃO CUMULATIVIDADE E A DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA NO IPI: O LOBO NA PELE DO CORDEIRO

Jamir Calili Ribeiro 26

PROFESSORES

REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA DOENÇA PREENSISTENTE NO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA

Michael César Silva 43

CONTRATO: UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO

Marco Flávio de Sá 57

DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA EM PODER DO ESTADO: A VISÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Marcela de Fátima Menezes Máximo, Raquel Lima de Abreu Aoki, William Ken Aoki 64

A INCONSTITUCIONALIDADE DO DEPÓSITO RECURSAL TRABALHISTA

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo, Helbert Leopoldino de Almeida 79

DISTINGUISHING, SÚMULAS E PRECEDENTES

Tatiana Maria Oliveira Prates Motta, Pedro Correa Pertence 86

LIBERDADE DE IMPRENSA, DIREITOS DE PERSONALIDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Glenda Rose Gonçalves Chaves, Nicole Bianchi Barbosa 95

POR UMA MAIOR ABERTURA NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA:

A APLICABILIDADE DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO SOBRE AS REGRAS TRIBUTÁRIAS

Gustavo Henrique Carvalho Da Mata 102

A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL À LUZ DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Leandro Henrique Simões Goular, Douglerson Santo 108

A SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO E A EFICÁCIA DA LEI PENAL E PROCESSUAL PENAL Ronaldo Passos Braga	121
TIPIFICAÇÃO DA HOMOFOBIA: UMA REFLEXÃO ÉTICA Maurílio Santiago	128
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO EM FACE DA PRÁTICA DE BULLYING Emerson Luiz de Castro, Leandro Cesar Barbosa Jardim, Karen Myrna de Castro Mendes Teixeira	136
VALORAÇÃO ECONÔMICA DA PAISAGEM: PROPOSIÇÃO DE DISCUSSÃO Dougleron Santos, Maraluce Maria Custódio	153
RESTRIÇÕES E CONFRONTOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA DE ANÁLISE DISCURSIVA. Cândice Lisbôa Alves	157
FENOMENOLOGIA E JURISPRUDENCIALISMO: um diálogo possível? José Carlos Henriques, Bernardo Gomes Barbosa Nogueira	171
ALUNOS	
POSSIBILIDADE DE PRISÃO POR DÍVIDA TRABALHISTA Virgínia Goulart de Castro	179
RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NA ESFERA TRABALHISTA Mirella Karen De Carvalho Bifano Muniz, Fernanda Diniz CaixeSta	193

ELEMENTOS COMPRENSIVOS LINGÜÍSTICOS DE UNA TEORÍA PRAGMÁTICA DEL DERECHO

Rubén Alberto Duarte Cuadros¹

RESUMEN: La presente conferencia que presento en la Universidad del Brasil, tiene como propósito soslayar los elementos para la construcción de una teoría pragmática del derecho, señalando los avances epistemológicos con recursos lingüísticos tomados desde el pensamiento kantiano, pasando por Habermas y Putnam para el estudio del derecho como realidad mediada en relaciones pragmáticas; y constituida esta realidad de las proposiciones jurídicas de modo intersubjetivo en procesos racionales lingüísticos, que al parecer sólo son posibles de ser esclarecidos en el mundo, con recursos hermenéuticos de la realidad práctica que nos constituyen como sujetos de acción y lenguaje.

PALABRAS CLAVES: Teoría, Pragmática, Lingüística, Derecho, Lenguaje, Razón, Acción, Proposición Jurídica, Realidad Jurídica, Sujeto, Mundo e Intersubjetividad.

ABSTRACT: The objective of the present conference that I display to the Brasil, and in that I try to avoid the elements for the construction of a pragmatic theory of the laws. It mainly looks for show the epistemologist advances with linguistic resources, taken from the Kantians thinking, through Habermas and Putnam, for the study of the laws like mediate reality in pragmatic relations; and constituted this reality of the legal proposals of intersubjective way in linguistic rational processes, that apparently are only possible of being clarified in the world, with hermeneutics resources of the practical reality that they constitute to us like subjects of action and language.

KEY WORDS: Theory, Pragmatic, Linguistic, Laws, Language, Reason, Action, Legal Proposal, Legal Reality, Subject, World and Intersubjetividad.

1. HIPÓTESIS

Quiero asumir hipotéticamente, que sólo existen dos caminos posibles para configurar una teoría jurídica: el primero, que nos conduce a instalarnos en la tradición del positivismo, del formalismo y/o de la dogmática jurídica, cuya contribución más plausible se fundamenta en la idea que el derecho es producto del Estado, y en el que la interpretación del sistema se fija de modo inmanente, es decir, a partir de la existencia positiva de un corpus legislado como expresión de la manifestación de la voluntad del poder legislativo; un segundo camino, nos conduce a un proyecto de *"deconstrucción reconstructiva"* del derecho, que se fundaría en análisis externos y previos de configuración jurídica, es decir, en una analítica que señalaría que este no es exclusivamente el corpus legislado, sino que es la expresión de categorías de diversa índole, que pasan por aspectos básicos de comprensión epistemológica, sustentados en juicios y *"conceptos fundamentales de verdad y objetividad, realidad y referencia, validez y racionalidad"*². Habermas ya ha previsto esta preocupación, al señalar que el derecho incorpora elementos sociales, políticos, históricos, culturales y éticos, los que producen un plus que supera el

sistema positivo de contenido legal y que sólo son posibles de hallarse de modo lingüístico pragmático.

2. INTRODUCCIÓN

El asumir hipotéticamente esta presentación del problema, no debe ser considerado como un proyecto de reduccionismo epistemológico; por el contrario, se pretende acotar instancias de reflexión de lo que es el derecho, es decir, pensar que en el primer camino a seguir, se encontrarían los teóricos que configurarían una teoría homogénea o estándar del derecho de corte positivista. En el segundo camino, estarían ubicados los teóricos del derecho que poseen una visión crítica o heterodoxa, configurada por distintas posturas intelectuales, preocupados por reflexionar en torno a problemas, como la realidad en la que habitan las proposiciones jurídicas, la relevancia de la realidad sociocultural y los fundamentos éticos y morales en los que el sistema de normas se debe comportar.

Podría pensarse que la adopción de estas dos vías es simplificada, pero por el contrario, se advierten permanentes interrelaciones y pugnas entre *"ortodoxos y heterodoxos"* del derecho, provenientes de distintas vertientes como el realismo jurídico

americano, el neomarxismo de vertiente Frankfortiana, el postestructuralismo, el pluralismo jurídico, el multiculturalismo, las teorías de género y las raciales, el psicoanálisis, el pragmatismo, o el existencialismo. Se presupone la adopción de un modelo epistemológico comprensivo, que permita señalar las diferencias sobre la realidad del derecho, con la adopción del modelo habermasiano, que mediante el *"uso pragmático universal del lenguaje"*, propenda por la construcción de la realidad en la que habitarían las proposiciones jurídicas. Al respecto podemos señalar:

*"La realidad con la que confrontamos nuestras oraciones no es una realidad "desnuda", sino que ella misma está ya siempre impregnada lingüísticamente. La experiencia con la que controlamos nuestros supuestos está estructurada de forma lingüística e incrustada en contextos de acción. Tan pronto como reflexionamos sobre la pérdida de alguna certeza ingenuamente asumida ya no podemos encontrar ninguna clase de enunciados básicos que se legitimen "por sí mismos", es decir, ningún "principio" indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones. El concepto semántico-deductivo de fundamentación se nos queda corto; las cadenas de fundamentación retornan a los contextos de los que habían partido. La verdad de un enunciado parece que sólo puede ser garantizado por su coherencia con otros enunciados ya aceptados"*³.

Los procesos de mutación en la comprensión del derecho han llegado a tal punto, que no se puede reducir a una única visión posible, sino que por el contrario, nos exige un proceso de fundamentación en la que se buscaría *"refundir y refundar"* múltiples visiones en las que habitan los enunciados jurídicos⁴ y en los que su verdad o corrección validada, parece que sólo puede ser garantizada por su coherencia con otros enunciados aceptados, bien sea por las tradiciones jurídicas de corte europeo continental o la tradición angloamericana que hoy de modo inconsciente aún para muchos, se encuentra *refundida* y merece ser *refundada*, es decir, circunscribirla a nuevos modos de esclarecimiento de la comprensión jurídica.

Para el desarrollo de esta iniciativa de esclarecimiento y comprensión jurídica, se ha privilegiado el modelo epistémico de la *"pragmática formal o universal de Habermas"*⁵, en cuanto permite señalar rupturas paradigmáticas de los enunciados jurídicos, que no se agotan en la ley, sino que amplía su espectro de configuración comprensiva en las creaciones culturales y contextuales, las que se dan en el mundo de la vida. Esta postura, asumida desde

tiempo atrás por el *pragmatismo*, Habermas la amplia de manera epistémica, mediante la incorporación de recursos lingüísticos en el sentido que: *"ningún "principio" indudable más allá del lenguaje, ninguna experiencia evidente más acá de las razones"*⁶. En este punto puede advertirse un encuentro de Habermas, en lo relacionado con la tesis del *pragmatismo* señalada desde Hilary Putnam, como se ha señalado ya en la cita anterior.

Nos encontramos ante la posibilidad de ofrecer desde Habermas y Putnam, una salida en la que podamos resolver los dilemas suscitados entre lo que hemos definido como concepciones *ortodoxas y heterodoxas del derecho*, que puedan resolver las contradicciones producidas entre el positivismo, el realismo y el iusnaturalismo; en el sentido de ir perfilando una comprensión *"pragmática del derecho"*, definida en términos lingüísticos, que presuma una realidad fundada en las prácticas de los sujetos poseedores de lenguaje y acción, que en el mundo y en procesos intersubjetivos hacen valer sus concepciones de vida con presupuestos racionales.

3.HABERMAS Y EL PROBLEMA DEL REALISMO DESPUÉS DEL GIRO LINGÜÍSTICO PRAGMÁTICO⁷

El modelo expositivo privilegiado para sustentar la hipótesis sugerida, está enmarcada en lo que podemos entender como los elementos epistemológicos, basada en la obra *"Verdad y Justificación"* de Habermas, texto que él ha definido como un recorrido sobre cuestiones de filosofía teórica, que había abandonado desde *"Conocimiento e Interés"*. Manifiesta además que su trabajo de la pragmática del lenguaje realizado desde la década de los años 70, *"no se sostendría sin los conceptos fundamentales de verdad y objetividad, realidad y referencia, validez y racionalidad"*⁸. Con ello quiere asegurar una hermenéutica interpretativa del desarrollo de su quehacer filosófico de la pragmática formal o universal del lenguaje, de la que se fundamenta su teoría de la acción comunicativa. Veamos cómo lo expone Habermas:

*"Esta teoría se apoya sobre un concepto de entendimiento (Verstandigung) con un alto contenido normativo, opera con pretensiones de validez resoluble discursivamente y con presuposiciones pragmático-formales de "mundo" y remite la comprensión de los actos de habla a las condiciones de su aceptabilidad racional"*⁹.

Con lo anterior, se quiere señalar un valor singular para la interpretación del derecho contemporáneo, en cuanto remite de modo particular a la hermenéutica de cualquier teoría jurídica con pretensiones de validez resolubles de modo discursivo y racional. Estos presupuestos pragmáticos del lenguaje, sólo son posibles

de ser encontrados en el mundo de la vida en contextos de acción racionalmente normativos. Según Habermas, la pragmática formal contribuía inicialmente a la formulación de una teoría de la acción comunicativa y de paso, a una teoría de la racionalidad. De estos aspectos no se había ocupado desde los años 70, ahora se propone hacer una formulación de filosofía teórica, pero nos recuerda que en los contenidos de su teoría de la acción comunicativa,

"No se ha guiado ni por el interés de la metafísica del ser del ente, ni por el interés de la epistemología por el conocimiento de hechos y objetos, ni tan sólo por el interés de la semántica por la forma de las aserciones". Afirma además que "la importancia que adquirió el giro lingüístico no tienen para él ninguna relación con estas cuestiones tradicionales de la filosofía"¹⁰.

En atención a lo anterior, Habermas, al precisar el contenido de su trabajo filosófico, señala que la pragmática formal era el fundamento de la construcción de una teoría social crítica, capaz de abrir el camino para una concepción de carácter moral, jurídico y político, concebida como una teoría del discurso. Desde esta comprensión, puede decirse que dicho trabajo giró en torno al desarrollo de la razón práctica, a la manera como la entendió Kant¹¹. La estrategia adoptada por Habermas ha sustentado cierta parcialidad en su desarrollo hasta ahora, que pretende corregir, mediante los artículos recogidos en el texto *"Verdad y Justificación"*. Cabe señalar que este texto es el producto de trabajos reunidos entre los años de 1996 a 1998, que le ha permitido tomar en consideración puntos de vista del pragmatismo, como lo ha expuesto Hilary Putnam¹². En este orden de ideas, el punto de apoyo se da a partir de Habermas, quien tiene la pretensión de responder desde una postura filosófico-teórica, a dos cuestiones fundamentales que se señalan a saber:

"Por una parte se trata de la cuestión ontológica del naturalismo: cómo puede compatibilizarse la normatividad -inevitable desde el punto de vista del participante- de un mundo de la vida estructurado lingüísticamente y en el que nosotros, en tanto que sujetos capaces de lenguaje y acción, nos encontramos "siempre ya" con la contingencia de un desarrollo natural e histórico de las formas socioculturales de vida. Por otra parte se trata de la cuestión epistemológica del realismo: cómo tiene que conciliarse el supuesto de un mundo independiente de nuestras descripciones e idéntico para todos los observadores con la idea -que hemos aprendido de la filosofía del lenguaje- de que tenemos vedado un acceso directo -y mediado lingüísticamente- a la realidad "desnuda"¹³.

En lo concerniente a la pregunta ontológica del naturalismo y lo epistemológico del realismo, que aquí nos interesa relevar para la teoría del derecho contemporáneo, Habermas señala que se ocupará de resolverlas desde la pragmática formal del lenguaje que ha desarrollado hasta el presente, en tanto, procura dar cuenta del trasfondo existente del giro pragmatista en la teoría del conocimiento. En principio, Habermas quiere mostrar cómo el *"giro pragmatista"* ha transformado la *"problemática trascendental de Kant"*; en lo sucesivo tratará de mostrar, cómo esta transformación afecta las condiciones ideales del conocimiento posible, en referencia a la arquitectónica de la teoría entre el mundo y lo intramundano. Al acercarnos a este problema, el que es preciso esclarecer, en cuanto de él dependerá el asegurar un conocimiento que se pueda predicar al margen del tiempo y en nuestro caso para la teoría del derecho.

4. LA PROBLEMÁTICA TRANSCENDENTAL DESPUÉS DEL PRAGMATISMO

Es un hecho reiterado el considerar que la problemática trascendental *"no tiene que ver tanto con los objetos, sino con nuestro modo de conocimiento de los objetos, en la medida en que éste debe ser posible a priori"*¹⁴. Es decir, debemos entender lo anterior, como la posibilidad reconstructiva de las condiciones de carácter universal y necesario bajo las cuales un objeto -en nuestro caso el derecho- puede ser constituido como experiencia y conocimiento de un sujeto¹⁵. Ahora bien, luego del avance del pragmatismo y de las críticas por éste realizadas a las categorías kantianas, no se trataría ahora de ver las condiciones de posibilidad del conocimiento y de la experiencia posible, fundadas en la autorreflexión de una subjetividad situada más allá del tiempo y el espacio, sino de entender, cómo las prácticas encarnadas en un mundo mediado lingüísticamente, son orientadoras de las prácticas y resultados esperados de modo racional.

El mundo del derecho estaría constituido así, en nuestras prácticas jurídicas y judiciales mediadas de modo lingüístico. Con esto se quiere señalar que el objeto del conocimiento no son las experiencias posibles de un sujeto que produce juicios a través de un análisis trascendental allende del tiempo. Este análisis trascendental, pretende señalar los rasgos más profundos o invariantes que se repiten en la multiplicidad histórica de las formas de vida que se han perfilado social y culturalmente. Ello permite mantener los planteamientos trascendentales al modo de Kant, produciendo la posibilidad de una investigación que sin abandonar dicha comprensión, amplié al mismo tiempo el horizonte cognitivo de las experiencias posibles de un sujeto, pero incorporando una comprensión pragmática de la realidad guiada por contextos normativos construidos

intersubjetivamente en realidades socioculturales concretas.

Bajo la perspectiva del pragmatismo, la experiencia y el conocimiento han de entenderse como un producto de las prácticas sociales o interculturales y de los procesos de aprendizaje compartido que se dan, o tienen lugar en el mundo de la vida a dos niveles que se corresponden metodológicamente y se distinguen en posturas comprensivas y de observación. Así, la experiencia es analizada desde la perspectiva de un actor que participa en el mundo de la vida en plexos de acción o contextos intramundanos¹⁶, que permiten la verificación que representan las acciones guiadas por la experiencia. No se trata entonces, de una experiencia obtenida por un proceso subjetivo del sujeto cognoscente, con fundamento en la facultad de la sensibilidad que pretendía tener un acceso directo o inmediato a un mundo que le era dado a priori¹⁷, tal y como lo pensaba Kant. Así, puede decirse, que a partir del giro lingüístico, un acceso a la realidad nos es vedada, en tanto, no es posible acceder a una realidad que ya no este mediada lingüísticamente, y por lo tanto, es interpretación o hermenéutica de sentido.

Ahora bien, esta imposibilidad de tener un acceso directo, por medio de la sensibilidad del sujeto cognoscente que se dirigía a un mundo que le era dado, nos remite entonces a pensar que la sensibilidad de acceso al mundo ha de ser diferente, como consecuencia de la mediación lingüística, que ha de cambiar las bases de toda experiencia posible, como consecuencia del conocimiento que ha de ser adquirido. Desde la concepción pragmática, el conocimiento se produce *"a partir del procesamiento inteligente de los desengaños y fracasos experimentados realizativamente"*¹⁸. Así, una teoría del conocimiento deberá en consecuencia explicar el proceso de aprendizaje que se constituye en problemática, con base en las expectativas que arrastra toda acción en términos realizables. En este punto, las prácticas que se producen en un mundo mediado lingüísticamente, o que han tejido una forma de vida, adquieren un estatuto epistémico de riqueza incomparable, en tanto todo aspecto del mundo de la vida está expuesto a la problematización y prácticas distintas que contribuyen a la solución de problemas. A propósito, Habermas precisa lo siguiente:

*"La dimensión epistémica penetra todos los ámbitos no epistémicos de la acción, de tal manera que la problemática trascendental debe extenderse y abarcar las estructuras que sostienen el mundo de la vida"*¹⁹.

El mundo de la vida, según la concepción pragmática de Habermas, es concebido y mediado lingüísticamente; este mundo encarna distintos tipos de acción que son guiados por reglas sociales y no sociales. Estas reglas, constitutivas de prácticas comunes, regulan las relaciones entre los actores o sujetos capaces de lenguaje y acción.

*"Esta relación óptica de las prácticas cotidianas, con este sustrato material que las sostiene, es sin duda distinta de la relación semántica que el hablante establece, a través de un enunciado, con algo en el mundo objetivo"*²⁰.

Los actos realizados en el mundo de la vida son guiados por reglas; así, nuestras intervenciones aún siendo instrumentales, o que tienen la pretensión de influir estratégicamente, pueden fracasar, en tanto puede ocurrir que no dominamos correctamente la regla, o la utilizamos incorrectamente. El fracaso se constituye en el aspecto más significativo, en tanto, todo error constructivo delata significativamente una carencia de conocimiento empírico fiable, *"y ello es así por cuanto en la normatividad de las reglas que guían la acción instrumenta-controlada por el éxito se refleja la validez de nuestro saber respecto a algo en el mundo objetivo"*²¹. Podemos aprender del mundo de la vida, en proporción a las resistencias que experimentamos de modo realizativo. Es preciso pensar que la realidad nos opone resistencias, y en la medida que exponemos discursivamente estas oposiciones, aprendemos. Puede decirse entonces, que aprendemos de las pretensiones de validez de otros participantes en el discurso.

*"El "salto" desde la acción al discurso, significa que los recursos que ofrece el mundo de la vida pueden movilizarse, en toda su amplitud, para el procesamiento cognitivo de los problemas que se plantean en el trato práctico con el mundo"*²².

En la apreciación epistemológica a partir de Habermas, se puede precisar cómo los sujetos implicados en sus prácticas, han de referirse desde sus contextos u horizontes de vida a algo del mundo objetivo. En el mundo del *"Derecho"*, por ejemplo, éste se nos presenta como algo mediado, de una parte, lingüísticamente, y de otra, como existencia normativa mediante reglas que guían nuestras acciones y tienen la pretensión de validez en nuestro saber, como algo existente en el mundo de la vida de modo objetivo, es decir:

*"El cual, ya sea en un contexto de comunicación o de intervención, presupone como un mundo existente de modo independiente e idéntico para todos ellos. Esta presuposición pone de manifiesto la facticidad de los desafíos y las contingencias que provocan y, al mismo tiempo, limitan las rutinas del pensamiento y de la acción"*²³.

Se puede deducir que esta arquitectura del *"mundo de la vida y mundo objetivo"*, está mediada por un dualismo metódico como

se señaló, entre lo comprensivo del mundo (el comprender) y lo observable del mundo (el observar). Este punto específico, Kant lo aclaró teóricamente, estableciendo para ello la distinción clásica entre conocimiento trascendental y conocimiento empírico.

*"Mientras que, como observadores, nos referimos "desde fuera" - por decirlo así - a un objeto en el mundo, las prácticas guiadas por reglas propias del mundo de la vida sólo se abren a la comprensión hermenéutica de un participante que ha adoptado una actitud realizativa. El saber intuitivo de cómo se sigue una regla y de qué significa vulnerar una regla posee un carácter normativo; un carácter normativo del que no puede dar cuenta una observación limitada a regularidades empíricas"*²⁴.

Así, se presenta un doble problema, en tanto se plantea un posible peligro en la objetividad del conocimiento y la confusión entre el mundo y lo intramundano (intersubjetividad). Aquí, hay que tener en cuenta los argumentos de Putnam, en el sentido, que la búsqueda de objetividad en el conocimiento, exige revisar nuestros presupuestos cognitivos, como forma de acceder al conocimiento. Esta idea se construye mediante la apuesta de des-trascendentalizar a Kant y pragmatizarlo, sin perder la dualidad epistémica prevista por él, y ahora en Habermas, vistas como el comprender y el observar:

"...En Razón, Verdad e Historia, he utilizado el término "argumento trascendental" exactamente en este sentido, un sentido que no está, como se podría pensar, en contraste con mi posición falibilista y antifundacionista. En ese libro me he servido de un argumento de ese tipo para afirmar la existencia de una noción no relativista de la verdad, pero con eso no intento desarrollar otra cosa que una investigación sobre nuestras presuposiciones. Ciertamente, Kant consideraba tales investigaciones como una fuente de conocimientos a priori, un tipo de conocimiento según el cual ciertas cosas (verdad sintética a priori en la primera Crítica, verdad a priori de la razón práctica en la segunda, hasta ideales a priori relativos al sentimiento en la tercera) son necesariamente verdaderas. No obstante, creo que Kant estaba desorientado, aunque de manera incomprensible, al sostener que la filosofía puede llegar a conclusiones a priori, a conclusiones inmutables e infalibles. Pero echaríamos por la borda lo que es cierto en Kant junto con lo que es erróneo si descartáramos la idea según la cual, en filosofía, se hacen necesarias indagaciones sobre

*nuestras presuposiciones. Mi crítica hacia el relativismo se basa en que en un atento examen indica que una posición de este tipo no existe en realidad"*²⁵.

Desde Kant y para el caso, pasando por Putnam y Habermas, se puede advertir la necesidad de mantener un concepto de lo trascendental, pero entendido en términos pragmáticos, es decir, que por una parte, se supere todo tipo de relativismos sobre la veracidad de las proposiciones que versan sobre la realidad, y por otra, entender que toda proposición sobre la realidad es fundada desde lo lingüístico, como acceso mediado o interpretación del mundo de la vida en la que los participantes actúan intersubjetivamente. De este modo se hace necesario ganar en objetividad para el conocimiento.

5. REALISMO SIN REPRESENTACIONISMO

Luego de cerciorarnos de los pasos precedentes, producidos por la serie de explicaciones en términos de filosofía trascendental, podemos decir que el pragmatismo de corte kantiano, se constituye en la respuesta más convincente, en tanto, podemos dar cuenta del paso de la filosofía de la conciencia a la filosofía del lenguaje. A propósito dirá Habermas:

*"Pero cuando el pragmatismo trascendental se une a un naturalismo débil -con lo que esto significa de primado genético de la naturaleza ante la cultura- se hace obligada una concepción epistemológica realista. Únicamente la presuposición realista de un mundo objetivo accesible intersubjetivamente puede hacer compatible la prioridad epistémica del horizonte del mundo de la vida -articulado lingüísticamente y que no podemos traspasar- con la prioridad ontológica de una realidad independiente del lenguaje que impone limitaciones a nuestras prácticas"*²⁶.

A este nivel de argumentación, Habermas nos recuerda que si se llegase a tomar la decisión de pensar el mundo como algo constituido por objetos o bien por proposiciones, tendría graves consecuencias para la ontología, la teoría del conocimiento y los correspondientes conceptos de la verdad. Aquí se hace necesario hacer algunas consideraciones, en tanto las prácticas de las conductas guiadas por reglas, sobre las cuales nos es posible entendernos, arrastra una confiada familiaridad con las generalidades existentes en un mundo de la vida, que se haya estructurado normativamente mediante reglas.

Por esto, la participación en dichas prácticas da lugar a una consideración de realismo conceptual, del que debe precaverse

de creer que el mundo se halle articulado proposicionalmente, porque caería en la sospecha de la crítica metafísica de estar traspasando las fronteras de aquello que está ya mediado y sólo es capturado mediante el análisis lingüístico de acceso al mundo, es de por sí interpretación o hermenéutica fundada en el trato mismo y de modo pragmático del mundo visto intersubjetivamente.

Entre una suposición realista de un mundo estructurado proposicionalmente, y un nominalismo que concibe el mundo como la totalidad de los objetos individualizados espacio-temporalmente, respecto a los cuales podemos enunciar hechos, se refleja la distinción metódica entre, el acceso hermenéutico del participante a un mundo de la vida intersubjetivamente compartido, en primera instancia, y por otra parte, la actitud objetivante que adopta el observador cuando a medida que interactúa con lo que le sale al encuentro en el mundo lo somete a hipótesis de prueba. Con esto queremos decir, que el realismo gramatical y el realismo conceptual están constituidos a la medida de un mundo de la vida en cuyas prácticas participamos y de un horizonte del cual no podemos salir. Al respecto Habermas precisará:

*"El concepto de "referencia" debe explicar la forma en la que hay que armonizar la prioridad ontológica de un mundo objetivo concebido nominalísticamente con la prioridad epistémica del mundo de la vida articulado lingüísticamente. Para poder entender el fáctum trascendental del aprendizaje en un sentido realista, la prioridad epistémica no debe absorber la prioridad ontológica"*²⁷.

Aparece aquí un nuevo enfoque que posibilita aproximarnos a una comprensión del sentido y significado del *realismo ontológico* y del *realismo epistémico* concebido, en términos, de la pragmática lingüística a saber:

*"La práctica lingüística debe posibilitar por una parte la referencia a aquellos objetos independientes del lenguaje sobre los cuales enunciamos algo. Por otra parte, la suposición pragmática de un mundo objetivo sólo puede ser una anticipación conceptual de carácter formal, a fin de poder asegurar a distintos sujetos -y no solamente a un círculo determinado de hablantes pertenecientes a la misma comunidad espacio-temporal- un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo"*²⁸.

Como se ha expuesto, la comunicación lingüística y cualquier

actividad de carácter finalista (teleológico), se entrelazan en la suposición de un mismo concepto formal de mundo, el mundo objetivo sobre el que los hablantes se entienden en horizontes de comprensión sobre el mundo de la vida y en el que los actores intervienen, es el mismo mundo para todos. Así, en esta búsqueda de objetividad y realidad del mundo, que es el mismo para todos y del que ha recibido críticas Habermas, que considero faltan a la objetividad ganada al pragmatizar el mundo de la experiencia de los actores y observadores, que en procesos prácticos y en horizontes de comprensión sobre el mundo de la vida y de modo racional se pueden entender; y como lo advierte Putnam, se esclarecen los puntos de referencia que deben ser los mismos en el tiempo y el espacio para todos. A continuación se presenta un contra argumento a la visión de Habermas y Putnam, que en principio colocaría en riesgo la construcción en esta investigación de una *"teoría pragmática del derecho"*.

*"Aunque HABERMAS puede indicar que las pretensiones de verdad, vistas de un modo pragmático, siempre son tratadas dialogalmente y en tanto no dejan el campo del lenguaje. Pero dialogar al mismo tiempo es hablar sobre algo y en esa medida existe una referencia previa al lenguaje, a la que puede acudir para la definición del concepto de la verdad. HABERMAS entre tanto ha modificado su posición y en nuevos trabajos ha reconocido expresamente la referencia fáctica, el "aguijón realista", en el concepto de la verdad. Según él, el concepto discursivo de la verdad debería ser modificado para poder hacerle justicia a las connotaciones ontológicas que nosotros ligamos a la "percepción de los hechos". Es un hecho que aserciones con capacidad de certeza pueden fracasar frente a la resistencia del mundo objetivo, y es tan sólo una concesión verbal de HABERMAS a su concepción anterior, cuando no menciona al mundo objetivo, sino que habla del "mundo objetivo reconocido como idéntico por todos los participantes". Si durante el intento de parqueo nosotros nos metemos en un espacio demasiado estrecho, lo hacemos entre los automóviles allí dispuestos, no entre los reconocidos comunitariamente como otros vehículos"*²⁹.

Este contra argumento de Ulfried Neumann contra Habermas, en el criterio de esta investigación no es afortunado, porque Neumann desconoce que la realidad no es posible de ser pensada como se ha expuesto en su desnudez, sino que la realidad misma sólo es posible en su mediación lingüística, fundada en reglas que son las mismas para todos en procesos de intersubjetividad, que

exigirá siempre que en el parqueo de un automóvil que se realice en cualquier tiempo y espacio y en un mundo posible, "se hará con el uso de las mismas reglas de modo pragmático". Es decir, no es posible al parecer, la existencia de objetos que no comporten un sistema común de referencias posibles (reglas de comprensión común), aunque existan independientemente de nosotros, deben ser identificados en términos de tiempo y espacio de modo pragmático lingüístico e idéntico para todos de modo intersubjetivo.

Así, los actores y observadores, están en contacto permanente con los objetos en la práctica cotidiana mediada por reglas. Por esto, puede decirse que las referencias semánticas que los participantes en la comunicación establecen a través de enunciados, están ya enraizados en las prácticas y están por supuesto, garantizadas en términos realizativos e incluso aunque las proposiciones semánticas se vuelvan problemáticas. En síntesis, queda superado a través del realismo, toda presuposición a una filosofía de la conciencia y se garantiza, el nivel ontológico de una realidad que se presenta ya mediada lingüísticamente, y en la que se asegura el dualismo metodológico del comprender por parte de los participantes en la comunicación y el observar por parte del observador. En esta medida se da respuesta a la problemática presentada por el realismo después del giro lingüístico pragmático y se le responde a Neumann, en el sentido, que el recurso que él pide, de ir a los objetos mismos de la *realidad*, es puro representacionismo y desconoce así el giro lingüístico pragmático ganado ya.

Ahora bien, al asegurar por una parte un mundo realista ontológico con prioridad epistémica, aseguramos así una *actitud interna pragmática intersubjetiva*, sobre la cual se ha ganado con la mediación lingüística la accesibilidad al mundo, en contextos de apertura significativa como *participantes o actores* de un mundo mediado por reglas, de las que podemos dar cuenta comprensivamente de modo realizativo, en contextos de cotidianidad compartidos a través de la praxis sociocultural, histórica, jurídica, ética y política; y de otra parte, *el mundo es apertura desde una perspectiva externa* como *observadores* y del que podemos entendernos proposicionalmente en el mundo de los objetos, que son independientes del lenguaje, pero los podemos enunciar lingüísticamente de modo pragmático e intersubjetivo, en tanto permanecemos en contacto con este mundo en nuestras prácticas cotidianas, en un sistema común de referencias posibles a unos objetos que existen independientemente de nosotros y que son identificables en términos de espacio y tiempo.

Al arribar a este punto de pensar en un realismo sin representación y mediado lingüísticamente, podemos acceder a una línea de interpretación que desde Hilary Putnam puede ser revisada a partir de su *"realismo pragmático"*, y vincularlo con la pragmática del lenguaje de Habermas, en los siguientes términos:

*"...Putnam parte también de la idea de que las distancias entre los distintos paradigmas o marcos teóricos pueden salvarse mediante una suposición pragmática común. La suposición de un mundo de objetos que existen con independencia de sus descripciones y que se hayan relacionados según determinadas leyes, juega el papel de un a priori sintético para la práctica inductiva de la investigación científica y para toda elaboración de teoría que proceda en términos experimentales. Bajo esta premisa puede ponerse en marcha una interacción circular pero, a su vez, ampliadora del saber; una interacción entre, por un lado, conceptos teóricos fundamentales abridores de mundo y, por otro, procesos de aprendizaje dentro de un mundo ya preinterpretado"*³⁰.

En este contexto, también es oportuno precisar que desde una concepción pragmática de corte kantiano y como lo hemos ya analizado desde Putnam y Habermas, es claro que nuestra capacidad de acceso al conocimiento no puede realizarse con independencia de nuestra capacidad lingüística y con nuestra capacidad de acción. Al respecto, podemos observar que,

*"...como sujetos cognoscentes nos encontramos siempre ya en el horizonte de nuestras prácticas cotidianas en el mundo de la vida. Lenguaje y realidad están mutuamente entreverados de un modo para nosotros insoluble. Toda experiencia está impregnada de lenguaje, de modo que resulta imposible un acceso a la realidad que no esté filtrado lingüísticamente. La comprensión de este hecho constituye un motivo muy fuerte para atribuir a las condiciones intersubjetivas de la interpretación y el entendimiento lingüístico el papel trascendental que Kant había reservado para las condiciones subjetivas necesarias de la experiencia objetiva. En lugar de la subjetividad trascendental de la conciencia aparece la intersubjetividad detranscendentalizada del mundo de la vida"*³¹.

Con la incorporación de estas precisiones en la presente investigación, se ha propuesto como línea de argumentación, sostener que el pragmatismo se constituye en una vía de exploración, para la construcción de una interpretación jurídica que pueda resolver los dilemas suscitados desde finales del siglo XX y la respuesta a una teoría del derecho que se ha mutado y en la que el positivismo jurídico, el realismo clásico y el iusnaturalismo, pueden ser consideradas en sí mismas, como teorías insuficientes para resolver de modo satisfactorio la complejidad de un mundo de la vida mediado lingüísticamente, y en la que los sujetos de acción y lenguaje no ven satisfechas sus expectativas de justicia y adjudicabilidad del derecho. La sociedad actual, reclama la sa-

tisfacción de contenidos ontológicos vistos desde la maximización de la visión antropológica de la dignidad humana, como principio básico de sostenibilidad de los regímenes jurídico y políticos de las democracias participativas, en las que los sujetos reclaman espacios de acción y participación política que configuren condiciones de vida digna.

Así, el pragmatismo se constituye en un vía que puede resolver de modo teórico y práctico los dilemas suscitados entre el formalismo jurídico, el realismo y el iusnaturalismo, en tanto podemos resolver de modo pragmático las diferencias teóricas que se suscitan entre tales concepciones del derecho moderno. Ahora bien, si presuponemos que el derecho como objeto de investigación existe con independencia de las descripciones que ya se han realizado de él, y lo asumimos como referencia, tal como lo entiende Putnam, y "en tanto es el mismo objeto", (el derecho), debe hallarse relacionado según leyes, que han de jugar el papel de un a priori sintético.

Esto conduce a pensar, que en toda práctica de investigación que realicemos del derecho en el tiempo y el espacio, y del que podamos entendernos a pesar de las diferencias teóricas, es plausible enfatizar que desde el pragmatismo es posible construir una interpretación jurídica, si asumimos de modo resolutivo las diferencias de método en su análisis como se ha determinado.

REFERÊNCIAS

APEL, Kart-Otto. *Estudios Éticos*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2004.

APEL, Kart-Otto. *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Barcelona: Ediciones Paidós / I.C.E.-U.A.B. 1998.

BERGER, Peter. L. y LUCKMANN, Thomas. *La Construcción Social de la Realidad*. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu Editores. 2006.

DWORKIN, Ronald. M. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1988.

DWORKIN, Ronald. M. HART, Herbert. *La Decisión Judicial*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2005.

DWORKIN, Ronald. M. *La Filosofía del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1980.

DWORKIN, Ronald. M. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1989. Traducción de Marta Guastavino.

DWORKIN, Ronald. M. *La Justicia con Toga*. Madrid: Marcial Pons. 2007. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

GARZÓN, Ernesto. y LAPORTA, Francisco. Editores. *El Derecho y la Justicia*.

Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Aclaración a la Ética del Discurso*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *El Occidente Escindido*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Fragmentos Filosófico-Teológicos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Tiempo de Transiciones*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot. 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1999.

KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Ediciones Altaya, S.A. 1993.

KANT, Manuel. *Crítica de la Razón Pura*. México: Editorial Porrúa, S.A. 1987.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. 2008.

KELSEN, Hans. *Qué es la Justicia?* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A. 1999.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores. 1999.

NEUMANN, Ulfried. *La Pretensión de Verdad en el Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006.

PERÉZ LLEDO, Juan A. *El Movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1996.

PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen. *Normas y Valores*. Madrid: Editorial

Trotta, S.A. 2008.

PUTNAM, Hilary. *El Desplome de la Dicotomía Hecho-Valor y otros ensayos*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2004.

PUTNAM, Hilary. *Representación y Realidad*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 2000.

PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A. 1999.

PUTNAM, Hilary. *La Herencia del Pragmatismo*. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1997.

PUTNAM, Hilary. *Razón, Verdad e Historia*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.). 2006.

PUTNAM, Hilary. *Las Mil Caras del Realismo*. Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, S.A. 1994.

RAWLS, John. *La Justicia como Equidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. 2002.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Eudeba. Traducción de Genaro R. Carrió. 2006.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Buenos Aires: Distribuciones Fontamara, S.A. 2001.

TWINING, William. *Derecho y Globalización*. Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores. 2003.

NOTAS DE FIM

1 Conferencia para exponer el día 06 de noviembre, en el I Congreso Internacional de Filosofía, Ética y el Derecho (Brasil).

Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado Especializado en Derecho Penal y Criminología Universidad Libre, Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana, Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Decano de la Facultad de Filosofía y Director de la Maestría y Especialización en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, de la Universidad Libre. Profesor e Investigador Universitario.

2 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 9.

3 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

4 Sobre las distintas visiones en las que habitarían los enunciados jurídicos que presumiblemente pretenden ser aceptados como verdaderos y/o válidos, presento el siguiente argumento que amplía nuestro horizonte

compreensivo sobre lo que puede ser el derecho desde la mediación lingüística de sus proposiciones "los pragmáticos tenían razón en opinar que no existe una relación única entre todas las proposiciones verdaderas y la realidad, y que las proposiciones verdaderas están conectadas a la realidad en una increíble multiplicidad de formas diferentes, ya que continuamente estamos creando nuevos tipos de lenguaje. Este era el punto de vista de Wittgenstein, y constituye la expresión de un pragmatismo genuino". Ver: PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. P. 42. Nota del Texto No. 26.

5 "La pragmática formal toma en Habermas el nombre de pragmática universal, y en la filosofía de Apel el de pragmática trascendental, no sin razón. Habermas rehúsa utilizar en este título el adjetivo "trascendental" por temor a que los resultados de las ciencias sean hasta tal punto formalmente diversos de los de la filosofía que resulte imposible una colaboración entre ambos saberes, de suerte que llega a afirmar en ocasiones el carácter falible de los enunciados de su pragmática, en el sentido de que son hipótesis comprobables, al parecer empíricamente. Apel, por su parte, señalará con su pragmática trascendental la diferencia de método, del tipo de enunciados y de modo de comprobación entre la filosofía y las ciencias que, precisamente por ser diferentes pueden colaborar, cosa que no ocurriría si fueran idénticos". Ver: APEL, Kart-Otto. *Teoría de la Verdad y Ética del Discurso*. Introducción de Adela Cortina. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A. 1998, pp. 11-12.

6 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 47.

7 HABERMAS, Jürgen. *Verdad y Justificación*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, pp. 9-62.

8 *Ibidem*, p. 9.

9 *Ibidem*, p. 9.

10 *Ibidem*, p. 9.

11 "....Hay, a pesar de todo, otra faceta del pensamiento de Kant, un aspecto que se conecta inmediatamente con el pragmatismo, y que podríamos llamar *la primacía de la razón práctica*. De los estudios de Kant, surge en forma notoria que gran parte de su trabajo tiene una directa inspiración política e incluso una aplicación política. Hasta la noción central de la "autolegislación" descrita por Kant en su segunda *Crítica* y en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* estaba, después de todo, directamente inspirada en Rousseau; y, en la época de Kant, la idea de que una sociedad se rigiera por una unión libre de ciudadanos "autolegislantes" era verdaderamente revolucionaria.... "Para Kant, la idea de la primacía de la razón práctica se extiende incluso hasta la filosofía misma. Sostiene que no se puede construir una imagen moral tratando de probar, a priori, que existen juicios de valor verdaderos. La célebre estrategia kantiana consiste, precisamente, en hacer lo contrario (aunque algunos filósofos actuales, como Bernard Williams, suelen olvidarse de ello cuando critican a Kant)". Ver: PUTNAM, Hilary. *El Pragmatismo – Un Debate Abierto*.

Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 64-65.

12 PUTNAM, Hilary. Nació en Chicago en el año de 1927. Enseñó lógica matemática en la Facultad de Filosofía de Harvard (Massachusetts), y contribuyó con numerosas obras a los debates en torno a la filosofía de la mente; Ha sido además un permanente animador del pragmatismo y estudioso agudo de Charles Sanders Peirce, William James y John Dewey.

13 HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002, p. 10. La cursiva es mía. Me interesa relevar el mundo posible de la realidad como construcción teórica, mediada lingüísticamente de modo pragmático y presentar para la comprensión de la realidad jurídica los contextos de acción espacio-temporales de carácter socio-cultural e históricos en los que habita el quehacer de las prácticas jurídicas en contextos concretos.

14 Ibidem, p. 20.

15 KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Pura. México: Porrúa, S.A. 1987. Analítica Trascendental, pp. 64-104.

16 Entiéndase por contextos intramundanos, contextos intersubjetivos mediados lingüísticamente en el mundo de la vida, realizados por las prácticas y las experiencias en plexos de acción social, cultural, política, jurídica, ética y moral, etc., en la que los sujetos portadores de lenguaje actúan en el mundo mediándolo lingüística e intersubjetivamente como actores y no como meros observadores de un mundo que está ahí de modo a priori.

17 KANT, Immanuel. Crítica de la Razón Pura. México: Porrúa, S.A. 1987. Analítica Trascendental, pp. 64-104.

18 HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A. 2002. P.22.

19 Ibidem. P. 23.

20 Ibidem. P. 24.

21 Ibidem, p.25.

22 Ibidem, p. 25.

23 Ibidem, p. 26.

24 Ibidem. P. 26.

25 PUTNAM, Hilary. El Pragmatismo – Un Debate Abierto. Barcelona: Gedisa, S.A. 1999. PP. 112-113.

26 Ibidem. PP. 40-41.

27 Ibidem. P. 43. La cursiva es mía.

28 Ibidem. P. 44.

29 NEUMANN, ULFRIED. La Pretensión de Verdad en el Derecho. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2006, pp. 23-24. El subrayado es mío.

30 HABERMAS, Jürgen. Verdad y Justificación. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2002, p. 45.

31 Ibidem, p. 40.

DIREITO À VERDADE: UM INSTRUMENTO NO COMBATE ÀS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Daniel Guimarães Medrado de Castro¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo discorrer sobre o direito à verdade, importante instrumento de proteção dos direitos humanos que surge no findar do século XX em decorrência das diversas violações perpetradas por regimes ditatoriais, mormente na América Latina.

PALAVRAS CHAVES: Direitos Humanos, desaparecimentos forçados, regimes ditatoriais, direito à informação

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Internacional Público

I. BREVE HISTÓRICO

Com o fim da II Grande Guerra, a sociedade presenciou o nascimento de uma nova ordem mundial sustentada pelos países vencedores dessa trágica campanha militar², restando o mundo dividido por duas ordens políticas antagônicas, o capitalismo - da águia da liberdade americana - e o comunismo vermelho soviético.

Esse contexto foi marcado por corridas armamentista, espacial, econômica e política, cada qual buscando demonstrar de forma incontestável que a sua ideologia se sobrepunha à outra em todos os aspectos (político, social, militar, tecnológico, econômico, etc). Os méritos dessa "guerra" dar-se-iam, portanto, não ao vencedor do campo de batalha, mas àquele que conseguisse comprovar que o seu regime era o que apresentava maior avanço à sociedade.

Nesse diapasão, a América Latina se viu no meio de uma guerra de interesses e sofreu forte influência de ambas as partes. Por um lado, a URSS pretendia espalhar o seu ideal comunista pelo continente e "conquistar" um reduto notoriamente influenciado pelos americanos. Por outro, os EUA tinham por meta extirpar a ameaça soviética das Américas, reafirmando a sua condição de potência dominante na região. Dessa maneira, mormente após a Revolução Cubana de 1959³, os Estados Unidos intervieram maciçamente nas políticas internas dos países latino americanos, incitando por vezes, a instauração de ditaduras militares.⁴ Assim, sob a bandeira da Segurança Nacional e da luta contra os "grupos de comunistas subversivos", a América Latina se viu afundar em diversas ditaduras, dentre elas as do Paraguai⁵, Argentina⁶, Chile⁷ e Brasil⁸.

II. SURGIMENTO DO DIREITO À VERDADE

Com o fim dos regimes ditatoriais na América Latina - todos marcados por altos índices de violações aos direitos humanos⁹ - erigiu-se nas discussões democráticas a necessidade de se desvendar as atrocidades realizadas pelos governos militares e,

como corolário do direito à justiça, apresentar aos amigos e familiares das vítimas a verdade sobre o ocorrido.

Nessa perspectiva, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, respaldada pelo Direito Internacional Humanitário¹⁰ e ciente do direito e sofrimento das famílias que desconhecem o fim levado por seus entes queridos, expressou em 1985 que é direito humano irrenunciável de toda sociedade o conhecimento das razões e circunstâncias do cometimento de crimes de "terrorismo estatal"¹¹, tendo por finalidade a prevenção dessa abominável prática delitiva¹². Foi imputado ao Estado o dever de aclarar e punir as execuções sumárias, torturas e desaparecimentos de pessoas ocorridas no seu território, sendo intolerável que os familiares suportem a incerteza dos motivos e circunstâncias em que se deram tais barbáries.

No cenário internacional, declarou-se que essa exigência em relação ao ente soberano persistia ainda que incerto o deslinde fático da transgressão aventada, isto é, o Estado não poderia, por qualquer razão, furtar-se da obrigação de elucidar tais crimes, ainda que não houvesse certeza sobre o fim levado por essas pessoas¹³. Além disso, destaque-se a dispensabilidade de se provar que o agente atuou como representante dos interesses estatais, haja vista a responsabilidade desse ente em resguardar de forma ampla a integridade dos indivíduos que estão sob sua jurisdição e, em caso de violação, é sua atribuição encontrar e punir os responsáveis por tal ato.

Com efeito, não obstante houvesse o reconhecimento da imprescindibilidade de aclarar os atos sombrios praticados durante os regimes revolucionários, mister a instrumentalização da sociedade para garantir o pleno exercício desse direito. Nesse contexto, a Comissão Interamericana evidenciou a necessidade dos Estados constituírem, consoante a legislação interna de cada país, comissões que teriam por objetivo precípua reunir informações sobre os atos militares que ensejaram a prática desses

delitos¹⁴, sendo criadas as denominadas comissões da verdade e reconciliação¹⁵.

Essas comissões são instrumentos não judiciais criados geralmente pelo Estado e com a participação da sociedade civil, tendo por objeto a investigação das violações aos direitos humanos e do direito internacional humanitário em tempos de instabilidade política, sendo que, após as investigações, devem ser publicados documentos e relatórios sobre os atos investigados¹⁶, garantindo, assim, que a sociedade conheça a verdade sobre os fatos ocorridos com seus semelhantes.

Destarte, o direito a verdade emergiu como princípio fundamental da proteção internacional dos direitos humanos, garantindo que os crimes cometidos durante um regime de exceção não sejam esquecidos no baú da história. Ressalte-se, por derradeiro, que o direito de conhecer a verdade também decorre de violações ocorridas durante conflitos armados, sendo o seu nascimento atrelado à períodos de "transição democrática".

III. DEFINIÇÃO E AMPLITUDE DO DIREITO À VERDADE

O direito à verdade consiste em um princípio do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁷ de *dimensão dúplice*, que busca elucidar a verdade acerca de fatos de violação de direitos humanos ocorridos em períodos de transição de regime político ou após conflitos armados.

O caráter dúplice se dá em razão da titularidade desse direito que se divide em individual e coletiva¹⁸, tendo como destinatários os amigos e familiares da vítima e, em decorrência da prerrogativa de fiscalizar a atuação estatal e resguardar seus valores mais primordiais, a própria sociedade.

No que tange à natureza jurídica desse instituto, observe-se que, face à inexistência de norma internacional¹⁹ que o desmistifique por completo, sendo a sua aplicação decorrente da interpretação de normas nacionais e internacionais²⁰, o direito à verdade deve ser compreendido como um princípio do Direito Internacional dos Direitos Humanos que tem o condão de nortear a conduta estatal na tutela investigatória de violações aos direitos dos indivíduos.

O direito à verdade também pode ser conceituado como um direito humano complexo, tendo em vista que o seu nascimento no plano concreto depende da violação de outro direito²¹ reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além disso, o núcleo do objeto em questão refere-se à obrigação do ente soberano de apresentar aos titulares do direito em comento a realidade dos fatos violadores.

Entretanto, o direito à verdade, por estar umbilicalmente ligado ao direito à justiça, não pode ser vislumbrado tão somente como direito de acesso aos fatos, sendo palatável que a existência

desse direito figure como uma ferramenta apta a permitir a punição dos agentes transgressores e a inibir futuras violações.

Essa obrigação estatal, outrossim, pode ser tracejada como uma obrigação quádrupla, na qual é imputado ao Estado o dever de investigar e divulgar os fatos, de processar e punir os responsáveis, de reparar os danos e de retirar do corpo funcional do Estado os agentes que participaram do fato delituoso²². Essa obrigação, portanto, consubstancia na garantia, respectivamente, da verdade, da justiça, da reparação e de um corpo de funcionários condigno com o Estado Democrático de Direito.²³

No que concerne à reparação do dano, saliente-se que esta consiste nas medidas aptas ao desaparecimento (ou mitigação) dos efeitos das violações cometidas, devendo ser aplicada, no caso concreto, aquela que melhor permita a recomposição do bem jurídico violado.²⁴ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, nesse sentido, já identificou que, além da indenização pecuniária, outra forma de reparação do dano em caso de violação ao direito à verdade é a descoberta (entrega) da ossada do indivíduo falecido à família²⁵, com o fito de viabilizar a cerimônia fúnebre consoante os costumes familiares.

O direito à verdade, ainda, ao permitir que se conheça dos atos praticados pelo Estado, viabiliza que a sociedade participe de forma mais efetiva da "vida do Estado", passando a ser um valioso utensílio social na consolidação da democracia, permitindo a construção de uma sociedade na qual não exista uma interface obscura e enaltecendo o respeito pleno ao indivíduo como integrante da sociedade e real detentor dos poderes do Estado.

IV. O AVANÇO DO DIREITO À VERDADE

Com a consolidação do direito à verdade através das manifestações da Comissão e da recepção pela Corte Interamericana, imperioso era o desenvolvimento e solidificação desse direito no âmbito das sociedades, devendo ser objeto de estudos dentro das Organizações Internacionais e internalizado pelos Estados.

Nesse sentido, em um movimento independente às manifestações do continente americano, mas seguindo na mesma estrada, a Organização das Nações Unidas editou em 1993 uma resolução²⁶ na qual propugnava que os Estados membros tomassem as medidas necessárias para introduzir na prática estatal as normas internacionais atinentes a prevenção e investigação das execuções sumárias, arbitrárias e extralegais.

Nasce dessa resolução, portanto, a caminhada global para aplicação do direito à verdade como uma das formas de trazer a lume fatos de violação aos direitos humanos e desarraigá-los da prática estatal.

Em 2005, através da Resolução 2005/66 do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, houve o reco-

nhcimento pela ONU da importância do respeito e da garantia do direito à verdade como um formidável instrumento de contribuição no combate à impunidade e na promoção dos direitos humanos.

Esse documento teve por relevância a declaração do direito à verdade como pertencente à sistemática normativa do Direito Internacional, sendo uma extraordinária garantia do indivíduo e da sociedade para a consecução do respeito pleno aos direitos do ser humano.

Ademais, nesse mesmo documento, ao fomentar a criação no interior estatal de mecanismos judiciais e extrajudiciais para investigação dessas violações, inclusive com a publicação frequente de relatórios sobre as atividades destes organismos, a ONU identificou a necessidade de instrumentalização da sociedade para o gozo pleno do direito à verdade.²⁷

Outro documento de relevância salutar no âmbito das Nações Unidas é o Relatório Anual do Conselho de Direitos Humanos de 21 de agosto de 2009, no qual o Conselho, aplicando os termos da resolução 09/11 de 24 de setembro de 2008, fez um estudo sobre as melhores práticas para a efetiva implementação do direito à verdade. Em tal documento, concluiu-se que o acesso aos registros sobre violações aos direitos humanos é uma importante chave para o combate à impunidade, para o controle dos funcionários do governo, para descobrir a verdade e para viabilizar a reparação²⁸.

Portanto, resta-se aferível a sensibilidade com que o sistema universal de proteção dos direitos humanos visualiza o direito à verdade na sociedade contemporânea, demonstrando a importância de se desenvolver os conceitos que o cercam e os instrumentos hábeis a robustecê-lo.

No âmbito do sistema americano de proteção da pessoa humana, calhe destacar dois documentos referentes ao direito à verdade: a Resolução AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07) de 5 de junho de 2007, e a Resolução AG/RES. 2513 (XXXIX-O/09) de 04 de junho de 2009.

Um dos pontos de maior relevo do primeiro é o encorajamento dos Estados a tomarem medidas para estabelecer mecanismos ou instituições que tenham por objetivo a divulgação de informações acerca de violações de direitos humanos, buscando a promoção do exercício do direito à verdade e prevenindo futuras transgressões.

No tocante à Resolução de 2009, valedouro o exposto no final do preâmbulo, no qual reconhece que o desaparecimento forçado é uma violação múltipla e contínua de vários direitos humanos e que não pode ser praticado, autorizado ou tolerado, mesmo em situações de emergência, de exceção ou de suspensão de garantias.

Dessa forma, apontou-se que no caminho a ser percorrido pelo continente americano não há espaço para condescendência com a prática de atos que tem por objetivo único suprimir o indivíduo perante o Estado.

No entanto, a discussão no plano internacional somente se afere lúdica quando há a internalização dos preceitos ali discutidos, tornando absolutamente necessária a absorção desses valores pela sociedade e abrigadas de forma efetiva pelo Estado.

Com efeito, para evidenciar a plausibilidade da incorporação do direito à verdade, mister identificar precedentes jurisdicionais no âmbito interno dos países, sendo que, neste trabalho, analisaremos as decisões das cortes supremas da Argentina e do Peru.

No caso argentino, apreciaremos o julgado "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (art. 146) S.C. G. 291; L. XLIII", que trata de uma denúncia formulada pela "Asociación Madres de Plaza de Mayo", na qual relata-se o desaparecimento de noventa e cinco crianças, supostamente filhos de desaparecidos durante o último regime militar do país.

Busca-se, por meio desse pleito, garantir a revelação acerca do paradeiro dessas crianças. Assim, o cerne desse recurso extraordinário é a discussão acerca dos meios a serem utilizados para a descoberta da verdade.

Nessa acepção, a Suprema Corte Argentina definiu que é dever da administração judiciária, como parte integrante do Estado, a adoção de todos os instrumentos jurídicos para esclarecer a verdade histórica derivada da lesão à humanidade pelo delito de desaparecimentos forçados²⁹.

Portanto, ao inserir o direito à verdade no seu sistema jurídico, a Argentina o ascendeu ao patamar de proteção máxima, reconhecendo a sua importância na consolidação da democracia e demonstrando a necessidade de se realizar as atividades indispensáveis para alcançar sua aplicação.

Quanto ao Peru, apreciaremos o caso "2488-2002-HC/TC", no qual o Tribunal Constitucional determinou que o Ministério Público iniciasse uma investigação acerca do desaparecimento do estudante universitário Genaro Villegas Namuche, ocorrida em 02 de outubro de 1992 após sair para trabalhar e nunca mais voltar.

No caso em apreço, merece destaque o entendimento proferido pelo TC que o direito à verdade encontra-se respaldado pelo direito interno em decorrência da aplicação da cláusula de abertura expressa no art. 3^º da Constituição de 1993, justamente por reconhecer que a sua existência deflui da dignidade da pessoa humana e dos princípios da soberania do povo, do estado democrático de direito e da forma republicana de governo.

Ademais, a Corte assinalou que a nação peruana tem o direito de conhecer a verdade sobre os fatos e acontecimentos injustos e dolorosos provocados por formas múltiplas de violência estatal. Assinalou, ainda, que esse direito se traduz na possibilidade de conhecer as circunstâncias, o modo e o lugar da conduta, assim como os motivos que impulsionaram os seus autores.

Desta forma, essa decisão da mais alta corte peruana vem

por corroborar com o posicionamento da sociedade internacional, demonstrando que esse direito não se trata de uma ficção jurídica, mas de um instrumento efetivo no combate à violação aos direitos humanos, principalmente àquelas deflagradas por Estados em regência não democrática.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional começa a desenhar uma nova realidade pautada preponderantemente pelo respeito e proteção da pessoa humana, definindo o indivíduo como principal destinatário das normas internacionais.

Assim, o direito à verdade erige-se como um instrumento moderno de proteção do ser humano, devendo a sua noção e compreensão ser expandida de forma a permitir a sua proliferação por todas as sociedades.

Ora, não mais se pode admitir que as violações de direitos humanos por regimes ditatoriais sejam facilmente perdoadas e esquecidas, sendo a anistia dos agentes dessas violações e o encobrimento dos fatos violadores dos direitos humanos inaceitáveis instrumentos de permuta para o retorno da democracia. Ter um passado obscuro, sem conhecer as verdades, impede que a sociedade cresça no sentido de caminhar e ajudar na construção de uma comunidade internacional efetivamente pacífica.

Dessa forma, o direito à verdade, esse novel instituto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem por objetivo garantir que atrocidades não voltem a ocorrer e, as que ocorreram, não representem uma sombra para o Estado e um tormento eterno para os familiares das vítimas.

REFERÊNCIAS

ALESSANDRI, Pablo Saavadera. Algunas consideraciones sobre las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. (Coord.) TOMO VI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

Argentina. *Corte Suprema de Justicia de la Nacion*. Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años (art. 146) S.C. G. 291; L. XLIII. Buenos Aires. 11 de agosto de 2009. Disponível em <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&fallold_=4855> Acesso em 01/03/2010.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Corte IDH *Caso Vargas Areco*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 155.

Corte IDH *Caso Servellón García e otros*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Serie C No. 152.

Corte IDH. *Trujillo Oroza*. Sentença de 27 de fevereiro de 2002.

Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez e outros Versus Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988, serie C, n° 4.

Cuya, Esteban *Las Comisiones de la Verdad en América Latina*, KO'AGA ROÑE'ETA se.iii (1996). <<http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>>. Acesso em 05/05/2010.

DABÉNE, Olivier. *América Latina no século XX*: tradução de Maria Izabel Mallman. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

DECLARAÇÃO universal dos *direitos humanos*. Bauru: EDIPRO, 1993.

DINGES, John. *Os anos do Condor*. Uma década de terrorismo internacional no Cone Sul. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DIREITOS humanos: *instrumentos internacionais documentos diversos*. 2. Ed. Brasília: Senado Federal, 1997.

Freeman, Mark. *Truth Commissions and Procedural Fairness*. Londres: Cambridge University Press, 2007.

HARRIS, D. J. *Cases and materials on international law*. 6.ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

MARIANO, Nilson C. *Operación Cóndor. Terrorismo de Estado en el Cono Sur*. Buenos Aires: Lohlé-Lumen, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*. 3.ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2005.

MCCORQUODALE, Robert; DIXON, Martin. *Cases and materials on international law*. 4. ed. Oxford: New York, Oxford University Press, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque (Celso Duvivier de Albuquerque). *Curso de direito internacional público*. 14.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 2v

MENDEZ, Juan E. *Derecho a la Verdad frente a las Graves Violaciones a los Derechos Humanos*. Em "La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales". Martín Abregú e Christian Courtis (Coord.). Buenos Aires:Editores del Puerto, 2004.

- MIRANDA, Anibal. Stroessner. *Asunción: Ediciones Última Hora*, 2004.
- NAQVI, Yasmin. *The Right to Truth in International law: fact or fiction?.in: International Review of Red Cross*. N° 862, 2006. Disponível em < [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-862-p245/\\$File/irrc_862_Naqvi.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-862-p245/$File/irrc_862_Naqvi.pdf)> Acesso em 01/03/2010.
- OEA. *Assembleia Geral*. Resolução AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07) EL DERECHO A LA VERDAD. 5 de junho de 2007. Disponível em <www.oas.org> Acesso em 10/03/2010.
- OEA. *Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1985-1986* OEA/Ser. L/V/II.68, Doc., 8, rev. 1, 26 de setembro de 1986. Disponível em <www.oas.org> Acesso em 10/03/2010.
- OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 22 de novembro de 1969. San José, Costa Rica. Disponível em <www.oas.org> Acesso em 10/03/2010.
- OEA. *Conselho Permanente*. Resolução CP/CAJP-2364/06 rev. 3. Washington. 15 maio 2006. Disponível em <www.oas.org> Acesso em 10/03/2010.
- Peru. *Tribunal Constitucional*. 2488-2002-HC/TC. Lima, 18 de março de 2004. Disponível em: <http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs/tc_2488-2002-HC.pdf> Acesso em 01/03/2010.
- Peru. *Constitución Política Del Perú*. Lima, 1993. Disponível em: <<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagines/Constitu/Cons1993.pdf>> Acesso em: 04/03/2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SANTOS, Marcelo. *O poder norte-americano e a América Latina no pós-guerra fria*. São Paulo: Annablume FAPESP, 2007.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 2.ed. rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 795 p.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação: ensaios, 1976-2001*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- United Nations. *Annual Report of Human Rights Council*. Twelfth session. A/HRC/12/19 of 21 august of 2009. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010
- United Nations. *Commission on Human Rights*. Resolution 1994/31 of 4 March 1994. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010
- United Nations. *Commission on Human Rights*. Resolution 1996/31 of 19 April 1996. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Commission on Human Rights*. Resolution 1998/36 of 17 April 1998. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Commission on Human Rights*. Resolution 2000/32 of 20 April 2000. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Commission on Human Rights*. Resolution 2003/33 of 23 April 2003. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Commission on Human Rights*. Resolution 2005/26 of 19 April 2005. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Commission on Human Rights*. Resolution 2005/66 of 20 April 2005. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha*. 12 de agosto de 1949. Protocolo I de 1977. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Council decision 2/105 of 27 November 2006*. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Human Rights Council*. Resolution 10/26 of 27 March of 2008. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *High Commissioner for Human Rights*. E/CN.4/2006/91. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *High Commissioner for Human Rights*. A/HRC/5/7. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.
- United Nations. *Human Rights Council*. Resolution 09/11 of 24 september of 2008. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.

Notas de Fim

1O autor é graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva, mestrando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e advogado.

2 Compreendam-se como vencedores da II Guerra Mundial os países que passaram a compor o Conselho de Segurança das Nações Unidas, isto é, Estados Unidos, União Soviética, França, Reino Unido e China.

3 Entre os anos de 1953 e 1959, um grupo de aproximadamente oitenta homens, liderados por Fidel Castro, Camilo Cienfuegos e Ernesto "Che" Guevara, insurgiu contra a tirania do General Fulgêncio Batista. No último ano da revolução, conseguiu-se a conquista de diversas cidades e, por fim, retirar do poder o ditador e instaurar um regime que tinha por ideal inicial

conceder uma melhora na condição de vida dos menos favorecidos.

4SANTOS, Marcelo. O poder norte-americano e a América Latina no pós-guerra fria. São Paulo: Annablume FAPESP, 2007.

5Em maio de 1954, o General Alfredo Stroessner, general de divisão do exército paraguaio, tomou a presidência do Estado, derrubando o então presidente eleito Frederico Chávez. Stroessner permaneceu no poder por 35 anos - foi o segundo estadista das Américas que mais permaneceu no poder durante o século XX, perdendo tão somente para Fidel Castro em Cuba - e o seu governo foi marcado por forte opressão á opositores e defesa dos interesses dos EUA (até o início do boicote ao seu regime no governo Reagan).

6 A Argentina sofreu dois golpes militares, o primeiro em 1966 orquestrado pelo General Juan Carlos Onganía, e o segundo em 1976 sob o comando do General Videla. O segundo período militar, entretanto, é considerado um dos mais violentos do período e acabou culminando no desaparecimento e morte de cerca de 30.000 opositores do governo. Esse período, outrossim, foi marcado pelo fiasco na guerra das Malvinas, sendo este um dos motivos preponderantes para que, em 1983, o regime tivesse o seu fim e fosse restaurada a democracia.

7 No dia 11 de setembro de 1973, as forças armadas chilenas, dirigidas por José Toribio Merino, Gustavo Leigh e Augusto Pinochet invadiram o Palácio La Moneda e assumiram o poder do Chile. O então presidente, Salvador Allende, foi encontrado morto em circunstâncias ainda hoje não explicadas. Antes da invasão ao Palácio, em pronunciamento por rádio, o presidente Allende fez a sua última manifestação pública, expressando que "Colocado em uma transição histórica, pagarei com minha vida a lealdade do povo. E os digo que tenho a certeza de que a semente que entregaremos à consciência de milhares e milhares de chilenos não poderá ser cegada definitivamente. Trabalhadores de minha Pátria! Tenho fé no Chile e em seu destino. Superarão outros homens nesse momento cinza e amargo onde a traição pretende se impor. Sigam vocês sabendo que, muito mais cedo que tarde, abrir-se-ão de novo as grandes alamedas por onde passe o homem livre, para construir uma sociedade melhor." Assume a presidência, então, o General Augusto Pinochet, responsável por uma ditadura sangrenta, marcada por inúmeras violações aos direitos humanos. Pinochet perdura no poder até 11 de março de 1990, momento em que o ditador entrega a presidência ao eleito Patricio Aylmin.

8No dia 31 de março de 1964, tropas oriundas de Juiz de fora em Minas Gerais marcham até o Rio de Janeiro (local onde se encontrava o então Presidente da República, João Goulart) com o escopo de compelir o presidente à renunciar ao seu mandato. Instaurado, portanto, o regime militar no Brasil, assume a presidência o General Castello Branco. A ditadura brasileira teve a passagem de cinco presidentes (Castello Branco, Costa e Silva, Médici, Geisel e João Figueiredo) e teve por marco a forte opressão aos opositores ao regime. Em 1985, com a eleição de Tancredo Neves, é reinstalada a democracia no país.

9 Estima-se que, somente nos países do cone sul (Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai), houve um saldo de 50.000 mortos, 30.000 desapa-

recidos e 400.000 presos em razão dos regimes ditatoriais. DINGES, John. Os anos do Condor. Uma década de terrorismo internacional no Cone Sul, São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

10A Organização das Nações Unidas reconhece que o direito à verdade é decorrente do direito das famílias de conhecerem o destino de seus membros em conflitos armados, expresso nos arts. 32 e 33 da Convenção de Genebra de 1949, Protocolo Adicional I de 1977.

11O termo "terrorismo estatal" foi utilizado pela Comissão Interamericana em seu Informe Anual de 1986 para referir-se aos atos praticados pelo Estado contra os membros da sua sociedade, sob o pretexto de combater o terrorismo.

12 OEA. Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1985-1986 OEA/Ser. L/V/II.68, Doc., 8, rev. 1, 26 de setembro de 1986. Cap. V, pág. 205. "Every society has the inalienable right to know the truth about past events, as well as the motives and circumstances in which aberrant crimes came to be committed, in order to prevent repetition of such acts in the future."

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez e outros Versus Honduras. Sentença de 29 de julho de 1988, serie C, n° 4. Parágrafo 181 - "El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza el derecho de los familiares de la víctima de conocer cual fue el destino de ésta, y, en su caso, donde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance"

14 Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1985-1986 OEA/Ser. L/V/II.68, Doc., 8, rev. 1, 26 de setembro de 1986. Cap. V, pag. 205. "la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias"

15 Argentina - Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. CONADEP; Chile - Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación; El Salvador - Comisión de la Verdad; Paraguay - CIPAE, Paraguay Nunca Más; Brasil - Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP); Bolívia Comité impulsor del Juicio contra García Meza.

16 United Nations. Human Rights Council. Resolution 09/11 of 24 september of 2008. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010

17NAQVI, Yasmin. The Right to Truth in International law: fact or fiction?.in: International Review of Red Cross. N° 862, 2006. Disponível em < [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-862-p245/\\$File/](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-862-p245/$File/)

irrc_862_Naqvi.pdf> Acesso em 01/03/2010.

18ALESSANDRI, Pablo Saavadera. Algunas consideraciones sobre las reparaciones em la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Em: Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Renato Zerbini Ribeiro Leão. TOMO VI. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. Pag. 98.

19Não há no Direito Internacional nenhum Tratado que conceitue de forma ampla e precisa o direito à verdade, sendo o seu desenvolvimento decorrente da interpretação de outras normas de Direito Internacional. Cfr. NAQVI, Yasmin. The Right to Truth in International law: fact or fiction?.in: International Review of Red Cross. N° 862, 2006. Disponível em < [http://www.icrc.org/ Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-862-p245/\\$File/irrc_862_Naqvi.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-862-p245/$File/irrc_862_Naqvi.pdf)> Acesso em 01/03/2010.

20NAQVI, Yasmin. The Right to Truth in International law: fact or fiction?.in: International Review of Red Cross. N° 862, 2006. Disponível em < [http://www.icrc.org/ Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-862-p245/\\$File/irrc_862_Naqvi.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-862-p245/$File/irrc_862_Naqvi.pdf)> Acesso em 01/03/2010.

21Direito à Vida, Direito à Integridade Pessoal e Direito à Liberdade Pessoal. www.

22 MENDEZ, Juan E. Derecho a la Verdad frente a las Graves Violaciones a los Derechos Humanos. Em "La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales". Martín Abregú e Christian Courtis (Coord.). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Pág. 526.

23United Nations – Annual Report of Human Rights Council – Twelfth session – A/HRC/12/19 of 21 august of 2009. Page 3, Par. 4.

24 Corte IDH Caso Vargas Areco. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 155, par. 142; Caso Servellón García e otros. Sentença de 21 de setembro de 2006. Serie C No. 152, par. 163. "Las reparaciones consisten en medidas con las que se procura suprimir, moderar o compensar los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen de las características de la violación y del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, y deben guardar relación con las violaciones declaradas en la Sentencia"

25 Corte IDH. Trujillo Oroza. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Pár 114 e 115.

26UN – Commission on Human Rights – Resolution 1993/33 of 5 March 1993.

27A ONU sugere a criação de mecanismos judiciais específicos e mecanismos não judiciais (como as comissões da verdade e reconciliação) para investigarem as violações de direitos humanos e direito humanitário ocorridas nos Estados durante períodos de instabilidade política. "Welcomes the establishment in several States of specific judicial mechanisms,

as well as other non-judicial mechanisms such as truth and reconciliation commissions that complement the justice system, to investigate violations of human rights and violations of international humanitarian law, and appreciates the elaboration and publication of the reports and decisions of these bodies," United Nations. Commission on Human Rights. Resolution 2005/66 of 20 April 2005. Disponível em: < <http://www.un.org/> > Acesso em 06/03/2010.

28United Nations – Annual Report of Human Rights Council – Twelfth session – A/HRC/12/19 of 21 august of 2009. Page 17, Par. 65

29ª Suprema Corte Argentina expressou que "A ello se agrega además el deber especial de investigar y esclarecer la verdad histórica que se deriva de la condición de lesa humanidad del delito de desaparición forzada de personas que constituye el objeto de esta causa, el cual obliga también a los órganos de la administración de justicia, como parte integrante del Estado, a adoptar todas las medidas conducentes que prevé el orden jurídico para lograr esse cometido"

30"Artículo 3º. - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

A NÃO CUMULATIVIDADE E A DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA NO IPI: O LOBO NA PELE DO CORDEIRO

JAMIR CALILI RIBEIRO¹

RESUMO: A não cumulatividade tem status de princípio constitucional desde a Emenda n. 18, de 1965. A Constituição Federal, de 1988, seguiu a tradição e as tendências do Direito Tributário, manteve a obrigatoriedade da não cumulatividade tanto no IPI quanto no ICMS, e a estendeu às contribuições PIS/Cofins e impostos de competência residual. Nesse trabalho, abordou-se a técnica da não cumulatividade no IPI, e como as desonerações tributárias podem invalidar ou mitigar o Princípio da Não Cumulatividade prevista de forma ampla e irrestrita no texto constitucional em vigor. Para tal intento, foi levado em conta o posicionamento mais recente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (especialmente nos RE 475.551/PR, RE 562.980/SC e RE 566.819/RS). Por fim, destacou-se a centralidade do efeito recuperação para se compreender bem a técnica da não cumulatividade e a demonstração de que a sua má compreensão tem gerado confusão na jurisprudência e até mesmo na mais qualificada doutrina.

PALAVRAS-CHAVE: Não Cumulatividade; Imposto sobre Valor Agregado; Imposto sobre Produtos Industrializados; Imposto sobre Circulação de Mercadoria

ÁREA DE INTERESSE: Direito Tributário

ABSTRACT: The Brazilian Tax System has adopted, since 1965, the principle of value-added taxes. The Constitution of 1988 maintained this principle and extended it to other types of taxes, not just to sales taxes. This paper discusses the Brazilian system of value-added tax in the supply chain, and the recent interpretation given by Brazilian Federal Supreme Court to it. Under the new interpretation given to the Brazilian technique to calculate the value-added tax, a tax cut, or the exemption tax, can encumber the consumer more than if the benefit was not given. To achieve the proposed objective, this paper analyzed three recent decisions of Supreme Court (RE 475.551/PR, RE 562.980/SC and RE 566.819/RS). The misunderstanding about the correct technique of value-added tax adopted by the Constitution has produced confusing at some judicial decisions and at doctrinal opinions.

KEYWORDS: Value-Added Tax; Sales Tax; Brazilian Tax System

INTRODUÇÃO

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial passou-se por um período de integração regional e abertura de mercados que vai culminar na década de 80 e seguintes no conhecido e questionado processo de globalização.

Isso vai exigir que o mercado econômico de um determinado país seja competitivo, para vencer na disputa por mercados, tanto internamente quanto externamente. E, é nesse contexto que surgem os impostos não cumulativos, primeiramente na França e depois em toda Europa, América e Ásia (DERZI in: BALEEIRO, 2010, p. 729 e segs).

As vantagens e as melhores técnicas de aplicar a não cumulatividade na cadeia produtiva já foram discutidas por diversos juristas e economistas. Eis, de forma resumida, o raciocínio de DERZI (2010, p. 1.351):

A alta produtividade de um tributo que incide em

todas as etapas, em que há efetiva operação de circulação, sem exclusão de nenhuma delas, a homogeneidade na incidência sem distorções desequilibradas na formação dos preços e os interesses dos fiscos envolvidos foram as razões que prevaleceram, ditando a adoção de um tributo plurifásico amplo, tanto na União Europeia como na América Latina, depois imitada por outros países nos demais continentes. A limitação do imposto às fábricas ou às vendas no atacado, por exemplo, simplificariam o tributo e facilitariam a fiscalização contra a evasão, mas colheriam a mercadoria sem agregação da mais valia subseqüente, de modo que a incidência não alcançaria o maior preço ou o maior valor do bem no mercado. Por sua vez, a incidência única nas vendas

de varejo tem os altos inconvenientes de facilitar a evasão, retardar o recolhimento do imposto para os fiscos e, finalmente, de agregar cumulatividade residual de difícil eliminação (quando os consumidores finais, sendo contribuintes, adquirem bens de imobilizado ou de uso e consumo necessários às atividades profissionais). (...) São conhecidos os efeitos dos tributos cumulativos, já longamente expostos por economistas e juristas. GOMEZ SABAINI sintetiza os efeitos danosos dos tributos cumulativos (ver *Coordinación de la imposición general a los consumos entre nación y provincias. Chile: CEPAL, 1993. p. 24*), apoiado em JOHN DUE (*Indirect taxation in developing economies. Baltimore: J. Hopkins Press, 1970*), ou seja, *distorção da alocação dos recursos econômicos; distorção na formação dos preços segundo a maior ou menor possibilidade de integração vertical do setor; estímulo à importação e não à exportação, já que não se pode devolver o imposto contido nos insumos e bens de capital incorporados ao valor do bem exportado; efeitos negativos nos preços finais dos produtos; e administração cara e menos eficiente pela inexistência de vinculação entre os contribuintes, como ocorre no sistema da não cumulatividade em que o débito de um é o crédito de outro contribuinte*". (DERZI, Misabel Abreu Machado (Atualizadora) in: BALEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2010, p. 1351*).

No caso brasileiro, a não cumulatividade tem status de princípio constitucional desde a Emenda n. 18, de 1965. A Constituição Federal, de 1988, seguiu a tradição e as tendências do Direito Tributário, manteve a obrigatoriedade da não cumulatividade tanto no IPI quanto no ICMS, e a estendeu às contribuições PIS/Cofins e impostos de competência residual².

Muito embora, haja sempre necessidade de alimentar o Tesouro Público para que possa fazer frente às despesas estatais essenciais ao progresso social e ao desenvolvimento econômico, qualquer tentativa de tributação através de impostos sobre o consumo, como é o caso do IPI e do ICMS, deve-se aplicar e respeitar a não cumulatividade.

Tal afirmação não se justifica somente no respeito ao Princípio da Não Cumulatividade explícito no texto constitucional. Tal princípio deve ser visto dentro de um conjunto de princípios tributários e econômicos que visam a máxima racionalidade do siste-

ma para permitir um amplo desenvolvimento econômico, com a formação de um mercado produtivo competitivo, de uma tributação neutra que encoraje a livre organização e a pulverização dos agentes econômicos – evitando-se a concentração e a formação de grandes conglomerados econômicos monopolizadores – e que permita uma tributação seletiva que atinja a capacidade econômica das pessoas de forma progressiva e justa.

Logo, o tema da não cumulatividade permite agregar ao debate informações e sugestões sobre a intervenção estatal no mercado através de técnicas tributárias que se revestem de desoneração, quando, em verdade, podem distorcer a livre concorrência, a neutralidade e representar ao consumidor uma tributação cumulativa e pouco seletiva.

Assim, optou-se por abordar, neste trabalho, a técnica da não cumulatividade no IPI, e como as desonerações tributárias podem invalidar ou mitigar o Princípio da Não Cumulatividade prevista de forma ampla e irrestrita no texto constitucional em vigor.

Para tal intento, foi levado em conta o posicionamento mais recente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (especialmente nos RE 475.551/PR, RE 562.980/SC e RE 566.819/RS), se permitindo indicar contradições e problemas no novo posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

Abordou-se a temática em três capítulos. No primeiro deles, se discutiu a não cumulatividade em seus aspectos gerais, para introduzir o leitor nas premissas e nos limites postos.

No segundo se apresentou a não cumulatividade no texto constitucional nacional, para enfim, no capítulo seguinte discutir o efeito recuperação. Nesse capítulo se abordou como o efeito recuperação se dá ao ocorrer desonerações tributárias em diferentes momentos da cadeia produtiva. Além disso, foi debatida a aplicação desse efeito levando em conta o entendimento da jurisprudência constitucional.

Antes de iniciar as considerações sobre o tema, vale esclarecer que há diversas possibilidades de se abordá-lo. Por conta disso, espera-se que o leitor tenha a exata dimensão do objetivo e dos limites desse trabalho.

Adotou-se o termo desoneração tributária com o objetivo explícito de se fugir ao debate da diferenciação entre isenção, alíquota zero e não tributação, pois, embora seja um debate com forte conteúdo doutrinário, considerou-se irrelevante para esse momento.

Além disso, durante a leitura, ao se deparar com menções à jurisprudência constitucional, é preciso ficar atento, pois embora tenha sido adotada como posicionamento do Supremo Tribunal Federal a posição majoritária, seria preciso analisar voto a voto para se compreender a dimensão dos problemas envolvidos na não cumulatividade. Quando foi relevante ao trabalho, foi destacado o voto vencido. Sugere-se ao leitor ler os acórdãos dos recursos

extraordinários mencionados, como complemento.

Por fim, vale ressaltar que o artigo centrou-se em uma pesquisa doutrinária mais restrita, pois se objetivou focar na jurisprudência do STF, tendo em vista que os aspectos doutrinários tratados foram abordados sob o enfoque das posições dominantes e fortemente representativas do pensamento doutrinário nacional.

1 NÃO CUMULATIVIDADE: ASPECTOS GERAIS

Para que se possa compreender o *Princípio da Não cumulatividade*, é preciso, inicialmente, pensar em tributação plurifásica sobre a produção ou/e sobre a circulação de bens e serviços. Tal princípio, em um conceito ainda superficial, veda a incidência de um mesmo tributo, seja ele um imposto ou uma contribuição, sobre valor já tributado em etapa anterior, motivo pelo qual se tem como pressuposto, para se configurar cumulatividade ou a não

cumulatividade, a plurifasia³.

Em uma situação de cumulatividade, a cada circulação do produto de uma empresa a outra (do fabricante ou do comerciante) até o consumidor final, haverá incidência do tributo, o que repercutirá no preço de forma que um produto custará mais caro ao consumidor quanto maior for o número de intermediários na circulação de um bem.

Isso porque a base de cálculo do imposto, sendo o preço bruto total, incluirá custos de comercialização ou industrialização, lucros e tributos incidentes. Logo, o valor total da matéria-prima, por exemplo, já tributado na fase anterior, é novamente incluído na base de cálculo da fase posterior, já que esse valor faz parte do custo, sofrendo, portanto, nova tributação na operação seguinte (DERZI, 2010, p. 731 e segs; GODOI, 2008, p.360). Essa nova incidência do imposto sobre valor já tributado na fase anterior é denominada cumulatividade. Veja as seguintes tabelas⁴:

Tabela 1 – Cumulatividade em uma circulação de mercadoria com três fases

	Fase 1	Fase 2	Fase 3
Preço de venda	R\$100,00	R\$200,00	R\$300,00
Imposto 10%	R\$10,00	R\$20,00	R\$30,00
Imposto Recolhido	R\$10,00	R\$20,00	R\$30,00
Total de imposto recolhido R\$ 60,00			

Tabela 2 – Cumulatividade em uma circulação de mercadoria com quatro fases

	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
Preço de venda	R\$100,00	R\$150,00	R\$200,00	R\$ 300,00
Imposto 10%	R\$10,00	R\$15,00	R\$20,00	R\$30,00
Imposto Recolhido	R\$10,00	R\$15,00	R\$20,00	R\$30,00
Total de imposto recolhido R\$ 75,00				

Observe que tanto na Tabela 1 quanto na Tabela 2 foi colocado o mesmo preço final de venda, para mostrar de forma clara que um sistema cumulativo penaliza o contribuinte quando a cadeia produtiva tiver mais fases. Tal fenômeno se passa de forma idêntica tanto nos tributos incidentes sobre a industrialização quando aqueles que oneram a circulação, sendo que o tributo recolhido será maior à medida que aumenta o número das fases no caminho da produção ou da distribuição.

Um dos efeitos negativos da cumulatividade é que ela fere a neutralidade da concorrência, pois se multiplicam as tentativas de substituir a produção nacional pelas importações, a concentração industrial e a supressão do comércio atacadista ou varejista, com

o objetivo de se unificarem várias fases em uma mesma empresa, evitando-se o aumento progressivo do tributo a ser recolhido (V. DERZI, 2010; GODOI, 2008; e MOREIRA, 2010).

Misabel Derzi (2010, p.732) afirma que

A França foi o primeiro país industrializado a reconhecer as desvantagens de um imposto cumulativo, incidente sobre todas as fases de produção industrial e de circulação. Se já em 1936, se fazem as primeiras leis, apenas no ano de 1954 se criou a Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA) nos moldes atuais, tributo retocado, posteriormente, mas ainda hoje vigente naquele país e em toda a Europa (cf. JULLIOT

DE LA MORANDIÈRE et alii. *Droit commercial et droit fiscal des affaires*. Paris : Dalloz, 1965. t. II, p. 628 e seqs). A rica experiência francesa difundiu-se rapidamente a partir da década de sessenta.

Assim, algumas técnicas de incidência não cumulativas dos tributos sobre as fases da produção industrial e de circulação de bens e serviços foram desenvolvidas a fim de se minimizar os efeitos negativos acima apresentados. Os impostos não cumulativos, ou seja, aqueles que levam em consideração a tributação ocorrida na fase anterior, são chamados, em geral, de impostos ou tributos sobre valor agregado, pois, tenta-se aplicar o tributo somente sobre o valor adicionado na etapa posterior, evitando-se a cumulatividade (nesse sentido ver MOREIRA, 2010, p.61 e COELHO, 2004, p. 566).

Assim, um imposto não cumulativo é um imposto que, incidindo em todas as fases de produção e circulação, procura, por meio da:

"dedução do imposto pago na operação anterior, alcançar apenas a circulação mercantil líquida de cada empresa, ou seja, tributar apenas o va-

lor adicionado realizado por ela. Daí os conceitos de imposto sobre vendas líquidas ou imposto sobre o valor adicionado (Mehrwertsteuer)" (cf. HEINRICH RAUSER. *Steuerlehre*. Winklers Verlag, 1983. p. 32 apud DERZI, 2010, p.733).

Levando em consideração essa intenção, a técnica de não cumulatividade conhecida como *base sobre base* foi desenvolvida. Eis sucinta explicação:

Uma das técnicas consiste em aplicar a alíquota de certa operação somente sobre o valor agregado naquela etapa da cadeia produtiva (e não sobre o valor total da operação). Nesse caso, a base de cálculo seria o valor da operação menos o valor de todos os insumos incorporados ao produto. Essa técnica se denomina "base sobre base." (GODOI, 2008, p.360-361).

A tabela a seguir mostra de forma clara como funciona a técnica denominada "base sobre base":

Tabela 3: Exemplo de base sobre base

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$450,00
Base Anterior	-----	R\$300,00	R\$360,00
Dedução	-----	R\$60,00	R\$90,00
Alíquota 18%	R\$54,00	R\$10,80	R\$16,20
A recolher: o total não excederá a R\$ 81,00			

A técnica acima é a que a mais se aproxima da chamada não cumulatividade levando em conta o valor adicionado. Porém,

A outra técnica, mais simples e por isso mais adotada, consiste em fazer aplicar a alíquota de uma dada operação sobre o valor integral dessa operação (gerando-se um "débito") e garantir ao contribuinte que pratica tal operação (fabricante, vendedor, prestador do serviço) o direito de abater desse valor o imposto que incidiu sobre os insumos. Essa é a técnica denominada "imposto sobre imposto". O direito constitucional brasileiro, desde

a EC 18/65, adotou a técnica do "imposto sobre imposto", garantindo ao contribuinte o direito de abater, do imposto a pagar sobre a operação que praticou, o imposto cobrado nas operações anteriores. A Constituição de 1988 manteve o regime do "imposto sobre imposto", substituindo tão-somente o verbo "abater" pelo termo "compensar" (GODOI, 2008, p. 362-363).

Eis a tabela exemplificativa:

O total do imposto recolhido, mesmo existindo diversas fases

Tabela 4: Exemplo de imposto sobre imposto

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	R\$54,00	R\$64,80	R\$81,00
(-) Crédito imposto anterior	-----	R\$54,00	R\$64,80
A recolher	R\$54,00	R\$10,80	R\$16,20
A recolher: o total não excederá a R\$ 81,00			

e contribuintes diferentes, não ultrapassará R\$ 81,00, como se tivesse havido uma incidência única na última etapa em que o valor do produto alcança o maior valor de mercado. Em comparação a técnica anterior, diferente, o resultado ao final é idêntico. Porém,

É importante frisar que a adoção de um método ou de outro é indiferente do ponto de vista do volume final arrecadado somente se todas as alíquotas da cadeia são iguais, mas há grandes diferenças entre os regimes se nas etapas de uma cadeia de produção/circulação de um produto incidem alíquotas distintas – como é geralmente o caso no mundo real.

Se o regime é o do "imposto sobre imposto", e supondo nesse momento que não haja qualquer isenção ou alíquota zero ao longo da cadeia, o montante de imposto arrecadado ao longo da cadeia de produção/circulação de um produto depende tão-somente da alíquota da última operação. Há nesse regime o chamado "efeito recuperação", que faz com que a carga tributária total por produto equivalha sempre à aplicação da alíquota da última etapa sobre o valor da operação praticada nessa última etapa (ou seja, somente importam a alíquota final e o valor agregado na cadeia como um todo).

Contudo, se o regime adotado é o de "base sobre base", o montante total arrecadado por cada produto não depende somente da alíquota da última etapa da cadeia. Se uma cadeia tem cinco etapas, todas elas submetidas a uma alíquota uniforme de 10%, o montante total arrecadado pelo fisco por cada produto vendido ao consumidor final será equivalente a 10% do valor da última operação. Se se reduz para 1% as quatro alíquotas iniciais e se mantém a alíquota de 10% somente na última etapa, o valor total arrecadado (no regime base sobre base) por cada produto

será bem menor. Por quê? Porque nesse regime o valor a pagar em cada etapa depende tão somente da alíquota dessa etapa e do valor agregado ao produto nessa etapa, sem que ocorra o chamado "efeito recuperação". (GODOI, 2008, p. 363-365).

Embora a técnica de imposto sobre imposto seja mais simples, ela é mais vantajosa ao fisco se ao final da cadeia produtiva a alíquota for maior do que as alíquotas intermediárias. Derzi (2010, p. 741-742), lecionando no mesmo sentido de Godoi (2008), afirma:

São vários os fatores que perturbam a equivalência entre os resultados de uma e outra técnica, preferindo os legisladores a utilização da técnica imposto contra imposto, na apuração do tributo devido, mesmo em relação às contribuições sociais não cumulativas, a saber:

- 1. as alíquotas diferenciadas interferem, pois mesmo inexistindo valor adicionado – mensurado segundo o valor da base de cálculo (o preço de venda sendo igual ao preço de custo) – em que, pela técnica da base x base, não há tributo a pagar, tais alíquotas diferenciadas, na técnica do imposto x imposto, podem gerar tributo a recolher se a alíquota que incidiu nas aquisições for menor do que a alíquota incidente nas mercadorias-saídas; ainda podem ser consideradas aqui as reduções parciais de imposto, como as isenções imperfeitas;*
- 2. a acumulação de créditos (excesso de compras, com poucas vendas) + créditos financeiros, relativos à aquisição de bens do ativo permanente ou de uso e consumo, têm como consequência: (a) dificuldades e complexidade na utilização do modelo base x base; (b) além disso, sendo por período a apuração-padrão, o total do montante recolhido*

aos cofres públicos não será o imposto incidente sobre as saídas, compensado com o imposto devido pela entrada, operação a operação da mesma mercadoria; (c) mas a equivalência ao valor adicionado somente será alcançada em períodos mais longos, com diluição na cadeia de produção, industrialização/comércio;

3. ocorre ainda que a isenção intermediária e a não incidência intercalada, situadas entre distintas etapas da produção e comercialização tributadas, podem alterar substancialmente os resultados, em especial os efeitos pretendidos de se evitar a cumulação e de que a incidência por toda a cadeia corresponderia a uma única incidência na última etapa de circulação.

No Brasil adotou-se constitucionalmente o Princípio da Não cumulatividade desde a Reforma Constitucional n. 18, de 1965. Em legislação ordinária, a não cumulatividade foi inserida no Projeto de Código Tributário Nacional de 1954, e nos impostos sobre consumo, adotou-se a não cumulatividade desde a Lei n. 3.520/58. A Lei n. 4.502/64 generalizou a aplicação do Princípio da Não cumulatividade, no antigo imposto sobre o consumo, hoje IPI (COELHO, 2004, p.565; GOIDOL; e MOREIRA, 2010 p.117; MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 72 e ss).

2 NÃO CUMULATIVIDADE NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1998 consagrou, assim como as anteriores, o Princípio da Não Cumulatividade, principalmente para os impostos sobre o consumo. Eis o quadro de conformação constitucional atual:

No art. 153, §3º, II, estabeleceu que o IPI *“será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores”*.

No art. 155, §2º, I, estabeleceu que o ICMS *“será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.”* Para o ICMS ainda fez outras expressas determinações, conforme o art. 155, §2º, II:

nas hipóteses de isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação: (a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; (b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Ainda, estabeleceu que as Contribuições Sociais - PIS/COFINS -, será não cumulativas: Art. 195, §12: *“A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b, e IV do caput, serão não cumulativas.”*

E por fim, a não cumulatividade deverá ser diretriz a ser observada em todos os tributos sobre o consumo, a serem criados no futuro, no exercício da competência residual da União, conforme os artigos 154, I, e 195, §4º.

Ora, como se pode notar é expresso e incontroverso que a ordem jurídica constitucional brasileira adotou o regime do imposto sobre imposto, trazendo duas consequências: (a) os tributos afetados pela técnica da não cumulatividade devem onerar o consumidor final, sendo que a alíquota aplicada na última fase da cadeia produtiva ou comercial é a que deve representar o total do montante do tributo recolhido aos cofres públicos (COELHO, 2004, p. 565 e ss; DERZI, 2010, p. 732 e ss); e, (b) por conta disso, deve ocorrer, ainda que com limites, conforme será visto, o chamado “efeito recuperação”, ou seja, ainda que haja alíquotas diferentes ao longo da cadeia produtiva, o fisco recuperará toda a tributação ao final da cadeia, com a alíquota incidente sobre o preço pago pelo consumidor final (DERZI, 2010, p.744).

Observa-se, então, que a técnica da não cumulatividade adotada no sistema constitucional nacional deve ser cautelosamente classificada como do tipo valor agregado, pois no regime de “imposto sobre imposto” adotado pelo nosso sistema não se tributa o valor agregado por cada contribuinte a um determinado tributo, mas sim se tributa o valor agregado ao longo de toda a cadeia produtiva.

3 O EFEITO RECUPERAÇÃO NO IPI E NO ICMS E A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

Tendo visto os aspectos relevantes da não cumulatividade, importa aqui discutir o efeito recuperação dentro da técnica adotada para o IPI e para o ICMS, sua conformação constitucional e a interpretação dada pela jurisprudência constitucional, o que influenciará fortemente no conceito de não cumulatividade do Direito Brasileiro e a sua aplicação nas desonerações tributárias intermediárias, que poderá gerar não só a recuperação, como a cumulatividade, de forma a implicar em duplo efeito: recuperação e cascata.

Importa retomar o conceito do que venha a ser o efeito recuperação na técnica de *imposto sobre imposto*.

Na técnica *base sobre base*, como o que interessa é a tributação sobre o valor agregado, a incidência de imposto nas etapas anteriores não é relevante para se calcular o imposto a ser recolhido.

Já na técnica *imposto sobre imposto* o que importa é o imposto recolhido nas etapas anteriores para a formação do sistema de

crédito e débito, sendo que, em uma cadeia produtiva normal, o total do imposto recolhido aos cofres públicos será exatamente o determinado pela alíquota da última fase da cadeia. Dessa forma, pouco importa se as alíquotas das etapas anteriores forem inferiores ou superiores ao da etapa final.

É nesse ponto que reside o efeito recuperação, pois, em regra, a alíquota inferior, ou até mesmo a isenção no curso do ciclo a que está submetido um determinado produto não beneficiará o consumidor, pois a diferença será recuperada através da aplicação de uma alíquota nas operações posteriores. Assim, pode-se definir o efeito recuperação como aquele fenômeno ocorrido na técnica de não cumulatividade *imposto sobre imposto* em que o montante recolhido aos cofres públicos será determinado pela alíquota da operação final, sendo recuperada a diferença entre as alíquotas anteriores.

O consumidor final não será beneficiado por nenhuma redução intermediária de alíquota. A redução intermediária de alíquota deve ser considerada apenas como diferimento do momento de recolhimento do tributo, em benefício de um determinado setor da economia, nunca em benefício do consumidor final. Se o legislador tiver a intenção de beneficiar o consumidor final deverá reduzir a alíquota final e não as intermediárias. Motivo pelo qual, não se pode falar exatamente em imposto sobre valor agregado e sim em imposto não cumulativo, como já foi ressaltado anteriormente. Eis os comentários

de Godoi (2008, p. 367):

Portanto, no regime do "imposto sobre imposto", independentemente de qualquer figura desonerativa, não procede a alegação de que cada contribuinte recolhe o imposto somente sobre o valor que ele mesmo agregou à cadeia produtiva. (...) O efeito recuperação (...) é inerente ao regime do imposto sobre imposto sempre que existam alíquotas diferenciadas ao longo da cadeia.

Pelo explicado é fácil perceber que uma desoneração tributária no início da cadeia produtiva, ou a redução das alíquotas ao longo da cadeia, não gerará distorções, pois, a alíquota aplicada ao final da cadeia corresponderá ao que deverá ser suportado pelo consumidor final. Como a técnica visa transferir o ônus para o consumidor final, o ônus tributário será idêntico a alíquota final. Logo, não haverá benefício tributário ao consumidor final, e sim diferimento do ônus para as etapas seguintes. Interessa, aqui, discutir melhor essa questão e a oscilação jurisprudencial sobre o tema.

4.1 A desoneração tributária no início da cadeia produtiva

Pelos quadros explicativos abaixo, é possível compreender a técnica do *imposto sobre imposto* e o efeito recuperação. Antes, reapresenta-se a Tabela 4, com o sistema completo:

Tabela 4: Exemplo de imposto sobre imposto

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	R\$54,00	R\$64,80	R\$81,00
(-) Crédito imposto anterior	-----	R\$54,00	R\$64,80
A recolher	R\$54,00	R\$10,80	R\$16,20
A recolher: o total não excederá a R\$ 81,00			

Para melhor esclarecer a idéia da técnica de *imposto sobre imposto*, observe simulação em situação que a alíquota final é de 18%, e as alíquotas anteriores serão de 10%:

Tabela 4: Exemplo de imposto sobre imposto

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	R\$54,00	R\$64,80	R\$81,00
(-) Crédito imposto anterior	-----	R\$54,00	R\$64,80
A recolher	R\$54,00	R\$10,80	R\$16,20
A recolher: o total não excederá a R\$ 81,00			

Como se pode notar, tanto em uma situação quanto noutra o total a ser recolhido pelo fisco será aquele determinado pela última alíquota.

Tabela 4.2: Exemplo de imposto sobre imposto com desoneração no início da cadeia produtiva

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	Isento	R\$64,80	R\$81,00
(-) Crédito imposto anterior	-----	-----	R\$64,80
A recolher	-----	R\$64,80	R\$16,20
A recolher: o total não excederá a R\$ 81,00			

Agora veja situação em que a desoneração ocorra no início da cadeia produtiva:

Como se pode notar, o total a recolher continuará idêntico a alíquota final aplicada ao consumidor. A desoneração tributária, ou a não incidência, no início da cadeia produtiva não produzirá nenhum benefício ao consumidor final. A situação fará sentido se for entendido que a técnica de não cumulatividade adotada pela Constituição Federal não é do tipo que beneficia o valor agregado e sim o simples sistema de créditos e débitos (DERZI, 2010, p. 729 e ss; e GODOI, 2008, p. 360 e ss). Em verdade, no caso não há cumulatividade, pois sequer houve a incidência do imposto.

A questão que fica é quanto ao direito do consumidor final se beneficiar dessa desoneração tributária ocorrida no início da cadeia produtiva. Não será abordada essa questão nesse momento, pois ela será retomada quando for discutida a desoneração tributária que ocorre no meio da cadeia produtiva, nas operações anteriores.

Deve ficar claro que aqui estão sendo abordada somente a questão relativa à desoneração ou a não incidência *no início da cadeia produtiva*. Essa é a questão que foi decidida no julgamento do RE 353.657/PR. Eis a ementa do acórdão:

IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. (...). (RE 353657, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-03 PP-00502 RTJ VOL-00205-02 PP-00807).

Igualmente, em recente julgamento do RE 566.819/RS, o Rela-

tor Ministro Marco Aurélio, voto condutor, decidiu da seguinte forma:

IPI - CRÉDITO. A regra constitucional direciona ao crédito do valor cobrado na operação anterior. IPI - CRÉDITO - INSUMO ISENTA. Em decorrência do sistema tributário constitucional, o instituto da isenção não gera, por si só, direito a crédito. IPI - CRÉDITO - DIFERENÇA - INSUMO - ALÍQUOTA. A prática de alíquota menor - para alguns, passível de ser rotulada como isenção parcial - não gera o direito a diferença de crédito, considerada a do produto final. (RE 566819, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00445).

Esta última ementa é ainda mais esclarecedora do sistema de imposto sobre imposto, pois se a alíquota anterior for menor não haverá ainda assim direito a diferença de crédito, considerando a alíquota do produto final, não gerando, portanto, nenhum benefício para o consumidor final, prevalecendo a arrecadação total determinada pela alíquota final⁵.

O problema que interessa a partir de agora, ocorrerá em duas outras situações de desoneração tributária: (a) quando a desoneração ocorrer no final da cadeia produtiva, ou quando ocorrer na operação posterior, e (b) quando a desoneração ocorrer nas operações anteriores e intermediárias.

4.2 Desonerações ao final da cadeia produtiva: o revés jurisprudencial e o efeito recuperação aplicado somente em benefício do fisco.

Está claro que na técnica de não cumulatividade do tipo imposto sobre imposto, o efeito recuperação permitirá que a alíquota referente a tributação sobre o consumo seja definida pela alíquota final, sendo essa a que o consumidor deverá suportar.

Foi demonstrado na tabela 4.1, que, mesmo que as alíquotas intermediárias sejam menores do que a alíquota final, o total a ser recolhido pelo contribuinte de fato, ou seja, o consumidor final, será idêntico ao montante determinado pela alíquota final sobre o preço final do produto. Inclusive, foi demonstrado tal entendimento com a jurisprudência mais recente do STF.

Ora, o efeito recuperação, então, deverá ser benéfico ao fisco

se a alíquota final for maior do que as alíquotas anteriores, e deverá ser benéfica ao consumidor quando a alíquota final for menor que as anteriores. Logo, se o legislador quiser beneficiar o consumidor final deverá isentar o último elo da cadeia.

Mas, pela atual jurisprudência do STF, a isenção no final da cadeia não surtirá efeitos benéficos ao consumidor final, gerando, portanto, distorções na técnica *imposto sobre imposto*.

Tabela 5: Exemplo de imposto sobre imposto com desoneração no final da cadeia produtiva

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	R\$54,00	R\$64,80	Isento
(-) Crédito imposto anterior	----	R\$54,00	R\$64,80 (? ⁶)
A recolher	R\$54,00	R\$10,80	----

Entenda-se a situação. Eis a Tabela 5, de onde serão iniciadas as observações:

Na Tabela 5, demonstra-se a aplicação da técnica do *imposto sobre imposto* onde ocorre a desoneração no final da cadeia produtiva. Lembrando que o efeito recuperação deveria beneficiar tanto o fisco quanto o consumidor final, pode-se ver que, embora já tenha sido recolhido R\$64,80 ao fisco, será gerado ao varejista um crédito de R\$64,80, o que em operação seguinte poderá ser compensado, anulando o total recolhido pelo fisco e, por consequência, o total suportado pelo consumidor final⁶.

Misabel Derzi (2010, p. 748), ao expor os esquemas de Tipke – que são os esquemas nos quais as tabelas apresentadas foram baseadas, conforme nota 4-, comentando o esquema de circulação com isenção do imposto na última fase alerta para o fato de que:

Na medida em que o varejista não consegue transferir os R\$36,00 (trinta e seis Reais) no preço do consumidor, ele ficará onerado. Isso é contrário ao princípio ou ao sistema, pois o empresário não deve ser onerado pelo imposto de circulação. Se ele consegue transferir ao consumidor, então o objetivo da isenção – de não onerar o consumidor – não é alcançado.

Assim, ao varejista deveria ser assegurado, independente de qualquer legislação infraconstitucional, o direito de compensar, ou ser ressarcido caso não gere débitos, o crédito gerado a seu favor.

Essa seria a interpretação a ser defendida como a mais correta do princípio da não cumulatividade. E não se está sozinho, tão pouco mal acompanhado:

No RE 103.102 (DJ 22.02.85) e no RE 106.701 (DJ 18.10.85), a 1.ª Turma do STF, julgando um caso relativo ao ICM que envolvia isenção na última etapa da cadeia (venda de máquinas agrícolas), considerou que a empresa que vendera as máquinas com isenção tinha direito a manter e utilizar os créditos relativos à entrada de insumos para a fabricação das máquinas. Geraldo Ataliba e Cléber Giardino citaram e apoiaram esses acórdãos do STF em estudo sobre o tema, com o que concordamos integralmente. Esses autores observaram que “o regime jurídico do abatimento repousa sobre características e peculiaridades da operação anterior (...) a circunstância de existir ICM e/ou IPI nesta operação [anterior] é fundamental. Não importam, todavia, para os efeitos do exercício do abatimento, quaisquer características ou peculiaridades das operações atuais, nem das futuras. (GODOI, 2008, p. 380).

Porém, deparando-se com essa situação no RE 562.980/SC, o STF reverteu sua jurisprudência. E, destaca-se que a reversão ocorreu sem nenhuma menção ao fato de que aquela decisão estava sendo forjada em total oposição aos precedentes da corte. Fora os votos vencidos que alertavam para essa situação, os votos que fixam o novo entendimento da Corte Constitucional, em momento algum se preocuparam em justificar essa reviravolta jurisprudencial. Nenhum fato novo, teoria nova, Emenda Constitucional ou argumento jurídico, político, econômico explícito para a alteração do entendimento. Nesse caso, não houve preocupação

alguma entre os Ministros de explicitar e justificar seus argumentos contrários a jurisprudência posta. Deu-se como inexistente.

E não se trata de uma crítica a modificação da jurisprudência, pois essa possibilidade existe, é real, e, em muitos casos, é benéfica. Porém, qualquer modificação deveria vir acompanhada de uma justificativa clara para o jurisdicionado.

Retomando a questão: o recurso extraordinário tinha por objeto os fatos geradores ocorridos antes da Lei n. 9.779/99, em que a operação isenta era aquela referente ao produto final e não ao insumo da produção. É exatamente a discussão que foi colocada ao leitor na Tabela 5. O artigo 11 da Lei n. 9.779/99 "criou" –propositalmente em aspas – a ficção jurídica em que o "varejista" – levando em conta os termos da Tabela 5 – poderia compensar o crédito obtido com outros tributos federais.

No caso sob exame tem-se a tributação dos insumos ou da matéria-prima, sendo o produto final isento. Cuida-se, portanto, de hipótese diversa daquela examinada anteriormente pela Casa, não cabendo aplicar-se aqui o precedente então firmado. (Ministro Relator RICARDO LEWANDOWSKI, RE 562.980/SC, p.631).

Nesse caso, após a Lei n. 9.779/99 a própria Receita Federal passou a fazer a compensação, beneficiando o contribuinte com o efeito recuperação, motivo pelo qual a controvérsia se resume ao período anterior à legislação. A discussão só faz sentido no período anterior à legislação, pois essa resolveu, no plano infraconstitucional a questão. Mas, como ficaria a não cumulatividade no IPI na ausência de lei que permita a compensação e regule o efeito recuperação?

No RE 562.980, discutiu-se, portanto, a aplicabilidade do *Princípio da Não Cumulatividade*, para o IPI, insculpido no texto constitucional. Ele seria auto-aplicável, sendo o direito ao aproveitamento de créditos oriundos de insumos tributados, no caso de produtos isentos ou tributados à alíquota zero, um direito inerente ao texto constitucional ou para sua configuração seria necessária lei infraconstitucional regulamentadora?

O relator do referido acórdão, vencido, levando em conta a jurisprudência da corte constitucional, se posicionou a favor do direito de compensação independentemente de regulamentação. Eis trecho relevante:

Parece evidente que o direito ao aproveitamento de crédito oriundos de insumos tributados, no caso de produtos isentos ou tributados à alíquota zero, não surgiu apenas com a promulgação da Lei 9.779/99, visto que deriva diretamente do princípio da não-cumulatividade abrigado na Constituição de 1988, tal

como nas Cartas que a antecederam, mostrando-se, destarte, inadmissível que a lei ordinária ou, que é pior, um simples regulamento possam erigir obstáculos a tal direito. (Ministro Relator RICARDO LEWANDOWSKI, RE 562.980-5, p. 640).

Ao relator não passou despercebido a história da técnica da não cumulatividade na jurisprudência e nas Constituições brasileiras. Parte dessa história será relevante para resolver a questão que foi colocada e questão seguinte sobre as operações anteriores intermediárias não tributadas.

Para que se possa compreender a polêmica, vale destacar que a não cumulatividade do IPI está escrita de forma diferente da não cumulatividade do ICMS no texto Constitucional. Mas não foi sempre assim:

Quando o ICM, antecessor do ICMS, foi criado pela EC n. 18/65, a não-cumulatividade não sofria nenhuma limitação no Texto Magno. A Lei Maior assegurava o direito ao abatimento do imposto cobrado nas operações anteriores, sem nenhuma exceção. (MOREIRA, 2010, p. 130).

A leitura do texto constitucional à época garantia que a desoneração tributária de uma etapa surtisse efeito na etapa seguinte, limitando o efeito recuperação, e aproximando o ICMS da ideia de valor agregado.

A respeito do ICM, a jurisprudência do STF quando vigente a Carta de 1967/69 firmou-se no sentido do reconhecimento desse crédito ficto como única forma de salvar-se o princípio da não-cumulatividade. Em diversas ocasiões em que a entrada da matéria-prima (muitas vezes importada) era isenta, o STF reconheceu ao seu adquirente o direito de escriturar um crédito ficto pelo valor que seria devido na operação caso não existisse a isenção. O Tribunal percebia claramente a ocorrência do "efeito recuperação (que dava à isenção no início da cadeia os mesmos efeitos de um simples diferimento), e o repelia (RE 100.576, 1.ª Turma, DJ 14.10.83). A mensagem clara dessa interpretação do princípio da não-cumulatividade é a de que, havendo isenção numa etapa, o valor agregado nessa etapa deve ser definitivamente preservado em relação ao imposto. O Pleno se pronunciou no mesmo sentido no julgamento dos Embargos de Divergência no RE 94.177 (DJ 10.12.82)". (GODOI, 2008, p. 380).

A jurisprudência, portanto, permitiu a escrituração de um crédito ficto pelo valor que seria devido na operação caso não existisse a isenção. Dessa forma, limitava-se o efeito recuperação, beneficiando o consumidor final uma desoneração em qualquer momento da cadeia produtiva.

Em 1983, contudo, com a promulgação da EC n. 23, conhecida como Emenda Passos Porto, vedou-se o transporte de créditos do ICM para as etapas subsequentes à isenta ou não-tributada, salvo determinação em contrário da legislação. A Constituição de 1988 manteve a regra de proibição do transporte de crédito para as etapas de circulação de mercadoria subsequentes à isenta/não tributada, sendo mais incisiva do que a Emenda Passos Porto. Não só manteve a limitação antes concebida, como ainda estipulou nova proibição, a de se gerar crédito para compensar com o montante devido na operação seguinte (MOREIRA, 2010, p. 131). Eis o texto constitucional:

Art. 155 (...)

§2º O imposto previsto no inciso II (ICMS) atenderá ao seguinte:

(...)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Como a Constituição foi explícita sobre a questão relativa ao ICMS, expandindo o efeito recuperação, fazendo com que a não cumulatividade nesse imposto só se aperfeiçoasse com a existência de norma infra-constitucional⁷, a doutrina e a jurisprudência entenderam que o silêncio constitucional acerca dessa temática em relação ao IPI significava que, em relação à lei, o efeito recuperação deveria ser limitado.

Misabel Derzi (2010, p.745), resumindo o pensamento da doutrina dominante, afirma que “não se aplicam as regras de recuperação ao IPI, por ausência de autorização expressa no texto da Constituição da República”. Esse inclusive era o posicionamento da jurisprudência do STF até recentemente, eis a ementa do acórdão do RE 350.446/PR:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO. INSUMOS ISENTOS, SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. Se o contribuinte do IPI pode creditar o valor dos insumos adquiridos sob o regime de isenção, inexistente

te razão para deixar de reconhecer-lhe o mesmo direito na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero, pois nada extrema, na prática, as referidas figuras desonerativas, notadamente quando se trata de aplicar o princípio da não-cumulatividade. A isenção e a alíquota zero em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admitido o crédito. Recurso não conhecido. (RE 350446, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2002, DJ 06-06-2003 PP-00032 EMENT VOL-02113-04 PP-00680).

Misabel Derzi (2009, p. 298) explica que

Fundando-se na prática anterior à Constituição de 1988 e, concordando com a interpretação de que a isenção, em se tratando de IPI, leva automaticamente ao reconhecimento de créditos presumidos, a União não contestou esse entendimento em uma série de processos levados à apreciação da Corte Suprema. Basta dizer que, ao criar a não-cumulatividade para as contribuições do PIS e da COFINS, por exemplo, a União seguiu a mesma prática vigente no âmbito do IPI, ou seja, as leis pertinentes, nas operações isentas, reconheceram o direito ao crédito presumido. Mas a União, embora aceitando essa posição em relação às operações isentas, pretendeu restringir a interpretação, de modo que o direito ao crédito presumido ficasse limitado às hipóteses de isenção, jamais se estendendo às operações sujeitas à alíquota zero ou não tributadas (NT) da tabela do IPI.

O STF vinha admitindo a concessão do crédito presumido quando a operação anterior era isenta ou até mesmo com alíquota zero e NT. Porém, a posição do STF começou a mudar no julgamento dos RREE 370.682-SC e 353.657/SC, em que se discutiu o direito ao creditamento quando a operação anterior fosse desonerada à base da técnica da alíquota zero. Nesse julgamento, retomou-se antiga polêmica envolvendo isenção e alíquota zero, que pelos limites desse trabalho será evitada, mas sugere-se a leitura de MOREIRA (2010), DERZI (2009; 2010) e GODOI (2008) para sua compreensão.

Pois bem, nesses Recursos Extraordinários ficou assentado que “os princípios da não-cumulatividade e da seletividade não ensejam direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero”.

Não se colocou em pauta o direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos isentos, o que posteriormente virá a ser alterado pelo próprio conteúdo dos votos que se seguiram a esses julgamentos.

Mas, volta-se ao caso em específico, em que as entradas são tributadas e o produto final é que é isento. O que interessa é que, para o voto do relator, no RE 562.980/SC, a história da não cumulatividade no IPI e no ICMS autorizava o entendimento de que o *Princípio da Não Cumulatividade* no caso do IPI não poderia sofrer limitações, sendo dispensável a existência de norma infraconstitucional para assegurar

ao contribuinte de direito, vendedor do produto final, o direito ao creditamento do imposto pago nas operações anteriores.

Prevalecesse o voto do relator, o sistema seria coerente do ponto de vista da técnica do *imposto sobre imposto* e de seu efeito recuperação em sua completude. Porém, prevaleceu tese contrária ao voto do relator, sustentada especialmente pelo Ministro Marco Aurélio⁸, em que antes da legislação infraconstitucional não há que se falar em direito a compensação. Assim, o efeito recuperação só deverá ocorrer quando favorável ao fisco, conforme os efeitos gerados pela interpretação da Corte Constitucional.

Tabela 5.1: Exemplo de imposto sobre imposto com desoneração no final da cadeia produtiva em que não há o efeito recuperação favorável ao consumidor

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	R\$54,00	R\$64,80	Isento
(-) Crédito imposto anterior	-----	R\$54,00	-----
A recolher	R\$54,00	R\$10,80	-----
Recolhido pelo fisco: R\$ 64,80			

Acompanhe a Tabela 5.1 com as modificações adequadas:

Veja que o consumidor final, embora não totalmente livre dos tributos, será beneficiado com redução do imposto. Verdadeiramente não ocorre cumulatividade no exemplo dado, pois não há incidência de tributo sobre parcela já tributada.

O que há de fato é uma limitação do efeito recuperação em desfavor do contribuinte, o que torna a técnica do *imposto sobre imposto* em uma técnica de duas vias. Haverá o efeito recuperação quando as alíquotas aplicadas às operações anteriores forem inferiores à alíquota aplicada à operação que finaliza a cadeia produtiva, gerando, apenas, um diferimento do momento do recolhimento do tributo. O efeito recuperação, nesse caso em benefício do contribuinte, não ocorrerá se a alíquota final for inferior as alíquotas ao longo da cadeia produtiva. A desoneração tributária ao final da cadeia beneficiará de forma limitada o consumidor final.

Com o atual posicionamento da jurisprudência do STF, e a permanecer esse entendimento, a doutrina tributária deverá reformular o que se entende por técnica de não cumulatividade *imposto sobre imposto*; se é realmente essa a técnica adotada pela jurisprudência constitucional; e a aplicação do efeito recuperação e seus limites. O certo é que a combinação da jurisprudência acerca do tema não encontra amparo em qualquer doutrina ou método jurídico.

Mesmo o principal objetivo da não cumulatividade que, segundo Hugo de Brito Machado (2003, p. 496), é o de *"tornar conhecido o ônus tributário total que o imposto representa sobre cada produto e impedir que esse ônus seja diferente em razão do*

número de operações pelas quais passa o produto desde o início até o final de sua industrialização" deve ser reavaliado.

Portanto, tem-se uma situação paradoxal na técnica de *imposto sobre imposto*. Quando a desoneração ocorre no início da cadeia produtiva, o consumidor final não terá qualquer benefício, mas, também não sofrerá com a cumulatividade tributária. Quando a desoneração ocorre ao final da cadeia produtiva, o consumidor obtém um benefício limitado, não havendo, também, qualquer cumulatividade.

O sistema pode ser paradoxal e incoerente, mas não poderá ser acusado, pelas considerações que já foram realizadas, de cumulativo. A questão é que as cadeias produtivas não se limitam a etapas e fases tão simples como foi demonstrado. E, tão pouco, as desonerações são feitas de forma concentrada. Em uma cadeia produtiva longa, com inúmeras fases, haverá várias desonerações e aí reside a grande perturbação ao *Princípio da Não Cumulatividade*. Passa-se, agora, a analisar esse ponto.

4.3 Desonerações tributárias intermediária: lobo em pele de cordeiro: o efeito cascata apresentando-se como efeito recuperação

A questão da desoneração tributária nas operações intermediárias da cadeia produtiva, já fora objeto de preocupação na doutrina estrangeira. Segundo Derzi (2010, p. 747-748),

Mas é mesmo KLAUS TIPKE o autor que mais se aprofundou na análise do IVA, mostrando as dis-

funções das isenções intermediárias, as quais, para ele, com razão, são incompatíveis com o imposto. Explica ele: 'A desoneração do empresário envolvido, por motivos técnicos, é essencial: devem ser onerados apenas os consumidores finais. A recusa da dedução do imposto anterior conduz a uma oneração final do empresário; o empresário, além de tudo, procura obter para si um aumento de ganho, em que o preço é aumentado com o objetivo de incluir o imposto anterior não passível de dedução. Se se trata de uma isenção na última fase, então a isenção do consumidor é parcialmente suprimida; se se trata de uma isenção apenas na segunda fase (possível somente na isenção subjetiva), então o consumidor não é menos onerado, mas ao contrário é mais fortemente onerado do que seria com a alíquota normal' (cf. Steuerrecht. 9. ed. Köln: Otto Schmidt KG. 1983, p. 445).

É por conta dessas preocupações que se pode afirmar que, em uma ordem constitucional que se adota a técnica do *imposto sobre imposto*, o efeito recuperação, devidamente aplicado, é tão importante para evitar distorções.

Porém, a idéia errônea de que o efeito recuperação só existe para beneficiar o fisco faz com que a doutrina tributária, mesmo a mais requintada, discuta limites a esse efeito,

considerando somente o efeito recuperação pró-fisco (ver, por exemplo, DERZI, 2010, p.744 e ss).

Para tornar a situação mais caótica, o Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com essas questões, não percebeu a dimensão do efeito recuperação na técnica de não cumulatividade no sistema brasileiro. Sequer entendeu as peculiaridades que fazem do IPI um tributo diferente do ICMS.

No caso do ICMS é expressa, no texto constitucional, a necessidade de lei para que a não cumulatividade se aperfeiçoe, e isso decorre - ou, supostamente devia decorrer - do fato de ser um tributo de instituição e cobrança descentralizada, enquanto no caso do IPI não há nenhuma limitação expressa, e trata-se de tributo cobrado pelo Poder Central.

A aplicação da jurisprudência constitucional ao IPI faz com que a não cumulatividade nesse imposto, bem como a do ICMS - pois há expressa determinação da Constituição a esse respeito -, transforme-se em mera norma programática a depender da legislação infraconstitucional.

Assim, uma desoneração fiscal, muito embora possa parecer algo benéfico aos contribuintes, poderá transformar-se em verdadeiro mecanismo de aumento da arrecadação. É o lobo na pele do cordeiro, pois ao se mostrar como um benefício a um dos elos da cadeia produtiva, representa verdadeiro jugo aos elos seguintes, podendo representar até mesmo um aumento do ônus tributário.

Através das tabelas abaixo se percebe o efeito das afirmações que foram feitas. Retoma-se a Tabela 4, apresentada acima, para

Tabela 4: Exemplo de imposto sobre imposto

	Fabricante	Atacadista	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	R\$54,00	R\$64,80	R\$81,00
(-) Crédito imposto anterior	-----	R\$54,00	R\$64,80
A recolher	R\$54,00	R\$10,80	R\$16,20
A recolher: o total não excederá a R\$ 81,00			

se visualizar novamente a técnica do imposto sobre imposto:

Agora, simulando uma cadeia produtiva onde há desoneração tributária na primeira fase da cadeia e na última. Incluiu-se uma 4ª fase, mas foi deixada a mesma alíquota e o mesmo preço final do varejista:

Tabela 6: Exemplo de imposto sobre imposto com desoneração na 1ª e na última fase da cadeia produtiva

	Fabricante	Atacadista 1	Atacadista 2	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$400,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	Isento	R\$64,80	R\$72,00	Isento
(-) Crédito imposto anterior	-----	-----	R\$64,80	-----
A recolher	-----	R\$64,80	R\$7,20	-----
Recolhido pelo fisco: R\$ 72,00				

É possível perceber que a isenção na 1ª fase não representou nenhum benefício a ser aproveitado pelas fases seguintes. Já a isenção ao final da cadeia representou uma desoneração tributária de R\$9,00. Porém, o efeito recuperação pro contribuinte não foi aplicado. Transferiu-se para a alíquota aplicada na etapa anterior mais próxima o papel de revelar o ônus tributário sobre o produto e anulou-se a *neutralidade* que deveria existir no referido imposto, pois, caso existisse uma nova fase, entre a penúltima e a última, essa fase intermediária é que seria a capaz de refletir o verdadeiro ônus tributário.

Além disso, limitou-se a potencial seletividade da isenção ocorrida na última etapa.

Que a isenção no início da cadeia pode não atender à seletividade é fato. Supondo que o algodão seja isento. Ora, do algodão podem ser fabricados diversos produtos. Assim, a isenção tributária do algodão, se repercutisse sobre as etapas anteriores, poderia be-

neficiar tanto o contribuinte que adquirisse uma roupa, como aquele que adquirisse um simples e supérfluo urso de pelúcia. Muitas vezes, a isenção no início da cadeia tem por objetivo não o barateamento do preço final, mas sim o estímulo a uma determinada atividade econômica, como é o caso da Zona Franca de Manaus.

Mas, dificilmente, a desoneração ao final da cadeia produtiva não terá o objetivo de reduzir o preço ao consumidor final. E é nesse momento que o princípio da seletividade fica prejudicado, pois, a desoneração de um alimento essencial a saúde humana só receberá pequena dose de benefício, pois, não se reconhece o efeito recuperação quando a alíquota final é menor do que as praticadas ao longo da cadeia produtiva e de circulação de mercadorias.

A situação do consumidor final pode ficar ainda pior, se a desoneração fiscal ocorrer na fase intermediária. Exemplifica-se, com desoneração na 2ª fase da cadeia produtiva:

Tabela 7: Exemplo de imposto sobre imposto com desoneração na 2ª fase da cadeia produtiva

	Fabricante	Atacadista 1	Atacadista 2	Varejista
Preço de Venda	R\$300,00	R\$360,00	R\$400,00	R\$450,00
Débito Imposto 18%	R\$54,00	Isento	R\$72,00	R\$81,00
(-) Crédito imposto anterior	-----	-----	-----	R\$72,00
A recolher	R\$54,00	-----	R\$72,00	R\$9,00
Recolhido pelo fisco: R\$ 135,00				

O total recolhido ao fisco foi muito superior ao que seria recolhido se não houvesse a desoneração fiscal no meio da cadeia produtiva. Como para o atacadista 1 a entrada foi tributada e a saída foi isenta, ele não pôde se aproveitar dos créditos obtidos em decorrência da aquisição da matéria prima tributada. Para o atacadista 2, a entrada foi isenta, mas a saída foi tributada. Essa situação não gerou para ele crédito algum presumido, devendo

repassar todo o custo do imposto para o contribuinte seguinte.

Agora, em um exercício simples de imaginação, supondo essa cadeia produtiva com mais de dez fases, e com pelo menos duas desonerações tributárias ao longo dessa cadeia, o aumento da arrecadação seria geométrico. Enquanto isso, aos olhos dos contribuintes o concedente da desoneração tributária poderia estar fazendo um bem a eles.

Por isso utiliza-se da metáfora cristã, do lobo na pele do cordeiro, pois, uma ação estatal que supostamente deveria beneficiar e, conforme o próprio nome indica, reduzir a carga tributária, pode gerar efeito completamente perverso e perturbador ao *Princípio da Não Cumulatividade*.

O efeito recuperação nesse caso se reveste de efeito cascata, gerando verdadeira cumulatividade.

Claro que, no caso do IPI, como já foi informado, a Lei n. 9.779/99 atenuou o efeito dessa situação, prevendo a possibilidade, para aquele que adquire um insumo tributado, de compensar com outros tributos federais os créditos gerados, se o produto final, ou de saída, for isento. No caso do ICMS, alguns Estados tendem a diminuir os efeitos danosos dessa situação concedendo créditos presumidos, etc.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A IMPORTÂNCIA DE DEFINIRMOS OS LIMITES DO EFEITO RECUPERAÇÃO NA TÉCNICA NÃO CUMULATIVA DO IMPOSTO SOBRE IMPOSTO.

As polêmicas sobre o *Princípio da Não Cumulatividade*, claro, são muito maiores que as polêmicas aqui abordadas. Há uma gama enorme de trabalhos acadêmicos sobre o tema, e aqui se pretendeu somente analisar a recente posição do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, em especial sobre o IPI.

Se esse trabalho trouxe algo de novo, foi a centralidade dada ao efeito recuperação e a demonstração de que a sua má compreensão tem gerado confusão na jurisprudência e até mesmo na mais qualificada doutrina.

Claro que ao tocar nesse assunto, e considerá-lo como central no artigo, arrisca-se de, criticando, não apresentar soluções adequadas, tornando o trabalho pretensioso e as críticas arrogantes e inúteis.

Mas mesmo reconhecendo o risco, tentou-se restabelecer o que se considera fundamental para solucionar a questão da técnica de não cumulatividade *imposto sobre imposto*: é necessário reler o efeito recuperação e seus limites – se é possível pensar em limites a esse efeito.

A questão já era complicada, mas o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal conseguiu não só amesquinhar o *Princípio da Não Cumulatividade* no IPI, como jogar mais confusão sobre a questão. A desoneração dos insumos e das matérias primas ganhou tratamento totalmente diverso, mesmo compondo uma mesma técnica de não cumulatividade, e sendo frutos da interpretação de um idêntico texto constitucional.

Embora não se tenha priorizado a distinção entre isenção, alíquota zero e não tributação – se é que elas sejam relevantes –, essa questão longe de ter sido resolvida nos acórdãos aqui mencionados, foi tratada sem nenhum compromisso de definitivamente encerrar a polêmica.

Além disso, embora o texto constitucional tenha redações diferentes para o IPI e para o ICMS, deu-se aos dois a mesma aplicabilidade do *Princípio da Não Cumulatividade*, sem sequer esclarecer ao jurisdicionado se essa distinção era ou não relevante, se a distinção feita no passado foi ou não correta.

Resumindo, as reviravoltas jurisprudenciais deixaram mais dúvidas do que sanaram conflitos.

O que se sabe é que da combinação de duas situações – desoneração dos insumos e das matérias primas e desoneração do produto final –, que inicialmente podem não acarretar cumulatividade, se gera um efeito cascata se aplicadas em operações intermediárias, aumentando o recolhimento ao fisco e distorcendo toda a cadeia produtiva, em prejuízo da neutralidade e da seletividade.

No caso da desoneração dos insumos e das matérias primas, não haverá verdadeiramente desoneração, só postergação no recolhimento do imposto, sem qualquer efeito desonerativo para o consumidor final. No máximo, pode haver uma sensação de que se está sendo beneficiado.

E no caso da desoneração nas operações intermediárias poderá haver verdadeiro aumento no montante recolhido se não forem estipuladas regras de compensação.

A questão poderia ser mais facilmente resolvida se fosse dada a devida atenção ao efeito recuperação. Bastaria aplicá-lo a favor e contra o fisco, em cada etapa da cadeia produtiva, que seria garantido em todas as operações a não cumulatividade, a seletividade, a neutralidade e a verdadeira desoneração pretendida, qual seja, a do consumidor final.

Nesse caso, aquele que adquirisse insumo e matéria prima isenta nada teria a creditar. Mas aquele que adquirisse insumo e matéria prima tributada e vendesse o produto isento, poderia compensar, ou ressarcir-se, dos créditos obtidos. Dessa forma, ao compor seus preços, os contribuintes de direito levariam em conta os créditos e os débitos a serem compensados, repassando-os ao consumidor final, contribuinte de fato, de forma que a alíquota final seria a determinante e explicitadora do real montante arrecadado pelo fisco sobre aquele produto final.

ANEXO I

R. Extra.	Data Julg.	Trâns em Julg.	Resultado	Maioria (c/ o resultado)	Minoritários (divergência)
212.484/RS	05/03/1998	10/12/1998	Direito de crédito presumido na entrada de insumo isento.	Nelson Jobim, Mauricio Corrêa, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallopi, Sydney Sanches, Nêni da Silveira.	Ilmar Galvão
350.446/PR; 353.668/PR; 357.277/RS	18/12/2002; 18/12/2002; 18/12/2002	26/10/2010; 16/06/2010 15/10/2010;	Direito de crédito presumido na entrada de insumo sujeito à alíquota zero. Equiparação do fenômeno da alíquota zero ao fenômeno da isenção.	Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Moreira Alves, Marco Aurélio.	Ilmar Galvão
370.682/SC; 353.657/SC	25/06/2007; 25/06/2007	16/02/2011; 27/10/2010	Inexistência do direito ao crédito presumido no caso dos insumos sujeitos à alíquota zero e não tributados. Distinção para efeito de <u>creditação</u> entre insumos isentos e insumos sujeitos a alíquota zero. Modulação de efeitos não admitida.	Ilmar Galvão, Gilmar Mendes, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ellen Gracie. Carlos Brito no RE 353.657/SC substituindo Ilmar Galvão.	Cezar Peluso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ricardo Levandowski e Celso de Mello.
562.980/SC; 460.785/RS	06/05/2009; 06/05/2009	Em Declaração; 03/05/2012	A ficção jurídica prevista no artigo 11 da Lei nº 9.779/99 não alcança situação reveladora de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI que a antecedeu.	Marco Aurélio, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Carlos Brito e Gilmar Mendes. Eros Grau (provimento parcial).	Ricardo Levandowski e Cesar Peluso
566.819/RS	29/09/2010	Embargos de Declaração opostos.	O instituto da isenção não gera por si só direito a crédito. <u>Insumo isento</u> não gera direito ao <u>creditação</u> .	Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Celso de Mello,	Cezar Peluso
590.809/RS	13/11/2008	Reconhecimento da Repercussão Geral	Repercussão geral envolvendo controvérsia acerca da possibilidade de rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão. Jurisprudência que permitia o <u>creditação</u> presumido em decorrência de entradas de insumos isentos ou sujeitos à alíquota zero.		

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. 1988.

BRASIL. *Lei n. 5.172. Código Tributário Nacional*. Brasília. 1966.

BRASIL. *Lei Complementar n. 85. Lei Kandir*. Brasília. 1996.

BRASIL. *Reforma Constitucional n. 18*. Brasília. 1965.

BRASIL. *Recurso Extraordinário 475.551/PR*. STF. Brasília. 2009.

BRASIL. *Recurso Extraordinário 562.980/SC*. STF. Brasília. 2009.

BRASIL. *Recurso Extraordinário 566.819/RS*. STF. Brasília. 2011.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 23. Passos Porto*. Brasília. 1983.

BRASIL. *Lei n. 3.520*. Brasília. 1958.

BRASIL. *Lei n. 4502*. Brasília. 1964.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2004.

DERZI, Misabel Abreu Machado Derzi (Atualizadora) in: BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro. Forense. 2010.

DERZI, Misabel Abreu Machado Derzi. *Modificações da Jurisprudência Tributária*. São Paulo. Ed. Noeses. 2009.

GODOI, Marciano Seabra de. *Não-cumulatividade*. In: Hugo de Brito Machado. (Org.). *Não-Cumulatividade Tributária*. São Paulo e Fortaleza: Dialética - ICET, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Vol. I. São Paulo: Atlas. 2003.

MOREIRA, André Mendes. *A não-cumulatividade dos tributos*. São Paulo. Ed. Noeses. 2010.

RAUSER, Heinrich. *Steuerlehre*. Winklers Verlag, 1983.

TIPKE, Klaus. *Steuerrecht*. 9a ed. Köln: Otto Schmidt KG. 1983.

NOTAS DE FIM

1 Doutorando em Direito Público pela PUC Minas. Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Professor de Direito na UNIVALE/ Governador Valadares.

2 Não será abordada aqui a não cumulatividade da contribuição PIS/Co-fins e dos impostos de competência residual pois foge do escopo do que se pretende discutir neste paper.

3 Atenção para a afirmação de Derzi (2010, Limitações Constitucionais... p. 731): Não se suponha que a plurifasia seja um pressuposto necessário e inafastável da cumulatividade a ser combatida. Tanto a plurifasia como a monofasia (na verdade, falsa monofasia) podem levar à cumulação, ou seja, se considerarmos cada fase de comercialização isoladamente, as aquisições relativas a investimentos, bens do ativo permanente ou bens de uso e consumo podem desencadear cumulação, com efeitos negativos, tanto em relação aos preços, como ao consumo. Pode parecer que esteja em sentido contrário ao que foi aqui defendido, mas, o que a autora defende é que a suposta cumulatividade na monofasia é uma percepção ilusória de inexistência de outras fases anteriores ou seguintes.

4 As tabelas que serão apresentadas são comumente vistas em livros de Direito Tributário. As que aqui foram colocadas, para ilustrar o argumento desenvolvido, se basearam (não foram copiadas), principalmente, nas produzidas por Derzi in: Limitações Constitucionais..., 2010, p. 747 e segs. Estas, por sua vez, foram baseadas nos exemplos dados por Tipke, in: Steuerrecht. 9. Köln: Otto Schmidt KG. 1983. P. 445.

5 Ao leitor, vale mencionar que nesse acórdão, o ministro Marco Aurélio dá início a uma reviravolta jurisprudencial. No caso do IPI a jurisprudência não fazia diferença entre entradas isentas e entradas tributadas pela alíquota zero (Ver RREE 350.446/PR; 353.668/PR; e 357.277/RS). Porém, no julgamento dos RREE 370.682-9/SC e 353.657/SC, analisando a questão do crédito presumido gerado no IPI pela alíquota zero, a corte constitucional fez diferença entre alíquota zero e isenção, dando ao IPI o efeito recuperação quando o produto fosse sujeito a alíquota zero, limitando esse efeito nos casos de isenção. Aqui, volta-se a equipar insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributado aos insumos sujeitos à isenção, porém, não para limitar o efeito recuperação, mas para permiti-lo. Apenas, adianta-se ao leitor, a questão que será tratada a frente. Apresenta-se anexa uma lista cronológica e didática do posicionamento do STF sobre o tema.

6 Claro que a ideia de que o consumidor final é que suporta o tributo sobre o consumo é uma ideia que leva em conta a repercussão jurídica nos preços e não econômica, pois, como se sabe, as curvas de oferta e demanda, e a elasticidade do produto é que economicamente determinará quem, empresário ou consumidor, arcará com o custo tributário.

7 O que em certa medida foi feito pela Lei Complementar n. 87 de 1996.

8 Vale destacar ao leitor, que diante dos limites desse trabalho, não será analisado o voto do Ministro Eros Grau. Mas vale a pena lê-lo para acompanhar a extensão da polêmica supra mencionada referente a desoneração pela isenção e pela alíquota zero. Entende-se aqui, para os objetivos que foram propostos, que essa discussão não é significativa, o que não significa dizer que se pode desprezá-la.

REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA DOENÇA PREEXISTENTE NO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA

MICHAEL CÉSAR SILVA

RESUMO: O presente estudo visa a analisar as consequências jurídicas relacionadas com a ocorrência da doença preexistente no contrato de seguro de vida, a partir da interpretação do referido contrato, realizada sob o enfoque do princípio da boa-fé objetiva, da transparência e do direito à informação, delineados no ordenamento jurídico brasileiro, através do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil (2002). O princípio da boa-fé objetiva, elemento essencial do contrato de seguro, passa a relativizar a autonomia privada nas relações jurídicas contratuais, para permitir aos contratantes exercer sua liberdade contratual de forma equilibrada e cooperativa, em consonância com os princípios fundamentais presentes no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos. Seguro de vida. Boa-fé objetiva. Princípios. Informação.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito do Consumidor e Direito Civil

I. INTRODUÇÃO

Com o crescente desenvolvimento econômico, ligado intimamente ao incremento da técnica e industrialização no século XX, o contrato de seguro ampliou sua área de atuação progressivamente, abrangendo outras modalidades de seguros. Desse modo, para prevenir o homem das situações de risco inerentes às atividades desempenhadas, deu-se a transferência do risco para o segurador, com a finalidade de resguardar o desenvolvimento das atividades econômicas e isentar o segurado dos prejuízos inerentes ao risco.

O presente estudo propõe proceder a uma releitura do contrato de seguro de vida, à luz do princípio da boa-fé objetiva, no intuito de contribuir, diante da questão relacionada à presença da doença preexistente no referido contrato, para que os contratantes possam exercer sua liberdade contratual de forma equilibrada e cooperativa, em consonância com os preceitos fundamentais erigidos no Estado Democrático de Direito.

A pesquisa pautar-se-á na análise do problema, que envolve a estipulação do conteúdo do contrato de seguro de vida pelas partes, e sua correlação com a doença preexistente, em face dos parâmetros delineados pela boa-fé objetiva, no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor. Destaca-se que o princípio da boa-fé objetiva, por ser elemento essencial e imprescindível ao contrato de seguro (artigo 765 CC), possui indubitável relevo na interpretação do modelo jurídico, desde a fase pré-contratual (tratativas), durante sua execução, e mesmo na fase pós-contratual (*post pactum finitum*).

Nesta esteira, o princípio da transparência e o dever de informação atribuído, aos contratantes (segurado e segurador) no

momento de formação do contrato de seguro de vida, bem como durante toda a execução do contrato, em consonância com os preceitos norteadores da boa-fé objetiva, apresentam-se como fundamentais, no intuito de garantir contratações que assegurem a justiça contratual através da consagração da igualdade material entre as partes.

II. DESENVOLVIMENTO

1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ-OBJETIVA

1.1 Lineamentos no ordenamento jurídico pátrio

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se, na contemporaneidade, como um dos mais importantes princípios do Direito Privado, notadamente, no Direito Contratual, sendo, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, através de sua positivação no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e no Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02).

Este 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.

A boa-fé objetiva foi inserida, inicialmente, no Direito Brasileiro, através da previsão legal do artigo 131, I, do Código Comercial de 1850, onde já se previa expressamente a boa-fé,

de cunho contratual no tocante ao aspecto interpretativo. Todavia, a mesma relegou-se a letra morta da lei, sem maiores repercussões. Na égide do Código Civil de 1916, não havia previsão legal expressa sobre o referido princípio, pois, o diploma legal, bem como todo o ordenamento jurídico brasileiro, encontrava-se norteado pela boa-fé subjetiva, que denotava uma acepção psicológica, estado de ignorância do agente.

O princípio em comento foi previsto de forma efetiva no ordenamento jurídico brasileiro, através de sua inserção no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, III (referencial interpretativo) e artigo 51, IV (cláusula geral). Posteriormente, o Código Civil de 2002, através dos artigos 113 (referencial interpretativo), 187 (vedação ao abuso de direito) e 422 (cláusula geral), trouxe a lume novo regramento do modelo jurídico no Direito Brasileiro.

Insta destacar que a boa-fé objetiva é, em verdade, um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, consagrado no art. 3º, I, da Constituição da República, que se irradia através do Direito Obrigacional para todo o Direito Privado (TEPEDINO, 2003-2004).

O princípio da boa-fé objetiva representa um "modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico" (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411), que se fundamenta na necessidade das partes atuarem reciprocamente com cooperação, lealdade, honestidade e confiança, no intuito de concretizar a diretriz da eticidade, preconizada no Código Civil de 2002.

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, 2006, p.40).

O referido princípio ensejou a modificação da concepção tradicional de contrato como relação jurídica estática, que passa a ser visto como *relação jurídica complexa e dinâmica* (COUTO E SILVA, 1976, p.10-11), formado por um feixe de obrigações múltiplas e recíprocas, delineadas pela inserção dos deveres anexos, nas relações jurídicas obrigacionais.

Nesse sentido, 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.²

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.³

Portanto, a boa-fé objetiva visa ao adimplemento contratual

e à limitação do exercício dos direitos subjetivos, notadamente, o 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.

O princípio da boa-fé objetiva impõe-se, assim, como 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), donde se verifica sua importância nas relações jurídicas, evidenciando sua inegável força normativa no ordenamento jurídico contemporâneo.

1.2 O delineamento das funções do princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva possui caráter tridimensional (MARTINS-COSTA, 2002, p.640; TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p.222; NORONHA, 1994, p.151), que se exterioriza através de três funções elencadas no Código Civil de 2002. Destas, a mais importante é a *integrativa*, pois a boa-fé integra qualquer relação obrigacional, e, por conseguinte, contratual.

Destarte, as funções visam a 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.

A função interpretativa (artigo 113 do Código Civil) preconiza a forma como o intérprete irá nortear-se para buscar o sentido adequado (correto) de examinar o conteúdo contratual pautado na observância da boa-fé objetiva nas relações jurídicas contratuais.

O referido princípio apresenta-se como cânone interpretativo, como referencial hermenêutico a nortear a interpretação dos negócios jurídicos, pautado na diretriz da eticidade. Trata-se de uma norma cogente, a qual não pode ser afastada pela vontade das partes, pois é dever jurídico imposto aos contratantes, que deverão comporta-se, obrigatoriamente, nos negócios jurídicos conforme os ditames da boa-fé objetiva.

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 com unidade política.

O intérprete buscará analisar 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 (artigo 187 do Código Civil) 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.

Assim sendo, a boa-fé objetiva "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). Nesse sentido, a função de controle implica a limitação de direitos subjetivos dos contratantes (MARTINS-COSTA, 2000, p.382-409), os 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, 2006, p.44), que visa a coibir o abuso de direito subjetivo, qualificado no ordenamento jurídico, como ato ilícito, conforme artigo 187 do Código Civil, de modo a garantir o adimplemento contratual, segundo os preceitos norteadores do princípio.

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 assim a legítima expectativa da outra parte.

A função integrativa da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil) é fonte criadora de novos deveres especiais de conduta a serem observados 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 que se irradiam os chamados deveres anexos de conduta, os quais afluem para todo o Direito Obrigacional, e, por conseguinte, para os demais ramos do Direito. Nesse contexto, o contrato passa a ser entendido como relação jurídica complexa e dinâmica, compreendido pela obrigação principal acrescida dos deveres anexos da boa-fé objetiva, que devem ser observados pelas partes, modificando-se, assim, o vínculo obrigacional estático outrora existente, restrito ao campo da prestação.

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*⁴, para que essa seja equilibrada, e permita não frustrar a confiança mútua e a legítima expectativa dos contratantes.

Portanto, o Direito Obrigacional, e em especial, o Contratual, irão nortear-se pela autonomia privada acrescida pelos deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, no intuito de garantir o efetivo adimplemento da relação jurídica.

1.3. Os deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva

A partir do princípio da boa-fé objetiva exsurgem os deveres anexos de conduta (laterais, instrumentais, colaterais), os quais se introjetam em toda relação jurídica obrigacional, no intuito de instrumentalizar o correto cumprimento da obrigação principal e a satisfação dos interesses envolvidos no contrato.

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; MARTINS-COSTA, 2002, p.634; LÔBO, 2005, p.76).

Os deveres anexos podem ser compreendidos como deveres positivos e negativos, os quais através da sua inserção na relação jurídica, por meio da boa-fé objetiva, relativizam a autonomia privada, ao estabelecer deveres de comportamento, os quais nortearão a conduta das partes, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (MELLO, 2001, p.316).⁵

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* (GARCIA, 2007, p.120; MARQUES, 2006, p.220; CORDEIRO, 2007, p.594-602; NALIN, 2006, p.226), pois a obrigação principal é cumprida, porém, tem-se o descumprimento dos deveres anexos (obrigação secundária).⁶

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 e dinâmica), 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 informar (ou informação), dentre outros, pois sua enumeração não pode ser considerada taxativa.⁷

1.3.1. O dever de informação

O dever de informação impõe aos contratantes, o dever principal 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, pois a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária. (ROSENVALD, 2005, p. 109).

O referido dever tem por finalidade ampliar o conhecimento da informação disponibilizada aos contratantes na avença (FABIAN, 2002, p.157), pois a vontade de contratar deve ser esclarecida, informada, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, para permitir contratações em consonância com preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva.

Destarte, o dever de informação "atuante na fase das tratativas, garante o exercício da liberdade contratual em condições aperfeiçoadas de autonomia, na medida em que o negócio será ou não concluído com base em uma melhor e mais completa apreensão da realidade." (NEGREIROS, 2006, p.112).

O dever de informação é extremamente valorado na sociedade contemporânea, em decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva, pois a informação acerca do conteúdo contratual é primordial e necessária aos contratantes, sendo assim entendido o dever de informação como obrigação secundária ao contrato e importante mecanismo de reequilíbrio contratual nas relações de consumo (MARQUES, 2006, p.772). Evidentemente, o dever de informação encontra-se diretamente relacionado ao *princípio da transparência*, pois, as informações prestadas devem possuir destaque e clareza em seu conteúdo, para que as partes possam ter conhecimento prévio e efetivo de todo conteúdo contratual.

No âmbito das relações de consumo, o direito à informação (artigo 6º, III, CDC), estabelece a obrigatoriedade da informação, dentre os Direitos Básicos do Consumidor, o qual constitui dever fundamental do fornecedor em prestar informações claras e adequadas (transparentes) ao consumidor, relacionadas aos produtos/serviços fornecidos (FABIAN, 2002, p.81-82). Nesse sentido, o direito à informação apresenta caráter dúplice, pois importa no dever de informar do fornecedor e no direito de ser informado do consumidor, pois a informação adequada sobre o conteúdo do contrato é essencial, no sentido de buscar o reequilíbrio da relação contratual.

Destaca-se, ainda, que parte da doutrina firmou o entendimento de que, no âmbito da proteção do consumidor, o *dever de informação* valoriza-se, de modo a ultrapassar a fronteira dos deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, passando a *integrar o próprio contrato*, sendo considerado elemento essencial, ou seja, elemento integrante da obrigação principal (ROSENVALD, 2005, p.110; FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.56-57; LÔBO, 2001).

1.4. O corolário da boa-fé objetiva: transparência

O princípio da transparência esculpido no 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 as partes 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; NALIN, 2006, p.146 e 150; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p.57), que em consonância com o dever de informação, possui o intuito de *qualificar a informação prestada*. Para outros, a transparência é 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.⁸

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. Deste modo, a transparência apresenta-se como imprescindível instrumento de tutela das relações jurídicas contratuais.

Entretanto, em inúmeros contratos de consumo, e notadamente, no contrato de seguro de vida, verificam-se cláusulas contratuais, que impedem a compreensão adequada do segurado em relação aos termos do contrato, *por não prestarem informações suficientes e adequadas*, ou mesmo *por não serem transparentes*, trazendo inúmeros prejuízos ao aderente.

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 suficientes, 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*.

Assim, a 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 relacionadas ao teor das cláusulas contratuais da avença.

2. CONTRATO DE SEGURO

A necessidade de segurança é intrínseca ao ser humano. Desde a antiguidade o homem busca formas de proteção para resguardar-se de acontecimentos fortuitos. Com o desenvolvimento econômico, surge a idéia de buscar proteção econômica, donde exsurge incipidamente a noção de seguro. (GUERREIRO, 2004, p.1-3; MARTINS, 2005, p.5-8; MATOS, MOLINA, 2006, p.24; SHIH, 2003, p.3-4).

O contrato de seguro é o negócio jurídico que, na contemporaneidade, teve ampliado sua área de atuação, devido ao grande desenvolvimento econômico e tecnológico, que se empreendeu no século XX, o que contribuiu para que inúmeros e novos tipos de seguros surgissem, para resguardar o patrimônio ou pessoa daquele interessado, em se proteger dos infortúnios (riscos) incidentes sobre diversos ramos da atividade econômica.

É o meio pelo qual a pessoa física ou jurídica protege-se contra os riscos, que porventura incidam sobre a vida ou o objeto de suas atividades. Desta forma, para preveni-lo de diversas situações de risco inerentes ao desenvolvimento de certas atividades perigosas, deu-se a transferência do risco para o segurador, visando a eliminá-lo dos meios de produção e condições de trabalho, de maneira a garantir o equilíbrio econômico nas atividades humanas, prevenindo, assim, o segurado dos prejuízos advindos do risco, contra os quais se garantiu através da contratação do seguro (BARROSO, 2006).

O contrato foi definido pelo artigo 757 do Código Civil, que explicita, em seu escopo, a diretriz norteadora do instituto, qual seja,

a que "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados." (NERY JÚNIOR, NERY, 2006, p.553).⁹

O contrato de seguro tem por finalidade, a transferência do risco existente na atividade econômica desenvolvida pelo segurado à sociedade especializada (seguradora), que se obriga, mediante certa contribuição em pecúnia avençada no contrato de seguro (prêmio), a garantir interesse legítimo segurável, relativo a bens ou pessoas contra riscos previstos no contrato.

Esse é classificado conforme a natureza do risco segurável, sendo subdividido em duas categorias previstas no Código Civil de 2002, a saber: a dos seguros de danos ou dos ramos elementares (artigo 778 a 788 CC) e a dos seguros de pessoa (artigo 789 a 802 CC).

No contrato de seguro, a observância ao princípio da boa-fé objetiva é fundamental, pois se caracteriza como *elemento essencial* (CAVALIERI FILHO, 2007, p.404), direcionador das relações jurídicas obrigacionais advindas do arcabouço jurídico desse contrato (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 22-23), no intuito de orientar a atuação das partes na relação securitária, conforme previsão legal do artigo 765 do Código Civil, em consonância com o sentido estabelecido nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil e artigos 4, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, os quais informam a base principiológica da boa-fé objetiva no Direito Privado.

É um padrão de conduta imposto aos contratantes, durante todo o vínculo contratual, no tocante ao objeto, circunstâncias e declarações relativas à conclusão e execução do contrato de seguro, evidentemente, não se olvidando da fase pré-contratual e pós-contratual.¹⁰

Esse é o sentido visado pelo artigo 765 do Código Civil, o qual consagrou, expressamente, o *princípio da boa-fé objetiva no contrato de seguro*, tendo assim sua observância, e, por conseguinte, de suas funções e deveres anexos, imposta aos contratantes, com a finalidade de garantir o adimplemento contratual e a percepção da justiça contratual.

Deste modo, a boa-fé objetiva possui no contrato de seguro, função ainda mais relevante, pois por imposição legal é expressa e substancialmente consagrada no referido contrato, tendo em sua aplicação papel indispensável na relação jurídica, no intuito de resguardar os contratantes, durante todo o vínculo contratual.¹¹

A inserção da boa-fé objetiva no *momento de celebração do contrato de seguro* é fundamental, no intuito de estabelecer direitos e obrigações relacionados ao contrato, tendo o dever de informar e a transparência, aplicação destacada no tocante a apresentação de todas informações, efetivamente necessárias, para conclusão do contrato.

Em relação à incidência da legislação consumerista ao contrato de seguro, a aplicação da boa-fé objetiva exige maior

habilidade do intérprete, vez que sua plenitude somente será alcançada se não houver infração de preceitos protetivos do Direito do Consumidor, os quais incidem diretamente sobre o contrato de seguro segundo previsão legal dos artigos 3º, §2º, 4, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor (SHIH, 2003, p.27).

Nos casos de ocorrência de sinistro, e pendente alguma divergência, a interpretação a ser realizada no contrato de seguro é sempre restritiva, e favorável ao segurado, por tratar-se de contrato de adesão, conforme os artigos 46, 47 e 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, segurado e segurador devem pautar-se numa conduta sincera e leal, a qual deve nortear o tráfico jurídico, conforme os usos e costumes sociais, ressaltando-se, ainda, as exigências de boa-fé e veracidade em relação ao contrato de seguro, principalmente, no que concerne às informações (declarações), circunstâncias e riscos, relacionados ao conteúdo do referido contrato, sob pena de ofensa ao referido princípio (KRIGER FILHO, 2000, p.85; TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2002, p.68-69).

3. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA

O contrato de seguro de vida apresenta-se como uma das espécies do seguro de pessoas, possuindo regramento legal previsto nos artigos 789 a 802 do Código Civil.

Trata-se de modalidade de contrato de seguro pela qual “o segurador se obriga, em contraprestação ao recebimento do prêmio, a pagar ao próprio segurado ou a terceiro determinada quantia sob a forma de capital ou de renda, quando da verificação do evento danoso.” (GUERREIRO, 2004, p.128).¹²

O contrato de seguro de vida foi consagrado através do Código de Defesa do Consumidor como uma relação jurídica de consumo, em face atividade securitária ser erigida no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma *prestação de serviço*, conforme previsão legal esculpida no artigo 3º, §2º do o Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, 2006, p.503). Portanto, o contrato encontra-se adstrito à legislação consumerista, e, principalmente, às diretrizes fixadas na Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 4º CDC), sendo os ditames legais da proteção do consumidor plenamente aplicáveis à atividade securitária.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.591-1/DF, consolidou e pacificou esse posicionamento, ao reafirmar que o contrato de seguro encontra-se sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, conforme previsão legal do artigo 3º, §2º do CDC, devendo, portanto, orientar-se segundo as diretrizes da legislação consumerista, fundada em normas de ordem pública e de interesse social (BRASIL, STF, 2006; CARVALHO, 2007, p. 191-355; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2007, p.26-27).

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor em consonância com o Código Civil de 2002, passou a regulamentar e nortear, as relações jurídicas securitárias, no intuito de tutelar o segurado, parte vulnerável, bem como servir de instrumento de equilíbrio das relações de consumo no âmbito contratual, de modo a modificar determinadas posturas impostas pelos seguradores em face aos segurados, via de regra, abusivas.

Nesse sentido, a legislação consumerista consagrou a proteção contratual ao segurado, através da previsão legal do artigo 46 CDC, o qual impõe, nos contratos, a observância dos princípios da boa-fé objetiva e da transparência em sua formação; do artigo 47 CDC, que se traduz na interpretação mais favorável ao consumidor; no controle exercido em face das cláusulas abusivas (artigo 6º, IV e 51 CDC) e contratos de adesão (artigo 54 CDC).

O seguro de vida tem por objetivo garantir os riscos atinentes à duração da vida humana, e para tanto deve ser precedido de declarações do segurado sobre determinadas circunstâncias (estado de saúde, idade, atividade profissional) sendo que nessa ótica, a análise do risco pela seguradora possui grande importância para mensuração do prêmio a ser pago (TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL, 2002, p. 168-169; SANTOS, 2006, p.85).

Desta forma, o risco, acontecimento possível, mas futuro e incerto, e a boa-fé objetiva são elementos primordiais no contrato de seguro de vida (ALVIM, 1999, p. 257). Isto porque, as informações sobre o segurado são obtidas através da proposta e do formulário denominado *declaração de saúde*, que deve ser preenchida e assinada pelo mesmo, os quais servirão de parâmetro para a mensuração do risco e cálculo do valor do prêmio.¹³

Deste modo, a observância precípua da boa-fé objetiva pelo segurado, notadamente, em relação ao dever de informar, é indispensável na conclusão do contrato de seguro de vida, sob pena de perda do seguro, conforme previsão legal do artigo 766 Código Civil.

Por este motivo, as seguradoras discutem a impossibilidade de pagamento das indenizações, quando as informações prestadas pelo segurado deixam de eleger toda a extensão do risco a que estarão no futuro, porventura, sujeitos.

Neste contexto destaca-se um dos maiores problemas que envolvem o contrato de seguro de vida, a chamada *doença preexistente*, pois fica ao alvedrio da seguradora, se julgar necessário, realizar exames médicos para verificar as condições de saúde em que se encontra o segurado no ato da contratação, e, por conseguinte, poder mensurar adequadamente o risco.

Portanto, o segurado deve fazer declarações verdadeiras e completas, de modo a não omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na mensuração do risco e, em consequência, na fixação da taxa do prêmio, sob pena de perder o direito ao valor do seguro e pagar o prêmio vencido.¹⁴ No contrato

de seguro de vida, a observância ao princípio da boa-fé objetiva entre os contratantes é essencial ao adimplemento contratual.

O segurado, ao contratar o seguro de vida, é obrigado a informar à seguradora sua condição de saúde, bem como a existência ou não de doenças preexistentes e demais circunstâncias, as quais, interferem na avaliação do risco e mensuração do prêmio.

Destarte, conforme previsão dos artigos 765 e 766 *caput* e parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002), se houver ofensa da boa-fé objetiva por parte do segurado, este estará sujeito às penalidades legais. Nesse sentido, o segurado poderá ter negado o atendimento ao sinistro, e, por conseguinte, poderá ainda perder o direito à indenização.¹⁵

Assim, a boa-fé objetiva incidente sobre os contratos de seguro, requer uma conduta sincera e leal do segurado no que concerne às declarações sobre os riscos incidentes sobre a pessoa do segurado, sob pena de sofrer severas sanções se proceder à quebra da boa-fé ou omitir, mesmo que involuntariamente, alguma informação.

Lado outro, por imposição da boa-fé objetiva (artigos 4º, III, 51, IV CDC, 422 e 765 CC) e preceitos erigidos no Código de Defesa do Consumidor ligados ao dever de informar e ao direito à informação do consumidor (artigo 4º, IV e 6º, III CDC) é dever da seguradora informar, previamente ao segurado, de forma clara, ostensiva, precisa e adequada, sobre todas suas condições, cláusulas limitativas, possíveis exclusões de responsabilidade e termos técnicos relacionados ao contrato de seguro firmado, sob pena de quebra da boa-fé objetiva, e de interpretação favorável ao segurado, ao teor do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor (KRIGER FILHO, 2000, p.99-100; MARQUES, 2006, p.228-229).

É fundamental a observância do princípio da boa-fé objetiva pelos contratantes, na concessão de informações mútuas acerca do conteúdo contratual, pois o referido princípio permeia e orienta o contrato de seguro de vida. Logo, o dever de informar impõe as partes prestar informações corretas, adequadas e transparentes sobre todas as circunstâncias relacionadas ao contrato, tanto em sua formação quanto em sua execução, com vistas ao adimplemento, em atenção a boa-fé objetiva (NERY JÚNIOR, 2002, p.174).

É importante destacar que a previsão legal do artigo 766, parágrafo único, do Código Civil, tem-se como *extremamente vantajosa as seguradoras*, ao impor aos segurados posição de patente inferioridade, pelo que sua interpretação deve ser realizada em consonância com os ditames fundamentais elencados no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.

3.1. Contrato de seguro de vida: contrato tipicamente de adesão

O contrato de seguro de vida é um contrato tipicamente de adesão, devido ao fato do segurado contratá-lo, de acordo com cláusulas previamente definidas pelo segurador na apólice, regu-

lamentadas e aprovadas pela SUSEP, aceitando ou não, em bloco, as condições impostas na proposta formalizada.

Nos contratos de adesão, não há mais lugar para negociações e discussões acerca de cláusulas contratuais, pois a massificação dos contratos, imposta através de cláusulas adesivas e pré-determinadas em formulários impressos, modificou toda a realidade das contratações, permitindo aos conglomerados econômicos reduzir custos e otimizar o processo produtivo, para permitir contratações mais céleres (FIUZA, 2006, p.406; RIZZARDO, 1995, p.85).¹⁶

Nessa esteira, os consumidores aderem a contratos pré-redigidos, padronizados, sem que possam ter conhecimento prévio, claro e preciso do conteúdo contratual, pois não tem a oportunidade de ler e ponderar, com precaução, sobre as cláusulas que lhe são impostas.

Na maioria dos casos, o consumidor somente recebe o contrato após concluí-lo, e soma-se a isso a falta de conhecimento para entender os termos técnicos do contrato, acrescidos a conteúdos extensos, impressos em letras de tamanho reduzido, que visam a desestimular a leitura e análise do conteúdo contratual (MARQUES, 2006, p.160).

Ademais, há a imposição de várias cláusulas limitativas da contratação, as quais não são explícitas, e ao contrário, por vezes encontram-se inseridas sem qualquer destaque, o que impede a verificação das mesmas no instrumento contratual. Desse modo, a interpretação destas situações adquire grande importância na contemporaneidade, com a inserção nas relações de consumo, do princípio da boa-fé objetiva, e em decorrência deste, o princípio da transparência e o dever de informar sobre o conteúdo do contrato, bem como à observância a função social dos contratos e a justiça contratual.

É o sentido que direcionou os artigos 46 e 47 do CDC e o artigo 423 do CC, que preveem a interpretação dos contratos de forma mais favorável ao aderente/consumidor, no intuito de resguardá-lo, em caso de eventual arbitrariedade praticada pelo proponente.

O contrato de seguro apresenta-se como um dos exemplos mais comuns de contratos de adesão, em face do dinamismo da atividade securitária, da massificação dos contratos e da necessidade de rapidez, na conclusão das relações contratuais securitárias.

Todavia, inúmeras críticas são delineadas em relação à formação do contrato de seguro, principalmente, quanto à falta de liberdade contratual no tocante à estipulação do conteúdo do referido contrato, a qual impõe aos segurados condições por vezes, excessivamente, onerosas. Destaca-se que, geralmente, os segurados aderem aos contratos sem que possam ter informações necessárias e suficientes acerca do conteúdo contratual, de seus direitos e obrigações, conjugado ao fato do contrato trazer em seu bojo exacerbado tecnicismo, dificultando, assim, a compreensão dos termos do instrumento contratual.¹⁷

Essa é situação que permeia o contrato de seguro de vida,

onde há patente de desequilíbrio na relação contratual e, por conseguinte, posição de inferioridade do segurado em face do segurador, no tocante à estipulação do conteúdo do referido contrato.¹⁸

Assevera-se que o segurado, via de regra, é leigo, sendo que não possui conhecimentos a fim de compreender o conteúdo contratual (vulnerabilidade técnica, jurídica), possuindo pouco ou quase nenhum acesso a informações claras, precisas e transparentes sobre o contrato (vulnerabilidade informativa) e, ainda, avença com seguradoras que representam grandes conglomerados econômicos (vulnerabilidade econômica), o que lhe impõe posição de evidente inferioridade perante aos mesmos na contratação do seguro.

E tal situação é de ocorrência cotidiana nas contratações que envolvem o contrato de seguro, pois os segurados assinam as propostas de seguro, sem que possuam prévio e completo conhecimento das condições gerais do contrato, as quais somente lhe são apresentadas, a posteriori, no ato de entrega da apólice de seguro pelas seguradoras.

Clarividente que a obrigação do segurador é informar ao segurado sobre todo o conteúdo contratual, no ato da contratação, e, sobretudo, entregar-lhe o contrato, e sanar toda e qualquer dúvida, inclusive técnica, acerca das condições gerais do seguro a ser contratado.

Porém, não é o que ocorre na prática destas contratações, que impõem aos segurados condições precárias para firmarem os contratos, e, por conseguinte, demandando um maior controle estatal acerca da imposição de cláusulas abusivas e do próprio processo de formação dos contratos de seguro pelas seguradoras, a partir da interpretação do contrato de forma mais favorável aos segurados, conforme o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁹

E tal preceito justifica-se no fato de que o segurador é quem apresenta ao segurado formulários pré-impressos, com cláusulas previamente definidas, que transformam o contrato de seguro em verdadeiro contrato de adesão e, portanto, essas cláusulas devem sempre ser interpretadas, quando ambíguas ou de conteúdo duvidoso, contra quem as produziu (CARVALHO, 2007, p.4; BENJAMIN; MARQUES; BESSA, p.290-291).

O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, fundados na nova principiologia contratual, são instrumentos hábeis e fundamentais a tutelar, o contrato de seguro, enquanto relação de consumo. Por tratar-se de um contrato de adesão, deve ser interpretado de maneira mais favorável ao segurado, que se encontra em posição de inferioridade em relação ao segurador, no intuito de garantir o reequilíbrio contratual.

3.2. A doença preexistente nos contratos de seguro de vida

O conceito de doença preexistente é utilizado pelas segurado-

ras, visando a resguardar sua atividade econômica, por meio de exclusões de doenças em relação aos seguros firmados, seja de saúde ou mesmo de vida.

As cláusulas contratuais que impõe a exclusão de doenças preexistentes no contrato de seguro de vida, sem o prévio exame médico das condições de saúde do segurado, e prestação de informações adequadas sobre a exclusão do seguro, visam meramente a transferir o risco da atividade econômica ao segurado, e, por conseguinte, são tidas como cláusulas abusivas.

Como na maioria dos casos, no ato da contratação do seguro, não há a realização de *exame médico prévio*, entende-se que se impõem as seguradoras os ônus de suportar os riscos contratuais advindos de sua atividade econômica, pois poderia ter-se precavido e não o fez.

O segurado, ao realizar a contratação, tem seus interesses tutelados pela boa-fé objetiva, que preconiza que as expectativas razoáveis criadas pelo fornecedor, em razão do produto/serviço oferecido, passam a ter que ser fielmente seguidas, posto que se vinculam ao instrumento contratual. Nessa esteira, a jurisprudência posicionou-se no sentido de acolher a possibilidade de flexibilização da interpretação dessas informações, para admitir:

- a) as doenças de convívio, que não fossem causa do óbito do segurado;
- b) a doença preexistente desconhecida pelo segurado, cuja presunção de boa-fé decorreria a favor do segurado;
- c) o preceito de que a má-fé do segurado alegada teria de ser comprovada pela seguradora.

Processo Civil - Embargos Infringentes - Cobrança de Seguro de Vida - Doença Preexistente à Contratação do Seguro - Ausência de Comprovação da Má-Fé do Segurado - Indenização Securitária devida. A Seguradora que concretiza o seguro e recebe o prêmio, sem efetuar o questionamento prévio sobre o estado de saúde do contratante, deve responder pelo risco assumido, não podendo se esquivar da indenização, sob a alegação de doença preexistente, já que não provou a má-fé do segurado. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, 2008).²⁰

Na mesma linha de inteligência, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a seguradora que não exigiu a realização de exames médicos prévios à celebração do contrato de seguro de vida não pode se escusar do pagamento alegando omissões do segurado sobre doença preexistente, salvo a existência de comprovada má-fé por parte do segurado.

Direito civil. Recurso especial. Agravo no agravo de

instrumento. Seguro de vida. Legitimidade passiva. Súmulas 5 e 7/STJ. Responsabilidade exclusiva da seguradora. Ausência de prequestionamento. Doença preexistente. Não-demonstração de má-fé do segurado. Necessidade de prévio exame médico ou prova da efetiva má-fé do segurado. Súmula 83/STJ. Súmula 7/STJ. Dano moral. Dissídio não comprovado. Em sede de recurso especial, não se admite a interpretação de cláusulas contratuais nem o reexame de matéria de fato. É vedado o reexame do acervo-fático probatório em sede especial de recurso. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito de admissibilidade do recurso especial. Nos termos da jurisprudência dominante deste Tribunal, a doença preexistente pode ser oposta pela seguradora ao segurado apenas se houver prévio exame médico ou prova inequívoca da má-fé do segurado. Necessário que o recorrente promova o confronto analítico e demonstre a similitude fática entre as hipóteses comparadas para o conhecimento do recurso especial com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional. Agravo não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2007, grifo nosso).²¹

Portanto, a partir da concepção contemporânea do princípio da boa-fé objetiva, consolidou-se o entendimento de que caberia aos seguradores realizarem *prévio exame médico* no momento da assinatura do contrato de seguro de vida para resguardar-se de riscos advindos da atividade securitária, relacionados à doença preexistente.

Tal fato fundamenta-se se na acintosa publicidade, muitas vezes enganosa, a qual visa a induzir o segurado a erro, pela qual às seguradoras obtém elevados lucros, e, por conseguinte, devem conseqüentemente, suportar os riscos decorrentes da atividade empresarial desenvolvida, sob pena *de se imputar todos os ônus relativos ao contrato firmado, aos segurados*, os quais, na maioria das vezes, recebem pouca, ou quase nenhuma informação adequada para celebrarem o contrato de seguro de vida.

Assim, reitera-se o entendimento esposado acerca da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva, na prestação das informações necessárias à formação do contrato de seguro, principalmente, em relação às cláusulas limitativas, exclusões de responsabilidade e termos técnicos relacionados ao contrato de seguro de vida.²²

Logo, é imprescindível que o *dever de informação seja observado pelos contratantes* (segurado e segurador), visando ao

equilíbrio contratual, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, informação, transparência e demais preceitos do Código de Defesa do Consumidor.

[...] Na verdade o que constantemente vem se repetindo são impróprias exigências formuladas pelas Companhias Seguradoras no momento de pagamento da indenização. Exigência como a alegada na peça contestatória teria sentido, em princípio, na fase pré-contratual e não no momento de honrar o compromisso pactuado. Acontece porém, que os corretores na ânsia de recebimento de comissão e inclusive incentivados pelas próprias seguradoras, interessadas na elevação de suas respectivas carteiras, não cumprem com rigor a fase anterior à celebração da apólice. O que o direito não admite é que ocorrido o sinistro queiram fugir totalmente de suas obrigações financeiras alegando algumas motivações já preclusas ou sem qualquer instrumento probatório como no caso presente. [...] Como bem disse a julgadora de primeiro grau, o entendimento predominante em nossa jurisprudência é no sentido de inexistência de comprovação de doença pré-existente. É notório que incidente a presunção de boa-fé nos contatos de seguro, sendo que a pré-existência de doenças ditas mortais devem acontecer quando da celebração do seguro e não no momento do pagamento da indenização, principalmente quando o seguro sobrevive por largo tempo da celebração e em dias que o Código de 2002 acrescenta a predominância do princípio da boa-fé. (BRASIL, Superior Tribunal Justiça, 2006).

O que se verifica na prática, é que as seguradoras, aceitam firmar o contrato de seguro de vida, recebem as parcelas do prêmio, sem realizarem o devido e necessário exame médico sobre a saúde do segurado, como forma de se resguardarem seus interesses econômicos, para posteriormente, exonerarem-se da contraprestação prevista no contrato, e assim, configurar o enriquecimento sem causa das seguradoras em face aos segurados.²³

Evidentemente, tais problemas poderiam ser sanados, se as seguradoras tivessem, por precaução, a realização de *exame médico prévio*, sob as condições de saúde dos segurados antes da contratação, evitando-se, desta forma, os ônus contratuais decorrentes dos riscos da atividade securitária, extremamente lucrativa para as seguradoras.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (1990), e, posteriormente, do Código Civil (2002), as relações contratuais tomam novo impulso, com inserção da nova princiologia contratual no Direito Privado, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva, que passa a relativizar a autonomia privada dos contratantes, apresentando novos contornos à liberdade contratual, no tocante ao estabelecimento do conteúdo do contrato.

A reinterpretção dos contornos do Direito Contratual contemporâneo deve ser realizada a partir das circunstâncias apresentadas pelo caso concreto, com base na imprescindível abordagem principiológica presente no Direito Privado.

O mesmo deve ocorrer com o contrato de seguro de vida, que em face de sua relevância no Direito Securitário, ligada, diretamente, à utilidade econômica do referido contrato na sociedade, demanda uma releitura do modelo jurídico, para adequá-lo aos novos contornos do Direito Contratual na contemporaneidade.

Nas relações securitárias, a boa-fé objetiva apresenta-se como elemento essencial e direcionador da conduta das partes, notadamente, no momento de celebração do contrato, tendo o dever de informação, o princípio da transparência e o direito à informação, aplicação destacada no tocante à apresentação de todas as informações, efetivamente, necessárias para a conclusão do contrato, principalmente, pelo fato de tratar-se de um contrato de adesão.

Por tratar-se de uma relação de consumo, o contrato de seguro de vida, deve ser interpretado de maneira mais favorável ao segurado, o qual se encontra em posição de inferioridade, gerada por sua vulnerabilidade (informativa, econômica, técnica, jurídica), em relação ao segurador, no intuito garantir o reequilíbrio contratual das partes e consagrar a justiça contratual nas relações jurídicas securitárias. Assim, tanto o segurado quanto o segurador, devem, desde a fase das tratativas (fase pré-contratual), execução, e até após o adimplemento (fase pós-contratual) nortear sua conduta pela observância da boa-fé objetiva.

Em relação à questão da doença preexistente nos contratos de seguro de vida, imprescindível proceder-se a uma análise do momento de formação do contrato, a partir dos preceitos norteadores do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, principalmente, relacionados às informações apresentadas pelos contratantes, acerca do conteúdo contratual, as quais, por parte do segurado, influenciam a mensuração do risco e prêmio, e, por parte do segurador, importam no conhecimento das exclusões e restrições ao direito do segurado, no atendimento do sinistro.

Portanto, tem-se como essencial, o dever de informar do segurador, no que respeita a explicitação ao segurado, de toda informação necessária ao contrato de seguro, bem como seu fornecimento, em consonância com o princípio da transparência. Isso porque, não

basta apenas informar, mas, sobretudo, a informação deve ser qualificada, com a finalidade de possibilitar ao segurado a compreensão efetiva dos termos técnicos e das cláusulas limitativas.

Destaca-se, ainda, que as controvérsias envolvendo a doença preexistente, poderiam ser solucionadas, caso as seguradoras tivessem, por praxe a realização de *exame médico prévio*, sob as condições de saúde dos segurados, para ao firmarem o contrato, terem total conhecimento dos riscos e, conseqüentemente, a mensuração adequada do prêmio, ou mesmo, terem a possibilidade de negarem a contratação do seguro de vida.

É este o entendimento acolhido nos Tribunais, que entendem que a seguradora, que assim não procede assume o risco da atividade econômica desenvolvida, e nesse sentido, tem a obrigação legal de indenizar o segurado em caso de sinistro. Contudo, nos casos de ausência de boa-fé do segurado, a sanção prevista em lei deverá ser aplicada, pois o princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes a observância de preceitos éticos e sociais, na busca do bem comum, refutando assim comportamentos escusos, inclusive, vetados pela legislação pertinente ao contrato de seguro, que consagra a boa-fé como elemento essencial.

Deste modo, faz-se necessário que ambas as partes - em precípua observância ao princípio da boa-fé objetiva, notadamente, em atenção ao seu dever anexo de informar, bem como aos preceitos basilares norteadores da legislação consumerista (direito à informação, transparência, vulnerabilidade, dentre outros) - disponibilizem, mutuamente, todas as informações necessárias e suficientes à formação do referido contrato, e também, à sua execução, no intuito que este alcance o adimplemento contratual.

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.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ALVIM, Pedro. *O seguro e o novo Código Civil*. Organização e compilação Elizabeth Alvim Bonfioli. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Lucas Abreu. O Contrato de seguro e o direito das relações de consumo. *Intelligentia Juridica*, Recife, ano IV, n°64, outubro de 2006. Disponível em: <http://www.intelligentiajuridica.com.br/v3/artigo_visualizar.php?id=1042>. Acesso em: 05. jun. 2011.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento nº 818443/RJ (2006/0211788-8)*. Contrato de seguro de vida. Negativa de pagamento. Doença preexistente. Não-demonstração de má-

- fé do segurado. Necessidade de prévio exame médico. Agravante: Banco do Estado de São Paulo S/A – BANESPA. Agravado: Vilma Martins Correa. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 01 mar. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2924595&sReg=200602117888&sData=20070319&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso: 05 jun. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento nº 637.921/RJ (2004/0153583-0)*. Contrato de seguro de vida. Negativa de pagamento. Doença preexistente. Boa-fé. Agravante: Citibank Corretora de Seguros S/A. Agravado: Yberê de Freitas Ximenes. 4ª Turma. Relator: Min. Monteiro de Barros, Brasília, 07 fev. 2006. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2230846&sReg=200401535830&sData=20060403&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso: 05 jun. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2591-1/DF*. Rel. Min. Carlos Velloso. 07 de Junho de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>>. Acesso em 05 jun. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento nº 1256256/PE (2009/0235970-1)*. Contrato de seguro de vida. Indenização securitária. Doença preexistente. Necessidade de prévio exame médico. Agravante: Caixa Seguradora S/A. Agravado: Cláudio Augusto Vasconcelos e outros. 4ª Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha, Brasília, 22 fev. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14071938&sReg=200902359701&sData=20110222&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso: 05 jun. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1074546/RJ (2008/0156091-2)*. Seguro habitacional. Doença preexistente. Prévio exame médico. 3ª Turma. Relator: Min. Massami Uyeda, Brasília, 04 dez. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6429758&sReg=200801560912&sData=20091204&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso: 05 jun. 2011.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- CECCONELLO, Fernanda Ferrarini G. C. Seguro de vida: morte por doença preexistente. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.2, n.9, p.15-17, jan./fev.2001.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- DELGADO, José Augusto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. XI, t.I, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão: de acordo com o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3.ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- GUERREIRO, Marcelo da Fonseca. *Seguros privados: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- 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.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Contrato de seguro no direito brasileiro*. Niterói: Labor Juris, 2000.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao artigo 765 do Código Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha et al. (Coords.). *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>>. Acesso em: 16 nov. 2007
- MARENSI, Voltaire Giavarina. *O seguro no direito brasileiro*. 8.ed., São Paulo: IOB Thomson, 2007.
- 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, João Marcos Brito. *O contrato de seguro: comentado conforme as disposições do Código Civil, Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica 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.
- MATOS, Robson Pedron; MOLINA, Fabiana Ricardo. *O contrato de seguro e o Código de Defesa do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- 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.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Embargos Infringentes n° 1.0395.03.004716-5/003 em Apelação Cível n° 1.0395.03.004716-5/001*. Ação de cobrança de seguro de vida. Doença preexistente. Não comprovada a má-fé do segurado. Embargante: Rosa Maura de Souza Oliveira. Apelado: Caixa Seguradora S/A. 13ª Câmara Cível. Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 06 mar. 2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=395&ano=3&txt_processo=4716&complemento=3&sequencial=0&palavrasConsulta=doen%e7a%2520preexistente&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 05 jun. 2011.
- 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*. 2.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Contrato de Seguro de Vida em Grupo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3, n.10, p.165-210, abr./jun., 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 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.
- 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.
- RIZZARDO, Arnaldo. Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Seguro-Saúde e Previdência Privada. *Ajuris*, v.22, n.64, p.78-102, jul/1995.
- 1 ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito Contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.81-111.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação civil n° 2004.021286-0*. Contrato de Seguro de vida. Negativa de pagamento. Doença Preexistente. Apelante: AGF Brasil Seguros S/A. Apelada: Sônia Rosa Andrade. 2ª Câmara de Direito Cível. Relator: Des. Jorge Henrique Schaefer Martins. Florianópolis, 02 mar. 2006. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/PesquisaAvancada.do>>. Acesso em: 04 abr. 2008.
- SANTOS, Ricardo Bechara dos. Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SCHIER, Flora Margarida Clock. A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar. Curitiba: Juruá, 2006.
- SHIH, Frank Larrúbia. Temas relevantes de direito securitário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- 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. Normas Constitucionais e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004, p.170-171. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2011.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. 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.216-231.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato de seguro e a regulação do sinistro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.5, n.30, p. 5-23, jul./ago. 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.
- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro: novo código civil brasileiro*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, 2002.

NOTAS DE FIM

¹ Doutorando e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado. E-mail: michael@adv.oabmg.org.br

2 Nesse sentido ver: TARTUCE (2007, p.220-221); HIRONAKA (2003, p.113).

3 Nesse sentido ver: ROSENVALD (2007, p.89).

4 Nesse sentido ver: NEGREIROS (2006, p.150); MARQUES (2006, p.220).

5 Nesse sentido ver: BIERWAGEN (2003, p.56); HIRONAKA (2003, p.113); MARQUES (2006, p.218).

6 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).

7 Nesse sentido ver: CORDEIRO (2007, p.586-631); MARTINS-COSTA (2000, p.437-454); FARIAS; ROSENVALD (2006, p.49-52); NORONHA (2007, p.77-87).

8 Nesse sentido ver: FABIAN (2002, p.68-70); MARQUES (2006, p.715); RIBEIRO (2003, p.136-137 e 146); TOMASETTI JUNIOR (1992, p.53); TARTUCE (2007, p.141-148).

9 Acerca da definição jurídica do contrato de seguro ver: ALVIM (2007, p.5-7); GUERREIRO (2004, p.7); MARENSI (2007, p.82); MARTINS (2005, p.5); MATOS; MOLINA (2006, p.31-33); SHIH (2003, p.42-43).

10 Nesse sentido ver: DELGADO (2004, p.83-84); MARTINS (2005, p.3); SANTOS (2006, p.82); CAVALIERI FILHO (2007, p.416); NERY JÚNIOR (2002, p.185); GUERREIRO (2004, p.24-25).

11 Nesse sentido ver: KRIGER FILHO (2000, p.83-84).

12 Nesse sentido ver: ALVIM (2007, p. 149-152); MARTINS (2005, p. 132-133).

13 Nesse sentido ver: MARTINS (2005, p. 41).

14 Nesse sentido ver: TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL (2002, p.30-31).

15 Nesse sentido ver: LÔBO (2004, p.506).

16 Nesse sentido ver: MARQUES (2006, p.71); FIUZA; ROBERTO (2002, p.68); TARTUCE (2007, p.306).

17 Pedro Alvim preleciona que “o fato de ser o contrato redigido pelo segurador, aliado à sua natureza técnica pouco acessível ao segurado, deixou este praticamente à mercê daquele para impor um caráter quase unilateral ao negócio. A igualdade jurídica dissimula uma desigualdade de fato.” (ALVIM, 1999, p.133).

18 Nesse sentido ver: RIZZARDO (1995, p. 87 e 100-101).

19 Nesse sentido ver: CECCONELLO (2001, p.17).

20 EMENTA: Ação de cobrança. Seguro de vida. Negativa de pagamento. Elementos probatórios que quebram a existência de relação entre a doença preexistente e a causa mortis. Omissão do segurado sobre estado de saúde. Não realização de exames médicos prévios. Seguradora assume os riscos do negócio pela negligência. Não comprovada a relação entre a doença preexistente e àquela causadora da morte do segurado, considera-se hígido o contrato, mantendo-se o dever de indenizar da seguradora. (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, 2006).

21 Nesse mesmo sentido: Processual civil e civil. Embargos de declaração. Agravo de Instrumento. Fungibilidade recursal. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Livre convencimento do julgador. Indenização securitária. Má-fé não comprovada. Recusa indevida. [...] 3. É indevida a recusa de cobertura de indenização securitária ante a alegação de doença preexistente, se a seguradora não submeteu a segurada a prévio exame de saúde e não comprovou a sua má-fé. 4. Agravo regimental desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011).

22 Processo Civil, Civil, Consumidor e SFH. Recurso Especial. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Seguro habitacional. Contratação frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. Desnecessidade. Cláusula de exclusão de cobertura por doença preexistente. Prévio exame médico. Necessidade. É inadmissível o recurso especial deficientemente fundamentado. Incidência da Súmula 284/STF. [...] Nos contratos de seguro, o dever de boa-fé e transparência torna insuficiente a inserção de uma cláusula geral de exclusão de cobertura; deve-se dar ao contratante ciência discriminada dos eventos efetivamente não abrangidos por aquele contrato. O fato do seguro ser compulsório não ilide a obrigatoriedade de uma negociação transparente, corolário da boa-fé objetiva inerente a qualquer relação contratual, em especial aquelas que caracterizam uma relação de consumo. No seguro habitacional, é crucial que a seguradora, desejando fazer valer cláusula de exclusão de cobertura por doença preexistente, dê amplo conhecimento ao segurado, via exame médico prévio, sobre eventuais moléstias que o acometam no ato de conclusão do negócio e que, por tal motivo, ficariam excluídas do objeto do contrato. Essa informação é imprescindível para que o segurado saiba, de antemão, o alcance exato do seguro contratado, inclusive para que, no extremo, possa desistir do próprio financiamento, acaso descubra estar acometido de doença que, não abrangida pelo seguro, possa a qualquer momento impedi-lo de dar continuidade ao pagamento do mútuo, aumentando sobremaneira os riscos do negócio. Assim, não se coaduna com o espírito da norma a exclusão desse benefício nos casos de doença preexistente, porém não diagnosticada ao tempo da contratação. Em tais hipóteses, ausente a má-fé do mutuário-segurado, a indenização securitária deve ser paga. Recurso especial não conhecido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009).

23 Para Fernanda Ferrarini G. C. Cecconello "O problema reside no seguinte fato: ao finalizar um contrato de vida deveria ser exigido do segurado, vários exames médicos para detectar a álea respectiva e quantificar o prêmio, eliminando a questão de ser ou não doença preexistente à contratação, bem como se o segurado teve ou não má-fé, omitindo a doença. Diante dos diagnósticos médicos não restariam dúvidas. Desde o início seria evidente a álea, sendo certo o cálculo atuarial do prêmio, pois já incluiria o risco assumido." (CECCONELLO, 2001, p. 16).

CONTRATO: UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO

Marco Flávio de Sá¹

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo traçar um panorama acerca do conceito atual de contrato, partindo de uma análise histórica de tal instituto. Por meio da consideração das principais alterações ocorridas no conceito de contrato e seus respectivos momentos históricos, objetiva-se a compreensão das atuais características que o permeiam e da importância de tal instrumento jurídico para a manutenção da hodierna ordem social.

PALAVRAS-CHAVES: Contrato; conceito; evolução; função; social.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Civil

1. INTRODUÇÃO

A concepção de contrato remonta ao mais primitivo das sociedades. Com efeito, é praticamente impossível pensar o homem como ser social, sem que, de assalto, sobrevenha a idéia de um necessário e prévio ajuste de condutas, passível de viabilizar o estabelecimento de inter-relações entre os indivíduos que compõem a espécie humana.

Se a idéia de mútua cooperação pode ser creditada a outras espécies como fruto de um instinto comum de sobrevivência, para o homem, ser dotado de razão, ela não é cabível, dado que sua racionalidade possibilitou-lhe a compreensão do conceito de benefício.

As sociedades humanas sempre estiveram estruturadas em torno da idéia basilar de benefício. O homem passou do estágio da mera coexistência para a convivência por entender que seu semelhante, dotado das mesmas necessidades, e justamente por isso, dos mesmos objetivos, poderia se traduzir na solução para alcançar benefícios de maior relevância.

Da noção de benefício chegou-se à ideia de bem, que seria a materialização daquele, e da ideia de bem à concepção de patrimônio, como o conjunto ou acúmulo de bens da vida adquiridos, inicialmente, pelo somatório de esforços individuais em prol do bem comum. As sociedades em estágios primitivos de desenvolvimento sempre foram e ainda são essencialmente comunitárias.

Todavia, a despeito de sua racionalidade, o homem também é instinto. E se a razão o empurra para a mútua cooperação, o instinto pende sempre ao individualismo, a mais leve ameaça de privação de qualquer dos bens da vida.

Nesse contexto embrionário de um pacto social, a ideia de contrato como fruto do ajuste de vontades em prol da regulação de uma conduta futura, com o escopo de evitar o conflito e garantir a profusão dos bens da vida, soa como a alternativa natural.

Contudo, a tendência do homem para o individualismo ocasionou a mudança de foco do olhar lançado originalmente so-

bre os contratos, que abandonou a concepção de acordo natural para o bem comum, em prol da ideia de "comum-acordo" para a garantia do bem-estar individual.

O contrato é concebido como o resultado do consentimento negociado livremente entre duas partes iguais que fazem promessas recíprocas de comportamentos futuros. Este modelo está tão incorporado na cultura jurídica que é considerado "clássico", assumido acriticamente e até considerado o contrato como uma "coisa" existente fora das regras que o permitem.²

A ideia do contrato como fruto da sobreposição de vontades autônomas, destinadas ao estabelecimento de um senso comum – ou consenso – muito embora apenas tenha sido estruturada em bases científicas na Idade Média³, amoldou-se de tal forma às vicissitudes da convivência social que, mesmo hodiernamente, é extremamente difícil estabelecer uma concepção de contrato que nela não se funde.

E é justamente esse o desafio que ora se apresenta àqueles que se ocupam de pensar o Direito: conceber uma nova idéia de contrato, centrada não exclusivamente no vínculo obrigacional que o teria ocasionado, mas também e principalmente, voltada para o bem comum que de todo e qualquer ajuste de condutas possa advir.

Seria, portanto, a primazia da função social do contrato, ou em outras palavras, a tentativa de retomada da essência do contrato, voltada para a obtenção do bem comum, por meio da consagração da contemporânea concepção de função solidária do contrato⁴.

(...) o princípio da função social também encontra o seu fundamento constitucional no princípio da

*solidariedade, de acordo com o qual se exige dos contratantes e dos terceiros que colaborem entre si e respeitem as situações jurídicas anteriormente constituídas, (...).*⁵

Não se confunda, porém, a primazia da função social do contrato com um precedente para a intervenção desmedida do Estado nos contratos. O Intervencionismo puro mostrou-se ineficaz aos anseios de uma sociedade globalizada e está praticamente abolido no mundo atual.

Sem dúvida, atualmente o Estado interfere no processo econômico, e por óbvio, nos contratos. Mas sua intervenção dá-se – ou ao menos deveria – tão-somente no intuito de coibir abusos, mediante o estabelecimento de regras que propiciem o desenvolvimento econômico e social, sem afetar de maneira injustificada, a liberdade de iniciativa entre os particulares.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A evolução do conceito de contrato

O conceito de contrato, assim como a própria sociedade, sofreu inúmeras modificações através dos tempos. Por tal motivo, a consideração deste instituto, via de regra, passa pela análise de suas diversas nuances, nos diferentes períodos da evolução humana.

Contudo, a consideração eminentemente histórica dos contratos, não responderia a questões atuais, que exigem dos estudiosos abordagem específica, destinada à compreensão das diversas concepções contemporâneas de contrato.

O estudo dos contratos a partir desses dois critérios é proposto por Lorenzetti, ao estabelecer uma crítica ao modo pelo qual usualmente costumam ser abordados pela doutrina, que não leva em consideração as constantes mutações e os diferentes contextos em que o contrato é aplicado.

*[...] A teoria contratual está estreitamente vinculada às idéias acerca de como a sociedade e o mercado devem ser organizados, e nesse sentido se pode falar de concepção do contrato. Nosso propósito é mostrar que estamos ante um conceito normativo mutável segundo os costumes e que denota vários pressupostos de fato diferentes. Desta perspectiva, estudaremos as concepções do contrato em diferentes períodos históricos (perspectiva diacrônica), e as distintas concepções atuais (perspectiva sincrônica).*⁶

Seguindo a forma de consideração dos contratos proposta por Lorenzetti, cumpre de início abordá-los sob seu aspecto his-

tórico. Para tanto, o ponto de partida é necessariamente o Direito Romano.

César Flúza colaciona interessante observação sobre a origem da expressão contrato, termo que no Direito Romano arcaico, equivalia ao ato pelo qual o credor submetia o devedor a seu poder, em virtude do inadimplemento de uma obrigação. Seria o ato de contrair (*contrahere*), no sentido de restringir, apertar.⁷

O contrato no Direito Romano compreendia duas formas básicas, ambas provenientes de um mesmo gênero denominado *conventio*, que por sua vez, subdividia-se em *contractus* e *pactum*.⁸

Os pactos, no sentido românico da expressão, indicavam qualquer ajuste desprovido de sanção.⁹ Já por contrato, eram entendidas as convenções que não podiam existir sem uma exteriorização de forma, comportando três categorias: *litteris*, *re* e *verbis*.¹⁰

Os contratos *litteris* exigiam, para sua validade, a inscrição num livro de contabilidade doméstica do credor, denominado *codex accepti et expensi*. Os contratos *re* (ou *datio rei*) caracterizavam-se pela necessidade de observância da tradição da coisa, como pressuposto de sua validade, ao passo que por *verbis*, eram entendidos aqueles cuja formação válida estava ligada ao ritual de proferir determinadas palavras que os identificassem e servissem de pressuposto para a instauração da obrigação correspondente.¹¹

A obrigação em tais tipos de contratação surgia sempre em decorrência da observância da formalidade. Era, pois, o elemento vinculativo entre direitos e deveres surgidos a partir de uma contratação. Lacruz Berdejo destaca que, durante algum tempo, ditas formas de contrato atenderam a sociedade romana, mais precisamente, enquanto foram reduzidas as operações jurídicas em suas cidades.¹²

Nesse período, a maioria das cidades romanas ainda não havia ultrapassado o status de pequena aglomeração populacional, sendo com um apenas a prática de atividades econômicas ligadas à agricultura, exercidas por grupos essencialmente familiares.¹³

Porém, a partir do desenvolvimento de Roma e sua consequente transformação em uma grande cidade, com a prática intensa de atividades comerciais, verificou-se a necessidade de criação de novas formas de contrato, capazes de responder à demanda social que então se apresentava.

Mas para a grande cidade comercial que Roma chega a ser com o tempo, o antigo sistema se revela insuficiente, e para responder as novas necessidades se introduzem contratos que já não precisam de nenhuma formalidade. Não se trata, agora, de formas contratuais hábeis para qualquer conteúdo, mas sim de conteúdos contratuais aos

*quais, em vista de sua utilidade social, é concedida – somente a eles – força vinculante: a compra e venda, o arrendamento de coisas e serviços, o mandato e a sociedade.*¹⁴

Porém, não tardou a que a demanda social exigisse novo avanço no sistema contratual romano, o que ocorre mediante a ampliação do conceito inicialmente utilizado para a criação dos contratos vinculativos, a todos as relações dotadas de caráter obrigacional recíproco.

Tal resultado foi alcançado mediante a atribuição de valor jurídico a qualquer intercâmbio de prestações, desde o momento em que uma das partes executasse a obrigação que lhe incumbiria no contrato, nascendo desse ato - o cumprimento prévio da obrigação acordada - o direito de exigir ao pretor que lhe conferisse "ação" para obter a contraprestação correspondente.¹⁵

Esse entendimento deu ensejo ao surgimento dos contratos inominados, todos sinalagmáticos, pertencentes às categorias *do ut des; facio ut facias; do ut facias; facio ut des*¹⁶, sobre os quais assevera Lorenzetti:

*Nesses últimos casos deve notar-se que mais que ao "acordo" se aludia à relação que era causa do vínculo obrigatório; por ele se distinguia entre a causa e o consenso ou convenção. Para que nascesse a obrigação contratual era necessária uma razão, uma dada causa: se entregou uma coisa, se cumpriu uma prestação e, então, deveria ser cumprida a contraprestação. Essa relação foi se desdobrando ao longo do tempo até simplificar-se, na Idade Média, na regra "somente o consenso obriga", ainda que não exista causa.*¹⁷

Estabelecidos os princípios da Autonomia da Vontade e do Consensualismo na Idade Média, o contrato estava consolidado como o instituto clássico destinado à regulação dos diversos negócios jurídicos existentes, independentemente da sua natureza ou classificação. O período da Idade Média, contudo, não foi profícuo no que concerne a outros significativos avanços na concepção de contrato, além do estabelecimento dos princípios acima referidos.

A mudança de maior relevância após o estabelecimento da Autonomia da Vontade e do Consensualismo, viria a ocorrer na Idade Moderna, com o aparecimento do Liberalismo Econômico, que instaurou uma nova concepção de contrato.

O contexto econômico-social em que se difundiram os ideais liberais carecia de um instrumento jurídico capaz de conferir se-

gurança às relações de caráter privado, então em franca ebulição. O contrato, que passara tantos anos no ostracismo jurídico em decorrência da implantação do Feudalismo como sistema econômico característico da Idade Média, ressurgiu revigorado pela retomada dos ideais clássicos ou romanos, cuja difusão deu-se a partir do movimento das universidades.¹⁸

Princípios como o do *pacta sunt servanda*, foram transformados em verdadeiros dogmas em nome da capacitação operacional de um mercado aberto à livre concorrência e alheio a qualquer forma de intervenção estatal.

Com o estado alijado da regulamentação isolada do processo econômico-produtivo instaurou-se uma nova ordem mundial. A máxima do ideal liberal "laissez-faire, laissez-passar"¹⁹, passou a traduzir o preceito mais caro de tal ideologia, qual seja, o estabelecimento da livre concorrência entre os diversos mercados, internos e externos.

Durante o Liberalismo retomou-se o apego à forma como elemento caracterizador da validade do contrato. A interpretação das disposições contratuais dava-se em regra de maneira literal. A verificação do consenso, alheia à consideração da condição sócio-econômico-cultural daqueles de quem teriam partido as respectivas declarações de vontade, levou à concepção de contrato "como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social".²⁰

Obviamente que a generalização na consideração da figura dos contratantes acentuou as diferenças sociais já existentes em uma sociedade nitidamente estratificada, gerando imensa inquietação social.

O jugo dos economicamente mais fortes sobre a massa empobrecida e ansiosa por uma participação mais efetiva na distribuição de riquezas fez com que surgissem os conflitos entre capital e trabalho, cuja intensificação e o agravamento terminaram por gerar a necessidade da retomada de um modelo intervencionista.

Embora a intervenção do Estado na economia tenha se dado em diferentes níveis nos diversos países, gerando a divisão característica do século XX entre países participantes dos blocos Capitalista e Socialista, finda após o término da Guerra Fria, é certo que, em todos eles, foi marcada pela retomada por parte do Estado das rédeas condutoras da regulamentação do processo econômico-produtivo.

*A concepção "liberal" do contrato sofreu duros embates no século XX, devido ao modelo Keynesiano²¹ da economia, que levou à planificação estatal e às regulamentações do contrato, embasadas na ordem pública. Ele afetou os princípios básicos existentes no período anteriormente descrito.*²²

Os principais reflexos dessa alteração sobre os princípios contratuais são: a relativização do princípio da Autonomia da Vontade, que passa a sofrer limitação por parte das leis e dos costumes (normas cogentes); a limitação do Consensualismo, ante a imposição normativa de uma série de condutas aos particulares; a relativização do princípio da Força Obrigatória, mediante a aceitação da revisão contratual pelo Judiciário; e a diminuição da informalidade sobre os contratos, primando-se pela elaboração das formas contratuais, a fim de conferir maior segurança ao estabelecimento do negócio jurídico.²³

No final do século XX, a ideologia sofre grande revés, em parte creditado ao fracasso econômico dos países do Bloco Socialista, onde era mais arraigada, em parte devido à estagnação econômica gerada pela excessiva intervenção do Estado sobre o processo econômico. A consequência foi a retomada, parcial, dos ideais liberais, principalmente no que respeita à liberdade e à iniciativa privada, ocasionando um processo de desregulamentação da excessiva interferência estatal na economia.²⁴

Novamente ícones como a liberdade ampla; respeito à autonomia privada; restrição da atividade dos juízes na revisão e modificação do contrato; limitação das indenizações e o descrédito a institutos como a lesão e o abuso de direito, dentre outros, voltam à tona.²⁵

O fenômeno da globalização, a seu turno, contribuiu também, substancialmente, para a sedimentação do panorama característico do neoliberalismo no cenário econômico mundial, intensificando, de forma considerável, seus efeitos sobre o contrato.

*Esta tendência (globalização) representa uma nova "concepção" de contrato, no sentido de que trata de harmonizar concepções nacionais diferentes mediante um processo de abstração das regras e de conciliação das diferenças.*²⁶

Traço marcante do contrato globalizado é que em geral se opera estritamente no que concerne às praxes de negociação entre pessoas alienígenas, limitando seus efeitos a relações de natureza privada, com escopo nitidamente comercial (*lex mercatoria*).²⁷

Visa, pois, a uma espécie de regulação transnacional, obtida essencialmente a partir do costume, e acaba ocasionando a difusão de tipos novos de contrato, no âmbito dos sistemas jurídicos dos diversos países, sem que haja propriamente uma construção legislativa nacional a respeito. Por óbvio, não se presta a dispor sobre questões de ordem pública.²⁸

Todavia, a despeito da tendência de uniformização das praxes contratuais, derivada do fenômeno da globalização, é certo que cada país continua mantendo internamente princípios e conceitos

subjetivos os quais, por diferentes razões, de ordem econômica ou cultural, geram interpretações e concepções bastante peculiares acerca de cada tipo contratual.

Em um tom descontraído, poder-se-ia dizer que seria o "contrato com sotaque"! Tal assertiva remete-nos à perspectiva sincrônica do contrato que, por uma questão de manutenção de foco, abordaremos apenas em relação a alguns dos países latino-americanos, integrantes do Mercado Comum do Sul: Brasil; Argentina; Paraguai e Uruguai.

*O processo de globalização da noção de contrato não elimina as particularidades nacionais, nem os bloqueios culturais regionais. Neste aspecto, é possível indagar acerca da existência de uma "concepção" do contrato própria do subsistema jurídico latino-americano.*²⁹

Mesmo constituindo os países da América Latina sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, há diversas diferenças no que tange às respectivas concepções de contrato, ocasionando interpretações não uniformes, acerca do referido instituto.

Apenas a título de exemplificação, posto não ser o estabelecimento de tais diferenças o objetivo deste artigo, tem-se como relevante a consideração da formação do contrato, segundo a concepção de cada um desses países.

Quando se trata da formação de contratos entre presentes, existe pleno consenso entre os entendimentos defendidos em cada um dos países acima referidos. Porém, basta considerar a formação do contrato entre ausentes para que as diferenças de concepção acerca da teoria geral dos contratos sejam verificadas.

Assim, enquanto Brasil, Argentina e Paraguai, admitem que o contrato por telefone equipara-se a modalidade de contratação havida entre presentes, no Uruguai, tal forma de proposição é tida como proposta a ausente.³⁰

Da mesma forma, enquanto o Uruguai adota a teoria da Informação³⁴ para efeito de apuração do momento de formação do contrato, Brasil, Argentina e Paraguai concebem como a mais correta a teoria da Expedição³².

Por fim, cumpre ressaltar o elenco de características comuns da concepção latino-americana de contrato, elaborado por Lorenzetti, entre as quais merecem destaque: a crescente integração entre contrato e Constituição, com destaque para a proteção aos direitos fundamentais; a utilização de cláusulas gerais como forma de manutenção da legalidade das praxes contratuais e a ampliação dos mecanismos contratuais, para atender aos setores excluídos do mercado, por razões econômicas e culturais.³³

2.2. O conceito contemporâneo de contrato – a proposta de uma visão multifacetada da teoria geral dos contratos

São inúmeros os conceitos de contrato disponíveis atualmente nas doutrinas pátria e alienígena. Contudo, não raro, continuam presos à concepção clássica do ajuste de vontades válidas e autônomas, formativas do consenso, que por sua vez, é fonte imediata de direitos e obrigações, recíprocos ou não.

Contudo, após as profundas alterações pelas quais passou a sociedade no decorrer do século XX, tal conceito de contrato, com berço longínquo na Idade Média, passou a enfrentar sérias dificuldades, por não mais abrigar, a contento, as novas e complexas variantes das relações obrigacionais contemporâneas.

O surgimento de novas técnicas de contratação; a intensificação do processo legislativo sobre matéria contratual; a proteção às partes consideradas hipossuficientes; o emprego de novas tecnologias a serviço dos contratos; o surgimento dos contratos de massa e das condições gerais de contratação foram fatores os quais, aliados ao fenômeno da globalização, provocaram uma profunda modificação na concepção tradicional de contrato.

Chegou-se a alardear o fenômeno conhecido como a crise ou “morte do contrato” – assim entendido aquele modelo próprio da teoria clássica – em prol de uma teoria sociológica,³⁴ tamanha a perplexidade gerada pela contraposição dos princípios e regras clássicas de contratação aos novos paradigmas negociais apresentados por uma sociedade em constante desenvolvimento e mutação.

Porém, ultrapassada a fase da perplexidade inicial, viu-se que não se estava propriamente diante de uma crise do contrato, mas sim, “do modelo de consentimento baseado na negociação e do modelo de troca”.³⁵

Atualmente as relações que requerem a regulação contratual são muitas e distintas. Não há mais espaço para uma única teoria geral dos contratos que reine absoluta, nem tampouco para condições gerais de contratação que não comportem abertura para exceções. Os contratos são celebrados em âmbitos diferentes, por classes diferentes de pessoas, sujeitas a diferentes tratamentos legislativos, conforme variem suas características e a posição que ocupem na relação contratual.

Assim, mesmo que se trate de uma pessoa jurídica, dotada de expressivo patrimônio e de significativa influência no mercado, pode ser considerada parte hipossuficiente caso, em uma relação de consumo, venha sofrer qualquer arbitrariedade, imposta por um fornecedor ou prestador de serviços, que lhe tenham entregado mercadoria ou prestado serviços considerados defeituosos.

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.

*Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*³⁶

Logo, não se trata mais de simplesmente abrigar eventuais exceções fáticas ao manto uníssono da teoria geral dos contratos, como quem amolda o pé maior a uma bota apertada, mas sim, de conceber diferentes concepções de contrato, para cada uma das substanciais variantes que hoje compõem a sua dogmática.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão e como prenúncio de novos tempos, oportuna a colação do conceito de contrato apresentado por César Flúza, elaborado em parceria com os alunos do 4º período do curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, no segundo semestre letivo do ano de 2005, que prima por conceber o contrato como um ajuste regulador de interesses particulares dos contratantes, que, todavia, transcende o âmbito de tais interesses para se revelar como um instrumento destinado à manutenção da própria ordem social, possuindo, em razão disso, repercussão não apenas pessoal, mas também sócio-econômica.

*Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e sócio-econômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.*³⁷

Seria, pois, adequado considerar que assim como os princípios da Autonomia da Vontade e do Consensualismo, no passado, foram divisores de águas na consolidação da noção de contrato, atualmente a tendência aponta para a primazia da Função Social como princípio norteador da concepção desse instituto, que constitui pedra fundamental para a manutenção da ordem social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Yussef Said Cahali (Org.). Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 8ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARNEIRO, José Julian. *Et. al. Caracterización de los contratos en los países del MERCOSUR*. In: *Contratos: homenaje a Marco Aurelio Risolía*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. 324p.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1998. 869 p.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. Rev. atua. e amp. elo Horizonte: Del Rey, 2006. 1083p.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 523 p.

LACRUZ, José Luis Berdejo. *Et. al. Elementos de derecho civil II: derecho de obligaciones: parte general. Teoría general del contrato*. V. 1, 3ª ed. Madrid: Dykinson, 2003. 578p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte general*. 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2004, 803p.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 544 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 227 p

_____. *Instituições de direito civil: contratos*. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 604p.

_____. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. In: *Revista Forense*. V. XCII. Rio de Janeiro: Dezembro, 1942.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito Empresarial; advogado; professor no Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 "El contrato es concebido como el resultado del consentimiento negociado libremente entre dos partes iguales que se hacen promesas recíprocas de comportamientos futuros. Este modelo está tan incorporado en la cultura jurídica que se lo considera "clásico", se lo asume acríticamente, y hasta se considera al contrato como una "cosa" existente fuera de las reglas que lo permiten". In: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte general*. 1. ed. Santa Fé: Bubinzal - Culzoni Editores, 2004, p. 9. (Tradução nossa)

3 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. V. 3 Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 17-18.

4 O princípio da solidariedade não constitui propriamente uma ideia nova ou própria do atual regime civil. Já em 1942, Caio Mário da Silva Pereira atestava a penetração dos ideais solidaristas na legislação pátria, como fruto de um amadurecimento das normas civis, na égide do Código Civil de 1916. "Entretanto, discretamente, a autonomia da vontade, do Código Civil, começou a sofrer um abalo com a 'lei do inquilinato', de 1921, que afetou o princípio da igualdade das partes, sem que se tivesse coragem, naquela época, de dizer que o que vale, e deve ser consagrado, é o princípio da igualdade das prestações. Foi nos últimos dez anos que tomou incremento a legislação mais avançada, dia a dia mais solidarista, menos contratualista, menos individualista, e por isso mesmo mais equitativa. Já existe hoje uma legislação intervencionista, já se pode afirmar a existência de um princípio da intervenção, que se vem consolidando pouco a pouco no nosso direito. A chamada 'lei de usura', a de 'luvas' a do 'reajustamento

econômico', a da 'economia popular' - nada mais são do que a intromissão do Estado nas obrigações contratuais, pela substituição da 'vontade legal' à de uma das partes, e, tantas vezes se repetiu este fenômeno, que já não encontra ambiente inteiramente adverso, embora não possa ser normalmente aceitável a idéia da intervenção. É que houve necessidade dela ...". PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. In: *Revista Forense*. V. XCII. Rio de Janeiro: Dezembro, 1942. p. 174.

5 MORAES, Maria Cecília Bodin de, a prefaciá NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

6 [...] La teoría contractual está estrechamente vinculada a las ideas acerca de cómo la sociedad y el mercado deben ser organizados, y en este sentido se puede hablar de concepciones del contrato. Nuestro propósito es mostrar que estamos ante un concepto normativo cambiante según las costumbres y que denota varios supuestos de hecho diferentes. Desde esta perspectiva, estudiaremos las concepciones del contrato en diferentes períodos históricos (perspectiva diacrónica), y las disímiles concepciones actuales (perspectiva sincrónica). In: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte general*. p. 20. (Tradução nossa).

7 FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. , Rev., atua. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 390.

8 Cf. FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 9. ed. , Rev., atua. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 390.

9 "No direito moderno, o termo *pacto* significa a cláusula aposta em certos contratos para lhes emprestar feitiço especial. Pacto não é mais, como no Direito Romano, a convenção desprovida de sanção." in: GOMES, Orlando. *Contratos*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

10 Cf. FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. P. 390. Lorenzetti, elenca, juntamente com tais categorias o dos contratos *sollo consensu*. Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte general*. p. 21-22. Todavia, inclinamo-nos mais para o posicionamento de Lacruz Berdejo que distingue tais categorias citando os contratos consensuais como um avanço jurídico, creditado a uma resposta legal às novas necessidades da sociedade romana, que atingira níveis mais elevados de desenvolvimento econômico. Cf. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Et. al. Elementos de derecho civil II: derecho de obligaciones: parte general. teoría general del contrato*. V. 1. 3 ed. Madrid: Dykinson, 2003. p. 326.

11 Cf. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Et. al. Elementos de derecho civil II: derecho de obligaciones: parte general. teoría general del contrato*. V. 1. 3 ed. Madrid: Dykinson, 2003. p. 326.

12 Cf. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Et. al. Elementos de derecho civil II: derecho de obligaciones: parte general. teoría general del contrato*. p. 326.

13 Cf. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Et. al. Elementos de derecho civil II: derecho de obligaciones: parte general. teoría general del contrato*. p. 326

- 14 "Pero para la gran ciudad comercial que Roma llega a ser con el tiempo, el antiguo sistema se revela insuficiente, y para responder a las nuevas necesidades se introducen unos contratos que ya no precisan de ninguna formalidad. No se trata, ahora, de formas contractuales hábiles para cualquier contenido, sino de unos contenidos contractuales a los que, en vista de su utilidad social, se les concede - sólo a ellos - fuerza vinculante: la compraventa, el arrendamiento de cosas y servicios, el mandato y la sociedad". In: LACRUZ BERDEJO, José Luis. Et. al. Elementos de derecho civil II: derecho de obligaciones: parte general. teoría general del contrato. p. 326
- 15 Cf. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Et. al. Elementos de derecho civil II: derecho de obligaciones: parte general. teoría general del contrato. p. 326.
- 16 Cf. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Et. al. Elementos de derecho civil II: derecho de obligaciones: parte general. teoría general del contrato. p. 326.
- 17 "En estos últimos casos debe notarse que más que al "acuerdo" se aludía a la relación que era causa del vínculo obligatorio; por ello se distinguió entre la causa y el consenso o convención. Para que naciera la obligación contractual era necesario una razón, una causa data: se entregó una cosa, se cumplió una prestación, y entonces debía cumplirse la contraprestación. Esta relación fue desdibujándose a lo largo del tiempo hasta simplificarse, en el medioevo, en la regla 'sólo el consenso obliga', aunque no exista causa". In: LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 22-23.
- 18 Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos contratos. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 38.
- 19 Deixe fazer, deixe passar. Tradução livre.
- 20 GOMES, Orlando. Contratos. p. 6.
- 21 "Teoria econômica criada por John Maynard Keynes, propugnando a necessidade de colaboração econômica e a intervenção estatal nas situações de subemprego, sem prejuízo da liberdade individual. Visava suprimir o desemprego, realizando o pleno emprego". DINIZ, Maria Helena Diniz. Dicionário jurídico. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 44.
- 22 "La concepción 'liberal' del contrato sufrió duros embates en el siglo XX, debido al modelo Keynesiano de la economía, que llevó a la planificación estatal y a las regulaciones del contrato basadas en el orden público. Ello afectó los principios básicos existentes en el período anteriormente descripto." LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 26. (Tradução nossa).
- 23 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 26.
- 24 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 27.
- 25 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 28.
- 26 "Esta tendencia representa una nueva "concepción" del contrato, en el sentido de que trata de armonizar concepciones nacionales diferentes mediante un proceso de abstracción de las reglas y de conciliación de las diferencias." LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 28-29.
- 27 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 29.
- 28 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 29.
- 29 "El proceso de globalización de la noción de contrato no elimina las particularidades nacionales, ni los bloques culturales regionales. En este aspecto, es posible indagar acerca de la existencia de una "concepción" del contrato propia del subsistema jurídico latinoamericano." In: LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 32-33.
- 30 Cf. CARNEIRO, José Julian. Et. al. Caracterización de los contratos en los países del MERCOSUR. In Contratos: homenaje a Marco Aurelio Risolía. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 67.
- 31 Por teoria da Informação entende-se aquela segundo a qual, o momento de formação do contrato celebrado mediante o envio de proposta a ausente é presumido como o da ciência pelo proponente, acerca da notícia da aceitação da proposta, encaminhada pelo oblato.
- 32 Por teoria da Expedição, entende-se aquela segundo a qual, o momento de formação do contrato celebrado mediante o envio de proposta a ausente, é presumido como o da expedição pelo oblato da notícia da aceitação da proposta. Cf. CARNEIRO, José Julian. Et. al. Caracterización de los contratos en los países del MERCOSUR. In Contratos: homenaje a Marco Aurelio Risolía. p. 67.
- 33 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 34.
- 34 Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. 1. ed. Santa Fé: Bubinzal - Culzoni Editores, 2004, p. 13
- 35 In: LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Parte general. p. 13.
- 36 Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: BRASIL. Código civil / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Wíndt e Livia Céspedes. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 281.
- 37 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. p. 388.

DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA EM PODER DO ESTADO: A VISÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Marcela de Fátima Menezes Máximo¹

Raquel Lima de Abreu Aoki²

William Ken Aoki³

Grupo de Estudos em Direito Internacional da Newton Paiva⁴

RESUMO: O direito à informação, permeado pela veridicidade, consagrado na jurisprudência internacional, como um direito fundamental, portanto humano, e constante em inúmeros instrumentos normativos internacionais que versam sobre Direitos Humanos, manifesta-se como um direito à informação pública, que alcança um importante papel numa Sociedade Democrática. O Direito valida o princípio da máxima transparência dos atos governamentais, e garante a publicidade da conduta estatal, relativo a um Estado que deve prezar pela idoneidade na administração pública. Tais informações, especialmente aquelas sobre violações de Direitos Humanos, são constantemente objeto de obscuridade dos atos estatais. Este trabalho visa demonstrar a necessidade e a obrigatoriedade do Estado em tornar sua conduta transparente, e permeada pela idoneidade, especialmente no que se refere à violações de Direitos Humanos, aliada à recente aprovação da Lei 12.527/2011 que regulamenta o acesso à informação.

PALAVRAS CHAVE: Acesso a Informação Pública; Estado; Jurisprudência; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Lei 12.527.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito internacional; Direito Constitucional; Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de construir um método de combate à manipulação da publicidade dos atos estatais nos Estados democráticos pauta a emergente reconstrução da consciência cidadã, juntamente com a necessidade de reaproximação da esfera pública e privada. Ao encontrar um caminho que interligará governante e governado efetivará a transparência pública e implicará na desconstrução do espaço sigiloso, criado pelo Estado, unicamente, com o propósito de manter suas ações na obscuridade.

A participação popular nos atos públicos carece ainda, de liberdade democrática, não prevendo portanto, a publicidade de informações falsas e inexatas, principal fonte do isolamento político, estrutura esta, que beneficia a decomposição do ideal governo democrático e incorruptível. Isso fomenta e faz crescer a sensação de impunidade e de discricionariedade corrupta dentro do Estado.

O direito de Acesso à Informação Pública, em poder do Estado, como espécie do direito de Liberdade de Expressão, e indispensável em uma sociedade democrática, tem alcançado a plenitude de sua efetivação nos Estados membros da Convenção Americana de Direitos Humanos. Deve-se proceder à análise da construção, garantia e efetivação do direito de Acesso à Informação que esteja em poder do Estado, sobre violação de Direitos

Humanos, através dos princípios estipulados pela Organização e da jurisprudência interamericana sobre o tema.

Definir o direito à informação sobre a violação maciça de Direitos Humanos, na sua amplitude envolve considerar suas vertentes internas e externas. O importante é diferenciar o direito à informação como um direito coletivo e individual à pluralidade de ideias e opiniões, do direito à informação pública como um direito tanto coletivo quanto individual, de ter acesso a documentos e informações de ordem pública e sob o poder do Estado, e delinear a edificação política e jurídica do direito de acesso à informação pública.

O direito à Informação, nesse escopo, tem como pressupostos básicos a garantia da liberdade de expressão dentro do Estado, justamente porque esse direito, não compreende apenas ter liberdade para difundir ideias, opiniões e notícias, mas abarca também, o direito de receber informações por todos os meios disponíveis, e que estes meios sejam democráticos e se preocupem com a verdade sem manipular a massa, principal destinatário e interessado das informações.

Os preceitos que devem pautar o controle estatal de informações que estejam em seu poder que versem sobre violações de direito humanos são identificados por aqueles que fundamentam a Democracia representativa, apresentada como referência pela Organização dos Estados Americanos, a ser adotada e desen-

volvida pelos seus Estados Membros. Ferreira Filho destaca dois princípios que atuam como pilares da Democracia: a igualdade e a liberdade (FERREIRA FILHO, 2003, p. 98 - 99).

Este conceito cresceu e atualmente vê-se associado às instituições públicas, como obrigação destas, de fornecer quaisquer informações solicitadas e, ante sua recusa, garantir aos solicitantes respostas satisfatoriamente fundamentadas.

Portanto, é elementar a importância que um julgado internacional pode atribuir a expressões já destituídas de valor e esquecidas no tempo. O Direito aludido, ressurgiu para dar mais visibilidade ao poder que o cidadão possui de requerer legalmente o acesso à documentos que estejam debaixo da guarda pública em sua jurisdição, e não só a informações documentais sobre violações de Direitos Humanos, mas também a toda aquela informação considerada essencial ao ordenado desenvolvimento da Democracia dentro de um Estado, que enseje a participação popular direta. A construção da Democracia é permeada pela idéia de que a efetivação dos Direitos Humanos e garantias fundamentais deve ser pautada em uma interpretação aberta de seus preceitos, em que cada cidadão tem legitimidade para se um protagonista em uma visão Pós-positivista do Direito, como preleciona Peter Haberle.

O Estado como ente que detém a posse das informações públicas e privadas, frequentemente utiliza-se de instrumentos ilegítimos, e mascarando informações que deveriam ser prestadas à sociedade, prejudicando o cumprimento dos princípios constitucionais, permanecendo o cidadão sem recursos de efetiva fiscalização.

Assim, o cidadão vê-se sem instrumentos hábeis para requerer o acesso à informação pública verídica e real, sem falseamento ou rebuscamento por parte daquele que controla a evasão das informações e manipula as idéias a partir daí.

Toda essa alteração busca seu equilíbrio, da análise que se apresenta a partir da jurisprudência internacional, que deu vista ao direito à informação no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos. A tentativa de trazer às autoridades públicas transparência em suas atividades cotidianas, pelo Direito, baseia-se no compromisso assumido pelos Estados de respeitar, promover e proteger os Direitos Humanos de seus cidadãos, como pressuposto da não regressão aos regimes autoritários e absolutistas de governo que assombram até os dias hodiernos, as lembranças daqueles que lutam pela consolidação da Democracia.

Criar instrumentos hábeis de acesso à informação pública, e permitir um acesso a elas de forma exata e real, torna-se objeto de análise deste trabalho que propõe maior transparência nos atos estatais, maior controle social e a criação de instrumentos que permitam aos cidadãos uma proximidade maior com os governantes a fim de inibir os atos irrealis, com verdades construídas

propositadamente. Atualmente, com o progresso da Sociedade Internacional em matéria de Direitos Humanos, é inadmissível que a conduta do segredo de informações que demonstrem violações em Direitos Humanos venha a compor a vida pública dos governantes brasileiros.

A publicação da Lei 12.527/2011, "Lei de acesso à informação", em grande medida foi impulsionada pela pressão exercida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da Sociedade Civil Brasileira na efetivação de medidas com o intuito de atacar medidas como o sigilo eterno de documentos públicos e informações em domínio do poder público. O Caso "Guerrilha do Araguaia"⁵, em que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, retrata claramente a dissintonia da postura de um Estado Democrático de Direito, configurado atualmente desde a Constituição de 1988, com a manutenção de informações públicas sob sigilo sobre fatos ocorridos no regime de exceção brasileiro do período da Ditadura.

2. DO ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

Com o final da Segunda Grande Guerra, em 1945, a Sociedade Internacional constatou os graves efeitos de um Direito Centrado em preceitos positivistas, preocupados com a forma, com o cientificismo, deixando de lado preceitos morais e éticos, os quais não fariam parte da Ciência do Direito. O Direito transformou-se em uma mera "forma", o qual qualquer conteúdo, mesmo que antiético ou imoral, foi aceito como normativo. As atrocidades cometidas pelos regimes autoritários e facistas nesse período fizeram com que o próprio Direito fosse repensado, gerando um novo movimento denominado Pós Positivismo, preocupado, doravante, em "humanizar" o Direito, permeando-o de preceitos valorativos, morais e éticos, inerentes à dignidade humana.

É nesse contexto que surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos como uma resposta da Sociedade Internacional à necessidade de repensar o paradigma do Direito dos Estados, tornando os preceitos Constitucionais presentes na maior parte dos Estados, de um mero desejo político de caráter programático, em uma norma efetiva, materializada. A partir desse momento, são criados vários instrumentos normativos internacionais e tribunais internacionais com o objetivo de efetivação dos Direitos Humanos, garantindo a eles a máxima efetividade e a interpretação "Pro Homine", mais favorável aos Direitos Humanos.

O Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, interpretada pelo Supremo Tribunal Federal como norma de estatura supralegal⁶, que tem em seu artigo 13, a consagração do direito à liberdade de expressão, do qual deriva o direito de acesso à informação pública.

O acesso à informação garantido pelo Estado materializa os

princípios da máxima transparência pública, e da publicidade, que devem pautar as atividades da administração pública. Esse direito se expressa num “dever ser com força normativa máxima”. (HESSE, 1991, p. 15). A publicidade e transparência pública “fundamentam a Democracia e estrutura um espaço público no qual se realiza o Estado de Direito”. (KISH, 2009, p. 274 - 275).

Para Sandra Kish (2009, p. 275) a transparência pública aduz com brilhantismo que

A transparência administrativa contrapõe-se à opacidade estatal, retirando do campo da invisibilidade a Administração Pública, expondo seus atos a qualquer tempo, à própria efetividade da moralidade e da eficácia. Tais normas - princípios devem pautar a Justiça de Transição de forma determinante, com força cogente.

É certo que o direito de acesso à informação, enquanto direito, seja um conceito recente. Muito se questiona sobre a demora em ter essa prerrogativa democrática reconhecida como um Direito, e ainda, um Direito Humano. Para Toby Mendel, em seu estudo comparado sobre o acesso à informação, muitas contribuições deram causa ao reconhecimento desse direito:

Uma série de mudanças paradigmáticas que abrangem o mundo inteiro, indubitavelmente, contribuiu para a aceitação crescente do direito a informação. Incluem-se aí as transições para a Democracia, apesar do grau variável de sucesso, ocorridas em diversas regiões do mundo desde 1990. Também não há dúvida de que se incluem aí imensos avanços na tecnologia da informação que mudaram por completo a relação das sociedades com a informação e o seu uso e que, em sentido amplo, aumentaram a importância do direito à informação para o povo. (MENDEL, 2009, p.13).

O fim do antagonismo existente até 1989 com a Guerra Fria, onde toda a discussão se pautava no conflito “Capitalismo x Socialismo”, permitiu que a complexidade das relações humanas e da Sociedade Internacional se manifestassem através do pluralismo político e ideológico, e da necessidade de efetivação dos Direitos Humanos. Nesse contexto teórico como Jurgen Habermas e Chaim Perelmam, ressaltam a importância do discurso, onde o acesso à informação pública em poder do Estado torna-se um importante mecanismo de fiscalização para efetivação dos Direitos Humanos.

A regra torna-se a “Governança”, tendo como um dos seus

principais elementos a efetivação do preceito de Soberania Popular, em que o cidadão toma conhecimento das condutas tomadas pelos seus representantes eleitos, como mecanismo de fiscalização e prestação de contas da gestão pública.

O acesso à informação pública em poder do Estado, não comporta mais a discricionariedade objetivada pelos governantes, e menos ainda as justificativas que tentam tornar o segredo público essencial à boa governabilidade estatal. Os argumentos a favor do acesso à informação que esteja sob o domínio público convencem boa parte dos teóricos que investem nos estudos, sobre as esferas públicas e privadas, por exemplo. Porém, como nada é absoluto na esfera jurídica, principalmente em se tratando do dever de proporcionalizar os Direitos Humanos em cada caso concreto, encontramos opiniões divergentes e que, com base em fundamentos sociais, políticos e econômicos, confrontam o direito de acesso à informação. Alguns desses argumentos são os altos custos para garantir este acesso, o comprometimento da segurança nacional com as divulgações, e a alegação de que a sociedade não estaria preparada para ter acesso às informações privativas do público, entre outros inúmeros obstáculos instaurados legalmente pelo próprio Estado, assunto que será tratado oportunamente.

A responsabilidade internacional do Estado nasce com assinatura e posterior ratificação do instrumento regulatório a que ele pretende aderir. Já é pacificado na doutrina assim exposta:

(...) caso um sujeito de Direito Internacional, pratique através de seus órgãos e/ou através de um outro Estado ou Organização Internacional, um fato ilícito ou ato ilícito, ou um fato ou ato lícito (geralmente baseado no direito interno), consciente do dano efetivamente causado, fato ou ato (lícito ou ilícito provocadores de danos), realizados contra um dever/obrigação estabelecido em qualquer dispositivo do Direito Internacional; e/ou contra uma Norma Jurídico-Internacional (como um todo); e/ou contra uma Obrigação Internacional (como dita a CDI), afetando com isso um Estado alienígena ou súdito deste, assim como uma Organização Internacional; estaria assim, evidenciada a sua incursão na responsabilidade internacional. (...) Claro que este ato ilícito (e às vezes até lícito), praticado pelo Estado (de um modo geral) ou por uma Organização Internacional, pode ser entendido como: (...) Atos ou fatos contrários a uma norma tida e aceita como de Direito Internacional e/ou atos ou fatos colidentes com uma obrigação e/ou um dever, assumido pelo Estado num comprometimento Internacional (Tratado, Convenção ou eventos equi-

valentes), que seja norma interna ou não (apenas ratificado) (PEREIRA, 2000, p. 21 - 22).

Através de conceitos traçados nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que serão tratadas em momento posterior, sua aplicação nos casos apreciados, bem como através de estudos que precederam despreziosamente a discussão entre público e privado, é possível identificar, sem a intenção de esgotar o tema proposto, o desenvolvimento dos pensamentos jurídicos que embasaram o surgimento da necessidade de se analisar um método complementar de garantir o acesso à informação nos Estados democráticos de direito.

No Brasil, por exemplo, previsto na própria Constituição Federal do Brasil de 1988, o acesso à informação é resguardado no país com algumas exceções. Vejamos:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

[...]

LXXII - conceder-se-á "habeas data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo"

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988, Art. 5 °).

Além do resguardo constitucional, o Brasil possui legislação infraconstitucional que regula o direito de acesso à informação. A Lei 8.159/91 é responsável por regulamentar as questões atinentes à documentação pública em poder do Estado. Regula arquivos públicos ou privados e os trata como "como instrumentos de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico ou, ainda, como elementos de prova e informação para a sociedade ou

para o próprio Poder Público" (SOARES, 2010, p. 11). A referida lei regula a gestão, a disponibilização e as restrições ao acesso à documentação sob o poder estatal, considerada em si, patrimônio público. Recentemente publicada a Lei 12.527/2011, em seu artigo 3 o acesso à informação e a publicidade tornaram-se regra, e o sigilo a exceção.

Não é incomum o direito de informação ser visto apenas como o direito de receber informações requisitadas pelos órgãos públicos. É uma forma de exercer o direito, mas existem outras hipóteses do exercício desse direito. A maioria das legislações internas, assim como a brasileira, se atém na obrigação dos órgãos públicos de prestar informações solicitadas por seus cidadãos e regula as publicações estatais, independente de requisição.

É por isso que o direito de acesso à informação hoje, possui inúmeras vertentes de proteção que abrange várias espécies de informação, não cabendo uma redução apenas às informações e documentos já comumente vistas em poder do Estado. Precisa haver recortes sobre todos os temas garantidos o acesso ao cidadão com um.

Várias são as dificuldades colocadas para que o Estado forneça informações, que ainda continuam de um modo geral, mantendo em segredo seus arquivos:

Primeiro porque é um problema de concepção: para que foram juntadas essas informações? Segundo, uma cultura de segredo. Nas últimas décadas, e cada vez mais, o Estado moderno é baseado na inteligência e no segredo. Aí se vê uma inércia para não revelar as coisas. E, terceiro, creio que os Estados, que têm as informações, não querem compartilhá-las por não saber se no futuro não irão precisar das fontes de outrora. São explicações, mas não são justificativas. Não são desculpas para nada. (MENDÉZ, 2007 p. 173).

Nesse diapasão, os interesses públicos devem prevalecer sempre que o Estado não conseguir justificar fundamentadamente a recusa em fornecer uma informação solicitada. Essa garantia de direito humano impede o Estado de se reservar em fornecer uma informação essencial ao bom desenvolvimento de uma sociedade democrática.

A despeito da conduta do Estado na deliberação do que vê permanecer ou não no campo do sigilo, Affonso Leme Machado (2006, p.65):

Não se elimina totalmente o sigilo na Administração Pública transparente. Este será uma exceção, um sigilo temporário, parcial e mínimo. Exemplifique-

-se com a preparação de decisões de segurança social ou institucional, onde a transparência poderá converter-se em demagogia, onde os que devam decidir se omitam, ou queiram disfarçar sua incapacidade, procurando transferir a responsabilidade da decisão à população, que, na emergência não tem ferramentas para bem decidir. Esse sigilo não pode significar uma perpétua ignorância, pois transposto o momento excepcional da abstinência da informação, essa deverá voltar, prestando-se contas de todos os atos, passados e presentes.

A Constituição Federal de um determinado Estado é instrumento hábil a regular as ações e omissões do Estado sobre o acesso à informação. Sobre a proteção constitucional dada a esse, direito Sandra Kishi (2009, p. 278) interpreta que:

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 redimensionou o conceito de cidadania para além daquela ultrapassada concepção, segundo a qual o cidadão era titular de direitos políticos. Ao conferir direitos fundamentais ao cidadão numa conformação imutável, a Constituição Federal invoca a participação social junto às ações dos poderes públicos.

Nesse passo, Ana Isabel Herrnán Ortiz (1998, p. 146 - 147), em um julgamento do Tribunal Constitucional Alemão sobre o tema, comemora o conceito trazido pelo julgado que admitiu:

(...) a existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa, ao ponderar que indivíduo tem o direito constitucional de determinar primordialmente por si mesmo a divulgação e a utilização de dados referentes à sua pessoa, sendo que as limitações a esse direito, à autodeterminação informativa somente são admissíveis tendo-se em vista o interesse geral superior e necessitam de um fundamento constitucional, que deve corresponder ao imperativo de clareza normativa inerente ao Estado de Direito. (Tradução nossa).

Em casos de sigilo absoluto, ainda assim, pessoas deverão ser determinadas para guardar tais documentos a fim de que, se futuramente esgotar a necessidade de sigilo, estes venham estar dotados de integridade física e moral.

Assim, o princípio constitucional da publicidade reclama a divulgação das informações indispensáveis ao exercício da Demo-

cracia plena. O fortalecimento da consciência política visa impedir que os antigos regimes autoritários retornem e destruam rapidamente o atual cenário de proteção dos Direitos Humanos, a custo de muitas vidas construído.

A Administração Pública move-se em atendimento aos preceitos constitucionalmente estabelecidos e, portanto, deve se ater à promoção, conservação e desenvolvimentos dos direitos nela dispostos. (OLIVEIRA, 2009, p. 296).

Assim, o exercício da função pública, enquanto mandatário do interesse do povo, e deve ser, indubitavelmente submetido ao princípio da publicidade dos atos estatais. É rechaçar qualquer intento de domínio material obscuro. É acima de tudo, exercer a atividade política sem segredos, e com a máxima transparência possível e permitida, sem prejudicar comprovadamente outros interesses, tendo ciência sempre, que interesse público deve preponderar sobre os demais interesses. Essa é a máxima da boa governança pública, da qual se depreende a efetivação da Democracia e seu pleno desenvolvimento na sociedade moderna.

3. DIREITO À INFORMAÇÃO PÚBLICA EM PODER DO ESTADO NA INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O direito de Acesso à Informação que esteja em poder do Estado tem como pressupostos básicos: a) a garantia da liberdade de expressão dentro do Estado; b) que este seja democrático; c) ou pelo menos que possua uma Democracia em desenvolvimento com esforços contínuos; ocorrências que podemos identificar nas Américas, apesar de caminhar a passos curtos.

O Estado deve cercar-se de transparência, pois se trata de instrumento indispensável à segurança política. Na Declaração sobre o Direito de Acesso à Informação, os países estabeleceram princípios que devem nortear essa proteção, a exemplo: O acesso à informação é a regra e o sigilo é a exceção. (Declaração de Atlanta, 2008, princípio 1 - 4). Ressalte-se que esse preceito também foi consagrado na Lei 12.527, como diretriz em seu artigo 3, inciso I.

Catarina Botero, Relatora Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre o desenvolvimento do acesso à informação em âmbito interamericano, observa que:

(...) o tema do acesso à informação ganhou um impulso notável na região, apesar de, historicamente, não ter recebido grande importância, particularmente nos Estados que estavam se recuperando das tragédias das ditaduras, os quais não só não permitiam o acesso à informação, como protegiam o segredo. Mas na Democracia, o cidadão é autônomo e não necessita de guias iluminados. A so-

cidade se auto-administra e, para isso, é preciso saber como são utilizados os recursos do Estado. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 2).

Conforme já aludido anteriormente a partir da interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de que o acesso à informação pública é um direito humano e "que sua violação gera a responsabilidade internacional do Estado" (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, pág. 2), a relatora traz ainda três diretrizes fundamentais para a efetivação desse direito:

1) que a sociedade democrática se autodetermina; 2) que a única maneira de exercer os direitos individuais é conhecê-los e torná-los efetivos como mecanismo para o exercício de outros direitos; e 3) que o aumento ao acesso resulta em mais transparência, mais controle e menos corrupção.

Os Estados têm criado normas e leis internas que delimitam e discriminam os destinatários desse direito. Existe a dificuldade em determinar grupos específicos que possam vir a ter informação verdadeira fornecida pelo Estado sobre violação de Direitos Humanos dentro de seu país. Ocorre que para a efetivação desse direito o mais importante é não fazer um recorte sobre quem deve ou não receber a informação. Sobre esse problema Botero ressalta que:

(...) todos os habitantes de um território determinado têm o direito ao acesso, bastando que uma pessoa queira conhecer uma informação para que esta lhe seja entregue com apenas alguns limites. No tocante às informações a que se podem acceder, elas incluem todas as informações existentes nos arquivos do Estado, que o Estado administre, produza ou venha a produzir. O conceito de Estado não inclui apenas o Poder Executivo, mas também os Poderes Legislativo e Judicial, não só no nível central, mas também naqueles descentralizados - ou seja, todos os envolvidos e todos os organismos do Estado de qualquer ramo do poder e de qualquer nível de governo. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 2).

Dilema similar encontra o Estado no momento de fomentar e regulamentar o fornecimento dessas informações. Nesse sentido a Comissão de Assuntos Jurídicos da Organização dos Estados Americanos representada por Cristina Botero aduz que:

1) que o Estado deve promover de ofício as informações básicas para o exercício de outros direitos; 2) que o Estado deve tramitar ou responder em um tempo razoável aos pedidos de informação dos cidadãos; e 3) que o Estado deve produzir as informações necessárias para o cumprimento de seus deveres. Além disso, o Estado tem a obrigação de reformar todas as normas contrárias ao direito de acesso à informação e de emanar normas de implementação de leis de acesso à informação, bem como a implementação de políticas de capacitação.

(...)

Sobre as políticas de divulgação, ela fez referência ao fato de que o direito de acesso à informação deve poder dispor, adicionalmente, de um recurso administrativo simples e expedito, com um prazo razoável e resposta fundamentada. Será por meio dele que o Estado contestará oficialmente quando não fizer entrega das informações solicitadas - casos em que o ônus da prova para demonstrar que as informações não são divulgáveis recai sobre o Estado (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 2).

Na seqüência do seu estudo sobre o tema, Cristina Botero faz alusão aos critérios de limitação ao direito de acesso à informação sobre violação de Direitos Humanos:

o direito de acesso à informação não é um direito absoluto. Por isso, os limites devem estar estabelecidos em uma lei, em sentido formal, uma lei precisa e clara, cuja finalidade é limitar uma reserva útil, necessária e estritamente proporcionada, para evitar perturbações, como nos casos de segurança nacional, ordem pública, entendendo-se de maneira democrática os direitos fundamentais de terceiros. Como se trata de uma exceção, a lógica é que seja interpretada de maneira irrestrita. Nos casos de exceções, deve-se aplicar uma prova estrita de necessidade, estabelecida pela jurisprudência, que implica um controle judicial sobre as decisões administrativas, bem como um juiz independente que deve avaliar os padrões internacionais, como, por exemplo, se existe uma finalidade legítima ou se só as informações de terceiros pessoas são reservadas. O juiz tomará a última decisão sobre

quais são os alcances de um determinado direito. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 2-3).

Os Estados durante a sessão reafirmaram sua preocupação com determinadas espécies de processos, como por exemplo: os penais; cujo objeto é sempre permeado pela sensibilidade dos fatos envolvidos. A relatora Cristina Botero em atenção à preocupação exposta conforta dizendo que há três condições para se fazer uma reserva desse tipo:

(...) o Estado pode fornecer diretamente certa documentação porque é sua obrigação de maneira direta – por exemplo, por meio da webpage – sobre os processos judiciais. Observou que existem pelo menos três casos em que a reserva é legítima: primeiro em investigações criminais existe uma reserva justificada; segundo, a reserva do sumário de um caso penal; e, por último, casos que envolvem pessoas vulneráveis, como mulheres ou crianças, objetos de violência sexual. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 3).

Na sessão da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, John Wilson, Oficial Jurídico Principal do Departamento de Direito Internacional da OEA, compreende o acesso à informação como um direito humano e democrático, resume bem a apresentação da relatora Botero e reafirma o entendimento interamericano sobre o acesso à informação pública:

(...) o acesso à informação pública deve tornar-se parte inerente de todas as funções públicas. Os Estados devem promulgar legislação que estabeleça o direito de acesso à informação (nos termos das recomendações legislativas explicadas na segunda parte da sua apresentação). Também existe a necessidade de que os Estados membros eliminem toda legislação que protege a tendência a ocultar o acesso à informação ou conspirar de alguma maneira contra ela. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 12).

Com a nova perspectiva interamericana dada ao tema, faz-se necessário a criação e a implementação de um instrumento internacional que convencie a postura que os países devem adotar na efetivação do direito de acesso à informação pública em poder do Estado. Em que pese os esforços nacionais, através de criação de leis internas para a regulamentação desse direito, é imprescindível

que os Estados Americanos elaborem uma convenção que verse estritamente sobre o acesso à informação.

Os Estados, a partir de uma sistemática criada especialmente para atender à demanda dos indivíduos ao requererem informações sigilosas, deverão se atentar para as obrigações assumidas internacionalmente, atentando-se para a qualificação e treinamento de seus servidores em todas as esferas: federal, estadual e municipal. Deverão capacitar seus agentes a fim de que estes não venham a incorrer em violações e o Estado seja responsabilizado internacionalmente. Ou seja, não basta à criação de normas internas ou ratificar normas internacionais que protejam o direito de acesso informação, mas também construir um aparato interno para o fiel cumprimento das normas anuídas.

A importância desse monitoramento por parte do Estado incorpora, contudo, a emergente necessidade de se criar um procedimento interno eficaz para garantir o acesso à informação dentro do país. É minimamente, "definir a estrutura legislativa necessária para oferecer um acesso amplo e transparente às informações dos Estados membros-toda legislação deve basear-se no princípio de máxima divulgação." (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 12).

A comissão define com lucidez como o Estado deve proceder nesse momento:

(...) a estrutura jurídica de todo Estado deve estar aberta ao acesso a todas as informações em seu poder, sem limite algum à forma como se defina a palavra "informação", sem limite algum à maneira como é gravada ou armazenada, sem limite algum à fonte de que provêm as informações, sem limite algum à data de criação ou à situação oficial das informações e sem limite algum do estágio classificatório das informações pelo Estado. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 12)

Evidencia ainda que agentes não estatais (setor privado em geral) também são responsáveis pelo fornecimento de informações quando a sua divulgação representar qualquer forma de proteção aos Direitos Humanos. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 12).

A forma, através da qual, deverá se dar os pedidos de informações devem ser também organizados pelo país solicitado com a máxima obediência aos parâmetros internacionais e garantir que qualquer pessoa tenha acesso seguro e eficaz. A recomendação feita pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos da OEA aduz que o pedido deve ser garantido sinteticamente e sem burocracia:

Em primeiro lugar, os pedidos de acesso devem

poder ser feitos pessoalmente ou mediante a apresentação de um escrito. Esse pedido deve conter apenas as informações mínimas para a localização e entrega das informações. Além disso, que é de importância fundamental criar um sistema que aceite e processe pedidos de acesso SEM que o solicitante comprove qualquer interesse pessoal nas informações solicitadas, qualquer conexão com essas informações ou qualquer justificação (por mínima que seja) para obter as informações solicitadas. O simples fato de que as informações estejam em posse do Estado é suficiente para que o direito de acesso de toda pessoa entre operação. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 13).

A Comissão também recomenda que os custos da solicitação deve atender a renda da maior parte daquela sociedade e tentar ser, dentro do razoável, suportado pelo Estado. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 13).

Ainda, a recomendação para que as solicitações sejam permeadas pela segurança, idoneidade e pelo devido processo legal, elas deverão ser acompanhadas de recursos disponibilizados pelo Estado na hipótese da informação não atender aos interesses do requerente:

(...) todo sistema de acesso à informação deve conter um processo de apelação e recurso independente para examinar os casos em que o Estado não entrega as informações solicitadas. Esse sistema de recurso deve ser independente e imparcial e deve ter autoridade não só de pronunciar-se em casos específicos, mas também de monitorar a implementação e operação do sistema. Pode ser criado mediante um órgão independente, uma comissão independente ou um sistema de tribunais no Poder Judiciário, ou mediante uma combinação destes, desde que providos de imparcialidade e independência para ouvir e pronunciar-se nesses casos de não divulgação. Esse sistema deverá ser de baixo custo para o solicitante e operar em todos os casos em que as informações solicitadas estiverem sujeitas à demora, negação ou descumprimento de qualquer tipo. (OEA, Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual, 2008, p. 13).

3.1 A Consolidação do Acesso à Informação Pública que se

Encontra em Poder do Estado como um Direito Humano no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos

Uma contribuição importante para o entendimento do conceito humano atribuído ao direito de acesso à informação adveio do sistema de proteção interamericano de Direitos Humanos se desenvolverá a partir de uma linha traçada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no tratamento dado às controvérsias que possuem como núcleo a violação ao direito de Liberdade de Pensamento e Expressão. Nas decisões, encontramos o entendimento consolidado da Corte quando o Estado como garantidor precípua de tais direitos, se comporta de forma a contradizer os compromissos assumidos expressamente perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No entendimento da Corte Interamericana sobre o acesso à informação em poder do Estado demonstra o quanto este ainda carece de desenvolvimento para a sua plena e efetiva proteção na América. O direito à liberdade de pensamento e expressão, norteador do acesso à informação, considerado dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, constitui-se um dos pilares da Democracia moderna, marcada pelo pluralismo de formas de vida.

Não se concebe um Estado Democrático, no qual o indivíduo, ou os grupos sociais, sejam impedidos de manifestar suas opiniões, sejam elas favoráveis ou contrárias ao governo ou a grupos dominantes. Existem várias formas de se garantir a liberdade de expressão dentro de um Estado e uma delas é a garantia ao direito de informação. Esse direito, mais do que o direito dos meios de comunicação de informar sobre qualquer assunto sem censura (liberdade de imprensa), significa o direito do cidadão em ser corretamente informado.

Proceder à análise do direito de Liberdade de Pensamento e Expressão, sua construção histórica, desenvolvimento como um direito humano, e sua aplicabilidade e a efetividade dos processos que o possuem como objeto na jurisdição interna dos Estados pertencentes à Organização dos Estados Americanos, foi o que impulsionou a análise interamericana sobre o direito de acesso à informação pública.

Nesse diapasão, a esfera jurídica internacional, tem revestido de bastante autonomia o cidadão nacional, no que se refere à sua participação na construção de um espaço para acessar informações importantes dentro do Estado. A exemplo tem-se o artigo 23 do Protocolo de Cartagena, intitulado Conscientização Pública e Participação, que nas palavras de Blanes Sala, resume com propriedade o interesse internacional no indivíduo na sua particularidade envolvido na publicidade estatal:

O paradigma teórico vigente na ciência jurídica é marcado pela forte regulamentação legal, com a presença do Estado como fonte única de produção

de normas, que tem como pressuposto a união direta do Direito com a lei. A idéia de participação popular num diploma internacional estende generosamente a noção de soberania popular para além do Estado. Introduce com maior eficácia o conceito de interesse comum da humanidade no mundo jurídico. Descortina diante dos nossos olhos cansados de ordenamentos fechados uma paisagem em aberto, com incertezas jurídicas a serem lentamente construídas na difusa atmosfera de uma justiça planetária. (SALA, 2010, p.11).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante Corteidh ou Corte, tem exercido um papel de vanguarda na proteção dos Direitos Humanos, no concernente ao direito de Liberdade de Pensamento e Expressão na América. Para ilustrar, a Opinião Consultiva 5 de 1985 da Corte, define bem essa linha de amparo e a forma de interpretar esse direito que

[...] comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..." Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. (CORTEIDH, OC 5, 1985, p. 30).

Seguindo essa perspectiva, a Corte, ao julgar o caso *Claude Reyes vs Chile*, em 2006, em sua análise ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante CADH ou Convenção, interpretou a proteção do dispositivo de forma a abranger

toda espécie de comunicação em âmbito interno, o que representa um marco na proteção desse direito, ao estabelecer que

[...] que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. (Corteidh, Caso Claude Reyes e outros vs. Chile 2006, p. 77).

Ainda no mesmo julgado a Corte observa que:

(...) el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso. (Corteidh, Caso Claude Reyes e outros vs. Chile, 2006, par. 86)

Evidencia-se que o direito de Acesso à Informação Pública, em poder do Estado, como espécie do direito de Liberdade de Expressão, tem alcançado a plenitude de sua efetivação nos Estados Americanos.

Ademais, como se pode extrair da jurisprudência internacional, a Corte compreende que o acesso à informação pública em poder do Estado, garante a idoneidade da administração pública

e a transparência dos atos estatais, requisito indispensável ao exercício da Democracia, como bem elucidada o informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante CIDH, sobre Liberdade de Expressão, onde encontramos a declaração de que, a informação é vital para a sobrevivência de um Estado democrático e a garantia de direitos individuais:

O direito de acesso à informação é um requisito indispensável para o funcionamento da Democracia. Num sistema democrático representativo e participativo, a cidadania exerce seus direitos constitucionais de participação política, votação, educação e associação entre outros, através de uma ampla liberdade de expressão e de um livre acesso à informação. (OEA, CIDH, Relatório Anual, 2001, p.13).

A Corte expressa mais uma vez seu entendimento, em um julgado de 2001, sobre a união indispensável entre a liberdade de expressão e a Democracia para que o direito seja efetivamente deslumbrado dentro de um Estado: "La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta suficientemente informada." (CORTEI-DH, Caso La última Tentación de Cristo, 2001, p.76)

Por sua vez, a Carta Democrática Interamericana coaduna e reitera a interatividade indispensável entre o acesso à informação pública e a Democracia:

Art. 4: São componentes fundamentais do exercício da Democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa. (OEA, Carta Democrática Interamericana, 2001, artigo 4).

No mesmo sentido, o informe anual de 2003 da relatoria especial para liberdade de expressão, em sua pesquisa sobre acesso à informação, o relator especial concluiu que a

[...] prática que fomenta uma cultura de secretismo da informação em mãos do Estado seja por desconhecimento de normas específicas que regulam este exercício, seja porque perante a vagueza ou amplitude da linguagem utilizada na norma, o agente que dispõe da informação opta por não aplicá-la porque tem medo de ser punido, [...] e ressaltou também que essas práticas "põem em perigo o sistema democrático constitucional permitindo o aumento de atos de corrupção." grifo nosso.. (OEA, CIDH, Relatório Anual, 2003, p. 163).

O relatório anual de 2001 também traz em seu bojo o pensa-

mento internacional sobre a matéria em questão:

Tanto a Relatoria para Liberdade de Expressão como a comunidade internacional em geral reconhecem a importância que é outorgada ao direito de acesso a informação como via para alcançar políticas de transparência e fortalecer as Democracias constitucionais. Grifo meu. (OEA, CIDH, Relatório Anual, 2001, p. 154).

Como visto a participação popular e um controle social das atividades públicas tem sido objeto de regulamentação pelas autoridades internacionais preocupadas com o resguardo aos Direitos Humanos em consonância com a manutenção do Estado transparente. Assim, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, reafirmou que:

Princípio10: A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos. (ONU, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente, 1992, Princípio 10).

Hoje temos que, não só a proteção internacional dos Direitos Humanos garante a Democracia nos Estados, mas também o empenho dos países em garantir essa proteção internamente. É matéria já consolidada, que a Democracia não subsiste sem a devida proteção aos Direitos Humanos, ainda mais se tratando da liberdade de expressão, direito essencial e pilar da consolidação democrática nos Estados, como já referenciado anteriormente, e que aqui, estendemos ao direito de acesso à informação pública em poder do Estado.

Observa-se que o Estado Brasileiro, ao Editar a Lei de Acesso à Informação, caminha em uma importante direção à consolida-

ção de seu Regime Democrático avesso ao autoritarismo e ao controle de informações. A construção de uma sociedade depende do conhecimento das “verdades” dos fatos ocorridos, para que essa mesma sociedade tenha a possibilidade de definir a sua própria memória, e a sua própria história, essencial para marcar a historicidade das conquistas sociais e democráticas, na efetivação dos direitos fundamentais.

3.2 Os Limites da Disponibilização das Informações Solicitadas

Importante ressaltar que, as “informações” aqui aduzidas, não se referem apenas àquelas que giram pelos meios de comunicação, mas também a todas as informações necessárias à sobrevivência da Democracia, e de todos os cidadãos de um Estado. Não é matéria fácil, dentro de um Estado, garantir esse acesso de forma adequada, que satisfaça tanto a segurança nacional, obrigação precípua do Estado, quanto às necessidades individuais e coletivas da sociedade em geral. Na ciência de que os países ainda regem-se por leis genéricas e muito abstratas, numa análise da real proteção que esse direito exige, a Relatoria Especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2001, criou orientações sobre como regulamentar a proteção a esse direito. Para tanto, foram sugeridas algumas providências que o Estado pode adotar internamente, a fim de combater quaisquer atos de poder,⁷ e regulamentar sua conduta. Algumas orientações se destacam:

1-A promulgação de leis que permitam o acesso à informação em poder do Estado e normas complementares que regulem seu exercício [...]; 2-A existência de instâncias de revisão independentes que possam determinar que as restrições estabelecidas sob razões de defesa nacional sejam balanceadas com a proteção de outros direitos fundamentais em concordância com os padrões internacionais de Direitos Humanos como o direito da sociedade a estar informada sobre assuntos de interesse público;

[...]

3-Políticas que promovam e divulguem existências destes direitos individuais e coletivos como ferramentas legais para alcançar a transparência dos atos de Estado, para proteger a intimidade das pessoas frente à administração arbitrária ou ilegítima de dados pessoais e como meio de fiscalização e participação da sociedade. (OEA, CIDH, Relatório Anual, 2001, Cap.III, p.166).

A tarefa mais árdua para o Estado é justamente criar as exceções para o exercício desse direito. Isso porque não é fácil criar exceções e condições para a efetivação dos Direitos Humanos, especialmente no atual cenário de proteção e resguardo a essa esfera de direitos. O silêncio não pressupõe invariavelmente resposta a um pedido de informação e, se encontrada em poder do Estado, constitui um direito fundamental dos indivíduos obtê-la, que em contra partida gera o dever positivo do Estado de fornecê-la sem criar obstáculos, e quando o fizer que seja com a fundamentação necessária e amparada pelas exceções estabelecidas na jurisprudência da Corte e devem ser interpretadas de forma restritiva e se adequar á três condições específicas: 1) uma limitação á liberdade de expressão deve ocorrer através de uma previsão legal formal e material, de forma clara e precisa, 2) estar em consonância com a CADH; 3) deve ser necessária para atuar no caso concreto, dada sua ocorrência em uma sociedade democrática. (Corteidh, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2004, n°107).

As restrições para o fornecimento de informações solicitadas ao poder público são as mesmas direcionadas à Liberdade de Expressão, e devem cumprir alguns requisitos, e, em caso de omissão, esta deve ser bem fundamentada, para que não transmita a sensação de um governo corrupto e obscuro, como bem discriminado pela Corte:

- a) A existência de causais de responsabilidade previamente estabelecidas,*
- b) A definição expressa e taxativa dessas causais pela lei,*
- c) A legitimidade dos fins perseguidos ao estabelecer-las,*
- d) Que essas causais de responsabilidade sejam “necessárias para assegurar” os mencionados fins. (Corteidh, OC 5, 1985, p. 36 e 37).*

Assim, a ação do Estado deve reger-se pelos princípios da difusão, transparência e máxima divulgação, exceto quando submetida a um cíclico adstrito de exceções que devem ser mínimas e indispensáveis se obrigando a cumprir os seguintes requisitos: a) estar dispostas em Lei; b) incidir em clareza e taxatividade, reduzindo-se ao mínimo possível; c) ter finalidade legítima, ou seja, proteger os direitos de terceiros desde que comprovados sua ingerência, garantir a ordem pública e a segurança nacional. Além do cumprimento de todos esses requisitos, é importante salientar que, a restrição deve ser temporária e condicionada ao desaparecimento da causa que lhe deu origem. (Corteidh, OC 5, 1985, p. 36-39).

Todo Estado obrigado internacionalmente a tratados e con-

venções deve zelar pelo cumprimento destas dentro de seu Estado e não pode sob quaisquer justificativas se eximir desse compromisso (OEA, Resolução 1932, artigo 2).

O Estado que não cumprir essas determinações para restringir uma informação coletiva ou individual, ou impedir um cidadão nacional de ter acesso às informações que estejam sob a guarda pública estatais, sem fundamentação legal e comprovada, responderá internacionalmente, e não só por descumprir uma determinação convencional (proveniente de tratados e convenções internacionais), mas também como violador de Direitos Humanos. É com esse entendimento que Bertoni, ao interpretar a decisão da Corteidh supra mencionada, entendeu que:

[...] a Corte IDH expressou que o acesso à informação de interesse público pode favorecer a participação da cidadania no controle da gestão pública, e assim, tornar mais conhecidas e transparentes as ações do governo. Assim, a sociedade pode questionar e avaliar a pertinência da atividade dos funcionários públicos. Por isso, assegurou que a informação nas mãos do Estado sempre deve ser presumida pública e acessível, e que as exceções a sua acessibilidade devem ser restringidas. Este critério foi denominado como princípio de máxima divulgação. Grifo meu. (BERTONI, 2008, p. 31).

No mesmo sentido, a declaração sobre princípios relativos à liberdade de expressão é bem clara ao tratar a questão e onera os Estados em cumprir as determinações internacionais:

O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental dos indivíduos. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício deste direito. Este princípio somente admite limitações excepcionais que devem estar estabelecidas previamente pela lei para o caso que exista um perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas. Grifo meu. (OEA, Declaração de princípios relativos à Liberdade de Expressão, 2000, Princípio 4).

O relatório anual de 1998 estabelece que, mesmo essas restrições, devem ter um tempo determinado e nunca se sobrestar aos direitos fundamentais, ou seja, o resguardo aos direitos fundamentais deve prevalecer à segurança nacional e todos os obstáculos que impedirem tal proteção devem ser removidos:

A administração de uma justiça rápida e eficaz,

especialmente quando se trata de esclarecer, sancionar e reparar crimes atrozes ou violações graves dos Direitos Humanos imputáveis a agentes do Estado, depende, em muitas ocasiões, de documentos que foram classificados como segredos ou outras provas inacessíveis por razões de segurança nacional. A manutenção do sigilo oficial nestes casos não contribui exceto para o perpetuamento da impunidade e para a erosão da autoridade do Estado diante dele próprio e de outros. É necessário, portanto, remover estes tipos de obstáculos legais ou administrativos e encontrar o caminho para o estabelecimento da responsabilidade estatal e individual pelo cometimento de condutas tão reprováveis, com todas suas consequências jurídicas e morais, mediante a abertura dos arquivos e a desclassificação dos documentos requeridos pelas autoridades competentes, tanto nacionais como internacionais. (OEA, CIDH, Relatório Anual, 1998, p. 20).

A proteção dada à Liberdade de Pensamento e Expressão pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui-se capaz de garantir, além do amparo judicial, a proporcionalidade devida à análise desse direito quando confrontado com outros dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao identificar uma das interpretações construídas pela Corte Interamericana extraídas da taxatividade do dispositivo legal supra-mencionado, percebe-se que a mais importante para a coletividade refere-se ao direito à informação pública em poder do Estado, sendo a partir daí, considerado um direito fundamental, portanto humano.

Por fim, o direito de acesso à informação pública em poder do Estado, objeto do exposto trabalho, como identificado, um direito humano, constante na Convenção de Direitos Humanos, sujeito à apreciação de supostas violações ao seu exercício pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito de jurisdição desta, deve ser anotado com zelo e apreço pelos Estados Americanos.

As decisões judiciais que possuem como cerne tal direito, tem-se desconectado em entendimentos distintos pelo mundo, gerando discursos prolixos sobre sua imprescindibilidade para se garantir a “verdadeira” Democracia em contraponto à sua aplicação nos casos concretos. Contudo nas Américas observamos reiteradamente o conteúdo dos julgados que possuem como núcleo esse tema. A correta aplicação e sua eficiência no garantismo da proporcionalidade dos Direitos Humanos, especialmente o direito de Liberdade de Pensamento e Expressão, embasam a motivação para esta pesquisa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, surgem às obrigações da preservação do Estado Democrático de Direito e a obrigação internacional do Estado em perpetrar atos que impeçam o retorno dos regimes de exceção. Nasce com a regulamentação dos Direitos Humanos pelo Mundo a responsabilidade do Estado em garantir e respeitar internamente os Direitos Humanos e a tutelar os interesses dos homens.

O artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que toda pessoa tem liberdade de expressão e pensamento e esse direito inclui o direito de receber, buscar e difundir informações e idéias de todo o tipo, por qualquer meio e de qualquer forma. O mesmo direito é resguardado e reconhecido por inúmeros instrumentos em matéria de Direitos Humanos que estendem seu significado e ampliam o rol de garantias que dele decorrem e protegem o cidadão contra as arbitrariedades do Estado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretá-lo estendeu seu significado, e concluiu que ele abarca e consagra além do direito à liberdade de expressão, o direito de acesso à informação como um Direito Humano. Ou seja, o direito à liberdade de expressão inclui ainda o direito positivo de receber e buscar informações de toda ordem e por qualquer meio e gera o dever do Estado em garantir que esses direitos sejam resguardados, o que constitui um dos pilares fundamentais da sociedade democrática e essencial ao desenvolvimento humano.

Em sendo a Democracia, os Direitos Humanos e a proteção o direito de acesso à informação pública em poder do Estado elementos indissociáveis, as sociedades que zelam, promovem e buscam proteger suas Democracias, não podem alcançar tal objetivo sem que esse direito seja correta e devidamente protegido dentro do Estado, que deve no máximo admissível protegê-lo de forma a abreviar no mínimo necessário, as restrições impostas a esse direito. O direito de acesso à informação pública garante à participação do cidadão, o bom e competente governo, a eficácia das licitações públicas, a eficiência da fiscalização e da luta contra corrupção. É fundamental ao resguardo da dignidade humana, justiça, paz social e para uma sociedade plenamente livre.

O pluralismo político e ideológico que permeia a sociedade contemporânea, com grandes conflitos decorrentes da complexidade das relações humanas, que a cada momento, aumentam a sua inter-relação e complexidade em decorrência da maior integração entre os povos e Estados, nas suas relações internas e internacionais, fazem com que o acesso à informação pública em poder do Estado seja elemento essencial para a construção de um novo modelo de Democracia participativa.

A cooperação pela busca da verdade e da atuação mais transparente da administração pública constitui-se em direito fundamental humano e pilar fundamental do Estado Democrático de Direito. É

a possibilidade da participação de todos os cidadãos interessados, minorias e majorias, nos processos políticos e sociais. A percepção de que efetivar direitos fundamentais e humanos depende da real atuação dos protagonistas afetados em seus direitos, faz com que o acesso à informação seja um importante elemento para a construção de uma dialética pautada no diálogo entre o Estado, e suas instancias oficiais, e a sociedade civil. A possibilidade de fiscalização da conduta dos Governos que doravante, deixa de ser um detentor do Poder de forma discricionária, partindo do pressuposto que o Estado "sabe" das reais demandas sociais, para se tornar um "gestor" de demandas sociais manifestadas diretamente pelos seus titulares, sendo passível de fiscalização e cobrança, em um modelo de Democracia aberta e participativa.

Não devem os Governos temer a disponibilização das suas condutas e atos à sociedade, pois a máxima de que "o Estado não erra" foi totalmente ultrapassada. O acesso à informação pública em poder do Estado visa exatamente desmistificar o distanciamento e dificuldade de relação entre a coisa pública e a privada, para demonstrar que é dessa relação e tensão que são construídas as soluções para os novos problemas que se colocam. A edição da Lei 12.527/2011 significa um enorme avanço para a construção da Democracia, tão jovem e imatura, no Estado brasileiro.

Caminhamos finalmente para uma concepção do Direito voltada ao Pós-positivismo jurídico, preocupado com um arcabouço normativo efetivo, pautado em preceitos axiológico valorativos, onde os direitos fundamentais e os Direitos Humanos efetivos, realmente levados a sério, de forma plural e democrática, são uma exigência pautada na moralidade e eticidade. A construção e políticas públicas nesse sentido é um mecanismo primordial para a consagração de uma sociedade mais justa e solidária, onde o Estado deixa de ser um ente soberano e incontestável, para se tornar um protagonista com responsabilidades e deveres a serem cumpridos, e exigidos pela sociedade.

REFERÊNCIAS

BERTONI, Eduardo A. *A liberdade de expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Asociación Por Los Derechos Civiles- ADC. 2008, Pág. 31. Disponível em <http://www.adc-sidh.org/images/files/documento_estandares_libex_final_ultimoport.pdf>. Acesso em 15 de Abril de 2010.

BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui-cao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 12 de Abril de 2011.

BRASIL. *Lei 8.159 de 08 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Brasília. Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

leis/L8159.htm>. Acesso em 20 de junho de 2010.

BRASIL. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 3 a 14 de Junho de 1992. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=18&idConteudo=576>>. Acesso em 22 de dezembro de 2011.

Corte IDH. *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 16 de Noviembre de 2009. N° 205. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 10 de maio de 2011.

Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>. Acesso em 12 de maio de 2010.

Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducación Del Menor Vs Paraguai*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 02 de Noviembre de 2004. n° 11. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 10 de maio de 2011.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 10 de maio de 2011.

Corteidh. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 04 de maio de 2010.

Corteidh. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20 de maio de 2010.

Corteidh. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20 de maio de 2010.

Declaração de Atlanta e Plano de Ação para o aperfeiçoamento do Direito de Acesso à Informação. Atlanta, Geórgia, 27 a 29 de Fevereiro de 2008. Disponível em <http://216.24.170.159/resources/pdfs/peace/americas/ati_declaration_text_port.pdf>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KISHI, Sandra Akemi Shimad. *Direito à informação e à participação na Justiça de Transição*. In SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi

Shimad (coord.). *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Cap. 14. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2ª ed. - Brasília: UNESCO, 2009.

MÉNDEZ, Juan. *Entrevista concedida à Revista Internacional de Direitos Humanos*. SUR, São Paulo, ano 4, Editado em Português. 2007. Disponível em <http://www.surjournal.org/conteúdos/getartigo7.7.php?artigo=7,port,artigo_juan.htm>. Acesso em 07 de junho de 2010.

NÚCLEO de Bibliotecas, Centro Universitário Newton Paiva. *Manual para Elaboração e Apresentação dos Trabalhos Acadêmicos: Padrão Newton Paiva*. Atualização janeiro 2010. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <http://www.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_Newton_Paiva_2010.pdf>. Acesso em 29 de dezembro de 2010.

OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Pacto de São José da Costa Rica. *San Jose, Costa Rica 7 a 22 de novembro de 1969. Departamento de Direito Internacional*. Washington D.C. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em 10 de maio de 2010.

OEA. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, Relatório Anual. *Sessão Especial da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos sobre Acesso à Informação Pública*, Relatório Final. AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/082009) 15 de dezembro de 2008, Washington, D.C. Disponível em <[http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/dir%20internacional.asp#Acceso informacion publica](http://www.oas.org/consejo/pr/cajp/dir%20internacional.asp#Acceso%20informacion%20publica)>. Acesso em 20 de abril de 2011.

OEA. *Relatoria para a liberdade de expressão. Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.asp?artID=26&IID=4>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2011.

CIDH, Relatório Anual 1998, Capítulo 7, *Recomendações aos Estados membros em zonas em que é necessário tomar medidas para a observação plena dos Direitos Humanos estabelecidos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Par. 20.2, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc.6 rev. 16 de abril de 1999, Original: Espanhol. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2002port/vol.3f.htm>>. Acesso em 15 de Fevereiro de 2010.

OEA. *Carta Democrática Interamericana*. Aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 11 de setembro de 2001, no Vigésimo Oitavo Período Extraordinário de Sessões, celebrado em Lima, Perú, Disponível em <<http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/De>

mocratic_Charter.htm >Acesso em 15 de janeiro de 2011.

OEA. CIDH. *Relatório Anual da Relatoria para a Liberdade de Expressão*. 2003. Disponível em <<http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=460&IID=4>>. Acesso em 24 de março de 2011.

OEA. CIDH. *Relatório Anual da Relatoria para a Liberdade de Expressão*. 2001. Disponível em <<http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=460&IID=4>>. Acesso em 24 de março de 2011.

OEA. *Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia. Artigo 2;* Disponível em http://www.oas.org/dil/AG-RES_1932_XXXIII-O-03_eng.pdf Acesso em 20 de junho de 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Princípio da Publicidade, arquivos públicos e justiça de transição*. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimad (coord.). *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Cap. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ORTIZ, Ana Isabel Herrán. *La Violación de La Intimidad em La protección de Datos Personales*. Madri: Dykinson, 1998.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Ensaio sobre a Responsabilidade Internacional e suas consequências no Direito Internacional*. São Paulo: LTR, 2000.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Acesso à documentação governamental e o direito à memória e à verdade: análise do projeto de lei*. Revista Internacional Direito e Cidadania. Revista 8. Outubro de 2010 a Janeiro de 2011.

NOTAS DE FIM

1 Bacharelada em Direito do Centro Universitário Newton Paiva; Monitora em Direito Internacional Público; Bolsista FUNDAESP - Pesquisa vinculada ao XI Programa de Iniciação Científica do Centro Universitário Newton Paiva, tema: "O Direito a Verdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos"; Monografia aprovada com nota máxima como requisito para graduação do curso de Direito.

2 Professora Colaboradora da Pesquisa FUNAESP, Mestre em Linguística UFMG, Especialista em Linguística PUC-MG, Pesquisadora do CNPq, Professora do Centro Universitário Newton Paiva.

3 Coordenador da Pesquisa tema: "O Direito a Verdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos", Mestre em Direito Internacional UFMG, MBA Direito Tributário FGV-RJ, ILSA Chapter Academic Advisor, Advogado tributarista, Professor do Centro Universitário Newton Paiva.

4 Pesquisa vinculada à linha de pesquisa: "Direito Internacional dos Direitos Humanos" do Grupo de Estudos em Direito Internacional da Newton Paiva – GEDINP.

5 Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, de 24.11.10, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6 O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 466.343, interpretando o status normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Decreto 678/1992, considerou essa norma supralegal.

7 E poder na tradição clássica que Norberto Bobbio relembra sobre esse conceito, se divide entre três grupos: o poder despótico, o poder paterno e o poder político. Este último, que mais nos interessa, é conceituado na obra de Bobbio como o poder de um homem sobre o outro e essa relação é expressa de várias maneiras, nas quais se identificam algumas expressões: a relação entre governantes e governados, entre soberanos e súditos, Estado e cidadãos, etc., e tem como distinção das outras formas de poder, a possibilidade de se recorrer à força. (BOBBIO, Teoria da Política, 2000, p. 160).

A INCONSTITUCIONALIDADE DO DEPÓSITO RECURSAL TRABALHISTA

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo¹

Helbert Leopoldino de Almeida²

RESUMO: O artigo objetiva discutir a constitucionalidade da imposição do depósito recursal como requisito de admissibilidade dos recursos trabalhistas de forma indiscriminada, diante de sua natureza de garantia do juízo. Para tanto, irá analisar os princípios da ampla defesa e do contraditório, a falibilidade as decisões judiciais, a situação econômica dos empregadores e a assistência gratuita.

PALAVRAS-CHAVE: depósito recursal; pressupostos de admissibilidade recursais; recurso trabalhista; ampla defesa; contraditório; empregador; assistência gratuita; microempresa.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Processual do Trabalho; Direito Processual Civil; Direito do Trabalho; Direito Constitucional; Direito Empresarial.

1. INTRODUÇÃO

A justiça trabalhista prima pela celeridade, eficiência e efetividade de suas decisões e, para tanto, impõe como pressuposto de admissibilidade recursal o preparo, que inclui o pagamento das custas e o depósito recursal.

O presente trabalho pretende analisar a exigência do depósito recursal de forma indiscriminada, que vem sendo feita na Justiça Trabalhista, e acaba por acarretar a violação de alguns princípios constitucionais.

Para tanto, propõe-se que seja feita uma análise da exigência do depósito recursal como pressuposto de admissibilidade e, consequentemente, requisito para o conhecimento dos recursos trabalhistas, em quaisquer situações.

É preciso analisar se tal exigência é compatível com os princípios da ampla defesa e do contraditório, além da garantia de acesso ao judiciário, considerando que os valores exigidos observam o valor da condenação, respeitados os limites estabelecidos em ato normativo expedido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Muitas vezes os valores são altos e nos deparamos com a seguinte questão: se o empregador não possui capacidade financeira para realizar o depósito recursal, seja porque trata-se de pessoa física ou pequena ou microempresa, não poderá recorrer das decisões que forem proferidas no processo em que figura como réu?

Atualmente a resposta é afirmativa, ainda que este empregador esteja sob o pálio da assistência gratuita, considerando que os Tribunais Trabalhistas entendem que o depósito, por possuir natureza de garantia de juízo, não é abarcado por tal benefício.

Nestas situações a ampla defesa e o contraditório são afrontados e prevalece a celeridade do processo trabalhista a qualquer custo.

Além de tais aspectos, convém observar que as decisões são passíveis de erro, uma vez que são proferidas por seres huma-

nos, que obviamente são imperfeitos. É "justo" que aqueles que não possuem recursos para efetuar o depósito não possam ter a garantia do duplo grau de jurisdição?

A questão é polêmica e coloca em confronto princípios processuais trabalhistas e constitucionais, mas deve ser enfrentada justamente com o objetivo de chegar a uma solução plausível e que atenda da melhor maneira a satisfação dos direitos dos empregadores e dos trabalhadores.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O depósito recursal como pressuposto de admissibilidade dos recursos trabalhistas

A interposição dos recursos trabalhistas exige o preenchimento de alguns requisitos, estes requisitos são denominados pressupostos de admissibilidade recursais.

Cada recurso tem seus pressupostos objetivos e subjetivos que lhe são peculiares e devem estar presentes, sob pena de acarretar o não-conhecimento do apelo em questão.

Como preleciona Carlos Henrique, "o não-atendimento a tais pressupostos deságua na inadmissibilidade (ou não-conhecimento) do recurso pelo mesmo órgão judicial prolator da decisão, ou por outro hierarquicamente superior" (LEITE, 2008, p. 683).

Alguns recursos na Justiça do Trabalho possuem como requisito de admissibilidade o preparo, que inclui o pagamento das custas e o depósito recursal. Contudo, a utilização deste pressuposto de admissibilidade de forma irrestrita e sem admitir qualquer exceção pode ser considerada inconstitucional, pois fere o princípio constitucional da ampla defesa, conforme será demonstrado.

O depósito recursal é um pressuposto objetivo que visa dar efetividade ao princípio da celeridade processual, tendo como fi-

nalidade "coibir os recursos protelatórios, a par de assegurar a satisfação do julgado, pelo menos parcialmente" (GIGLIO, 2007, p. 452).

Carlos Henrique Bezerra Leite entende que o "depósito recursal constitui mera garantia do juízo, evitando, assim, a interposição temerária ou procrastinatória dos recursos" (2008, p. 704).

Este pressuposto está positivado no art. 899, §1º das Consolidações das Leis do Trabalho - Decreto Lei nº 5.452 de 1943 (BRASIL, 1943), e estabelece que o recurso trabalhista, em dissídio individual, só será admitido mediante pagamento do depósito recursal.

O valor do depósito recursal é determinado pelo Tribunal Superior do Trabalho através de ato normativo, nos limites estabelecidos pelo art. 8º da lei nº 8.542 de 1992. Segundo Carlos Henrique, "no que tange aos valores do depósito recursal (TST, IN 3/1993, item II), o presidente do TST edita Atos que estabelecem periodicamente os novos valores" (LEITE, 2008, p. 706).

A Instrução Normativa nº 3/93 do TST, disciplina o instituto do depósito recursal, e estabelece que o pagamento do depósito recursal realizar-se-á sobre o valor da condenação, observando sempre o limite do recurso interposto, o que evidencia a natureza de garantia de juízo do depósito recursal.

Atualmente, os valores dos depósitos recursais estão disciplinados no Ato nº 449/SEGJUD.GP, de 25 de julho de 2011 do TST, onde o presidente do TST no uso de suas atribuições, resolveu:

Editar os novos valores alusivos aos limites de depósito recursal que trata o artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, reajustados pela variação acumulada do INPC do IBGE, no período de julho de 2010 a junho de 2011, a saber:

R\$ R\$6.290,00 (seis mil duzentos e noventa reais), no caso de interposição de Recurso Ordinário;

R\$12.580,00 (doze mil quinhentos e oitenta reais), no caso de interposição de Recurso de Revista, Embargos e Recursos Extraordinário;

R\$12.580,00 (doze mil quinhentos e oitenta reais), no caso de interposição de Recurso em ação rescisória. (BRASIL, 2011).

Por se tratar de um pressuposto de admissibilidade recursal, caso o depósito não seja pago nos termos e modo que a legislação exige, o recurso será declarado deserto e não será sequer conhecido.

Assim disciplina o art. 7º da lei de nº 5.584/70 "A comprovação do depósito da condenação (CLT, art. 899, §§ 1º a 5º) terá que ser feita dentro do prazo para a interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto." (BRASIL, 1970).

Portanto, "o recolhimento do depósito *ad recursum* e sua respectiva comprovação devem ser feitos em guia própria e dentro do prazo referente à interposição do recurso, sob pena de

ser este considerado deserto" (Leite, 2008, p. 705).

Conforme dito, o depósito recursal é um instrumento que visa dar efetividade ao princípio da celeridade processual, e tem como intuito garantir parcialmente a execução e coibir a interposição de recursos meramente protelatórios.

Contudo, a celeridade processual e a garantia do juízo alcançados pela exigência do depósito recursal, não podem ser sobrepostas aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A exigibilidade do depósito recursal de todos os empregadores, de forma indiscriminada, e ainda que estejam sob o pálio da justiça gratuita, afronta os princípios constitucionais mencionados.

Diante disso, pretende-se analisar a exigibilidade do depósito recursal como pressuposto de admissibilidade dos recursos trabalhistas sobre o prisma da ampla defesa, levando em consideração principalmente dois importantes aspectos: a capacidade financeira do empregador e a falibilidade das decisões judiciais.

2.2. O princípio da ampla defesa e do contraditório como princípios processuais fundamentais

O princípio da ampla defesa está positivado na Constituição do Brasil de 1988 em seu art. 5º, inciso LV, onde estabelece que:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988).

O princípio da ampla defesa não envolve apenas o direito da parte de se defender no processo, mas, também, o direito de utilizar de todos os meios admitidos em direito para demonstrar a veracidade de suas alegações.

A defesa deve ser ampla, "porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente." (LEAL, 2010, p. 98).

O recurso é um dos meios processuais hábeis para demonstrar a veracidade das alegações, tanto contra o argumento da outra parte, quanto com relação ao argumento do prolator da decisão.

A ampla defesa "para ser concretizada deve ser municiada pelo ordenamento jurídico com instrumentos recursais que permitam o acesso aos tribunais de todos os níveis previstos e fixados segundo o juiz natural." (CASTRO; FREITAS, 2011, p. 38).

Não cabe ao legislador infraconstitucional estabelecer princípios ou metas que sejam capazes de ofender o texto constitucional. A morosidade do poder judiciário não pode ser resolvida através de ofensas ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

rio, ao revés, deve-se buscar a efetividade dos princípios na maior medida possível.

Neste sentido é a posição de Rosemiro Pereira Leal,

A pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova. [...] A ampla defesa, no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, envolve a cláusula do devido processo legal em sentido substancial (substantive due process), equivalente ao velho e cognominado direito material, mas já em concepções atualizadas, de garantias fundamentais do cidadão, como a do devido processo em sentido processual (procedural due process), em perspectivas de direito democrático, traduzindo a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la. (2010, p. 98)

Diante disso, o princípio da celeridade processual trabalhista não pode se fazer valer de meios que suprimem direitos constitucionalmente garantidos, sob pena de afronta à segurança jurídica.

Neste caso, a utilização do depósito recursal como meio de celeridade processual é inconstitucional, pois ofende o direito constitucional da ampla defesa, considerando que o recorrente somente poderá levar as suas razões recursais a conhecimento do tribunal *ad quem* caso disponha do valor suficiente para garantir o juízo.

Ocorre que em algumas situações a exigência do depósito recursal acaba por inviabilizar o próprio apelo, já que o empregador/recorrente que não estiver em uma situação financeira que lhe permita efetuar o depósito recursal, conseqüentemente não terá a chance de reformar a sentença.

2.3. A inconstitucionalidade da exigência do depósito recursal no processo trabalhista

Como analisado, a exigência do depósito recursal como pressuposto de admissibilidade dos recursos trabalhistas ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório, na medida em que inviabiliza que o recorrente que não disponha de determinado valor para garantir o juízo, tenha negado o direito de levar a sua lide a conhecimento dos tribunais superiores.

Alguns argumentos contribuem para corroborar a inconstitucionalidade de tal exigência, quais sejam: a condição financeira do empregador e a falibilidade das decisões judiciais.

2.3.1. O empregador e sua condição financeira

Existem no Brasil 5,1 milhões de empresas, sendo que deste montante 98% são micro e pequenas empresas. Os pequenos negócios correspondem por mais de dois terços dos serviços do setor privado³.

As micro e pequenas empresas são pilares de suma importância para a economia brasileira, e estão conceituadas no art. 3º da Lei Complementar 123/2006, como:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e
II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). (BRASIL, 2006).

Além de dispor sobre as microempresas, a Lei Complementar 123/2006 em seu art. 18-A também dispõe sobre o microempendedor individual, estabelecendo que:

Art. 18-A. O Microempendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo. (BRASIL, 2006).

A Constituição de 1988 reconheceu a importância das microempresas, e como forma de incentivo estabeleceu em seu art. 179, que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 1988).

A distinção e o enquadramento em pequena empresa, micro-empresa e microempresário individual possui maior relevância quando se trata do recolhimento de tributos.

A Lei Complementar n° 123/2006, enfim, pretende consolidar toda legislação fragmentada [...], especialmente de natureza tributária, que influia no tratamento aplicado à microempresa e à empresa de pequeno porte, estabilizando o primeiro Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, agora o Simples Nacional. (REQUIÃO, 2010, p. 89).

Contudo, a demonstração dos números dessas empresas no Brasil é de suma importância para o presente trabalho, pois demonstra fielmente a condição do empregador brasileiro.

O cerne do presente trabalho gira em torno do fato de que a pequena pessoa jurídica pode não conseguir arcar com os valores dos depósitos recursais, sejam eles do recurso ordinário ou do recurso extraordinário, haja vista que muitas dessas empresas têm um capital de giro irrisório, não podendo dispor de despesas vultosas, dentro do prazo recursal, ou seja, dentro de 8 dias.

O fato de a pessoa jurídica não poder se defender por não ter os valores dos depósitos recursais, significa ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois está se colocando uma condição financeira para o exercício de uma garantia constitucional.

Este cerceamento de defesa não se caracteriza somente quanto às pequenas pessoas jurídicas, mas também quanto às pessoas físicas.

Segundo a CLT em seu art. 2°:

Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (BRASIL, 1970).

Contudo, esta definição não é suficiente para esgotar o conceito de empregador.

O autor Maurício Godinho Delgado, define empregador "como a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que con-

trata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação" (2012, p. 399).

Pode-se observar através do conceito definido pelo autor que, além das pessoas jurídicas, as pessoas físicas também podem ser empregadoras.

Existem categorias de empregados que só se configuram quando a prestação de serviços é tomada por pessoa física, como é o caso dos trabalhadores domésticos.

A lei n° 5.859/72 estabelece em seu art. 1° o conceito de empregado doméstico, sendo:

Aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei. (BRASIL, 1972).

É notório que a capacidade financeira de uma pessoa não se equipara à capacidade financeira de grandes empresas, sendo assim, a imposição do depósito recursal pode ser interpretada como um mecanismo de cerceamento de defesa principalmente nessas situações.

É possível exemplificar: uma mãe que recebe R\$2.000,00 (dois mil reais) de salário e paga a uma babá o salário mínimo R\$622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), jamais poderá arcar com o depósito recursal sem prejuízo de seu sustento e o de sua família.

Portanto, o fato de a pessoa física poder ser empregadora, torna a imposição do pagamento do depósito recursal como um pressuposto de admissibilidade dos recursos ainda mais ofensiva e violadora do princípio da ampla defesa.

Tem-se, dessa forma, que muitas vezes o empregador pessoa física e o microempresário não dispõem do valor exigido a título de depósito recursal. Tais empregadores não podem ser tratados exatamente da mesma forma como são tratadas as grandes empresas que, obviamente, possuem condições financeiras bastante distintas.

Diante disso, considerando que o direito possibilita que pessoas físicas e pequenos empresários sejam empregadores, nada mais justo que determinar a cobrança do depósito recursal levando em consideração o poderio econômico do empregador, reconsiderando a exigência do depósito recursal nos casos em que o empregador não tenha condições financeiras.

2.3.2. A aplicabilidade da assistência judiciária gratuita ao empregador e o depósito recursal

A inconstitucionalidade do depósito recursal é ainda mais clara quando se trata de empregador beneficiário da justiça gratuita.

O direito dá tratamento diferenciado àqueles que não têm condições de arcar com as despesas processuais sem o prejuízo

de seu sustento ou de sua família, atribuindo-lhes a assistência judicial gratuita.

O art. 3º, VII, da lei 1.060/1950, determina as hipóteses em que a gratuidade judiciária abrangerá, dispondo que:

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI - das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

VII - dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (grifos nossos). (BRASIL, 1960).

O inciso VII do referido artigo dispõe expressamente que a assistência judiciária gratuita incidirá sobre os depósitos recursais que sejam inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Contudo, a Justiça trabalhista não aplica tal dispositivo sob a alegação de que o depósito laborista não tem natureza de taxa, mas de garantia do juízo de uma verba alimentar. Assim, a assistência alcança somente as custas processuais.

Este é o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA: BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO A EMPREGADOR. HIPÓTESES. INVIABILIDADE DA ISENÇÃO DE DEPÓSITO RECURSAL. É cediço que os auspícios da Justiça gratuita, nesta especializada, restringem-se, via de regra, ao empregado, dada sua condição de hipossuficiência econômico-financeira, podendo eventualmente beneficiar também empregadores pessoas físicas,

quando devidamente comprovado que se encontram em condições que justificam a concessão. Todavia, ainda assim, no caso dos empregadores, a Justiça gratuita concedida importa isenção tão-somente das custas processuais. É que, sendo o depósito do valor da condenação previsto no § 1º do artigo 899 da CLT um pressuposto recursal específico do Processo do Trabalho sem cujo atendimento não será admitido o recurso (como forma de assegurar o célere recebimento do crédito trabalhista logo após instaurada sua execução), a eventual concessão de Justiça gratuita ao empregador não acarreta a dispensa de sua efetivação. É que o depósito recursal não tem natureza de taxa judiciária, custas, indenizações devidas às testemunhas, despesas processuais, honorários advocatícios ou periciais que, segundo a enumeração taxativa do artigo 3º da Lei nº 1.060/50 c/c artigo 790-B da CLT, são as únicas isenções decorrentes daquele benefício. Em outras palavras, entre o eventual interesse do empregador que esteja passando por dificuldades financeiras e o direito de seu antigo empregado de receber verbas trabalhistas de indiscutível cunho alimentar judicialmente reconhecidas, dá a lei total prioridade a este último. Em decorrência, não se há falar em inconstitucionalidade dos parágrafos do artigo 899 da CLT ou em ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da ampla defesa e do direito de ação, sendo certo que o Estado, por meio das leis, fixa os parâmetros para a utilização da via judiciária. (grifos nossos). (MINAS GERAIS, 2009).

Este entendimento do TRT da 3ª Região afirma a inconstitucionalidade das decisões do judiciário, pois, além de existir lei que determina expressamente a gratuidade judiciária quanto ao depósito recursal, toda interpretação de lei infraconstitucional precisa ser feita à luz da Constituição.

Dessa forma, a interpretação no sentido de impossibilitar a ausência do depósito recursal nos casos de miserabilidade da figura do empregador afronta a ampla defesa, o contraditório e o acesso ao judiciário.

O cerceamento de defesa se demonstra ainda mais claro quanto ao empregador beneficiário da justiça gratuita, que, mesmo sem condições de arcar com o preparo recursal, tem seu direito constitucional de ampla defesa e contraditório tolhido.

2.4. Falibilidade das decisões judiciais

A falibilidade das decisões judiciais está diretamente relacionada com o princípio processual do duplo grau de jurisdição.

O princípio do duplo grau de jurisdição diz respeito à "possibilidade concedida aos litigantes de provocar nova apreciação da matéria debatida na demanda, por órgão hierarquicamente superior ao que emitiu a decisão impugnada." (BEBER, 1997, p.414).

É certo que não há na Constituição ou nos códigos processuais, dispositivo expresso referente ao princípio do duplo grau de jurisdição (BEBER, 1997, p. 415), contudo, este princípio encontra-se implicitamente nas normas de distribuição de competência, tanto da Constituição quanto das normas infraconstitucionais.

Ora, a existência do duplo grau de jurisdição esta intimamente ligada à efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando que a parte possui a garantia de levar a sua lide a julgamento pelo órgão *ad quem*.

Podemos exemplificar através do art. 678, II, "a", da CLT, que disciplina que compete aos Tribunais Regionais julgar os recursos ordinários previstos no art. 895, alínea "a". (BRASIL, 1970).

O art. 895 da CLT estabelece que cabe recurso ordinário das decisões definitivas ou terminativas proferidas pelas Varas, Juízos ou Tribunais Regionais, este último quanto aos processos de sua competência originária.

Portanto, havendo no ordenamento jurídico o recurso como meio necessário para se impugnar uma decisão, o direito a este recurso está abarcado pelo princípio da ampla defesa.

Ou seja, uma vez que os recursos estabelecidos pela CLT são meio de impugnar determinadas decisões em suas respectivas matérias, a utilização deste recurso como meio de defesa é assegurada a todos pelo art. 5º, LV, da Constituição.

A interposição de recursos se baseia em dois argumentos, um deles é a indignação da parte perdedora quanto à decisão proferida.

O nosso subjetivismo nos coloca naturalmente contra decisão desfavorável, de sorte que o sentimento psicológico do ser humano faz com que tenha reação imediata à sentença desfavorável, impelindo-o a pretender, no mínimo, novo julgamento sobre a mesma questão. (NERY JUNIOR, 2004, p.39).

O outro argumento diz respeito à falibilidade das decisões judiciais, que por ser um ato humano, é completamente falível.

Segundo Cândido Dinamarco, "O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso" (2009, p. 80).

Ora, considerando que as decisões judiciais são passíveis de

erro, não se deve exigir o pagamento do depósito recursal como pressuposto para combater essa decisão, sob pena de se estar negando o próprio acesso a justiça àquele que não possui condições financeiras de efetuar o depósito.

Conforme dito acima, se analisarmos a capacidade financeira do empregador cumulativamente com a falibilidade das decisões, é possível concluirmos que a exigência do depósito recursal constitui uma ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Conclui-se, dessa forma, que aquele que teve uma decisão erroneamente proferida ao seu desfavor, e não possui os valores necessários para recorrer da decisão, será injustiçado, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, sendo-lhe negado o acesso ao judiciário, a ampla defesa e o contraditório.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos trabalhistas, na grande maioria das ações que são levadas a conhecimento da justiça especializada, consubstanciam-se em verbas de natureza alimentar e por essa razão possuem uma urgência especial em sua satisfação.

Os princípios processuais trabalhistas, visando proteger os créditos alimentares, caminham no sentido de otimizar e simplificar o caminho da satisfação de tais direitos.

Por essas razões, nos deparamos com o princípio da celeridade processual, que é de extrema importância e está em plena harmonia com a normatização trabalhista.

Ocorre que a aplicação da celeridade processual de forma absoluta e irrestrita pode trazer sérios danos a algumas normas constitucionais. É o que acontece com a exigência do depósito recursal como pressuposto de admissibilidade nos recursos interpostos pelos empregadores, ainda que estes não tenham condições de arcar com tal despesa e estejam sob o pálio da justiça gratuita.

As pequenas e microempresas e as pessoas físicas, quando estão atuando como empregadores, muitas vezes têm o seu direito de ampla defesa violado, considerando que não possuem "capital" suficiente para, no prazo de 8 dias, dispor de determinada quantia e viabilizar o conhecimento do apelo que pretendem interpor.

A despeito de o depósito recursal trabalhista ter natureza de garantia do juízo, visando coibir a interposição de recursos protelatórios, a interpretação no sentido de que a assistência gratuita somente alcança as custas processuais, mantendo a necessidade do depósito recursal, afronta os princípios da ampla defesa, do contraditório e do acesso ao judiciário.

A celeridade processual não pode servir de fundamentação para a violação de princípios constitucionais que asseguram a segurança do ordenamento jurídico. A manutenção deste entendimento acaba por proporcionar a manutenção de decisões que seriam passíveis de reforma perante os tribunais *ad quem*.

O que se propõe no presente trabalho não é que o depósito recursal não seja mais considerado pressuposto de admissibilidade dos apelos, mas que a sua exigência seja feita de maneira diferente para empregadores diferentes, ou seja, em determinadas situações, considerando a situação financeira do empregador e a sua assistência pelos benefícios da justiça gratuita, a exigência do depósito recursal deve ser afastada.

REFERÊNCIAS

BEBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1997, 472p.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm.

_____. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

_____. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm.

_____. Lei n° 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm.

_____. Lei n° 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm.

_____. Lei n° 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5859.htm.

_____. Lei n° 8.542, de 23 de dezembro de 1992. Dispõe sobre a política nacional de salários. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8542.htm.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Ato n° 449/ SEGJUD.GP, Brasília, DF, 25 de julho de 2011. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/14456/2011_ato0449.pdf?sequence=1.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n° 3*, de 05 de março de 1993, Brasília, DF. Interpreta art. 8º da Lei n° 8542, de 23/12/92 (DOU de 24.12.92) que trata do depósito para recurso nas ações na Justiça do Trabalho. Disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/5132/1993_in0003.pdf?sequence=3.

CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS Sérgio Henrique Zandona. *Direito Processual*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2011. 927p.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 11ed. São Paulo: LTR, 2012. 1488p.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 25ed. São Paulo: Malheiros Editores. 384p.

GLIGLIO, Wagner D., CORREA, Claudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 16. ed. ver., ampl., atual. E adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007, 640. <http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MPesEmNumeros/Paginas/MPesEmNumeros.aspx>

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 350 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. 1264 p.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª região). *Recurso Ordinário n° 01090-2008-113-03-00-0*. Recorrente: Santa Casa de Misericórdia. Recorrida: Ana Fernandes de Souza. Relator: Desembargador Emerson José Lage. Minas Gerais, 08 de setembro de 2009. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm?jsessionid=60C0DB5A130EF2C2118F4057017D8D46>

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 6 ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 698p.

RUBENS, Requião. *Curso de direito comercial*. 1º volume, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 592 p.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MINAS. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada.

2 Acadêmico do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

3 <http://www.sebraesp.com.br/TenhoUmaEmpresa/Biblioteca/OutrosConteudos/EstudosEPesquisas/MPesEmNumeros/Paginas/MPesEmNumeros.aspx>

DISTINGUISHING, SÚMULAS E PRECEDENTES

Tatiana Maria Oliveira Prates Motta i
Pedro Correa Pertence ii

RESUMO: O presente artigo trata da aplicabilidade do *distinguishing*, instituto do direito anglo-saxão, aos diferentes modelos de decisões judiciais, vinculantes ou não, aplicados como precedentes em casos concretos. Este estudo consiste em breve exposição dos modelos de precedentes adotados no Brasil, em especial das súmulas, destacando a forma como deve ser feita a distinção entre o caso anterior (precedente) e o caso em análise. A aplicação do precedente demanda nobre esforço do hermenauta, a quem incumbe verificar as semelhanças e diferenças entre as circunstâncias fundamentais que deram origem àquele julgado e as características peculiares do caso concreto. A aplicação das súmulas, de sua vez, demanda sejam idênticos os conflitos jurídicos, sem que se permita qualquer interpretação de seus enunciados.

PALAVRAS-CHAVE: *Distinguishing*. Súmulas. Precedentes.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, as decisões judiciais com força vinculante foram introduzidas ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A aplicação dos precedentes aos julgamentos das lides tem, porém, origem mais remota.

A Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi implementada em alteração de 1963 no Regimento Interno daquela Corte, por iniciativa e conta do Ministro Victor Nunes Leal, responsável pela edição dos primeiros 370 enunciados. O objetivo era criar um método de fixação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Neste artigo, apresentamos o instituto da súmula de acordo com a perspectiva de seu criador e principal partidário, o Ministro Victor Nunes Leal. Demonstramos, por meio da concepção original da Súmula da Jurisprudência Dominante, a forma como devem ser aplicados os verbetes: analisando-se os precedentes que lhes deram origem e suas características fundamentais.

Isso, pois, assim como o *precedent*, decisão judicial do *common law*, a súmula tem sua aplicação submetida à equivalência das circunstâncias fático-jurídicas entre o caso julgado e o que se passa a julgar.

O presente estudo versa especialmente sobre o *distinguishing* e a sua forma de aplicação às súmulas. Instituto originário do direito anglo-saxão, em que os precedentes são os pontos de partida do julgador, o *distinguishing* consiste no cotejo analítico das circunstâncias fundamentais à formação dos precedentes e as circunstâncias fundamentais do caso em questão para, a partir das semelhanças ou diferenças entre os casos, ter-se por

aplicável ou inaplicável o precedente.

Alterações relativamente recentes no Código de Processo Civil, os artigos 518, §1º e 557 dispõem sobre as "súmulas impeditivas de recurso"; atribuem ao juiz a possibilidade de (i) negar seguimento a recurso interposto para Tribunal superior e (ii) de não receber recurso de apelação nos casos em que a pretensão recursal for manifestamente contrária à súmula ou a jurisprudência dominante.

Demonstrar-se-á, nos capítulos seguintes, como a utilização da distinção (*distinguishing*), não só, mas em especial nos casos dos dispositivos mencionados acima, determina a aplicabilidade, ou não, do precedente ao caso específico. Bem sucedida a técnica utilizada, a razão legal do caso anterior – o precedente ou súmula –, quando diversa da razão aplicável à lide em questão, não se aplicará ou será limitada.

Entretanto, a distinção deve ser feita de modo a preservar a segurança jurídica visada pela súmula; nunca com o objetivo de "temperar" seu enunciado. Caso contrário, o hermenauta se afasta do objetivo da súmula, método de fixação da jurisprudência.

II. DESENVOLVIMENTO

2As súmulas, os precedentes e o *distinguishing*

2.1A súmula no Brasil: origem, objetivo e efeitos

A súmula é definida como uma *pequena suma*; *breve epitome* ou *resumo*. Juridicamente, é um enunciado que reflete a

jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir a consolidação de teses controversas.¹

No Brasil, a *Súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal* foi idealizada e introduzida pelo Ministro *Victor Nunes Leal*. Criou-se, assim, um elemento importante e eficiente de fixação da jurisprudência. A instituição da súmula no Supremo Tribunal Federal ocorreu por meio de emenda regimental de 28 de agosto de 1963. Os primeiros 370 enunciados, elaborados pelo Ministro *Victor Nunes Leal*, foram aprovados em sessão de 13 de dezembro do mesmo ano e publicados em março do ano seguinte.

Definindo a súmula e sua função, *Victor Nunes* afirmava que “na Súmula, o Supremo Tribunal Federal inscreve, em enunciados distintos, devidamente classificados por assunto, o seu entendimento sobre as questões mais controvertidas na jurisprudência e sobre as quais o Supremo Tribunal chegou a uma opinião firme, em face da sua composição contemporânea, ainda que não compartilhada por todos os Ministros”.²

Para seu criador, a Súmula representa, portanto, puramente segurança jurídica.

No mesmo sentido, *Barbosa Moreira*, citado por *Lenio Luiz Streck* na obra *Súmulas no Direito Brasileiro*, afirmava que as súmulas “verdadeiramente refletem o pensamento dominante no Supremo Tribunal Federal, pois tais teses só se tornam objeto de Súmula com a aprovação de mais da metade de seus ministros e não de maiorias precárias e ocasionais”.³

Como se vê, a súmula foi criada como instrumento de fixação da jurisprudência controvertida, a fim de facilitar a orientação dos tribunais superiores. Não é – e nunca foi –, por outro lado, elemento de rigidez da jurisprudência, freio das alterações hermenêuticas, uma vez que as relações sociais e jurídicas não são estáticas, estratificadas. Ao contrário: são complexas, concretas, voláteis.

Confira-se, a respeito, a seguinte afirmação de *Victor Nunes Leal*, em palestra proferida em Belo Horizonte, cujo trecho a seguir foi transcrito pelo em. Ministro *Prado Kelly* no debate do julgamento do *Habeas Corpus* nº 42.958 (21.3.1966):

Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio termo, para que o Supremo Tribunal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência.

Com efeito, desde sua idealização, à súmula é negada a capacidade de atribuir rigidez à hermenêutica jurisprudencial, muito embora seja repugnada a interpretação diversa acerca de conflito jurídico semelhante.

O que se repele por meio da súmula, nas palavras do idealizador, é a *anarquia jurisprudencial*; a interpretação diversa acerca do mesmo conflito jurídico. Para que seja aplicada ao caso concreto, a súmula – geral e abstrata –, é fundamental, portanto, que a lide seja a mesma. Em outros termos, as circunstâncias juridicamente relevantes presentes no caso fático devem ser *idênticas* às dos casos referidos nos acórdãos que deram origem ao enunciado. Somente assim é permitido aplicar o preceito contido na súmula ao caso concreto.

Após a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988, ocorreu considerável alteração no papel do Supremo Tribunal Federal e das Súmulas editadas pela Corte. Até aquele momento, o STF acumulava os encargos de guardião de constitucionalidade das leis e uniformizador da interpretação delas.⁴

Uma vez criado, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser responsável, em relação à matéria infraconstitucional, pelo papel antes desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Desde então, as Súmulas editadas pelo STJ representam a interpretação dada pela instância superior às leis e atos normativos federais.

Atualmente, a edição das súmulas tem previsão no art. 479 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Para adequada análise deste dispositivo, é indispensável que se forneça a correta definição do termo precedente: originário do *common law*, o precedente é uma decisão judicial proferida em determinada lide, que estabelece um princípio ou regra que o Tribunal – ou outro órgão judicial – deve utilizar em casos posteriores com fatos semelhantes.

Benjamin Nathan Cardozo, juiz da Suprema Corte Americana entre 1932 e 1938, também citado por *Lenio Streck*⁵, assim entendia a vínculo entre o precedente e a prestação jurisdicional:

Atrás dos precedentes se encontram as bases das concepções jurídicas, postulados do pensamento judicial, e ainda mais atrás estão os hábitos de vida, das instituições das sociedades, que são a origem daquelas concepções e que, por um processo de ação recíproca, são, por sua vez, modificados por elas. Não obstante, um sistema altamente desenvolvido como o nosso (common law) já está de tal modo coberto de precedentes, que eles constituem o ponto de partida do trabalho do juiz.

Como se vê do trecho acima transcrito, é clara a principal diferença entre o julgador de origem inglesa (do *common law*) e o julgador brasileiro: o *ponto de partida*. No direito brasileiro, positivista, é a lei o ponto de partida do julgador. Ou, ao menos, era.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu no Brasil um novo *ponto de partida*. Prevista no art. 103-A da Constituição da República, a súmula vinculante será editada quando o Supremo Tribunal Federal “de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Criou-se, ali, um mecanismo de vinculação das decisões transformadas em súmula. As súmulas vinculantes, malgrado apoiadas no mesmo objetivo da súmula tradicional⁶, são de aplicação obrigatória e possuem instrumento específico para reformar a decisão contrária: a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, §3º, CR/88).

Conforme determina o artigo 103-A da Carta Magna, a *Súmula Vinculante* deve originar do Supremo Tribunal Federal, versando sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas que envolvam matéria constitucional controvertida, capaz de gerar insegurança jurídica. Patente, pois, que, com a súmula, busca-se promover a segurança jurídica.⁷

2.2 Decisões com efeito vinculante e aplicação aos casos concretos

Há muito é discutida a possibilidade de atribuir-se efeito vinculante às decisões judiciais, assim como ocorre no sistema do *common law*. Na doutrina inglesa dos precedentes obrigatórios (*doctrine of binding precedent*⁸), também conhecida como *stare decisis* ou *case law*, como se vê pelas denominações, o precedente sobrepõe-se à lei como produto de trabalho dos juízes⁹. Isso não se confunde, por óbvio, com o insubsistente entendimento de que, no *common law*, é o juiz quem legisla. A função universal do juiz é aplicar o direito ao caso concreto, conforme as regras legais existentes e de acordo com o ordenamento jurídico em sua inteireza.

A discussão no Brasil sobre o efeito vinculante das decisões judiciais esbarrava na equivocada ideia de que a tripartição dos poderes não comportaria a concessão de competência dessa ordem ao Poder Judiciário, responsável por “dizer o direito” criado pelo Poder Legislativo. Certamente, porém, a típica função do legislativo, de editar as leis, não se confunde com o poder atribuído

ao Judiciário, de criar normas de aplicação e interpretação da lei.

Superada a frágil discussão acerca da competência do judiciário para proferir decisões de caráter vinculante, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 introduziu no Brasil a força cogente das decisões do Supremo. O § 2º do artigo 102 da Constituição determina que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Soma-se à força vinculante das decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado – aquele restrito ao Supremo Tribunal Federal – o fato de que a mencionada Emenda Constitucional adicionou ao ordenamento jurídico brasileiro a súmula vinculante, grande inovação recente no direito brasileiro e principal expoente do poder vinculante das decisões judiciais.

Assim, as decisões às quais se atribui força vinculante – as súmulas e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental – tornaram-se *pontos de partida* obrigatórios do aplicador da lei.

A súmula vinculante assemelha-se, nesse ponto, aos precedentes, típicas decisões judiciais vinculantes originárias do *common law*.

Entretanto, como se sabe, para cada fato há o direito correspondente. Por obviedade do silogismo, conclui-se que, para aplicar à nova situação a decisão anterior ou súmula, seja esta vinculante ou não, é necessário que o fato jurídico seja o mesmo: o conflito jurídico deve ser idêntico, ao menos no que toca às circunstâncias fundamentais à formação do julgado. Com efeito, o cotejo analítico e minucioso dos dois casos – o precedente e o que se está julgando – é condição indispensável à aplicação daquele entendimento.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que a decisão judicial, seja um precedente, uma súmula ou até mesmo uma súmula vinculante, não é intocável. No *common law*, sistema em que a *doctrine of binding precedent* já está devidamente assimilada, a orientação é que a aplicação do precedente deve ser flexibilizada de acordo com o conjunto fático-jurídico em análise. Não se pode confundir, assim, o poder vinculante da decisão – no caso, da súmula – com a autonomia dos enunciados em relação aos precedentes que lhe deram origem.

Em outras palavras, todo caso deve ser analisado minuciosamente, de modo a se conferir a cada situação a correta prestação jurisdicional. O ilustre professor *Menelick de Carvalho Netto*, no artigo “A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito”, interpretando a *tutela jurisdicional adequada* de *Ronald Dworkin*¹⁰, assim conclui:

A unicidade e a irrepitibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico, irrepitível por definição. Em outros termos, todo e qualquer caso deve ser tratado pelo julgador como um caso difícil, como um *hard case*.¹¹

Com efeito, a súmula, um enunciado que reflete a interpretação do Tribunal sobre tema controvertido, não é capaz de prever ou regular todas as situações concretas e suas peculiaridades, assim como a lei também não tem essa capacidade. Menelick de Carvalho Netto destaca, ainda, que “é somente mediante a visualização do embate das normas gerais e abstratas, concorrendo entre si em toda a amplitude normativa do ordenamento para regerem situações, que poderemos encontrar a norma adequada àquela situação específica”.¹²

O entendimento acima exposto vai ao encontro do pensamento do Ministro Victor Nunes Leal, em comentário das razões pelas quais a Súmula foi introduzida, *verbis*:

*Foi dessa maneira, colocando-se um pé adiante do outro, que nasceu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Ela atende, portanto, a vários objetivos: é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme daquela que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas.*¹³

“Ao contrário do que pretendem alguns críticos” – prossegue na tese o eminente jurista –, “a Súmula resguarda perfeitamente a amplitude da defesa. Em caso de arquivamento do recurso, pelo relator, as partes, mediante o agravo regimental, podem fazer julgar a causa pela Turma, ou pelo Tribunal Pleno, conforme a hipótese.”

A toda evidência, não há autonomia entre os enunciados das súmulas e os precedentes que lhes deram origem. A súmula reflete a interpretação dominante do Tribunal; torna-se, a partir daí, uma norma genérica e abstrata. Não pode, assim, ser aplicada de forma arbitrária, sob pena de prejudicar a segurança jurídica que objetiva. A toda evidência, deve-se evitar que a súmula seja um óbice à correta prestação jurisdicional, somente alcança-

da por análise minuciosa do conteúdo fático-jurídico (lide jurídica).

Tem-se, pois, que a aplicação da decisão anterior, independentemente da espécie, é subordinada à semelhança jurídica entre a lide que está sendo julgada e ao precedente; à equivalência das circunstâncias determinantes dos julgados.

2.3 Distinguishing e as súmulas

A atual redação dos artigos 518, §1º e 557, do Código de Processo Civil, submete a prestação jurisdicional recursal à (in) existência de súmula anterior que disponha sobre a matéria, *verbis*:

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§1º - O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Vê-se, da análise dos dispositivos, uma condição ao julgamento do recurso. Existindo súmula ou jurisprudência dominante contrária ao caso em exame, o julgador deverá aplicar o precedente, evitando que seja recebida a apelação (§1º, art. 518) ou negando seguimento ao recurso interposto para os tribunais superiores (art. 557).

Para evitar as procrastinações deliberadas, os recursos manifestamente protelatórios, surgiram as atuais redações dos referidos dispositivos, introduzidas, respectivamente, pelas Leis 11.276/06 e 9.756/98. O objetivo é prestigiar a uniformização da jurisprudência, atribuindo-se aos casos concretos semelhantes a mesma prestação jurisdicional. O §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil segue a mesma linha, porém na situação inversa: permite ao relator dar provimento ao recurso de forma monocrática, se “a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Para o efeito pretendido neste estudo, que visa demonstrar a necessidade da semelhança fático-jurídica (da lide propriamente dita) com o precedente aplicável, trabalhamos especialmente com as “súmulas impeditivas de recurso”. Convém destacar, porém, que o instituto do *distinguishing* aplica-se, *mutatis mutandis*, aos

casos abrangidos pelo §1º-A do artigo 557 do CPC.

Ressalte-se, novamente, que o impedimento (ou [in] provimento) recursal previsto nestes dispositivos não tem – assim como a súmula da maneira como foi concebida – por objetivo limitar a prestação jurisdicional. Pelo contrário: tenta-se tornar mais célere a prestação adequada; aplicar a cada caso o direito cabível, evitando a *anarquia jurisprudencial* temida por Victor Nunes.

Preservando o interesse das partes em que seja aplicada a melhor prestação jurisdicional ao caso concreto, o artigo 544 do Código de Processo Civil prevê que: “*não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso*”. Na mesma linha, os parágrafos 3º e 4º do artigo 544 dispõem:

§3º. Poderá o relator, se o acórdão estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

§4º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

No caso de decisão proferida pelo próprio tribunal competente para julgar o recurso, à parte prejudicada cabe a interposição de agravo interno (regimental) no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação da decisão, conforme prevêem os artigos 317 do Regimento Interno do STF¹⁴, e 258 e 259 do Regimento Interno do STJ¹⁵.

Assim, atribuir à súmula o caráter de razão legal para embasar decisão posterior – assim como ocorre no *precedent* –, é método de atribuir celeridade e segurança à prestação jurisdicional; não de limitá-la ou fazê-la menos judiciosa. Dessa forma, cabe ao advogado da parte prejudicada pela decisão monocrática que, com base em súmula ou jurisprudência dominante, negou seguimento, negou provimento ou deu provimento a recurso, demonstrar a inaplicabilidade do precedente, utilizando-se da distinção entre as circunstâncias elementares que deram origem ao precedente e as da lide em questão.

É equivocada, pois, a idéia de que a súmula cerceia o direito da parte e prejudica a correta prestação jurisdicional. A intenção é diametralmente oposta e Victor Nunes já deixava isso bem claro:

Alguns, no foro do Rio de Janeiro, chegaram a apelidar a Súmula de Túmulo.

Essa crítica não tem razão de ser, porque, do despacho de arquivamento, no prazo de 5 dias, cabe agravo para o próprio Tribunal. O advogado, inconformado pode, por esse meio, pedir ao Tribunal que julgue seu processo. O relator, então, o levará ao Tribunal e emitirá o seu voto, que poderá ser no mesmo sentido do despacho, ou em sentido diverso, se ele se convencer das novas razões apresentadas pelo advogado. Não há, pois, cerceamento de defesa, porque, se o advogado não agrava, ter-se-á conformado com o arquivamento.

Assim, o *distinguishing* é instrumento fundamental do juiz, e, também, do advogado, a quem incumbe, nos *agravos regimentais*, distinguir as lides e garantir que os artigos 518, §1º, e 557 do CPC sejam aplicados apenas em casos juridicamente idênticos. Pela análise de distinção dos casos verifica-se a possibilidade de aplicar-se (ou não) o precedente à lide em questão. Precisa, assim, a definição do termo *distinguishing*, que consiste em “*verificar significativa diferença fática, procedimental ou legal em caso pretérito, capaz de minimizar o efeito da aplicação do precedente ou demonstrar sua inaplicabilidade ao caso*”.¹⁶

Submete-se, portanto, a aplicação da súmula “impeditiva de recurso” à verificação da semelhança fático-jurídica entre os casos, que (i) deram origem ao enunciado e (ii) à decisão recorrida. Neste sentido, destaca o jurista Marco Antônio da Costa Sabino:

*Na aplicação do precedente, é preciso, preliminarmente, verificar se há lugar para tanto, vale dizer, se o segundo caso comporta a alocação do dado precedente. Por isso, os juízes do common law exercem, em primeiro lugar, a técnica da distinção, ou distinguishing. Por essa técnica, o juiz deve aproximar os elementos objetivos dos casos em que se constituíram precedentes potencialmente aplicáveis e o caso objeto do precedente, ou mesmo, ampliá-lo.*¹⁷

Ou seja, o cotejo analítico entre os casos é condição antecedente, indispensável à aplicação do precedente. Da mesma forma, o é em relação à súmula. Embora não adotemos o sistema do *common law*, a súmula, como já dito, possui semelhanças com o *precedent*, fazendo com que sua aplicação para não receber (art. 518, §1º) ou negar seguimento a recurso (art. 557) esteja vinculada à semelhança entre os precedentes que deram origem ao enunciado e a decisão recorrida.

Há, entretanto, significativa diferença do *precedent* para a súmula, ambos métodos hermenêuticos, porém distintos. O Professor Edward Dominic Re, no artigo "stare decisis", traduzido pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, ensina que:

É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é, na verdade, um principium, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do common law afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo, moldando e aplicando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si.¹⁸

Como se vê do trecho acima transcrito, é evidente a mencionada distinção entre a aplicação do *precedent* e a aplicação da súmula. Conforme leciona o professor Edward D. Re, o precedente "é, na verdade, um princípio", passível de ser moldado para ser aplicado ao caso concreto. Vale transcrever, a respeito, a preciosa lição de Miguel Reale:

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.¹⁹

Os princípios, assim como as súmulas, orientam a hermenêutica jurídica. No entanto, a súmula, definitivamente, não é um princípio. A súmula reflete a interpretação do Tribunal a respeito de determinada norma. É, segundo seu idealizador, o "método destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante".

Por resultar de uma interpretação, o enunciado da súmula não pode ser interpretado ou aplicado analogicamente. Não se pode acrescentar ou suprimir palavras a fim de tornar o enunciado aplicável ou inaplicável a determinado caso. O enunciado deve ser claro e automaticamente compreensível; não se amoldando ao caso, não é aplicável. Neste ponto, claro como de costume, Victor Nunes Leal ensina:

A Súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência (...). Em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos à insegurança que a Súmula

quis remediar. Quando o enunciado for defeituoso, devemos riscá-lo e redigir outro. Este é que é o método adequado, previsto no Regimento.²⁰

Após réplica do Ministro Elói da Rocha afirmando que se tinha, "como juiz, o poder de interpretar a mesma Constituição, poderei interpretar a Súmula", Victor Nunes insistiu:

V. Exa. tem, evidentemente, o poder de interpretar qualquer decisão nossa, e, portanto, a nossa jurisprudência sintetizada na Súmula. Mas a Súmula é um método de trabalho, através do qual esta Corte tem procurado eliminar dúvidas de interpretação. Se a Súmula, por sua vez, for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade. Quando algum enunciado for imperfeito, devemos modificá-lo, substituí-lo por outro mais correto, para que ele não seja, contrariamente à sua finalidade, uma fonte de controvérsia.

A toda evidência, embora aplicável à súmula, o *distinguishing* tem sua eficácia mais restrita do que na análise do *precedent*. O precedente, no direito anglo-saxão é um princípio amoldável ao caso concreto. A súmula não. A súmula representa a interpretação dada pelo Tribunal a determinada questão jurídica; não é válido reinterpretar-se o enunciado ou amoldá-lo ao caso concreto. A segurança jurídica visada pela súmula exige a observância – quando gêmeos os casos – integral de seu enunciado.

Assim, o *distinguishing*, embora ainda não tão disseminado – ao menos dessa forma – nos Tribunais Brasileiros é técnica fundamental à aplicação da súmula brasileira e dos precedentes do *common law*. Mas, atenção: no que toca à súmula, o *distinguishing* demanda do hermeneuta a consulta aos precedentes que deram origem ao enunciado. Não é viável, portanto, a releitura ou a interpretação do enunciado, mas apenas dos julgados que lhes deram origem. É a leitura dos julgados que lhes deram origem o método de interpretação dos enunciados.

2.4 Breves considerações sobre o *distinguishing* das súmulas no Supremo Tribunal Federal

Embora pareçam claras as limitações do *distinguishing* em relação às súmulas e da aplicação das súmulas ao caso concreto, até mesmo o Supremo Tribunal Federal diverge sobre a possibilidade de aplicar-se esse instituto para "temperar" a interpretação do enunciado da súmula. Em debate no julgamento do *habeas corpus* nº 85.185, em 10 de agosto de 2005, o plenário da Corte, divergiu sobre a possibilidade de reinterpretar-se a súmula. Na-

quele caso, estava em discussão o enunciado nº 691 da *Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, segundo o qual *"não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar"*.

Esse enunciado foi objeto de discussão no Pleno do Supremo Tribunal Federal, por uma distinção não existente nos precedentes que deram origem ao verbete. Embora a leitura do enunciado não deixe dúvidas acerca da inviabilidade de se impetrar *habeas corpus* perante o Supremo contra decisão de relator de Tribunal Superior que indefere liminar, no julgamento do HC nº 85.185, alguns dos Ministros presentes propuseram a releitura do enunciado para admitir o *habeas corpus* nos casos em que o constrangimento ilegal for flagrante.

Desnecessário dizer que, por razões óbvias, para o impetrante de *habeas corpus* o constrangimento ilegal é sempre flagrante, o que torna, adotado esse entendimento, inócuo o enunciado da súmula 691 do STF. Não é este, contudo, o objeto do presente artigo.

Com o devido respeito aos Ministros que defenderam essa tese, não é esse o modelo de *distinguishing* que possibilita a segurança jurídica almejada pela súmula. Ao contrário: a distinção é cabível quando feita entre os precedentes que deram origem ao enunciado da súmula e o recurso que se julga. Por outro lado, não cabe a distinção inexistente nos precedentes que deram origem ao enunciado. Se os precedentes não levavam em conta aquela circunstância, de duas uma: ou se aplica, ou se cancela a súmula.

Neste ponto, defendendo o instituto da súmula, o Ministro Sepúlveda Pertence, se pronunciou:

Não se dá temperamento à súmula; cancela-se esta e, se for o caso, emita-se outra depois. Mas esta está fundada nos precedentes, a partir do referido pelo Ministro Cezar Peluso, da lavra do eminente Ministro Moreira Alves.

Então, não é possível estabelecer temperamentos que não estão nos precedentes. A súmula é uma pura declaração solene do Tribunal de que considera determinada questão pacificada e, conseqüentemente, dispensa novas discussões, citações de precedentes, longas e eruditas fundamentações. É apenas 'um método de trabalho do Tribunal', na expressão de Victor Nunes. Quando se discute que a súmula não devia dizer o que os precedentes disseram, ela já não presta mais como súmula. Então, o caso é de cancelar. Assim, não há meia medida: ou se cancela, ou se aplica a súmula.

De forma indelével, o Ministro Victor Nunes, embora vencido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 54.190, definiu bem a função da súmula e o seu método de aplicabilidade limitada aos exatos termos do enunciado:

Se tivermos de interpretar a Súmula com todos os recursos de hermenêutica, como interpretamos as leis, parece-me que a Súmula perderá sua principal vantagem. Muitas vezes será apenas uma nova complicação sobre as complicações já existentes. A Súmula deve ser entendida pelo que exprime claramente, e não a contrário sensu, com entrelinhas, ampliações ou restrições. Ela pretende pôr termo a dúvidas de interpretação e não gerar outras dúvidas.

(...)

Faço um apelo aos eminentes colegas, para não interpretarmos a Súmula de forma diferente do que nela se exprime, intencional e claramente. Do contrário, ela falhará, em grande parte, à sua finalidade. ²¹

É óbvio: a súmula não se presta como princípio hermenêutico amoldável ao caso. A súmula reflete o entendimento adotado pelo Tribunal nos precedentes. Assim, são os precedentes os elementos de interpretação da súmula; não é viável suprimir ou "temperar" o enunciado. Nem mesmo interpretá-lo de forma inversa.

Conclui-se, portanto, que o *distinguishing* é aplicável às súmulas – notadamente às que fundamentem as decisões previstas nos artigos 518, §1º e 557 do Código de Processo Civil –, mas, apenas no que diz respeito às circunstâncias fundamentais dos precedentes, jamais limitando ou invertendo o texto dos verbetes. Como se disse, a súmula não é um princípio amoldável ao caso concreto. Distingue-se a súmula, dessa forma, do *precedent* do *common law*.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Criada como *método de trabalho*, a súmula surgiu como instrumento do Supremo Tribunal Federal para promover segurança jurídica; garantir que em casos semelhantes o julgamento será igual. Introduzida no Brasil por alteração de 1963 do Regimento Interno do STF, a súmula consiste na inscrição, em enunciados, de interpretação dada pelo Tribunal às questões controvertidas pela jurisprudência.

Desde sua idealização pelo Ministro Victor Nunes, a súmula visa garantir que a cada caso concreto se dará a prestação jurisdicional adequada, evitando a anarquia jurisprudencial. Não se pode, entretanto, limitar a prestação jurisdicional.

À súmula não se pode atribuir a pecha de ser *elemento de ri-*

gidez da jurisprudência, obstáculo às alterações hermenêuticas. Ao contrário: as relações sociais e jurídicas estão em constante movimento e incumbe ao aplicador da lei adequar a prestação ao caso concreto.

Apesar de semelhante em alguns aspectos, a súmula, ao contrário do *precedent*, não é um conceito genérico, amoldável ao caso concreto. O método de interpretação adequado dos enunciados consiste na análise dos precedentes que lhes deram origem. Não há autonomia entre os enunciados e os precedentes que lhes deram origem.

Assim, a aplicação da súmula – ou do precedente – deve ser submetida ao cotejo analítico entre os casos, de modo a verificar equivalência das circunstâncias fundamentais à formação do julgado. É necessário que o fato do qual deriva o direito seja idêntico ao do precedente; o conflito jurídico – ao menos em relação às suas circunstâncias fundamentais – deve ser o mesmo.

Isso evita que a aplicação do precedente seja autoritária ou injusta. Incumbe ao hermeneuta, portanto, verificar a aplicabilidade da súmula ao caso.

O *distinguishing* é o instrumento processual criado no *common law* para afastar a aplicação do precedente, quando indevida. A distinção entre as circunstâncias fundamentais, de modo a verificar a compatibilidade entre os casos é condição indispensável à aplicação da decisão anterior. Especificamente nos casos em que aplicados os artigos 518, §1º, e 557 do Código de Processo Civil, o *distinguishing* é utilizado para se afastar a aplicação indevida da súmula ao caso.

Patente, dessa forma, o cabimento desse instituto à súmula. Porém, como demonstrado, a súmula não é um *precedent*, não é um princípio amoldável ao caso concreto. Assim, para se verificar a aplicabilidade da súmula ao caso, devem ser analisados os precedentes que deram origem ao enunciado e suas circunstâncias fundamentais.

Preservando a natureza da súmula, não é permitido ao Tribunal “temperar” seu enunciado. Sequer é permitida sua interpretação a contrário *sensu*. Além disso, a distinção capaz de determinar a observância da súmula deve ser feita de acordo com as características existentes no julgado. Se os precedentes não levavam em consideração determinada circunstância, sendo esta indiferente à formação do julgado, não cabe a distinção para impedir a aplicação da súmula.

A utilização do *distinguishing* em relação à súmula deve promover a segurança jurídica, não colocá-la em risco. Tendo a súmula como método de trabalho, ao se deparar com o caso concreto semelhante, o Tribunal tem duas opções: ou cancela ou aplica a súmula.

Naturalmente, a súmula não comporta a distinção inexistente

nos precedentes. Se necessária a releitura, a súmula não se presta mais como tal e deve ser cancelada.

Tem-se, por esses motivos, inviável a releitura do enunciado e de seus precedentes para fazer distinção não levada em conta em sua formação. Caso contrário, tropeça-se na insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ROSAS, Roberto, *Direito Sumular*, 11ª edição, Ed. Malheiros, 1997.

LEAL, Victor Nunes, *Problemas de Direito Público e outros problemas*, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

STRECK, Lenio Luiz, *Súmulas no Direito Brasileiro*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição Federal*. Senado Federal, Brasília, 2009;

NETTO, Menelick de Carvalho. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Artigo gentilmente cedido pelo autor.

NETTO, Menelick de Carvalho. *A contribuição do Direito Administrativo enfocando da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Artigo gentilmente cedido pelo autor.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*, Brasília, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Regimento Interno*, Brasília, 2010.

NEGRÃO, Theotonio, Gouvêa, José Roberto F., BONDIOLI, Luis Guilherme A. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 42ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010.

SABINO, Marco Antônio da Costa, *O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil*, in *Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP)* nº 85 – abril de 2010, fls. 51/72

RE, Edward Dominic, *Stare Decisis* – tradução de Ellen Gracie Northfleet, *Revista Forense*, volume 327, 1990.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 21ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, *Memória Jurisprudencial Ministro Victor Nunes*, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2006.

NOTAS DE FIM

1i Advogada. Professora Universitária no Centro Universitário Newton Paiva.

ii Advogado associado da Sociedade de Advogados Sepúlveda Pertence/ Brasília. DF ROSAS, Roberto, Direito Sumular, 11ª edição, Ed. Malheiros, p. 8/9, Sobre o conceito de súmula, confira-se o voto do Ministro Carlos Mario Velloso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 594.

2 LEAL, Victor Nunes, Problemas de Direito Público e outros problemas, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 50

3 STRECK, Lenio Luiz, Súmulas no Direito Brasileiro, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995

4 STRECK, Lenio Luiz, Súmulas no Direito Brasileiro, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995

5 Ibidem cit.3

6Dispõe o §1º do art. 103-A da CR/88: "A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

7 De acordo com o §1º do art. 103-A da Constituição Federal, "a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

8 O nome é auto-explicativo: doutrina dos precedentes obrigatórios

9 STRECK, Lenio Luiz, Súmulas no Direito Brasileiro, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995

10 Taking Rights seriously. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978, p. 81/130; A Matter of Principle. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, p. 119/145

11 NETTO, Menelick de Carvalho: Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG; Professor dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da UNB.

12A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrador para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição.

13 LEAL, Victor Nunes, Problemas de Direito Público e outros problemas, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 42

14 Desde a reforma regimental de 1963, em que foi instituída a Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Regimento Interno do Supremo prevê a possibilidade de buscar-se a revisão da decisão que aplicou súmula para negar seguimento ou provimento a recurso, por meio do agra-

vo regimental. Atualmente, o artigo 317 assim prevê essa possibilidade: "Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

§ 1º A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.

§ 2º O agravo regimental será protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto.

§ 3º Provido o agravo, o Plenário ou a Turma determinará o que for de direito.

§ 4º O agravo regimental não terá efeito suspensivo."

15"Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

§ 1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso.

§ 2º Não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido. TO INTERNO

Art. 259. O agravo regimental será submetido ao prolator da decisão, que poderá reconsiderá-la ou submeter o agravo ao julgamento da Corte Especial, da Seção ou da Turma, conforme o caso, computando-se também o seu voto. Parágrafo único. Se a decisão agravada for do Presidente da Corte Especial ou da Seção, o julgamento será presidido por seu substituto, que votará no caso de empate."

16 Tradução livre da definição de "distinguish" do Dicionário Jurídico Black's Law Dictionary: "To note a significant factual, procedural, or legal difference in (an earlier case), used to minimize the case's precedential effect or to show that it is inapplicable".

17 SABINO, Marco Antônio da Costa, O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil, in Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP) nº 85 - abril de 2010, fls. 51/72

18 RE, Edward Dominic, Stare Decisis - tradução de Ellen Gracie Northfleet, Revista Forense, volume 327, 1990.

19 REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, 21ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 300/301

20 LEAL, Victor Nunes, Problemas de Direito Público e outros problemas, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 293

21 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória Jurisprudencial Ministro Victor Nunes*, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2006, p. 35/36

LIBERDADE DE IMPRENSA, DIREITOS DE PERSONALIDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Glenda Rose Gonçalves Chaves¹

Nicole Bianchi Barbosa²

RESUMO: A imprensa durante muitos anos sofreu momentos de censura e repressão, e a conquista desta plena liberdade, foi um grande passo para a consolidação do direito fundamental de se expressar, informar e exercer esta profissão. Contudo, esta pode também ser uma atividade prejudicial se utilizada de forma abusiva e sensacionalista, uma vez que é capaz de atingir outros direitos garantidos constitucionalmente, como a honra, imagem e presunção de inocência. Dessa forma, o presente artigo busca analisar esse limite entre a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade e direito à presunção de inocência, com vistas à construção de um Estado Democrático de Direito e garantir máxima efetividade à Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de imprensa; direitos de personalidade; princípio da presunção de inocência.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

Os meios de comunicação, desde os momentos iniciais da história, sofreram com a censura e repressão. A busca pela plena liberdade foi um grande passo para a consolidação do direito fundamental de se expressar, informar e exercer esta profissão.

Nesse sentido, a liberdade de expressão, especialmente a liberdade de imprensa, tem sido vista como um dos pilares de construção de Estados Democráticos. Diante disso, ao se falar em democracia, pretende-se que exista, na referida sociedade política, liberdade de imprensa.

De outro lado, esta pode também ser uma atividade prejudicial se utilizada de forma abusiva e sensacionalista, já que é capaz de atingir outros direitos garantidos constitucionalmente, como a honra, imagem e presunção de inocência.

Exercida desta maneira, a liberdade de imprensa poderá gerar irreparáveis prejuízos ao indivíduo, bem como o seu pré-julgamento, tornando-o à margem da sociedade, ainda que inexistam sobre o mesmo uma sentença condenatória transitada em julgado.

Por tudo isso, a liberdade de imprensa, sua relação com os direitos de personalidade e com o princípio da presunção de inocência tornam-se de suma importância na contemporaneidade. Dessa forma, o presente artigo tem por objetivo realizar uma reflexão sobre esses temas que são correlacionados, de modo a repensá-los dentro da ótica brasileira.

2. IMPRENSA E CENSURA NO BRASIL

O exercício de imprensa no Brasil é marcado, em vários momentos da história, pela censura. O governo durante muito tempo

manteve o domínio das informações, estipulando regras para a sua divulgação e regulando os meios de comunicação existentes.

A censura ocorria de forma mais ou menos rígida conforme a época das publicações e de acordo com a abrangência dada às normas constitucionais, referentes à proteção deste princípio.

Este meio de repressão deixou grandes marcas na história do país, por isso qualquer assunto relacionado deve ser tratado com precaução, para que não seja retomada a supressão de direitos já conquistados e garantidos constitucionalmente.

O direito fundamental à liberdade de expressão e informação garante a livre manifestação do pensamento, sendo "*conditio sine qua non* para a existência do regime democrático" (DONNINI, 2002, p.31). Por isso, além das previsões constitucionais nos artigos 5º, IV, IX e XIV, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também denominada Pacto de São José da Costa Rica, também prevê o direito ao livre pensamento e expressão.

Para a garantia da liberdade das comunicações, no período ditatorial, foi criada uma Lei que regulava as atividades da imprensa no país. No entanto, em 30 de abril de 2009, esta lei (Lei n. 5.250/67) a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, foi declarada como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por ter sido considerada incompatível com os princípios elencados nesta última, por meio da ADPF 130.

Um dos motivos que levaram a apresentação desta ADPF foi o fato de que a Lei 5.250/67 foi criada no período da ditadura militar, o que implica na vigência de normas que, muitas vezes, vão contra os preceitos elencados na atual Constituição Federal, como a existência de censura a espetáculos públicos.

Ademais, a Constituição Federal já regulamenta toda esta matéria, inclusive autorizando a livre imprensa, sem quaisquer restrições, além de garantir o direito a indenização por danos morais e materiais, bem como o direito de resposta a quem se sentir prejudicado.

Por isso, é possível verificar, no julgamento da ADPF 130, que o Ministro Celso de Mello em seu voto afirma que nenhum direito é absoluto, e sendo assim a liberdade de expressão também não o é, e possui limitações, principalmente quando entra em confronto com outros direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988:

A mesma Constituição que garante a liberdade de expressão, frisou Celso de Mello, garante também outros direitos fundamentais, como os direitos à inviolabilidade, à privacidade, à honra e à dignidade humana. Para Celso de Mello, esses direitos são limitações constitucionais à liberdade de imprensa. E sempre que essas garantias, de mesma estatura, estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade.³

A liberdade de pensamento, conforme dispõe Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2001, p.56) é o direito basilar, que origina a liberdade de expressão, seja ela artística, científica ou intelectual. Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, tutela em seu artigo 5º, entre outros, o conjunto de direitos que derivam desta liberdade.

Ainda no referido diploma legal, o artigo 220 proíbe a criação de lei que implique em idéias controvertidas a respeito da liberdade de imprensa, e veda a censura, independente de sua natureza, assegurando tal liberdade.

Em verdade, a proteção a estas liberdades é expressamente garantida, mas possui condições necessárias ao seu exercício, tais como a vedação ao anonimato na manifestação de pensamento, prevista no inciso IV do artigo 5º.

Em outro aspecto, o sigilo da fonte é autorizado no artigo 5º, inciso XIV, podendo isto ocorrer somente nos casos em que o exercício profissional assim exigir. Neste mesmo dispositivo, há a garantia de acesso a informação.

Conforme afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2001) o direito de ser informado, está ligado à liberdade de informação. Por isso, esse último:

Antes de ser concebido como uma liberdade de manifestação e expressão do pensamento, modernamente vem sendo entendido como dotado de forte componente de interesses coletivos, a que corresponde, na realidade, um direito coletivo à informação. (GODOY, 2001, p.58)

Por outro lado, em que pese a garantia à liberdade de se expressar, informar e ser informado, a dignidade da pessoa humana se reflete em outras proteções que também são essenciais para que o homem possa desenvolver sua personalidade no convívio social, tendo a segurança mínima de exercício de seus direitos individuais.

3. ATAQUE E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

A partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789 e 1949 respectivamente, houve maior destaque para a proteção dos direitos de personalidade.

No Brasil, a proteção aos direitos individuais é expressamente garantida no artigo 5º da Constituição, especificamente em seu inciso XLI, que dá uma proteção genérica, ao dispor que haverá punição a qualquer ato discriminatório que atente contra os direitos e liberdades fundamentais, sendo possível pleitear reparação moral e patrimonial como forma de indenização a ofensa cometida.

Conforme assinala Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

a teoria dos direitos da personalidade, tanto quanto suas formas de tutela, evoluiu e foi progressivamente se sistematizando à exata medida que se desenvolveram as idéias e valorização do homem, de sua compreensão como centro e fundamento, mais do que destinatário, da ordenação social. (2001, p.23)

O Código Civil também estabelece proteções a estes direitos em seus artigos 11 a 21, entre elas, a de que são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo ser limitados ou ameaçados. (DONNINI, 2002, p.56.)

Garantidos os direitos da personalidade, toda pessoa submetida a qualquer tipo de acusação que implicasse em sanções penais deveria, antes de tudo, ter respeitados seus direitos como cidadão, levando-se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

4. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência foi inicialmente consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁴, na qual em seu artigo 9º, é disposto que: "todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei."

Este tornou-se um princípio constitucional brasileiro, previsto no artigo 5º, inciso LVIII, onde há a garantia de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Assim, no devido cumprimento do processo penal, há que se observar, entre outros princípios, o da presunção de inocência, sendo que, se não há culpabilidade, ou indícios suficientes para comprovar a mesma, não há que se falar em sanções ao imputado, devendo o mesmo ser absolvido.

Por isso, não se pode ignorar a possibilidade de inocência do indivíduo, afastando o tratamento que lhe é devido como aquele que ainda não foi condenado, uma vez que, há inocência enquanto não houver culpabilidade.

O princípio da presunção de inocência, por Luigi Ferrajoli (*apud* LOPES JUNIOR, 2008, p.177), é uma:

decorrência do princípio da jurisdicionalidade (...) pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Por isso, a garantia de manutenção da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença deve permanecer independentemente do fato pelo qual o indivíduo está sendo acusado. Desta forma, há o desenvolvimento de um processo no qual cabe a acusação buscar fatos que comprovem a culpabilidade, caso contrário, esta não existirá.

Neste sentido, tem-se que a presunção de inocência é uma proteção a pessoa contra as penas arbitrárias do Estado, ou seja, além de uma garantia de liberdade, é também uma segurança jurídico-social. (LOPES JUNIOR, 2008, p.177).

Interessante, nesse aspecto, é a proteção ao referido princípio em face da liberdade de expressão. A liberdade de imprensa pode conduzir a violação do princípio da presunção de inocência, especialmente nos casos em que o indivíduo, investigado espera pela solução judicial do seu caso, encontra-se exposto de forma explícita na mídia.

Nesta situação, a intervenção da mídia gera, muitas vezes, uma falsa e imediata solução para o caso, o que pode vir a desrespeitar, não só a técnica jurídica, mas também os direitos garantidos àquele que está sofrendo a investigação ou a instrução processual penal. Neste aspecto, interessante a contribuição de Henri Leclerc e Jean-Marc Théolleyre ao afirmarem:

De fato as mídias entraram diretamente em concorrência com a justiça. Elas querem revelar a verdade para que a opinião pública julgue antes que a justiça seja capaz de levar sua decisão a público, com todas as precauções, as formas processuais e o ritual de julgamento. (2007, p. 54).

A presunção de inocência, portanto, deverá fazer parte do processo judicial a qual um indivíduo se submete, havendo que se discutir os limites da liberdade de expressão e do exercício da imprensa nos casos de repercussão social, para que um pré-julgamento seja evitado, bem como as conseqüentes violações aos direitos de personalidade e presunção de inocência.

De acordo com o que estabelece Aury Lopes Jr. (2008), em uma perspectiva externa do processo, a forma de tratamento dada ao imputado, gera limites em relação à publicidade abusiva, tornando obrigatório que o indivíduo seja tratado como se inocente fosse. Neste sentido:

(...) a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR, 2008, p.180).

A presunção de inocência é grandemente violada, em situações em que a imagem do indivíduo investigado é divulgada como a do indivíduo responsável pelo delito.

Também o direito de informar, bem como o de ser informado, em alguns aspectos é exercido de forma a interferir no regular exercício dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra, bem como à presunção de inocência. Isto porque, no livre exercício destas liberdades, há inúmeras possibilidades em que estas se colocam em situações opostas e por isso, entram em conflito.

No entanto, vale destacar que esta interferência não poderá gerar a sobreposição de direitos, já que nenhum destes direitos é absoluto e todos se encontram em paridade constitucional.

5. ATIVIDADE DE IMPRENSA: FORMAÇÃO DE OPINIÃO E CLAMOR PÚBLICO

A publicidade dos atos processuais é um princípio que se relaciona com a liberdade de imprensa, não havendo proibições quanto à divulgação de informações da Justiça pela mídia, exceto nos casos citados em lei.

Esta garantia constitucional está descrita no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, no qual "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Porém, atualmente, quando ocorrem casos de repercussão social, o que se verifica é a atuação da mídia que, muitas vezes, acaba por desrespeitar o princípio da presunção de inocência, ao realizar juízos de valor prévios, bem como ao explorar de maneira

negativa a imagem do indiciado.

Isto é demonstrado à medida que, para cumprir a função social de informar a sociedade e em respeito ao interesse público, a divulgação de fatos acaba por provocar a formação de um pré-julgamento social, o que, de certa forma, contribui para a concretização de um juízo de culpabilidade antecipado.

Além disso, os direitos de personalidade, apesar de precisarem ser respeitados frente à imprensa, são, muitas vezes, desconhecidos quando o caso em questão envolve também a curiosidade do público.

Dessa forma, quando a imagem de um suspeito é veiculada em variados meios de comunicação, a imprensa atua com o objetivo de obter qualquer declaração deste indivíduo. Esta ação causa a idéia de que os jornalistas estão atuando de forma correta, em busca de informações sobre o delito cometido para que a sociedade esteja informada, não se considerando nestes casos que o direito à imagem e a presunção de inocência podem estar sendo violados.

É possível verificar que muitas das informações veiculadas pela mídia, são relacionadas a situações em que há forte impacto social, o que muitas vezes gera comoção pública. Nesses casos, a exposição da imagem, bem como nome e intimidade dos sujeitos envolvidos em escândalos, fere os princípios inerentes ao homem, frente a liberdade de se expressar.

Se por um lado a imprensa é fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito, por outro, não se pode negar que há uma vertente da imprensa que não se preocupa em respeitar estes direitos fundamentais, divulgando de forma chocante e sensacionalista, fatos que em sua maioria, nem mesmo possuem uma investigação completa, de modo a prejudicar o agente denunciado ou investigado, o que ofenderia de maneira direta o princípio da presunção de inocência.

É inegável a função sócio-política e cultural dos meios de comunicação e a influência que os mesmos exercem na formação da opinião pública. Por isso, muitas vezes, a mídia divulga informações de forma a inibir a proteção dos direitos individuais, o que gera a noção de que o sujeito em foco não possui o direito de resguardar a sua honra, privacidade, imagem, dentre outros.

Sobre opinião pública, afirma Norberto Bobbio (1998, p. 842) que esta "é sempre discutível, muda com o tempo e permite discordância: na realidade, ela expressa mais juízos de valor do que juízos de fato, próprios da ciência e dos entendidos." O autor afirma ainda que: "para que a opinião pública possa desempenhar sua função, é necessária a 'publicidade' das discussões parlamentares e dos atos do Governo, e a plena liberdade de imprensa". (BOBBIO, 1998, p.844). (2008, p.180).

Ao se referir à plena liberdade de imprensa como meio essencial para o desenvolvimento da opinião pública, o referido autor con-

firma a importância deste direito, na formação de idéias da sociedade, bem como no seu posicionamento sobre determinado fato.

E como afirma Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

(...) é preciso verificar se, no caso concreto, o sacrifício da honra, privacidade ou imagem de uma pessoa se impõe diante de determinada informação ou manifestação que, de alguma forma, se faça revestida de interesse social, coletivo, sem o que não se justifica a invasão da esfera íntima ou moral do indivíduo. (2001, p.75)

Dessa forma, há que se ponderar se a existência do conflito entre estes direitos fundamentais deve implicar em sobreposição dos mesmos. Para isso, deve-se levar em consideração que em muitos casos, o exagero na publicação de uma notícia, torna-se intencional e isto gera lucros às grandes empresas de comunicação, já que este sensacionalismo atrai o público e conseqüentemente aumenta a venda de jornais, bem como mantém em alta a audiência.

Nas reflexões de Henri Leclerc e Jean-Marc Théolleyre:

Entretanto, quão difícil é essa relação entre justiça e as mídias, essas duas instituições que velam às portas da democracia! Suas disputas incessantes fazem, por vezes, esquecer o essencial: a justiça independente é necessária para que, perante todos os poderes e abusos, os direitos iguais, a liberdade e a dignidade de cada um sejam respeitados, e as mídias livres sejam indispensáveis ao cidadão para que possam exercer suas prerrogativas com todo conhecimento de causa. (2007, p.91).

Portanto, há que se analisar com muito cuidado essa fronteira que divide a imprensa como sendo elemento fundamental para garantia do Estado Democrático de Direito, capaz de permitir informações amplas, realizar trabalho investigativo e informativo, com precisidade e profissionalismo, daquela imprensa que objetiva, prioritariamente, a notícia de cunho sensacionalista. Afinal, tanto o desempenho da imprensa quanto da Justiça são fundamentais para consolidação da democracia.

6. DO CONFLITO DE NORMAS

O conflito entre a liberdade de imprensa, os direitos de personalidade e o princípio da presunção de inocência, é verificado diariamente, quando a mídia expõe situações e pessoas envolvidas em fatos que despertam a curiosidade social, e quando estão relacionadas a crimes, condena antecipadamente o suspeito.

As ações da imprensa de exposição de imagem, nome, vida íntima e informações, acaba por suprimir as garantias individuais

da pessoa, e, por outro lado, desperta curiosidade pública, uma vez que a sociedade, frente a uma situação de cometimento de crimes ou práticas não condizentes com os parâmetros sociais, cobra atitudes do Estado a partir dos fatos anunciados.

Ao divulgar informações com aspectos condenatórios de um determinado indivíduo para obter audiência e maior número de espectadores, a imprensa gera a reprovação da sociedade frente a este ato, o que ocasiona acusações precipitadas que podem gerar prejuízos irreparáveis a pessoa do acusado.

Assim, apesar do relevante papel da mídia, esta deve se ocupar em respeitar os limites estabelecidos pelos direitos de personalidade, para que não se promova um grande espetáculo de acusações realizado entre sociedade e imprensa, contra o suspeito.

O sucesso na divulgação de uma notícia não deve ser condicionado à violação de um direito fundamental, nem mesmo os direitos fundamentais serem ignorados para que se cumpra o direito/dever de informar.

Neste contexto:

o conflito ou a colisão de direitos fundamentais ocorre no momento em que duas pessoas, titulares de direitos diversos, enquadrados na categoria de fundamentais têm em confronto, conflito ou colisão o exercício destes direitos. (DONNINI, 2002, p.97)

Ocorre que, apesar de entrarem em conflito, por defenderem princípios diferentes, todos estes direitos são garantidos constitucionalmente, não havendo, portanto, hierarquia entre os mesmos. Sendo assim, nenhum destes direitos são absolutos, não havendo que se falar em sobreposição de um direito, uma vez que estão em paridade constitucional. (GODOY, 2001, p. 66).

Desta forma, afirma Kildare Gonçalves Carvalho: "Não existe direito absoluto, entendido como o direito sempre obrigatório, sejam quais forem as consequências. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados." (2008, p.670).

Deve-se levar em consideração que, em muitos casos, o exagero na publicação de uma notícia, torna-se intencional e isto permite gerar lucros às grandes empresas de comunicação, já que este sensacionalismo atrai o público e, conseqüentemente, aumenta a venda de jornais, bem como mantém em alta a audiência.

Neste aspecto, é possível verificar vários casos tomados de forma sensacionalista pela imprensa, como o da Escola de Educação Infantil Base, ocorrido em 1994.

Observa-se que a mídia como representante e espelho de opiniões da sociedade, com a divulgação de matérias sensacionalistas, molda o pensamento social de forma que passam a existir pré-julgamentos e interpretações negativas a respeito da notícia, sem ao

menos ser oferecida a possibilidade de defesa do indivíduo em foco. Isso acaba por resvalar no desrespeito ao princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Há que se ressaltar a necessidade da ponderação de valores, bem como da produção adequada de provas e o devido processo legal. Deve-se preservar, além disso, a dignidade da pessoa humana, consagrada no art.1º, inciso III, da Constituição Federal. Caso contrário, deverão os autores responder por eventuais prejuízos causados ao indivíduo, por notícias exageradas ou inverídicas que forem publicadas.

Com isto, é possível verificar que a Constituição de 1988 impõe limites ao exercício arbitrário da imprensa com o objetivo de preservar os demais direitos individuais. Ao mesmo tempo, ela protege as liberdades de imprensa, de expressão e de informação, com o fim de afastar qualquer tipo de censura e inibição desta atividade, conforme se verifica nos artigos 5º, incisos IV, IX, XIV, LX; e 220.

Neste contexto, é possível verificar a ponderação do legislador ao equilibrar estes direitos, sem que um se sobreponha ao outro. Sendo assim, ao mesmo tempo em que garante constitucionalmente estes direitos, impõe sanções quando a prática de um, violar o outro.

Em relação à imprensa, ainda que seu livre exercício represente a proteção contra a censura e contra a infundada limitação à liberdade de expressão, a arbitrariedade e o abuso cometidos na prática destes direitos, têm com o conseqüência a aplicação de sanções constitucionais, já mencionadas, caso haja grave prejuízo ao indivíduo.

7. DA RESPONSABILIZAÇÃO POR ABUSOS COMETIDOS

A necessidade de se responder pelos danos causados à pessoa, é também um meio de determinar que a mídia, ao veicular uma informação, verifique primeiramente sua veracidade, bem como a divulgue com a devida cautela para que não sejam invadidos, mas sim respeitados os direitos de personalidade do indivíduo e também a presunção de inocência deste.

Há, também, no inciso X, do artigo 5º, a inviolabilidade da honra, imagem, vida privada e intimidade, bem como o direito de se pleitear indenizações por danos morais, materiais e a imagem, caso estes sejam ofendidos. Também o artigo 5º, inciso V, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, àquele que se sentir ofendido.

Assim, nos casos de evidente abuso da imprensa, havendo comprovada ofensa a um direito de personalidade, e tendo o ofendido a possibilidade de sofrer prejuízos com esta ação, este terá direito de pleitear indenizações para a reparação ao dano e constrangimento gerados

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em geral, frente ao conflito aparente entre normas constitucionais, como no caso dos direitos de personalidade, a presunção

de inocência e a liberdade de imprensa, o que se busca é encontrar o equilíbrio entre estas normas, para que um direito não seja suprimido e gravemente violado em relação a outro.

Na ponderação e aplicação concomitante dos princípios constitucionais mencionados devem ser analisadas as peculiaridades do caso posto à apreciação judicial.

Com o objetivo de sanar o conflito entre estas normas, em que pese os casos nos quais há necessidade de um destes direitos ser afastado para que o outro seja plenamente exercido, é essencial que a informação jornalística seja repassada de forma responsável.

Para isso, há necessidade de que haja a busca sobre a verdade dos fatos, bem como imparcialidade em sua veiculação. Isto porque a publicação deve ocorrer em prol do interesse social e não com o objetivo de obter ampla divulgação do fato, por meio de publicações sensacionalistas, nem mesmo a fim de obter lucros e moldar a opinião da sociedade a respeito do fato e do agente envolvido, causando clamor público.

Há que se estabelecer o equilíbrio entre estes direitos e, em cada caso, a resolução do conflito existente entre eles deverá ser proporcional e razoável, levando-se em consideração os direitos de personalidade e presunção de inocência do indivíduo, bem como a liberdade de imprensa, para que nenhum destes sejam suprimidos, mas sim, possam ser plenamente exercidos, sem o cometimento de abusos que possam gerar ofensa.

Dessa forma, o papel da imprensa torna-se fundamental e o direito à liberdade de informação constitui passo importante para construção democrática. Especialmente no caso brasileiro, em que a censura esteve presente, isso se torna importante de se ver resguardado, para que a liberdade de manifestação do pensamento possa se exteriorizar de maneira livre e ampla. Contudo, o próprio texto constitucional traça balizas a garantir também à pessoa, direitos individuais importantes, tais como os direitos de privacidade e o princípio da presunção de inocência. Ainda mais no processo penal, em que, muitas vezes, a liberdade de locomoção está em jogo, e as emoções e fragilidades do ser humano se mostram à tona, o papel da mídia deve ser respaldado pela liberdade e também pela responsabilidade e um instrumento de preservação também dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Volume I. 11ª ed. São Paulo: Ática, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Portal do Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui-cao/constitui%C3%A7ao.htm)

[cao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 27 de março de 2012

BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940*. Código Penal. Portal do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 27 de março de 2012

BRASIL. *Decreto que promulga a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Portal do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf - Acesso em: 17 de abril de 2012.

BRASIL. *Lei 5.250, de 09 de Fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação*. Portal do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm. Acesso em: 18 de Maio de 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 04 de Maio de 2012

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IN: Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>. Acesso em: 10 de Maio de 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. Volume I. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DONNINI, Oduvaldo. DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

LECLERC, Henri; THÉOLLEYRE, Jean-Marc. *As mídias e a justiça: liberdade de imprensa e respeito ao direito*. Trad. Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2007.

RIBEIRO, Alex. *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Ática, 1995

Universidade de São Paulo. *Declaração de direitos do homem e do cidadão-1789* In: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 19 de março de 2012.

NOTAS DE FIM

1 Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário Newton Paiva. Mestre em Direito e Mestre em Letras. Advogada e licenciada em Letras. Coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Público da Puc Minas Virtual e professora de Direito Constitucional.

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

3 Supremo Tribunal Federal - Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402> Acesso em: 10/05/12

4 Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 19/03/12.

POR UMA MAIOR ABERTURA NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA: A APLICABILIDADE DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO SOBRE AS REGRAS TRIBUTÁRIAS¹

Gustavo Henrique Carvalho da Mata²

RESUMO: O positivismo jurídico e o pós-positivismo compreendem teorias filosóficas acerca do direito, especialmente no que tange à sua validade e à sua interpretação, assim como aos seus fins. A inclusão da moral, tida como valores sociais, e dos princípios como normas vinculantes que servem como base do ordenamento jurídico, consiste, resumidamente, no ponto central destas discussões teóricas. Nos dias atuais, o pós-positivismo vem influenciando doutrinadores e a jurisprudência na interpretação e aplicação do direito, superando, assim, a idéia de que a segurança jurídica seria vulnerada ao se admitir uma leitura do direito embasada nos valores e nos princípios. Também no campo da tributação, os valores e os princípios não só residem na criação e validação das regras postas, como também na sua interpretação, o que demonstra uma crescente adoção dos pensamentos pós-positivistas no direito tributário, orientando a jurisprudência que vem se formando.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo; pós-positivismo; filosofia do direito; validade; interpretação; aplicação; moral; valores sociais; princípios; normas; regras; direito tributário; tributação.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito público; Direito Tributário.

I - INTRODUÇÃO

O direito tributário se caracteriza por uma vasta normatização, com a existência de inúmeras regras tributárias editadas diuturnamente, que vão de leis a portarias administrativas, passando por decretos, convenções e acordos internacionais, instruções normativas, dentre outros atos com força regulamentar.

Este complexo normativo-regulamentar visa colocar em prática a necessidade arrecadatória bem como garantir ao contribuinte o respeito aos seus direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Para que se efetive a arrecadação, faz-se necessário analisar a validade das regras postas bem como interpretá-las. Neste ponto, as teorias do direito, em especial o positivismo jurídico clássico e o pós-positivismo, apresentarão abordagens distintas acerca da validação e interpretação do direito, o que pode se dar de forma afastada dos valores sociais quando não inseridos na norma positivada, ou de forma a se incluir, em tal análise, estes valores sociais. Neste mesmo contexto o papel dos princípios também é variável, os quais, numa primeira perspectiva (positivista), podem ser tidos como integradores do sistema jurídico, e numa segunda perspectiva (pós-positivista), podem ser tidos como normas vinculantes necessárias para a concretização da justiça, orientadores das regras escritas. Assim, o próprio conceito de direito, e a necessidade de se buscar a justiça, variam

conforme tais correntes filosóficas.

Este artigo visa, com isto, demonstrar, através de uma rápida abordagem, as características básicas do positivismo jurídico e do pós-positivismo, defendendo-se a adoção da teoria pós-positivista como necessária nos dias atuais, sobretudo nas questões ligadas à tributação.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Uma rápida abordagem sobre o positivismo e o pós-positivismo

Temporalmente, o positivismo jurídico clássico orientou o pensamento jurídico-filosófico desde meados do século XIX até o final da 2ª guerra mundial. Surgiu em contraponto ao anterior jusnaturalismo e vem, após a 2ª guerra mundial, passando por transformações em vista do surgimento da teoria pós-positivista do direito, indicando o que vem se denominando como neoconstitucionalismo.

Em suma, o jusnaturalismo, ou direito natural, se baseava em valores atinentes à natureza humana, objetivando um direito ideal não posto pelos homens, mas advindo de circunstâncias naturais e divinas (o divino assegurando o exercício do poder estatal e embasando o direito) de forma que os valores, a morale a

justiça são os pilares deste pensamento jurídico-filosófico.

Diante da insegurança e instabilidade causadas por concepções tão abertas do direito, e face à complexidade da vida humana a partir da segunda metade do século XIX, tornou-se premente o surgimento de nova corrente teórica capaz de proporcionar aos homens e às corporações (sujeitos de direito) uma segurança e estabilidade que proporcionassem o exercício de suas atividades, evitando-se surpresas e variações naturais.

Neste contexto, visando garantir maior objetividade do direito, este passa a ser posto pelo Estado (pelo homem), através de regramentos positivados que se aplicam de forma desvinculada da moral e dos valores próprios do jusnaturalismo. Surge então o positivismo como teoria do direito, através do qual a norma é posta e deve ser seguida, independente na análise moral acerca da aplicabilidade desta norma. Assim, o fato que a ela se subsume (à norma posta) deve ser por ela regido. O Direito passa a ser o "resultado da ação da vontade humana (direito posto e positivo), não decorrendo, portanto, da imposição de Deus, da natureza ou da razão" (CARNEIRO, 2011). Tem-se, então, uma concepção avulso de direito.

Afirmando este pensamento positivista, Hans Kelsen afirma que "a validade de uma ordem jurídica positivista é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral" (KELSEN, 1995). Assim, o direito posto é formal e, independentemente de seu conteúdo ser justo ou não, deve ser observado e seguido.

Para o positivista clássico ou tradicional, não pode haver flexibilizações e relativizações da lei face aos princípios, à moral e ao senso de justiça (equidade). Assim, o consequencialismo não pode justificar uma decisão judicial. Em suma, não se discute se o que fora definido pelo direito é justo, posto que o direito definido é jurídico e deve ser aplicado (FERRAZ JR., 1981). Como se percebe, diante deste pensamento positivista, fechado e formalista, o direito passa a ser um fim em si mesmo, sendo estudado de forma apartada de outras áreas do conhecimento, bem como de conceitos metafísicos.

O positivismo foi de grande importância no momento histórico em que se buscava maior segurança e estabilidade. Contudo, nos tempos atuais, as relações travadas pelos homens e pelo Estado são extremamente complexas e variáveis, o que demonstra, muitas vezes, a impossibilidade de se aplicar o direito posto (positivado) aos casos concretos que surgem de forma a se atender aos anseios sociais, mesmo utilizando-se dos inúmeros métodos de preenchimento de lacunas criados pelo positivismo. Assim, a distância entre o direito posto e os sentidos de moral (valores sociais) e justiça vem se alargando de forma crescente. Fora isto, vive-se uma crise de legitimidade dos representantes

do povo, os quais elaboram as normas postas, pois, ainda que competentes do ponto de vista democrático (considerando-se somente a representatividade), nem sempre demonstram características éticas e aptidões técnicas para estabelecer regras que regularão as complexas relações do mundo atual. Assim, é crescente o pensamento de que o direito posto, positivado, não pode estabelecer uma única solução correta, já que várias soluções podem surgir ao se aplicar a norma ao caso concreto. Para tanto, devem entrar em análise os preceitos morais, valorativos e principiológicos, o que representa um afastamento do pensamento positivista tradicional ou clássico.

Consequentemente, surgem teorias filosóficas embasadas na moral (valores sociais), na equidade (senso de justiça) e nos princípios (tidos como normas, especialmente quando garantidores de direitos fundamentais). O direito válido não é mais, para esta corrente de pensamento, aquele formalmente posto, mas sim aquele formalmente posto que se encaixe nos preceitos morais. O direito deixa de ser um fim em si mesmo e passa a ser um instrumento utilizado para atendimento dos anseios da sociedade, que são variáveis, o que praticamente impossibilita uma solução única advinda da norma, mas sim admite a existência de várias interpretações e soluções variáveis conforme o caso concreto.

Diversos pensadores contribuíram para este desenvolvimento do positivismo ao pós-positivismo, ora ainda sendo classificados como positivistas, mas abrindo caminho para o pós-positivismo, como é o caso de Herbert Lionel Adolphus Hart,³ ora estabelecendo conceitos mais abertos acerca da validade e interpretação do direito, como é o caso de Lon Fuller e Ronald Dworkin (pós-positivistas).

Apenas para conceituar (embora dela discorde), Dimitri Dimoulis explica que:

A abordagem que defende a aplicação dos princípios constitucionais pelo julgador para encontrar – com ou sem ponderação – a solução correta é conhecida como neoconstitucionalista ou, especificamente no debate brasileiro, como pós-positivista. Tais termos indicam uma nova forma de "viver" o direito e resumem-se à opção que definimos e criticamos como moralista. (DIMOULIS, 2011)

Tratando do positivismo clássico, Norberto Bobbio explica que para esta corrente de pensamento "poderá existir direito válido que é injusto e direito justo que é inválido", sendo que o juízo de valor do direito deve ser afastado do campo da ciência jurídica (BOBBIO, 1995). Já para os pensamentos mais abertos, surgidos após a 2ª guerra mundial, a análise do valor do direito, da moral e a busca da justiça devem orientar a interpretação do

direito e sua aplicação ao caso concreto, sendo requisitos de validade do direito posto.

Kelsen trata do pressuposto fundamental da norma demonstrando que a validade jurídica material de uma norma depende de um fundamento que lhe é dado por outra hierarquicamente superior, o que se caracteriza como constitucionalidade material. Embora Kelsen seja um positivista, este seu ensinamento é inegável e ainda pode ser adotado mesmo diante de pensamentos pós-positivistas. Mas a fundamentação de validade advinda de outra norma não pode ser, na visão pós-positivista do direito, o único requisito de validação a ser observado, devendo-se aplicar, também, a análise do valor da norma face aos anseios sociais (já que a norma existe para atendimento dos anseios sociais), bem como sua compatibilidade com os princípios, estando estes constitucionalmente positivados ou não. Portanto, não pode ser válido um direito injusto.

Nesta linha pós-positivista de relativização do direito, de forma a adequá-lo aos casos concretos, os princípios e a moral exercem importante papel na valoração e aplicação da norma, o que é exposto por importantes jus filósofos como o norte-americano Ronald Dworkin.

É de se ver que, inegavelmente, o pós-positivismo não desvaloriza segurança jurídica pretendida pelo positivismo, nem abandona a positividade. Muito pelo contrário, os novos pensadores do direito demonstram, com o que concordamos, que a segurança jurídica é alcançada quando se interpreta a norma escrita diante do caso concreto, fazendo com que, diante de análises valorativas e de sopesamentos se alcance a justiça. Em suma, a verdadeira segurança é alcançada pela aplicação da justiça, a qual se alcança quando a norma é posta e interpretada diante de seu contexto histórico, teleológico e sistemático analisado com base em conteúdos morais e sociais, os quais, por vezes, se demonstram através de princípios (que têm força normativa). A moral pode e deve ser aplicada, sendo introduzida no ordenamento jurídico, seja por atos normativos formais, seja por princípios.

Demonstrando que a segurança jurídica não é alcançada exclusivamente pela certeza do direito pretendida pelo positivismo, Heleno Taveira Torres, tratando das considerações de Dworkin, expõe que⁴:

A segurança jurídica não dependeria estritamente da certeza do direito, como conteúdo de legalidade, pois deve igualmente satisfazer aos princípios da moral que fundam direitos que estão vigentes na sociedade. Esses princípios revelar-se-iam pelo emprego da argumentação e na interpretação do direito, em uma busca do chamado 'direito vivo', identificado a partir da opinião pública, e que se-

ria vinculante para o juiz, precedentes, as regras legais e até para a solução dos casos difíceis, o que justifica a busca pela resposta correta. Essa possibilidade seria suficiente para reduzir a insegurança da discricionariedade judicial e a ausência de valoração. (TORRES, 2011)

Neste contexto, o pós-positivista admite a adoção da moral e dos princípios na interpretação e aplicação do direito, de forma que as regras postas devem ser norteadas por tais normas (já que a moral e os princípios são tidos como integrantes do sistema jurídico, ainda que não positivadas).

Dworkin chega a indicar a inaplicabilidade de uma norma posta quando contrária aos princípios e à moral, ainda que os princípios e a moral não estejam inseridos em um texto positivado (CARNEIRO, 2007). Em suma, quando causa uma injustiça (que entendemos ser necessária uma grande injustiça), poderá haver o chamado julgamento "*contra legem*", posto que a lei posta contraria uma norma principiológica que deve prevalecer. Cabe sustentar este entendimento lembrando que as regras postas são resultado de uma política dominante em dado momento, e não necessariamente da intenção da sociedade (e quanto mais intenção permanente). Assim sendo, quando uma regra posta se afasta dos anseios sociais, deve ser tida por ilegítima, ou, ao menos, não deve ser aplicada a um determinado caso concreto em que o resultado de sua aplicação causa grande e insustentável injustiça. Entendemos, contudo, que isto não pode levar à retirada da norma do ordenamento jurídico de forma definitiva, mas sim à sua inaplicabilidade em um determinado caso concreto. E havendo colisão entre os princípios orientadores de direitos fundamentais (ainda que não positivados na constituição), esta colisão deve ser solucionada pela técnica do sopesamento de valores aplicada ao caso concreto, como ensina Robert Alexy.

Seguindo este sentido, o neoconstitucionalismo, como explica Daniel Dix Carneiro, viabiliza "a adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis de hermenêutica jurídica, dentre os quais podemos destacar a ponderação e a abertura da argumentação jurídica à moral, sem que haja, contudo, o retorno às categorias metafísicas do jusnaturalismo" (CARNEIRO, 2011).

Assim, hoje, entendemos que para fins de hermenêutica, os métodos literal, histórico, teleológico e sistemático de interpretação devem ser conjuntamente analisados dentro de um pensamento pós-positivista do direito, embasando-se na moral, como valores sociais, e nos princípios, sempre tendo por fim os anseios da sociedade, o que faz com que o direito seja interpretado caso a caso, ainda que soluções diferentes surjam diante de cada caso concreto (considerando-se casos distintos na complexidade da

vida moderna). Para tanto, deve-se ter em vista que a obediência de uma regra se baseia na aceitação desta regra pelos atores sociais (BILLIER, 2005). Assim, o paradigma pragmático de interpretação encontra lugar na medida em que expõe a interpretação como círculo hermenêutico que não afasta a segurança jurídica, mas considera a integridade e coerência do texto interpretado.

2.2. A aplicabilidade da teoria pós-positivista na validação e interpretação das normas tributárias

Pela leitura dos arts. 107 a 112 do Código Tributário Nacional não se percebe a impossibilidade de se adotar o pós-positivismo na interpretação das normas tributárias, até porque esta corrente teórica se aplica sobre o direito como um todo, não excluindo um ramo específico. É de se lembrar que o direito, inclusive o tributário, não existe por si só, e sim em função da sociedade, visando o atendimento dos anseios desta sociedade. Assim, uma visão mais "aberta" do direito tributário não é vedada.

Ademais, percebemos esta possibilidade de abertura no art. 108, que indica a possibilidade de utilização de princípios gerais e da equidade na interpretação e aplicação da norma tributária.

Entendemos que a definição da exação tributária, no que tange aos aspectos da hipótese de incidência⁵, exige a adoção da literalidade legal, sem juízo de valores e de moral, até em respeito ao próprio princípio da legalidade que figura no texto constitucional como garantia fundamental do contribuinte. Aliás, os parágrafos do art. 108 estabelecem que a analogia não pode ensejar em tributação de fato não previsto em lei, e a equidade não pode ensejar em dispensa de recolhimento de tributo claramente previsto em lei. Contudo, isto não impede que em outras questões atinentes à norma tributária haja interpretação baseada em teorias mais abertas do direito, pós-positivistas, inclusivistas da moral e da equidade. Neste sentido, Ricardo Lobo Torres ensina que "a teoria de Dworkin tem extraordinária repercussão no campo tributário, o qual cita Paulo de Barros Carvalho dizendo que "os princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica" (TORRES, 2007).

Assim, salvo no que tange à definição dos aspectos da hipótese de incidência tributária, será possível uma interpretação da norma tributária embasada na teoria pós-positivista do direito. Para tanto, deve-se fazer uma interpretação com base nos valores sociais, considerando os objetivos históricos da elaboração da norma interpretada e contrapondo-os aos dias atuais, bem como observando a inserção desta norma em todo o sistema jurídico.

Corroborando com o entendimento acerca da adoção da teoria pós-positivista do direito no âmbito tributário está o inconteste fato de que os princípios, tidos por base do direito segundo esta teoria, orientam a constante elaboração de regras tributárias, estando muitos inclusive inseridos do texto constitucional como

limitadores do poder estatal de tributar. Neste sentido, de forma mais ampla, o que abrange também o direito tributário, J. J. Gomes Canotilho ensina que:

Os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz)... os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênicafundamentante. (CANOTILHO: 2003)

A principal crítica à adoção da teoria pós-positivista, sobretudo no que tange às normas tributárias, seria a ventilada insegurança jurídica causada pela adoção de pensamentos mais abertos, em basados nos valores, especialmente no que tange ao atingimento das garantias patrimoniais. Contudo, a ideia de segurança jurídica, atrelada ao modelo liberal de Estado de Direito burguês, não é obtida somente através da análise positivista do direito. Por outro lado, numa abordagem positivista também há possibilidade insegurança jurídica (ANDRADE, 2006).

Como sugere Arruda de Andrade, no positivismo a insegurança decorre de tensões funcionais e metodológicas, como a inaplicabilidade da norma à complexidade da vida, "a incapacidade de analisar soluções diferenciadas para casos semelhantes", a "dificuldade de explicar lacunas", a "existência de conceitos indefinidos" e a "injustiça de normas regularmente produzidas". Assim, o positivismo não é garantidor absoluto da segurança jurídica. Ademais, lembre-se, por oportuno, que a injustiça de uma lei causa mais insegurança (sistêmica) do que a relativização desta lei.

Por outro lado, em um contexto de Estado Social, no qual se diminui a separação entre Estado e sociedade, a atuação do judiciário, no que diz respeito à justiça na aplicação do direito, torna-se mais aberta, sujeitando-se à interferência da moral. Isto para que a cidadania social seja realizada. Como diz Ferraz Jr., "a responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social" (FERRAZ Jr., 1995). Assim, é na busca destas finalidades que se alcança a segurança jurídica, e se a norma posta não coaduna com tal finalidade em um determinado caso, esta norma deve ser afastada, ou aplicada de forma diferente, modulada, conforme o caso concreto. Isto vale também para as regras tributárias. "A segurança jurídica, nesses termos, passa a ser buscada antes na tentativa de se evitar a arbitrariedade da falta de regras, da ausência de possibilidade de discussão..." (ANDRADE, 2006). Assim, o engessamento do direito tributário não causa segurança jurídica, sendo esta obtida através da sua aplicação conforme os objetivos sociais e o senso de justi-

ça, o que é variável conforme cada caso.

Cabe aqui lembrar que, como considera Dworkin, a segurança não depende estritamente da certeza do direito escrito, mas sim da satisfação da moral que é fundamento do direito. Ademais, a legislação tributária é marcada pela vasta gama de regras editadas e alteradas diuturnamente, o que, na visão da sociedade, acaba gerando insegurança, até porque muitas destas regras não se adequam ao sistema e/ou são incompreensíveis. Portanto, também por isto pode-se afirmar que o legalismo puro não garante segurança, podendo, em algumas situações, causar insegurança, a qual acaba por ser sanada através da adoção de valores e de princípios na interpretação deste confuso emaranhado normativo (leis, decretos, portarias, resoluções, instruções normativas, dentre outros). Assim, o pós-positivismo atua nestes casos de difícil solução.

Ora, um sistema jurídico, inclusive tributário, que não se baseia nos valores sociais (moral) e nos princípios não é um sistema jurídico lógico, capaz de ordenar a vida social. Esta *moral do dever*, chamada por Helene Taveira Torres de *moral básica da sociedade*, é integrante peculiar do próprio direito.

Por diversas vezes encontramos em julgados do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, decisões em casos tributários embasadas nos valores sociais, nos princípios (positivados ou não no texto constitucional, mas que integrantes do sistema como normas básicas) e na coerência e consequencialismo da decisão. Assim, por diversas vezes, estes tribunais deram à legislação tributária uma interpretação mais aberta, tendente a atender aos anseios sociais. Apenas para exemplificar, diversas são as decisões no sentido de que o conceito de “serviço hospitalar” contido na lei 9.249/95 em seu art. 15, inciso III, alínea “a”, não está restrito àquele prestado em hospitais, dentro destes nosocomios, mas abrangendo também aqueles que embora prestados por “não hospitais” ou fora de hospitais, exteriorizam natureza de serviço hospitalar (que não compreende mera consulta ambulatorial). Com isso, assegurou-se, através destas decisões, uma redução da carga tributária a qualquer pessoa jurídica que preste tais serviços (desde que cumpridos outros requisitos), não se limitando assim aos hospitais propriamente ditos. E qual fora a principal razão destas decisões? Fora o intuito de contribuir, através da redução tributária, com a redução dos custos destes importantes serviços de saúde prestados à sociedade brasileira, não distinguindo quem os presta, ou onde são prestados, mas sim pela sua natureza. A intenção da decisão fora, principalmente, facilitar o acesso aos serviços de atendimento à saúde humana. Assim, resta demonstrada, na nossa visão, a utilização da moral (dos valores sociais) como instrumento de interpretação da norma posta.

A norma tributária deve corresponder à vontade social, de forma que se a lei, friamente considerada, não atende a esta vontade, não é ela legítima.

Acerca da aplicação dos princípios no campo do direito tributário, é de se ver, como já exposto, que estes se apresentam como forma de limitação ao poder de tributar exercido pelo Estado, o que demonstra sua importância e predominância sobre as leis, corroborando, assim, com o pensamento pós-positivista do direito neste ramo tão marcado por atos normativos. Também no direito tributário os princípios devem ser vistos como normas jurídicas obrigatórias e vinculantes, orientadoras da elaboração legislativa, já que exteriorizam os valores da sociedade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tradição positivista formalista sempre marcou a interpretação do direito tributário brasileiro. Não obstante a isto, a teoria pós-positivista do direito, que admite a moral e os princípios como base do ordenamento jurídico, utilizados não só para interpretar, mas também para validar o direito, vem ganhando força doutrinária e jurisprudencial, como procuramos demonstrar. O próprio texto constitucional, ao estabelecer os princípios como limitadores do poder de tributar estatal, e o CTN, permitem este entendimento.

Desta forma, devem os aplicadores do direito, notadamente os magistrados, preferir, sempre, uma interpretação garantidora de direitos fundamentais dos contribuintes, embasada na equidade e nos valores sociais, posto que, fora de uma perspectiva positivista clássica, o direito existe em função da sociedade, para esta e em proveito desta, devendo ser interpretado em benefício da sociedade, conforme os valores por ela aceitos.

Neste diapasão, a lei não pode ser a última norma, mas sim a sociedade. A lei não pode ser intransponível quando injusta, pois não é isto que a sociedade espera. Se a lei não é razoável, e se não atende aos anseios sociais, esta lei perde sua razão, não devendo ser aplicada, seja de forma geral, o que deve levar à sua retirada do ordenamento jurídico pelo legislativo ou judiciário, ou à sua adaptação, seja a um caso concreto. Isto vale para qualquer ramo do direito, inclusive para o tributário.

Finalizando, e visando demonstrar que a lei tributária não pode se sobrepor aos anseios sociais para garantir a eficiência e majoração da arrecadação, vale afirmar que “admitir que se criem presunções absolutas em nome da ‘eficiência’ da arrecadação, significa, na prática, sobrepor a finalidade arrecadatória sobre as demais finalidades consagradas no texto constitucional” (SAMPAIO: 2007)

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Malheiros, 2011.
- ANDRADE, José Maria Arruda de. *Legalidade tributária, segurança jurídica, pós-positivismo e a difícil relação entre política e direito*. São Paulo: Thesis, ano III, v. 5, 2006.
- BILLIER, Jean-Cassien. *História da filosofia do direito*; tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Editora Manoele, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional - 6ª Edição*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CARNEIRO, Daniel Dix. Artigo intitulado "O positivismo jurídico e sua evolução como pensamento: um histórico de sucesso ou de fracasso?". Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri. Artigo intitulado "A relevância prática do positivismo jurídico". Revista Brasileira de Estudos Políticos n. 102. Belo Horizonte: 2011.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. "Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias". Revista de Direito Tributário, n. 17/18. São Paulo: 1981.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995.
- SAMPAIO, Júnia Roberta Gouveia. *O financiamento da seguridade social*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.
- TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. Artigo intitulado "A jurisprudência dos valores". Rio de Janeiro: 2007
- WEISS, Fernando Lemme. *Princípios Tributários e Financeiros*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

NOTAS DE FIM

- 1 Artigo elaborado com base nas discussões empreendidas durante as aulas da disciplina Teoria Geral do Direito Público oferecida pelo Programa de Pós Graduação da PUC Minas, nível mestrado, lecionada pela Professora Marinella Machado Araújo no primeiro semestre de 2012.
- 2 Advogado, especialista em Direito Tributário, mestrando em Direito Público, professor de Direito Tributário no Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.
- 3 Alguns destes pensadores positivistas, que não afastam por completo a moral da definição do direito, são classificados como positivistas inclusivistas ou includentes, ou até mesmo como positivistas moderados. Estes se diferem dos positivistas exclusivos ou excludentes, para os quais o direito não pode se valer de recursos externos ao ordenamento posto. Hart pode ser classificado como positivista inclusivista.
- 4 Ressalte-se, no entanto, que Heleno Taveira Torres entende que estes ensinamentos de Dworkin parecem corroborar os critérios de legitimidade do Common Law, ou legislação produzida para países com essa matriz sistêmica, não se adequando à tradição do Direito Brasileiro. Contudo, este mesmo autor expõe que: "distintas correntes possam conhecer a Constituição e o Sistema Tributário mediante distintos métodos".
- 5 Os aspectos referidos são: aspecto pessoal (sujeitos da obrigação tributária), aspecto temporal (momento de nascimento da obrigação tributária), aspecto espacial (local de nascimento da obrigação tributária), aspecto material (o fato tributável) e aspecto quantitativo (definidor da quantia devida)

A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL À LUZ DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Leandro Henrique Simões Goulart¹
Douglerson Santos²

RESUMO: O presente artigo, irá abordar sobre a mediação, principalmente sobre a discussão da sua obrigatoriedade. Propõe-se neste trabalho, uma abordagem simples para analisar a importância desse instituto ainda pouco difundido em nosso ordenamento jurídico como mecanismo alternativo de resolução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição; Mediação; Conciliação.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Constitucional; Direito Processual Civil.

1. INTRODUÇÃO

A mediação originada nos Estados Unidos a partir da década de 70, foi estabelecida como um procedimento obrigatório antes da instauração do procedimento judicial, quando as Cortes Norte-Americanas transpuseram a prática de vários meios alternativos de resolução de conflitos.

O instituto da mediação, no Brasil, foi desenvolvido a partir da década de 90 e, até os dias atuais não foi instituído no ordenamento jurídico pátrio, mas passou a ser exercido ainda, sem qualquer previsão legal que tratasse a respeito do assunto.

A mediação trata-se de um meio alternativo de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial, mediador, através de um método pacífico, confidencial e voluntário, ajudará as partes envolvidas a identificar as suas divergências, de modo que as próprias partes consigam desenvolver possíveis soluções e questões pendentes sobre os problemas, exposto do ponto de vista de cada uma das mesmas.

Por ser a mediação considerada um mecanismo eficiente de resolução de conflitos, e utilizar de técnicas humanas, contrariamente ao que ocorre no ordenamento formalista, moroso e estático que possuímos, o instituto é conhecido nacional e internacionalmente, visto que confere as partes envolvidas no conflito, a liberdade para que, com ponderação e o devido discernimento utilizem o bom senso de forma que encerrem o conflito existente.

Nesse contexto, existe um Projeto de Lei inicialmente, nº 4.827/1998 que tramita no Congresso Nacional e hoje, substitutivo do Senado n.94/2002, que institucionaliza a mediação incidental obrigatória, fundada nos incidentes do Direito Processual Civil, como forma de imposição da mediação no curso do processo judicial.

Será abordado neste trabalho sobre a aplicabilidade da obri-

gatoriedade da mediação nos processo que tramitam no judiciário.

2. JURISDIÇÃO

Para que se possa chegar ao caminho que envolve a solução dos conflitos, faz-se necessário atentar para o desenvolvimento ao longo do tempo sobre as formas resolutivas dos conflitos.

Nos primórdios da civilização a maioria dos conflitos eram resolvidos pelo instituto da autotutela - entendida como imposição da vontade do mais forte, pela força física. Não havia imposição pela palavra, mas apenas pela força bruta - que era o instrumento hábil e imediato para solucionar os conflitos.

Na evolução desse processo, o homem percorreu pela chamada autocomposição, que é uma forma de resolução do conflito, na qual as partes atuando de maneira civilizada, abrem mão do seu interesse, no todo ou em parte, para que possa solucionar o conflito.

A autocomposição pode se dá pela desistência ou renúncia, em que um dos envolvidos desiste da pretensão, pela submissão, na qual um dos indivíduos cede e pela transação, em que é obtida concessões recíprocas das partes.

No período pré-romano, a resolução do conflito ocorria através de um terceiro que, por seus atributos e características, sejam eles, carismáticos, místicos ou religiosos seriam capazes de entender e resolver os conflitos existentes na comunidade.

Este terceiro, figurava-se como sacerdote, ancião, místico, ou qualquer outro que possuísse prerrogativas divinas de resolver os conflitos. Essas prerrogativas eram adquiridas ou pela força ou pela tradição.

Os líderes quem decidiam as situações conflitantes não se vinculavam à lei ou a qualquer norma escrita, podendo decidir o conflito da maneira que lhe aprouvesse. Ainda que essas leis

existissem, as mesmas eram acessíveis apenas ao líder, e a este era conferido o poder de afastar a aplicação da norma escrita para o aproveitamento do direito divinizado na qual ele conhecia.

Percorreu ainda, pelo juízo arbitral, em que a solução do conflito era confiada a um terceiro não interessado que gozava de confiança de ambas as partes. No período arcaico a resolução dos conflitos realizava-se pela mediação facultativa e pela arbitragem pública, que tinha início perante o magistrado, também conhecido como pretor, e depois ao juiz, que era o árbitro particular.

Nesse contexto, ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco, sobre o período arcaico romano:

Os cidadãos em conflito compareciam perante o pretor, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido; e esse compromisso, necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome litiscontestatio. Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano desenvolvia-se assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (in iure), e perante o árbitro, ou judex (apud judicem). (2002, p. 28)

No período clássico o governo romano assumiu a solução dos conflitos, havendo certa "publicização" da arbitragem. O Estado passou a nomear árbitro por escolha do pretor, que já não era mais escolhido pelas partes. O pretor estabelecia os critérios obrigatórios para a tomada das decisões. A arbitragem tornava-se obrigatória e não mais facultativa assumindo o caráter de instituto jurídico público e cogente com impositividade governamental na escolha do juiz de fato (árbitro) pelo pretor.

Na fase do direito romano pós-clássico, o pretor passou a resolver os conflitos, proferindo decisões ao caso concreto, sem delegar a solução do conflito para o árbitro privado. Ao final do período clássico e diante do enfraquecimento do Império Romano, ainda que o Estado possuísse o caráter impositivo, não foi retirado do particular a atividade da arbitragem privada na resolução dos conflitos.

Os pretores adquiriram mais poder no período pós-clássico conhecendo e julgando os conflitos sem qualquer ingerência dos árbitros. Instituiu-se a arbitragem obrigatória, na qual aos particulares não era mais possível utilizar da arbitragem facultativa, completando a evolução da justiça privada para a justiça pública.

Extraíu-se dos particulares a possibilidade de resolução particular dos conflitos, seja pela autotutela ou pela autocomposição,

visto que o Estado passou a monopolizar a atividade garantindo uma solução pacífica dos conflitos. A atividade passa ser de competência exclusiva dos juízes estatais que analisam as pretensões dos indivíduos de forma que pudesse solucionar os conflitos.

Esta atividade que tinha a intervenção estatal foi denominada de jurisdição. Tem-se que sua origem, é a estratificação histórica da figura da arbitragem legalmente institucionalizada e praticada, de modo exclusivo e monopolístico, pelo Estado.

Verifica-se que o Estado conservou para si a exclusividade do exercício da atividade jurisdicional, como forma de resolução dos conflitos, ou seja, a responsabilidade das resoluções dos conflitos surgidos na sociedade caberia apenas ao Estado.

A jurisdição só opera quando da sua provocação e, cabe ao titular da pretensão requerer a atuação do Estado perante o caso concreto, de forma a tutelar a prestação jurisdicional, que se exerce através dos atos do processo.

A jurisdição, num primeiro momento, é entendida como um instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução. Mas ao longo da construção do conceito, passa a ser compreendida como "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.

Entendendo a jurisdição como a atribuição estatal de prestar a tutela legal, tem-se que o processo é o meio pelo qual o Estado se ampara para efetivar a jurisdição e o procedimento são os atos consequentes que se relacionam com os fatos e formam o processo.

Deve-se compreender que ao Estado cabe exercer, desenvolver e efetivar o seu poder para dirimir os conflitos entre os indivíduos, inclusive os do próprio Estado, impondo a sua vontade através dos órgãos próprios, que se manifestam por decisões judiciais.

A jurisdição deve ser incluída como meio de responsabilidade estatal e, nesse sentido, tem por finalidade a pacificação social, tendo em vista que se faz necessário a recuperação da ordem jurídica violada, já que quando o conflito surge, tem como consequência a quebra da paz e harmonia social.

Pode-se afirmar que todo esse processo evolutivo não ocorreu de maneira clara, linear, mas constitui uma forma de entendimento para que se possa chegar o poder ao Estado de resolver os conflitos.

Nesta seara, para a concretização dos objetivos da jurisdição e, principalmente, que se pauta a pacificação dos conflitos com justiça, o Estado instituiu órgãos jurisdicionais, para que desempenhe através deles o seu poder.

O Estado contemporâneo, baseado nos conceitos imbricados do Estado Social, deve promover a máxima valorização dos homens, uma vez que tem por escopo o bem comum da sociedade. Esse bem comum relaciona-se com função jurisdicional pacificadora e conseqüentemente com a supressão dos conflitos.

No ordenamento pátrio, os anseios são apenas com a aplicação da norma geral e abstrata, não se preocupando em aplicar outros mecanismos alternativos de solução de conflitos, podendo gerar insatisfação dos indivíduos depois do encerramento do processo judicial, uma vez que são considerados apenas os interesses de uma pessoa e, conseqüentemente, no benefício de uma parte em detrimento da outra.

O processo judicial tem originado um custo elevadíssimo e uma enorme morosidade, seja por excesso de formalidades ou por qualquer outra circunstância. O que pode gerar, muitas vezes, após longos anos, a insatisfação de uma das partes pela decisão pronunciada pelo juiz.

Elucidando melhor a questão, observa-se César Fiuza:

"Outro problema são os altos custos da demanda judicial, excluindo da apreciação dos tribunais os conflitos de menos privilégios. A estes nada mais resta que a força e a criminalidade. Também a lentidão serve de entrave. Se, por um lado, é inimiga mortal da [...] rapidez e agilidade. Bom seria se o processo se desenvolvesse rapidamente quando necessário, e lentamente, conforme o caso. Tudo isso o processo judicial, como regra, ineficaz, distanciado da sociedade, em função da qual, em última instância, deveria existir." (1995, p. 36)

Na jurisdição o que se pretende com o fim maior é a aplicação da lei ao caso concreto e, posteriormente a pacificação social. Percebe-se que no cenário brasileiro não se dá tanta importância para os reais interesses das partes, o que notadamente, significa que o processo judicial apresenta para a maioria dos indivíduos um grande descontentamento.

3. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com o significativo fortalecimento do Estado, consolidou-se a sua função pacificadora, culminando o consenso de que o exercício da atividade estatal da jurisdição seria o mecanismo mais eficiente para a concretização da solução dos conflitos. Ou seja, conduziu-se o pensamento no sentido de que cabe ao Estado além da função pacificadora, a exclusividade do exercício da jurisdição. Dessa forma, os institutos da autotutela, autocomposição e arbitragem foram reprimidos e praticamente

esquecidos no sistema brasileiro.

Ocorre que, o Estado não tem cumprido efetivamente a sua função pacificadora, dentro do exercício da jurisdição, o que leva a crer, que não importa se a forma de pacificação decorre do próprio Estado ou por qualquer outro meio de pacificação social.

Para realizar a sua função pacificadora e cumprir efetivamente o exercício da jurisdição, o Estado deve se utilizar das formas de um processo. O processo trata-se de um mecanismo formal, visto que é imprescindível que as partes tenham respeitados o princípio da legalidade e do devido processo legal, instituídos no art. 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988. Além disso, as partes devem participar ativamente de todo o percurso, quer seja requerendo, impugnando, provando, recorrendo, dialogando com o juiz, a quem deve decidir sobre os pedidos, desde que fundamente suas decisões.

Com o advento da Constituição de 1988, que proclamou garantias constitucionais, foi estabelecido o caminho que deve ser observado para facilitar o acesso à justiça, a eficiência do processo, bem como a sua estruturação.

Em se tratando de processo, todas essas fases demandam tempo, e quando se refere ao tempo, verifica-se que este dificultaria a efetividade da função jurisdicional pacificadora. Seria razoável que os conflitos fossem decididos assim que tivessem conhecimento pelo juiz, mas como tal fato não acontece, pode-se falar no enfraquecimento do sistema jurisdicional.

Existe ainda, além do tempo, outra vertente que dificulta a duração razoável do processo, bem como o acesso à justiça, como por exemplo, o custo do processo.

Por estes motivos e vários outros, têm-se procurado novas formas para resolver os conflitos, outros meios de pacificação social que não decorra no exercício da jurisdição do Estado. Daí o surgimento de instrumentos não jurisdicionais dos conflitos, que não são novos, mas que se desenvolveram ao longo do tempo e são considerados meios alternativos de pacificação social.

Esses meios alternativos caracterizam-se pela "ruptura com o formalismo processual," devendo ter uma "desformalização" para que se possa levar a justiça a todos, utilizando-se dos meios informais para efetivar a função pacificadora, uma vez que esses meios são mais baratos, mais céleres e ainda acessíveis a todos.

Considera-se que esses meios alternativos podem ter ampla liberdade para solucionar os conflitos não apenas com base em normas previstas em lei, mas analisando cada caso concreto. O que vale dizer ainda, que esses meios alternativos ao se desenvolverem com as características apresentadas são representados principalmente, pela conciliação e mediação, que são os temas a serem abordados a seguir.

3.1. Diferenciação entre mediação e a conciliação

Não se pode deixar de enfrentar a questão da distinção, que muito se apresenta na doutrina, entre a mediação e conciliação. José Luis Bolzan de Moraes estabelece de maneira satisfatória a distinção quanto à essência de um e de outro instituto, eliminando o embaraçamento que se tem feito entre os institutos:

A conciliação, forma similar da mediação, percebe-se igualmente a figura de um terceiro interlocutor que proporcionará o debate entre as partes, só que, no entanto, este conciliador se limitará a receber as propostas de uma e de outra das partes, tentando, para fazer jus ao nome do instituto, conciliar os envolvidos na relação do atrito. (MORAIS, 1999, p. 118)

Nesse contexto, expõe o mesmo doutrinador:

A mediação, [...] consiste na solução do litígio pela intermediação de uma pessoa distinta das partes e imparcial que atuará na relação pendente na condição de mediador, favorecendo o diálogo direto e pessoal entre as mesmas. (MORAIS, 1999, p. 118)

A conciliação caracteriza-se pelas concessões mútuas que são feitas para se chegar a um acordo entre as partes. Porém, o conciliador interfere nessa decisão, que deveria ser tomada apenas pelas próprias partes. Verifica-se que o conciliador atua ativamente para a realização do acordo, seja através de sugestões, conselhos, interferência. Não implicando, muitas vezes, com a qualidade e satisfação do acordo.

Em contrapartida, a mediação busca a construção do diálogo entre as partes, com o intuito de que as mesmas possam chegar a um consenso, para que tenham uma convivência mais harmônica entre si. Ao contrário do que ocorre na conciliação, na mediação busca-se facilitar a comunicação entre as partes, sem induzir ou tentar forçar o acordo.

Ambos os institutos são meios alternativos de solução de conflitos, mas a distinção se evidencia pelas técnicas aplicadas pelo mediador. O mediador atua de forma passiva quanto ao mérito da disputa. Isso, na maioria das vezes, não acontece na conciliação, visto que o conciliador adentra no mérito da questão e, tenta impor às partes, com base em seu julgamento, a aceitação das normas legais.

O mediador não considera apenas a mera resolução do conflito em si, mas a importância de restabelecer a convivência e preservar os interesses entre as pessoas que estão em litígio.

3.2. O instituto da mediação

3.2.1 Conceito (objeto)

Do verbo *mediare*, originado do latim, que significa "mediar, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio, adveio o termo mediação, que representa um procedimento pacífico de resolução dos conflitos.

A mediação busca solucionar os conflitos relativos às questões do cotidiano, como por exemplo, as divergências entre os membros familiares, vizinhos, escolas, empresas, e quaisquer outros conflitos que as partes demonstrem interesse para resolver via tal instituto.

Diante dos ensinamentos de Walsir Edson Rodrigues Júnior, pode-se dizer que:

A mediação é o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador, não tem o poder decisório nem influência diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos. (2007, p. 75)

Tem-se que a mediação é um mecanismo para a solução dos conflitos, em que um terceiro, o mediador, tem a função de facilitar o diálogo, para que as partes possam chegar sozinhas a um consenso. Competem à elas colocar fim ao litígio, e não o mediador.

O mediador não tem o condão de decidir ou mesmo influenciar na decisão das partes, mas deve auxiliá-las na negociação dos acordos, identificando os pontos essenciais que se apresentam no conflito exposto, proporcionando o verdadeiro diálogo entre as mesmas. Assim, com o auxílio do mediador, as partes tentarão compreender o real conflito existente, de modo que a solução encontrada seja satisfatória para ambas as partes.

A mediação tem por escopo: a) facilitar a comunicação entre as partes, buscando o acordo da melhor maneira possível; b) resolver o conflito de forma voluntária e pacífica, uma vez que são as próprias partes responsáveis pela resolução efetiva do conflito; c) preservar o relacionamento entre os litigantes; d) aprofundar no problema exposto, para que se possa chegar na solução real do conflito; e) a inclusão social, visto que possibilita às partes maior participação de seus direitos e deveres, principalmente no que tange às questões sociais e o acesso à justiça e, por fim, tem como finalidade a paz social.

Por ser um mecanismo consensual, voluntário e informal, as próprias partes tem o poder de resolver seus conflitos, o que não

ocorre na jurisdição estatal, na qual o poder de decisão é conferido a quem exerce a função jurisdicional.

Na mediação não há que se falar na relação da parte que perde ou ganha, pelo fato de que as próprias partes, com a ajuda do mediador, buscam harmoniosamente a solução do litígio, de modo que evite conflitos futuros e a quebra dos laços e convívio entre as partes.

Assim, como os demais meios alternativos de solução de conflitos, a mediação, não se trata de um instituto novo, mas tem sido redescoberta em meio a uma profunda crise do Poder Judiciário, quando se trata de regulação dos litígios.

3.2.2 Princípios

A mediação rege-se por importantes diretrizes que tem como componentes essenciais os princípios da dignidade humana, o poder de decisão das partes (autodeterminação, liberdade, autonomia da vontade), a informalidade, a participação de terceiro imparcial e a não-competitividade.³

A dignidade humana além de constituir princípio da República Federativa do Brasil, insculpida no art. 1º, inciso III, constitui fundamental princípio jurídico, sendo considerado um valor inerente à pessoa, origina três preceitos fundamentais: o respeito à integridade física e psíquica do indivíduo, a consideração pelos pressupostos mínimos para o exercício da vida e o respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, 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. (MORAES, 2006, p. 16)

A mediação ao permitir que o próprio indivíduo decida os seus próprios conflitos, que consiga resgatar a sua responsabilidade e ainda, consiga protagonizar uma solução consensual do conflito, fundamenta-se na dignidade humana em seu sentido mais amplo, como forma de valorizar o senso de justiça concebido pelo indivíduo.

O princípio do poder de decisão das partes, também denominado de princípio da autodeterminação, autonomia da vontade das partes, liberdade ou voluntariedade, revela-se aos indivíduos

o poder de definir o encaminhamento da solução do conflito.

Este princípio possibilita que as partes realizem suas próprias escolhas no encaminhamento dos seus projetos de vida. Na mediação, o mediador deve atuar de forma que facilite o diálogo entre as partes envolvidas e, sem nenhuma indução do mediador com as mesmas, estas devem estar aptas a resolver os conflitos. Ou seja, o poder de dirimir os conflitos compete exclusivamente às partes.

Assim, as partes devem estar dispostas a cooperar dentro do processo de mediação, uma vez que é necessário do empenho de ambas para a concretização da mediação. Apenas as partes têm o poder de decisão da disputa e são revestidas para elaborar e decidir a solução que melhor lhes aprouver.

O princípio da informalidade se destaca por não haver nenhuma forma exigível para conduzir o processo de mediação. A atuação do mediador em cada sessão pode ser dirigida de maneira distinta.

A informalidade da mediação pode beneficiar a comunicação entre as partes, facilitando a descontração entre as mesmas, para que se sintam mais à vontade para tentar resolver o conflito.

Faz-se necessário para manter a dinâmica das relações entre as partes, que o procedimento adotado seja flexível, pois num processo que se busca o consenso no conflito, deve saber manejar as possibilidades e oportunidades que as partes têm na negociação.

Na visão de Marc Galanter "os mecanismos alternativos não podem ser confundidos com informalismo. Haveria, sim, uma diminuição nas formalidades, de forma que as amarras legais e processuais para a aplicação normativa seriam mais flexíveis." (apud TARTUCE, 2008, p. 215)

Para Tartuce, a exigência de formalizar o fruto do consenso pode acabar restaurando a desconfiança entre as partes e prejudicar sua relação futura. (2008, p.216)

Pode-se dizer que a mediação não é um processo rígido e não depende de nenhuma norma para que possa surtir efeitos, visto que a sua estruturação dependerá da essência das controvérsias apresentadas pelas partes.

Outro princípio relevante para a mediação é o da participação de terceiro imparcial, tendo em vista que o mediador atua como terceiro imparcial, em decorrência do poder que as partes possuem de decidir qual o melhor caminho para a resolução do conflito.

O papel do mediador é facilitar e restaurar a comunicação entre as partes, tratando-as com igualdade. Deve ser imparcial em sua conduta, sem tentar instigar as partes quanto a algum tipo de solução. Assim, não há que se falar que o fim maior do seu trabalho seja a indução do acordo, pois este trata de uma consequência da restauração do diálogo entre as partes.

O princípio da não-competitividade enquanto técnica consensual de resolução de conflitos, é marcada pela busca de contenção dos ânimos acirrados dos mediandos, de forma que passe a dominar nas conversações um clima de cooperação e comunicação eficiente.

Verifica-se que a mediação tem como alvo o conflito em si, e não o interesse de uma parte sobreposta à outra. A cooperação deve ligar de maneira positiva um indivíduo ao outro, para que o objetivo da mediação seja alcançada pelas partes e pelo mediador.

3.2.3 O mediador e o processo da mediação

O mediador é o terceiro neutro e imparcial que intermedia as relações entre as partes envolvidas, devendo estar apto a restabelecer a comunicação entre as mesmas. Sua função primordial é facilitar o diálogo, para que as próprias partes consigam alcançar a melhor solução possível para o conflito de forma não competitiva.

Para que se possa compreender melhor a maneira como age o mediador, faz-se necessário, descrever o processo e forma como conduz a mediação. O procedimento pode ser dividido em duas fases, que sucintamente se expõe.

A primeira fase refere-se à pré-mediação, que tem início com o encaminhamento dos envolvidos ao mediador. Nesse momento que, o mediador enseja a reunião com todos os profissionais envolvidos, para pontuar as atribuições de cada um no processo. Posteriormente, as partes são entrevistadas, de forma que o mediador científica as mesmas sobre a absoluta responsabilidade pelo processo, promover cooperação e respeito mútuo, escutar atentamente o que cada um deseja e fomentar a confiança entre os indivíduos.

A segunda fase, retrata a mediação propriamente dita, na qual o mediador passa a trabalhar na preparação do processo, dando abertura ao procedimento. Neste estágio, compete ao mediador descrever minuciosamente sobre o processo da mediação de forma que as partes tenham ciência do assunto discutido. Compete ao mediador, buscar e investigar as informações juntamente com as partes, levantando detalhes e possibilitando o estabelecimento de compromissos, bem como a celebração do acordo.

Verifica-se que o mediador deve atuar de forma que assegure aos envolvidos a oportunidade de expor a própria versão dos fatos, devendo ainda, trabalhar para que os envolvidos cheguem a acordos eficientes, efetivos e criativos. Deve conquistar a confiança da partes, de modo que da privacidade das mesmas seja recolhida informações importantes para a resolução do conflito.

O mediador, para cumprir efetivamente suas atribuições deve ser uma pessoa sensível e com habilidades para conduzir as sessões de mediação, pois se trata de procedimento complexo, em que o mediador precisa, necessariamente, de preparo e treinamento para desenvolver suas atividades de maneira satisfatória.

3.2.4 Modalidades de mediação

3.2.4.1 Mediação extrajudicial

Essa modalidade de mediação, também conhecida como voluntária, tem o início por mútuo consentimento e vontade das partes em realizar o processo. Não há qualquer possibilidade de imposição para a realização do procedimento.

A mediação extrajudicial como bem é operada sem o auxílio de componentes dos quadros jurisdicionais. Normalmente, é considerada mediação privada, sendo efetivada previamente à instauração da relação processual.

Atualmente, no Brasil, existem vários núcleos de mediação privada, que por iniciativa exclusiva das partes, tem sido amplamente utilizada como meio alternativo e sem qualquer interferência ou vinculação com o Poder Judiciário.

Nesse contexto, por ser considerada uma atividade privada, a mediação é observada pelos indivíduos como forma alternativa para reduzir gastos e tempo na resolução dos conflitos.

3.2.4.2 Mediação judicial

A mediação judicial, também denominada mandatária ou paraprocessual, é aquela em que seu início se dá por determinação legal ou por determinação de cláusula contratual que prevê tal procedimento.

Essa modalidade de mediação é realizada no curso de uma demanda já instaurada, sendo conduzida por mediadores judiciais (previamente cadastrados e habilitados segundo as regras do respectivo Tribunal) designados pelo juiz da causa. No que concerne ao momento da instauração da mediação judicial esta poderá ser prévia ou incidental.

A mediação prévia ocorrerá se uma das partes fizer o pedido para resolver o conflito mediante a mediação, desde que seja feito antes do início do processo. Poderá ser utilizado o mediador judicial ou extrajudicial, observado a voluntariedade do procedimento.

Em contrapartida, a mediação incidental estabelece que o magistrado atuará durante todo o processo, buscando, todo o momento, o encaminhamento para o processo de mediação. A mediação incidental é determinada pelo magistrado que, verificando que as partes diligenciaram o processo judicial sem passar pela mediação previamente, conduzirá para a sua concretização.

Diante dos conceitos e diferenciações apresentadas passe-se à análise do Novo Código de Processo Civil, na qual institui essas modalidades de mediação.

3.2.5 A mediação no novo código de processo civil (projeto)

Como já explicitado, a mediação desenvolveu-se principalmente na década de 90, nos Estados Unidos, quando as Cortes

americanas passaram a implementar programas de diversos meios para resolução de conflitos. Em 2001, a Conferência Anual de Comissários para Uniformização das Leis, teve grande importância para regulamentar o instituto, sendo utilizado como modelo para a legislação dos Estados norte-americanos, como por exemplo, os Estados da Califórnia, Flórida, Alabama, tornando o instituto obrigatório anteriormente ao procedimento judicial.

Nos fins da década de 70, a mediação desenvolveu-se na Inglaterra, cujo sistema jurídico, tal como nos Estados Unidos, baseia-se nos precedentes judiciais. Têm-se notícias que a Corte Inglesa restringiu as possibilidades de as partes recusarem a recomendação para a mediação, chegando inclusive, a determinar a sua realização mesmo quando uma das partes havia expressamente rechaçado essa alternativa.

No ano de 2004, foi limitado o poder da *High Court* de impor a tentativa da mediação aos litigantes, sob o argumento de que ao obrigar as partes que não desejavam mediar, fazê-lo, constitui ofensa ao direito de acesso à justiça.

O início da mediação na França foi bem diversificado, visto que com o advento do Decreto nº 96.652/1996 foi inserido no Código de Processo Civil disposição acerca da possibilidade de o juiz remeter o conflito à mediação, caso as partes concordassem em participar do processo. Teve como principal marco a figura do *ombudsman*, que atuava como intermediário da solução dos conflitos entre os indivíduos, o setor privado e órgãos governamentais, que teve maior amplitude da intervenção judicial no processo de mediação.

Em 1992, na Argentina, foi editado o Decreto nº 1.480 do Poder Executivo que declarou de interesse nacional a institucionalização e o desenvolvimento da mediação como método não adversarial de solução de conflitos.

Antes da reforma legal, a implementação da mediação não partiu apenas da mudança legislativa, uma vez que foram contemplados vários setores da sociedade, como as escolas, desenvolvendo intensa campanha de divulgação da nova forma de solução de conflitos, com o intuito de torná-la mais próxima da população.

Com o advento da Lei nº 24.573/1995, foi estabelecido a obrigatoriedade da mediação previamente a todo juízo, criando perante o Ministério da Justiça um Programa Nacional de Mediação, bem como o Registro de Mediadores, sendo restrito àqueles que possuísem títulos de advogados.

Além disso, a difusão da mediação no ordenamento jurídico argentino, antes de torná-la compulsória, foi precedida de um largo e necessário trabalho de implementação do novo método.

No Brasil, o instituto surgiu a partir da década de 90 e já são expressivas as entidades e os órgãos institucionais que tratam da mediação no país, visto que tais entidades dedicam-se não só à prática da mediação, como também na formação de mediadores.

Todavia, no Brasil, há falta do instituto da mediação no Direito Positivo, tendo em vista que a mediação é exercida e praticada independentemente da existência de lei. Mas, como nosso regime jurídico pertence ao *civil law*, se não houver uma lei de Direito positivo albergando o instituto da mediação, ela não existe em nosso mundo jurídico.

O primeiro projeto de lei que abordou o tema foi de iniciativa da advogada e deputada Zulaiê Cobra Ribeiro que, quando da elaboração do referido projeto teve a colaboração dos estudiosos da disciplina: Antonio Cesar Peluso (Ministro do STF), Águeda Arruda Barbosa (advogada e mediadora), Giselle Groeninga (psicanalista e mediadora) e Eliana Ripert Nazareth (psicanalista e mediadora). Esse Projeto de Lei nº 4.827/1998, institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Trata-se de um projeto de lei bem conciso, mas nem por isso é menos abrangente.

Referido Projeto de Lei obedece rigorosamente ao princípio da autonomia da vontade das partes, mesmo quando cria a mediação judicial e, ao juiz faculta convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação para a solução do conflito

A proposta desse projeto foi considerar as diretrizes essenciais da mediação, como por exemplo, a voluntariedade e a sua flexibilização e não a regulamentação detalhada do seu procedimento.

O projeto, no ano de 2006, foi estendido para 47 artigos, sob a relatoria do Senador Pedro Simon. Atualmente, já se encontra aprovado o substitutivo do Senado, faltando ser aprovado em Plenário (PLC nº 94/2002). Este anteprojeto confere ao advogado a exclusividade da função de mediador, além de estabelecer incidentes tirados do Direito Processual Civil para implementação da mediação judicial. O citado anteprojeto cria a figura da "mediação incidental", sendo obrigatória a imposição da mediação no curso do processo judicial.

O Projeto de Lei tem dispositivos muito semelhantes aos da lei argentina, principalmente na parte que disciplina a mediação compulsória. Contudo, optou o legislador brasileiro pela obrigatoriedade da mediação no curso do processo judicial e não antes da instauração do processo judicial, sob o argumento de evitar a eventual alegação de ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Conforme se verifica no projeto, foi instituído um capítulo sobre a mediação incidental, estabelecendo a sua obrigatoriedade:

CAPÍTULO V DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I - na ação de interdição;

II - quando for autora ou ré pessoa de direito pú-

blico e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;

III - na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil;

IV - no inventário e no arrolamento;

V - nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel;

VI - na ação de retificação de registro público;

VII - quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

VIII - na ação cautelar;

IX - quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo.

Adota-se, nessa questão, o modelo da mediação dos Estados Unidos e da Argentina, no que tange a obrigatoriedade da mediação.

A mediação no Brasil, destaca-se pelo fato de que por mais que não há lei que regulamente o instituto, existe grande influência de outros países sobre o Projeto de Lei em estudo e, da mesma forma que foi precedida de profundo estudo e técnicas em outros países, pode o instituto ser legitimado no Brasil.

4 A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O tema em estudo gravita no questionamento da inserção da mediação em nosso ordenamento jurídico. Deve o juiz, observando cada caso concreto, estimular a prática de tal procedimento respeitando a autonomia da vontade das partes ou, a legislação impor que as partes têm a obrigação de se submeter ao procedimento do instituto em voga?

O primeiro questionamento que se faz sobre a compulsoriedade da mediação é no que concerne à constitucionalidade dos dispositivos que impõe a restrição ao acesso ao Poder Judiciário, pois caso não seja comprovado a tentativa de conciliação entre as partes, argumentam-se que este condicionamento viola o direito de ação previsto constitucionalmente, bem como viola o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Em sentido oposto, Carlos Alberto de Salles, argumenta que essa imposição da mediação não viola qualquer dispositivo constitucional, tendo em vista que esse seria apenas mais um requisito exigido às partes para que tenham acesso à atividade jurisdicio-

nal. (SALLES, apud TARTUCE, 2008, p. 246)⁴

No Projeto de Lei nº 94/2002 em trâmite no Congresso Nacional tem em sua proposta o encaminhamento compulsório das partes à mediação, conforme se verifica no art. 34 do referido projeto.

Esse projeto rejeita os argumentos que referido artigo é inconstitucional, visto que não há que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois o acesso à justiça é conferido às partes que se encontram no processo judicial já instaurado, sendo oportunizado mais um instrumento de resolução de conflitos.

No processo, a instauração da mediação incidental obrigatória além de afastar a voluntariedade do instituto, inova em criar uma nova fase processual, o que contraria o princípio da celeridade processual, uma vez que suspenderia o processo para a realização da mediação e, depois de finalizada a mediação, o processo teria seu prosseguimento. Isso veemente se contradiz com a função jurisdicional de promover a justiça de maneira célere.

Muito tem se criticado a mediação obrigatória, especialmente os defensores da teoria pura da mediação. Alegam que os princípios como a voluntariedade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade são distorcidos com essa modalidade de mediação, bem como os tribunais poderão ter acesso às informações adquiridas por alguns mediadores.

A defesa da criação do instituto e a sua prática se explica, mas não se justifica, uma vez que o comportamento conflitivo dos indivíduos são considerados nesse "metiê", com raras possibilidades de fazerem acordos, senão através de meios coercitivos.

Verifica-se que a finalidade do legislador em estabelecer essa obrigatoriedade é para que o instituto da mediação seja mais utilizado para a resolução das controvérsias.

Apontam como argumento que a tentativa de resolução dos conflitos através da atividade jurisdicional deverá ser exceção, criando a cultura de prioridade a outros mecanismos de resolução de conflitos, como forma ainda de desafogar o Poder Judiciário.

Baseada nas experiências de outros países que adota como modelo a mediação obrigatória, Fátima Nancy Andrighi, expõe que deve haver uma "mutação constitucional para que se possa superar a questão da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário", afirmando que é necessária a reflexão no sentido de adotar a mediação obrigatória, ainda que seja um desafio constitucional, em virtude de resgatar a dignidade do Poder Judiciário. (ANDRIGHI, apud TARTUCE, 2008, p. 245)

Segundo a autora, por mais que no início as partes resistem em adotar o procedimento, ao longo do tempo as mesmas vão aderindo a essa nova técnica consensual. Porém, esse procedimento nos países em que se tem respeitado a livre escolha das partes, os números de acordos são bem maiores, pois visualizam de maneira

diferenciada a resolução dos conflitos pela via consensual.

Diante do projeto em trâmite, não parece razoável a obrigatoriedade da mediação, visto que nem todas as demandas judiciais são passíveis de serem resolvidas pela mediação.

Em vários países, como a Argentina e o Japão, adota-se a obrigatoriedade da mediação em seus ordenamentos jurídicos, tendo em vista que é exigido dos indivíduos o esgotamento das vias alternativas de solução de conflitos. Após esse esgotamento das vias é que a pretensão pode ser levada a conhecimento do magistrado.

Na Colômbia, Estados Unidos, Inglaterra, são exemplos de que quando se trata de direito de família, não se admite a abertura do processo, se não comprovar que a tentativa de acordo ou a conciliação mostra-se totalmente inviabilizada aos indivíduos.

A previsão da obrigatoriedade da mediação, não condiz com os objetivos e o direcionamento do método consensual de solução de conflitos. Nesse sentido, revela Juan Carlos Vezzulla:

[...] A voluntariedade é nota essencial da mediação, dado que esta só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; estes devem escolher o caminho, o início e as interrupções do processo de mediação. Assim, mesmo nos sistemas jurídicos no quais se exige passar por uma sessão de mediação (ou pré-mediação), como requisito para a apreciação da demanda, a obrigatoriedade não ultrapassa a primeira sessão: nesta, as partes podem manifestar sua negativa em iniciar a mediação ou optar por interrompê-la sempre que desejarem." (apud TARTUCE, Fernanda. 2008, p. 242-243)

Afirma-se que qualquer tipo de imposição não se mostra compatível com a mediação, o que comprometeria a voluntariedade e a autonomia da vontade das partes para a instituição do acordo.

Necessário seria promover uma cultura social sobre como funciona a mediação, tendo em vista que a inclusão do método no sistema judicial poderá ocorrer de maneira eficaz, desde que a aplicação da técnica respeite tal requisito subjetivo, sob pena de desvirtuar a mediação convertendo-a em um mecanismo híbrido ou em mais uma tentativa de conciliação no feito.

Ao obter a experiência de outros países que priorizam a vontade das partes em assentir a mediação, destaca-se a experiência canadense, como se segue:

"Em Quebec, no Canadá, foi instituído um serviço de pré-mediação obrigatório na apreciação dos conflitos familiares. Por meio de uma palestra,

que dura menos de uma hora, a atividade de pré-mediação provê aos interessados informações sobre tal técnica conciliatória e seu respectivo procedimento. Após certo prazo, as partes optam se utilizarão ou não tal mecanismo." (VEZZULLA, Juan Carlos. apud TARTUCE, Fernanda. 2008, p. 244)

Segundo Tartuce, a previsão canadense configura sem dúvida o melhor sistema, pois ao permitir que os indivíduos tenham informação e conhecimento sobre a técnica desenvolvida, razoavelmente, condiz com a melhor administração do conflito. Aduz que a imposição ao comparecimento obrigatório às sessões, forçando o acordo, não se apresenta pertinente ao instituto, uma vez que comprometerá os princípios da liberdade e voluntariedade que direcionam a mediação.

A maioria dos doutrinadores utiliza como argumento contrário a prática da mediação incidental obrigatória, o fato de que a instauração desse procedimento é absolutamente adversa com o meio consensual de resolução de conflitos em questão.

Considera-se indevido o procedimento da compulsoriedade da mediação, visto que o princípio da voluntariedade deve conduzir a celebração de todos os acordos relacionados à mediação.

Com o desenvolvimento da mediação este instituto tem sido amplamente utilizado como mecanismo de acesso à justiça feito pelos Tribunais, o que ainda tem permitido a aproximação do instituto e a sociedade, de forma que esta possa reconhecer a sua efetividade e eficácia como mecanismo de resolução de conflitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações expostas no presente artigo, passam-se as ponderações finais.

Ao longo do trabalho foi analisado o surgimento das formas resolutivas dos conflitos. Nos primórdios da civilização, utilizava-se a autotutela e a autocomposição como mecanismos para resolver as controvérsias.

No período pré-romano, era um terceiro quem resolvia os conflitos, seja através do uso da força ou pela tradição existente na comunidade. Após, adveio o juízo arbitral, em que ao terceiro era confiada a resolução do conflito, mas este gozava de confiança das partes.

O governo romano, no período clássico, assumiu a solução dos conflitos, na qual o Estado passou a nomear os árbitros e não mais competia às partes fazê-lo. Retirou-se dos particulares a possibilidade de resolver os conflitos, visto que a atividade passa a ser exclusiva do Estado, de forma que garantisse a solução pacífica dos conflitos.

A esta atividade denominou-se jurisdição, que é um instru-

mento que através dele será exercida a função jurisdicional do Estado, na qual imparcialmente, busca a pacificação do conflito, frente aos casos concretos, quando provocado pelas partes.

Ao Estado foi conferido o poder de dirimir os conflitos entre os indivíduos, inclusive os do próprio Estado e, para a efetivação da jurisdição, especialmente no que tange a sua função pacificadora, o Estado impõe a sua vontade através de decisões judiciais instuídas pelos órgãos jurisdicionais.

Analisando o processo evolutivo, verifica-se que para chegar ao poder estatal de resolução de conflitos, vários foram os caminhos percorridos. Em nosso ordenamento jurídico, a pretensão refere-se apenas a aplicação da norma ao caso concreto, não consagrando a aplicação de novas e outras formas de resolução de conflitos. O que muitas vezes, suscita a insatisfação e o descontentamento dos indivíduos após o processo judicial. Isto ocorre, geralmente, porque são levados em consideração apenas os interesses de uma parte em prejuízo da outra.

Além disso, dentre as circunstâncias consideradas por gerar insatisfação das partes, pode-se afirmar que o alto custo do processo judicial e a morosidade do procedimento, quer por excesso de formalidades ou qualquer outra situação, também são fatores que ensejam o descontentamento das partes na procura de soluções para seus conflitos.

No ordenamento pátrio, o que prevalece é a aplicação da lei ao caso concreto, não dando a devida relevância aos reais interesses apresentados pelos indivíduos, expressando o desagrado dos mesmos em relação ao processo judicial.

O Estado, no exercício da jurisdição, não tem desempenhado sua função pacificadora com efetividade, o que subentende que não influi se a função pacificadora tenha que decorrer do próprio Estado ou por qualquer outro meio alternativo.

Por diversos motivos, como por exemplo, a morosidade e o custo do processo, é que se tem procurado novas formas alternativas para solucionar os conflitos que não decorram da jurisdição estatal, originando outros instrumentos não jurisdicionais de resolução de conflitos.

Ao analisar cada caso concreto, não se utilizando apenas das normas previstas em lei, esses meios alternativos possuem maior liberdade para resolver os conflitos apresentados por cada indivíduo.

Existindo outros meios alternativos de resolução de conflitos, o trabalho pautou-se distinguir os institutos da conciliação e da mediação. Na conciliação há também a figura de um terceiro, que desempenha uma função mais ativa no mérito da disputa. Muitas vezes, tenta interferir e também impor a solução do conflito com base no que julga ser o mais correto para o caso concreto.

A mediação trata-se de um método em que os envolvidos, pro-

curam solucionar o conflito, com o auxílio de um terceiro imparcial, mediador, que busca construir e restabelecer o diálogo entre as partes, pautando pela liberdade e autodeterminação das partes em resolver a controvérsia.

Verifica-se que nesse processo, as próprias partes têm o poder de resolver os conflitos, uma vez que a mediação é um mecanismo consensual, voluntário e informal, não estabelecendo nenhuma relação da parte que perde ou ganha, pois o conflito deve ser resolvido de forma harmoniosa.

Nesse sentido, diante da situação e da chamada crise que se encontra o Poder Judiciário, a mediação tem sido utilizada como meio alternativo de resolver controvérsias.

Todo o processo da mediação norteia-se pelos princípios da dignidade humana, do poder de decisão das partes (autodeterminação, liberdade, autonomia da vontade), da informalidade, da participação de terceiro imparcial e da não-competitividade. Princípios estes essenciais para pautar a conduta dos envolvidos, para que se possa obter um resultado satisfatório do instituto.

O mediador deve oportunizar as partes a apresentação da versão dos fatos, motivo da disputa, de modo que trabalhe para que as mesmas cheguem a um acordo efetivo. Verifica-se que por ser um procedimento complexo, o mediador necessita de preparo para realizar o procedimento, saíam satisfeitas após as sessões de mediação.

Apresentou-se as modalidades da mediação, quais sejam, a mediação extrajudicial, que é realizada por mútuo consentimento e vontade das partes, e a mediação judicial, que é aquela instaurada por determinação legal ou por determinação de cláusula contratual. A mediação judicial pode ser prévia ou incidental, observado o momento da sua instauração.

Tem-se a mediação prévia quando uma das partes quiser resolver o conflito via o instituto, desde que seja feito antes de iniciado o processo. A mediação incidental é aquela determinada pelo magistrado que, analisando processo judicial verifica se as partes passaram previamente pela mediação. Se isso não tiver ocorrido, as mesmas serão encaminhadas para a realização do procedimento.

Analisou-se o novo Código de Processo Civil no que tange a positivação do instituto, visto que no Brasil, a mediação é praticada mesmo sem lei que a regulamente.

Tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 4.827/1998, que disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Este Projeto respeita ao princípio da autonomia da vontade das partes, mesmo quando institui a mediação judicial, facultando ao juiz analisar a conveniência das partes submeterem à mediação. No ano de 2006, este projeto foi estendido e

o substitutivo do Senado encontra-se aprovado (PLC nº 94/2002), em que institui a figura da "mediação incidental", sendo obrigatória a imposição da mediação no curso do processo judicial.

Como forma de impedir o argumento de ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, preferiu o legislador brasileiro pela obrigatoriedade da mediação no curso do processo judicial, sendo influenciado por outros países em que o instituto já é difundido.

Como primeiro questionamento a propósito da compulsoriedade da mediação, discute-se sobre a constitucionalidade dos dispositivos que impõe a restrição ao acesso ao Poder Judiciário, caso não seja comprovado a tentativa de conciliação entre as partes, sob o argumento que este condicionamento viola o direito de ação previsto constitucionalmente, bem como viola o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

O Projeto de Lei nº 94/2002 rejeita os argumentos que referido artigo é inconstitucional, visto que não há que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois o acesso à justiça é conferido às partes que se encontram no processo judicial já instaurado.

Verifica-se ainda, que a instauração da mediação incidental obrigatória inova em criar uma nova fase processual, contrariando o princípio da celeridade processual, uma vez que suspenderia o processo para a realização da mediação e, depois de finalizada a mediação, o processo teria seu prosseguimento. Argumentam que isso se contradiz com a função jurisdicional de promover a justiça de maneira célere.

O legislador em optar pela inserção da mediação como procedimento obrigatório após a instauração de processo judicial, originou outra divergência entre os estudiosos do tema. Questionam se tal prática, ofenderia ou não o princípio que rege a mediação, qual seja, o da autodeterminação.

Os legisladores apontam como argumento que, estabelecendo essa obrigatoriedade, o instituto deverá ser mais utilizado para resolver os conflitos dos envolvidos. Alegam ainda, que se deve criar uma cultura para que sejam utilizados outros meios resolutivos de conflitos, na qual o exercício da atividade jurisdicional seja apenas para conflitos que não consigam ser solucionados pela mediação. Com isso, seria uma forma de aliviar e desafogar o Poder Judiciário.

Baseando-se nas experiências de outros países que adotam a mediação obrigatória, as partes ao longo do tempo vão aderindo a esta nova técnica consensual, por mais no início resistam em acolher o procedimento. No entanto, os números dos acordos nos países que respeitam a autodeterminação das partes, são bem maiores, visto que tem uma visão diferenciada da resolução dos

conflitos quando se dá pela via consensual.

Apresentou-se uma breve notícia a respeito da experiência da mediação em diversos países, como Japão, Argentina, Estados Unidos, Canadá e Inglaterra.

As críticas relacionadas à instituição da mediação obrigatória são principalmente dos defensores do instituto. Alegam que os princípios como a voluntariedade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade são distorcidos com essa modalidade de mediação, bem como os tribunais poderão ter acesso as informações adquiridas por alguns mediadores.

Não condiz com os objetivos da mediação a previsão da sua obrigatoriedade. Qualquer imposição não é compatível com o instituto, o que comprometeria para o desempenho do acordo e feriria o princípio da autodeterminação das partes. Seria necessário criar uma cultura social de como funciona o instituto, de forma que a sua inclusão no sistema jurisdicional poderá ocorrer de maneira eficaz.

A mediação não se apresentará pertinente, caso haja a imposição ao comparecimento as sessões, forçando o acordo entre as partes, pois comprometerá os princípios da voluntariedade e liberdade que direcionam a mediação.

Tem-se que a maioria dos doutrinadores utiliza como argumento contrário a prática da mediação incidental obrigatória, o fato de que a instauração desse procedimento é absolutamente adversa com o meio consensual de resolução de conflitos em questão, considerando ineficaz a instauração do procedimento compulsório, uma vez que o princípio da voluntariedade deve gerir todos os acordos relacionados à mediação.

Diante dos argumentos apresentados, conclui-se que apesar da crise na prestação jurisdicional, mostra-se imprópria a previsão da implementação da mediação incidental como forma de esgotamento das tentativas de acordo entre as partes.

Para que a implementação do instituto fosse eficaz e surtisse efeitos concretos, faz-se necessário uma mudança de mentalidade para que a mediação não ocorra de forma impositiva, sob pena de violar o princípio da autodeterminação, liberdade e autonomia da vontade das partes, comprometendo ainda que as partes cheguem a um consenso legítimo.

Assim, deve-se instituir uma nova cultura para que os indivíduos tenham consciência de que a via consensual de resolução dos conflitos seja o melhor caminho para construir uma sociedade mais pacífica. Para tanto, não bastam apenas alterações legislativas sobre o instituto, pois a mediação deve ser utilizada pelos operadores do direito e pelos envolvidos nos conflitos de forma consciente, para que assim, seja também eficaz.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Águeda Arruda. *Mediação familiar* – uma nova mentalidade em Direito de Família. Revista de Doutrina e Jurisprudência – TJDF – n° 58 – set./dez. de 1998.
- CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo: Atlas, 2002. 236 p.
- CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Projeto de Lei nº 2.285, de 2007, que almeja um ordenamento jurídico mais humanitário e inclusivo*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_projeto_lei/8.PL-2285,2007.pdf>. Acesso em: 23 setembro 2012.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellgrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CRUZ, Carla; RIBEIRO, Uirá. *Metodologia científica: teoria e prática*. Editora Excel Books, 2004. 340 p.
- FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. *Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 55-69.
- FERREIRA, António Gomes. *Dicionário de Português-Latim*. Porto Editora: Portugal, 1987
- FIUZA, César. *Teoria geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.
- MOORE, Christopher W. trad. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PANCOTTI, José Antonio. *Institutos fundamentais de direito processual: jurisdição, ação, exceção e processo*. São Paulo: LTr, 2002.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. *Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias*. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 20 setembro de 2012..
- RIBEIRO, Zulaiê Cobra. *Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*. Disponível em: <www.justica.sp.gov.br/downmed/pl4827.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2012.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil – Teoria geral: premissas e institutos fundamentais, relação jurídica; procedimentos em 1º e 2º graus; recursos; execução; tutela de urgência*. 4ª ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RODRIGUES, Renata de Lima; RÜGER, André. *Autonomia como princípio jurídico estrutural*. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 03-22.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SIMON, Pedro (Relator). *Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 94, de 2002 (nº 4.827, de 1998, na Casa de origem), que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senadores/Senador/psimon/projetos/proj_2006/PA060313.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2012.
- SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Trad. Giselle Groeminga de Almeida, Águeda Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOUSA, Michelle Franco Fonseca de. *A mediação como meio de resolução de conflito de interesses no Estado Democrático de Direito. Direito Processual: Hermenêutica Constitucional em Debate*. Coordenador: João Antônio Lima Castro. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

NOTAS DE FIM

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 Execução), Professor Orientador do CEJU – Centro de Exercícios Jurídicos, Professor da UNIPAC – Itabirito da Disciplina Processo Civil (Execução)

2 Mestre em Direito, Professor e Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

3 Os princípios foram adotados com base na doutrina de Fernanda Tartuce. Vale lembrar, que vários são os princípios norteadores da mediação. Mas nesse trabalho, procurou-se restringir os princípios considerados essenciais. Expõe José Luiz Bolzam sobre os princípios que sustentam a mediação: Nos Estados Unidos, entre os anos de 1992 e 1994, foi composto um Comitê para que fosse preparado um documento que tinha como objetivo desenvolver o Instituto da Mediação, criando ferramentas para auxiliar os colaboradores. Esse documento recebeu o nome de Modelo-Padrão de Conduta para Mediadores. Referido documento foi utilizado como instrumento para pautar a conduta dos mediadores, e ainda, para gerar a confiança pública na Mediação como mecanismo eficaz de solução de conflitos. O documento desenvolvido apresentou como sendo os princípios da mediação: a autodeterminação; a informalidade; a imparcialidade; o conflito de interesses; competência; confidencialidade; qualidade do processo, anúncios e solicitações; custos; obrigações para com o processo da mediação. O princípio da autodeterminação, em sua essência, estabelece que “é fundamental para o resultado efetivo do processo que as partes possam alcançar um acordo voluntário, sem imposição ou coerção de qualquer espécie, e que a elas seja facultado abandonar o processo no momento que lhes convier.” A informalidade revela que a mediação é um processo informal, em que as partes têm a liberdade de debater sobre os problemas que se encontram, procurando a melhor solução para a situação. A imparcialidade infere-se que o mediador deve, em todo o processo da mediação, ser neutro e imparcial. Tem como obrigação, se se notar que não é capaz de manter a imparcialidade e que não manterá um posicionamento idôneo, deverá abandonar a mediação. O princípio do conflito de interesse trata da situação em que o mediador deve ser claro e se necessário, esclarecer qualquer conflito de interesse que o envolva. É vedado ao mediador, sem o consentimento das partes, realizar ou estabelecer relações profissionais futuras com os mediados, seja lá de qualquer natureza, visto que colocaria em risco a integridade da mediação. A competência relaciona-se com as qualificações necessárias para ser mediador. Assim, só poderá mediar quem atender as qualificações, tiver treinamento e experiência e, ainda, atenta às expectativas das partes. Em se tratando da confidencialidade o processo de mediação é desenvolvido em ambiente secreto e, ao mediador é vedado revelar qualquer informação referente às partes. Poderá revelar as informações caso ambas as partes autorizem ou por determinação legal. A qualidade do processo atribui que o mediador deve trabalhar para conduzir o processo de forma justa, diligente e de maneira a concretizar o princípio da autodeterminação das partes. O intuito é desenvolver um processo com mútuo respeito entre os envolvidos. Os anúncios e solicitações quer dizer que o mediador deve se pautar e primar pela verdade. Não pode ser feito qualquer tipo de promessa ou garantia

de resultado no processo. Quanto à economia financeira (custo) e de tempo, estabelece que como os processos judiciais são custosos, e alongam por mais tempo, tem-se que os conflitos levados à mediação, geralmente são resolvidos em menos tempo, o que indiretamente diminui o custo do processo. Às partes, deve ser oferecidas informações sobre os custos da mediação no início do processo. E por fim, as obrigações para com o processo de mediação, infere na contribuição dos mediadores de promover uma cultura de consenso na sociedade, propiciando que a mediação seja acessível à todos.(MORAIS, 1999)

4 O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre esse argumento através da Medida Provisória nº 1.053, de 30.06.1995 que condicionava as demandas trabalhistas a um mediador. O Partido dos Trabalhadores ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, pedindo que o vocábulo “obrigatoriedade” fosse declarado inconstitucional. O STF deferiu tal pedido, fundamentado que essa obrigatoriedade constitui empecilho ao exercício do direito e ao acesso à justiça. (<http://www.stf.gov.br>. acesso em: 26 de setembro de 2012)

A SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO E A EFICÁCIA DA LEI PENAL E PROCESSUAL PENAL

Ronaldo Passos Braga¹

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a vigência e eficácia da lei penal e da lei processual penal em razão da sucessão das normas no tempo, mormente no referente à aplicação das denominadas normas mistas. Analisa-se ainda, o problema da resolução do conflito de normas no tempo em consideração aos princípios da retroatividade e ultratividade benéficas e à teoria dos atos processuais independentes.

PALAVRAS CHAVE. Conceito, vigência, eficácia e revogação de leis. Norma penal e processual penal no tempo.

ÁREAS DE INTERESSE: Teoria Geral do Direito. Direito Penal. Direito Processual Penal.

1 INTRODUÇÃO: CONCEITO DE LEI

Legislação é o conjunto de normas positivadas e escritas que, por vezes, confunde-se com o próprio conceito de ordenamento jurídico.

O vocábulo lei apresenta diversos significados. Lei como mandamento divino. Lei da natureza. Lei das artes. Lei como produto da ciência do homem, criada para regulamentar a vida em sociedade. Lei formal. Lei material. Leis jurídicas.

Na definição de Santo Tomás de Aquino a lei é "uma ordenação da razão, promulgada, em mira do bem comum, por aquele que tem o encargo da comunidade" (Suma Theologica. II-II 90, 4).

Na plurisignificatividade do conceito de lei podemos destacar uma definição de lei própria da Teoria Geral do Direito, outra própria da Teoria Geral do Estado e ainda, uma outra retratada pela Filosofia do Direito.

Perfunctoriamente podemos constatar que a Teoria do Direito trabalha com um conceito de lei atrelado à noção de sua fonte de juridicidade. É lei a norma de conduta imposta e legitimada pelo Estado que atenda a todos os requisitos de forma. Em entendimento diametralmente oposto Kelsen retira da validade da lei a condicionante da juridicidade: "A norma é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum" (KELSEN, 1996). Já a Teoria Geral do Estado estabelece a idéia de lei ressaltando a divisão das funções estatais, lei seria o "preceito comum e obrigatório, emanado do Poder Legislativo, no âmbito de sua competência" (NADER: 1993). Em dissonância com os critérios técnicos olvidados na definição do conceito de lei pela Teoria Geral do Direito e pela Teoria Geral do Estado, a Filosofia do Direito trabalha a identificação de lei vinculada à existência ou não de limites estabelecidos por um pretense Direito Natural.

Teríamos como gênero a norma jurídica e como espécies: Constituição Federal, lei complementar, lei ordinária e lei delegada. A lei em sentido amplo abrangeria qualquer regra jurídica, escrita ou não, lei propriamente dita, a medida provisória e os decretos, autônomos e regulamentares. A caracterização da lei adotando-se um critério restritivo, exclui os atos originários do Poder Executivo, como as medidas provisórias, restringindo-se aos comandos escritos provindos do Poder Legislativo. É nesse último sentido que será tratado o vocábulo lei quando mencionado no presente artigo.

Por conseguinte associando-se ao conceito de leis temos que a legislação penal se distingue da restante legislação pela especial consequência que a associa à infração penal (delito): a coerção penal, que consiste quase exclusivamente na pena (ZAFFARONI e PIERANGELI: 2009).

O castigo, ou sanção, que é associado pela lei às infrações ou violações do direito criminal (sejam quais forem as outras finalidades que a punição possa servir) destina-se a fornecer um motivo para a abstenção dessas actividades. Em todos estes aspectos, há pelo menos uma forte analogia entre o direito criminal e as suas sanções e as ordens gerias baseadas em ameaças do nosso modelo (HART:2001).

Já a lei processual penal refere-se as normas, regras e princípios que regulamentam a forma de composição do litígio penal, permitindo a aplicação do Direito Penal material ao caso concreto e conseqüentemente a realização do *ius puniendi*.

2. VIGÊNCIA, EFICÁCIA E REVOGAÇÃO DAS LEIS

A normatização da vigência da lei no ordenamento jurídico pátrio é regulamentada na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo primeiro² que estabelece uma condicionante para o início de sua vigência denominado *vacatio legis*. Desta feita, pelo sistema brasileiro, após promulgada, não havendo disposição legal em contrário, ou seja, não havendo cláusula de vigência expressa, aplica-se a regra supletiva, sendo que a lei só terá vigência após 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação. Define-se assim a *vacatio legis* como esse interregno de tempo entre a publicação da lei e sua vigência.

Esse interregno de tempo -*vacatio legis*- pode ser alterado, entendido ou reduzido (ex. "Esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial") ou até mesmo suprimido pelo legislador (ex. "Esta lei entra em vigor na data de sua publicação"), circunstância em que a lei terá eficácia imediata, segundo critérios políticos de conveniência, necessidade e oportunidade.

Diferentemente, na hipótese de admissão e aplicação da lei brasileira no estrangeiro, a *vacatio legis* será de 3 (três) meses³, oportunidade em que será considerada pelo direito internacional público e privado. Esclareça-se, que se para a lei nova for estabelecido no Brasil prazo para vigência superior há 3 meses e sendo omissivo quanto ao tal prazo no exterior, aplica-se o prazo interno à vigência no estrangeiro, sob pena de flagrante interpretação *contrario sensu*.

Há ainda exceções à regra geral da *vacatio legis* no espaço de tempo de 45 (quarenta e cinco) dias positivadas no próprio texto constitucional: artigos 150, III, "b", e 196, §6º, CR/88.

A contagem do prazo para vigência da norma inclui a data da publicação e a data do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral, conforme diretrizes do parágrafo primeiro da Lei Complementar 95/98.

Após a iniciativa, discussão, elaboração, votação e aprovação do projeto lei pelo Poder Legislativo, resumidamente podemos apontar as seguintes fases condicionantes da vigência, eficácia e obrigatoriedade dessa lei, que são de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo:

1 sanção: é ato político que demonstra a adesão ou aquiescência do Poder Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo. Trata-se de uma prerrogativa assegurada a esses agentes políticos pelo ordenamento constitucional, a qual não comporta delegação. É por intermédio dela que o projeto se transforma em lei.

2 promulgação: a lei ainda não está em vigor, não é eficaz, entretanto nasceu para o ordenamento jurídico e, especificamente, no Direito Penal, poderá até produzir efeitos. JOSÉ AFONSO DA SILVA preleciona que "o ato de promulgação tem, assim, como conteúdo a presunção de que a lei promulgada é válida, executória e potencialmente obrigatória" (DA SILVA: 1992).

3 publicação: após a promulgação da lei, essa será publicada

para, em seguida, adquirir vigência no ordenamento jurídico. É com a publicação que a lei se torna conhecida e conseqüentemente poderá ser exigida seu cumprimento, decorrido a *vacatio legis*, salvo quando a lei dispuser acerca da vigência imediata. A publicação é o marco inicial a estabelecer o momento em que a lei deverá ser seguida por todos, ensejando verdadeira presunção de conhecimento que impossibilita a alegação de desconhecimento da mesma (LICC, art. 3º)⁴, cabendo quando muito, no Direito Penal a hipótese de erro de proibição, que difere-se da situação de ignorância da lei.

4 vigência: é quando a lei passa a ter obrigatoriedade, vinculando a todos indistintamente. Vigora, em regra, até sua revogação, seja parcial, derrogação, ou total, ab-rogação, salvo disposição expressa, como no caso de leis temporárias ou circunstanciais⁵, hipóteses de auto-revogação.

A lei pode trazer seu período de vigência de forma expressa, como por exemplo, a Lei Orçamentária, assim como pode ter seu período de vigência indeterminado, ou seja, uma vez vigente ela é válida até que outra lei posterior, de superior ou mesma hierarquia, a modifique ou revogue, não podendo revogá-la a jurisprudência, costume, regulamento, decreto, portaria e avisos, não prevalecendo nem mesmo na parte em que com ela conflitam (CARVALHO SANTOS: 1934)

A revogação pode ser expressa ou tácita. A revogação expressa sucede-se quando a lei nova determina especificamente a revogação total ou parcial da lei anterior. Será tácita quando a segunda lei regulamenta a matéria disciplinada na anterior, trazendo disposições incompatíveis ou inovadoras em relação à primeira lei, no entanto, não traz expressamente a revogação da primeira.

A revogação tácita se opera sob duas formas: a) quando a lei nova dispõe de maneira diferente sobre assunto contido em lei anterior, estabelecendo-se um conflito entre as duas ordenações. Este critério de revogação decorre do axioma *lex posterior derogat priori* (a lei posterior revoga a anterior); b) quando a lei nova disciplina inteiramente os assuntos abordados na lei anterior. É princípio de hermenêutica, porém, que a lei geral não revoga a de caráter especial (NADER:1996).

alça-se, que atualmente no nosso ordenamento jurídico, nos termos do disposto no artigo 9º da Lei Complementar 95/98⁶, conforme redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001, somente é admissível a possibilidade de revogação expressa, não cabendo falar-se em revogação tácita no caso de

incompatibilidade. Óbvio aqui, a possibilidade da adoção da lei mais nova em virtude da aplicação do princípio da temporalidade, haja vista o conflito aparente de normas estabelecido, no entanto, a norma antiga não será considerada extirpada do sistema legislativo, perdendo sua eficácia mas não sua vigência.

Conclui-se que a lei tem vigência em regra 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação, consagrando o princípio da publicidade e da informação, vigorando, em princípio, por tempo indeterminado. Frise-se, que a lei nova pode, dispor sobre o início e fim de sua vigência em discordância à regra geral determinando, por exemplo, vigência imediata e duração temporária, como no caso das leis excepcionais, temporárias ou circunstâncias, retro citadas.

3. O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

O princípio da irretroatividade tanto se aplica ao julgador quanto ao legislador e esta é a regra, no silêncio da lei, entretanto poderá retroagir, se estiver expressa e não ferir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (DINIZ, 1994).

Cabe evidenciar que a Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 6º consagra tanto o princípio da imediata aplicação da lei cotejada pelo princípio da irretroatividade da mesma assim consignando: a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico, o direito adquirido e a coisa julgada. Tal norma é posteriormente homenageada no inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, que erige o princípio da irretroatividade à condição de direito e garantia fundamental, não podendo ser suprimido do ordenamento jurídico nem mesmo por emenda constitucional.

Significa assim que apesar da determinação da vigência imediata da lei (immediate effectiveness of the law) sendo a mesma de aplicação obrigatória e vinculante para os fatos presentes e futuros, diversamente, a nova lei não será aplicada aos fatos passados, realizando-se verdadeira harmonização com o princípio constitucional da irretroatividade das normas, inerente ao próprio sistema de justiça condicionante das ordens democráticas. Vislumbra-se que na realidade o princípio da vigência imediata é apenas uma terminologia específica do princípio da irretroatividade da lei, cuja finalidade soberana é a consagração do princípio da segurança jurídica também denominado proteção da confiança ou da estabilidade das relações jurídicas.

Lado outro, há fatos jurídicos que apesar de realizados sob a égide de uma lei, terão seus efeitos estendidos/repercutidos à vigência de uma lei nova ou até mesmo só produzirão efeitos na vigência dessa segunda lei. E mais, há ainda hipóteses em que a lei nova retroagirá, alcançando fatos jurídicos realizados sob o arcabouço da lei anterior. Trata-se aqui, do fenômeno denominado

ora por "conflito de leis no tempo", ora por "sucessão de leis no tempo" e ora por "eficácia da lei no tempo", cuja solução é buscada no Direito Intertemporal através dos princípios da ultratividade e retroatividades *in bonam partem*. Justamente essa atuação da lei no tempo dá origem à teoria da retroatividade das leis. É a projeção da lei no passado, ou sobre fatos anteriores. Denomina-se também direito intertemporal.

Surge desse fenômeno da sucessão de lei no tempo a seguinte indagação: qual lei deverá ser aplicável à resolução do caso concreto? A lei da época da ação ou omissão que realizou o fato jurídico? A lei da época da consumação do fato jurídico? A lei vigente quando o ato realizou seus efeitos? Ou a lei quando do julgamento do fato?

A regra é a prevalência do princípio da irretroatividade, não tendo a lei efeitos pretéritos, só valendo para o futuro. Como mencionado visa primordialmente o referido princípio a segurança jurídica e consequentemente a segurança da sociedade, evitando-se o caos nas relações jurídicas fruto de uma instabilidade provocada por alterações repentinas da legislação ou das regras de um julgamento. Excepcionalmente, aplica-se o princípio da retroatividade, devendo as leis nesses casos serem também aplicadas àqueles fatos anteriores à sua vigência.

Segundo balizado ensinamento de PAULO NADER, fundado em escorreita cátedra de Vicente Ráo, temos a seguinte orientação.

Admite-se a retroatividade da lei: a) no Direito Penal, quando as disposições novas beneficiam réus na exclusão do caráter delituoso do ato ou no sentido de minorarem a penalidade; b) no tocante às leis interpretativas; c) quanto às leis abolutivas, que extinguem instituições sociais ou jurídicas, incompatíveis com o novo sentimento ético da sociedade. Por outro giro, admite-se o efeito imediato da nova lei: a) em relação às normas processuais; b) quanto às normas cogentes ou taxativas; c) quanto às normas de ordem pública (NADER, 1996).

Por derradeiro, consigna-se que restringiremos neste pequeno ensaio, à análise da sucessão de leis penais no tempo, sejam elas de direito material ou processual.

4. A SUCESSÃO DA LEI MATERIAL PENAL NO TEMPO

No concernente à aplicação da lei penal material no tempo vigora a regra da aplicação imediata da nova regra consagrando o princípio da irretroatividade da lei penal de caráter constitucional (CR/88, art. 5º, XXXIX⁷) que ampara-se no princípio da legalidade proibidor das denominadas leis *ex post facto*.

Prosseguindo no texto constitucional, precisamente em seu art. 5º, XL⁸, desponta-se uma exceção ao princípio da irretroativi-

vidade da lei penal que refere-se à hipótese da lei mais benigna, seja aquela editada antes do édito condenatório seja editada na fase da execução da pena. Realça-se que a legislação infraconstitucional inserta no artigo 2º, parágrafo único do Código Penal⁹ reproduz a mesma regra.

Lei penal mais benigna não é só a que descriminaliza ou a que estabelece um apena menor. Pode tratar-se da criação de uma nova causa de justificação, de uma nova causa de exclusão da culpabilidade, de uma causa impeditiva da operatividade da pena etc. (ZAFARONNI E PIERANGELI: 1999)

Deste modo, aplicar-se-á ao julgamento ou à execução da pena a norma que mais favorável for ao réu/executado, vigorando-se os princípios da ultra-atividade e retroatividade benéficas.

O efeito retroativo dado à lei penal mais benigna não significa um presente ao criminoso, pois constitui interesse do Estado. Se, na configuração dos delitos ou na cominação das penas, o Estado formula leis mais benignas, isto significa que as novas leis correspondem verdadeiramente às exigências da Justiça e as necessidades da vida social, devendo aplicar-se aos fatos praticados na vigência da lei anterior, que agora se considera inadequada (HIPPEL, 1925).

5. A SUCESSÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

O legislador busca dirimir o conflito de normas no tempo, editando normas de transição para regulamentação da aplicação das novas regras em embate com as regras antigas. Não obstante, inexistindo disposição legal sobre o direito transitório, questiona-se se a nova lei processual penal pode ou não ter aplicação retroativa, mormente diante da natureza jurídica da versada norma processual.

5.1- Da aplicação imediata da lei processual penal

Partindo-se da premissa de que a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4657/42) é norma geral de aplicação ampla que estende-se por todos os ramos do ordenamento jurídico, figurando como verdadeira "lei de introdução às leis", como não poderia deixar de ser, é também ela que regula a vigência, eficácia, aplicação, revogação e sucessão das normas penais adjetivas e substantivas, no entanto, como será explicitado infra, quanto a esses dois ramos do Direito Penal e Processual Penal surgem especificidades, mormente quanto à ultratividade e retroatividade dessas leis.

Desborda-se da Lei de Introdução ao Código Civil, conforme sobredito, que a regra é à irretroatividade da lei nova, no entanto, tal regra deve ser interpretada com o prelecionado no artigo 5º, inciso XL, da CR/88, onde extrai-se o seguinte: "a lei penal

não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Conclui-se assim: as leis referentes ao Direito Penal aplicam-se aos fatos criminosos consumados após a sua vigência, devendo, entretanto, retroagir sempre, quando beneficiarem o acusado.

Situação dessemelhante sucede-se no caso da Lei Processual Penal. Aqui também, a lei terá eficácia imediata, regulando os fatos presentes e futuros, mas em princípio não será aplicado os princípios da retroatividade ou ultratividades benéficos do Direito Penal.

provee únicamente para el futuro, o sea, em orden a todos los procedimientos y a todos los actos procesuales que están aún por cumplirse em el momento em que entra em vigor, salvo las excepciones establecidas por la misma ley (MANZINI: 1951).

Esclareça-se: a norma de Direito Processual Penal não refere-se ao direito de punir do Estado, mas sim à forma para aplicação deste, conseqüentemente, no atinente ao direito intertemporal, não será aplicado os princípios benignos erigidos do inciso XL do artigo 5º da CR/88.

Deste modo, no concernente à norma processual penal no tempo, a lei terá aplicação imediata a partir de sua vigência, seguindo as diretrizes da Lei de Introdução ao Código Civil e do artigo 2º do Código de Processo Penal¹⁰, sendo adotado o princípio *tempus regit actum*, não cabendo se falar em retroatividade da mesma. Como corolário do referido princípio, derivam-se dois efeitos: a) os atos processuais realizados sob a égide da lei anterior são considerados válidos; b) as normas processuais têm imediata aplicação, regulando o desenrolar restante do processo, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º e CPP, art. 2º).

A Teoria Geral do Processo apresenta três sistemas diferentes acerca de lei processual nova em processos já em andamento: o sistema da unidade processual; o sistema das fases processuais; e o sistema dos atos processuais. Vejamos.

5.2- Sistema da unidade processual e sucessão de leis no tempo. A norma processual penal tendo como destino o fato delituoso.

O processo como um todo unitário somente pode ser regulado por uma única lei. Isto porque, apesar de se desdobrar em uma série de atos diversos, o processo apresenta uma unidade.

Por conseguinte, deve-se aplicar a lei processual penal vigente à época da consumação do fato delituoso, sob pena de retroatividade da lei processual nova e prejuízo dos atos praticados anteriormente à sua vigência.

a lei penal que deve ser aplicada e a lei processual que efetivará a realização dessa norma penal aplicá-

vel constituem um todo que deve se manter idêntico desde a época do evento definido como delituoso. Essa perspectiva, conhecida como "sistema da unidade processual", coloca como referência a data do fato delituoso. Seus seguidores entendem que o processo é algo inseparável, incidível, destinando-se todos os atos processuais à realização do direito penal material e, por isso, deve aplicar-se a lei penal e a lei processual então vigente, até o julgamento final. Dentro dessa perspectiva, o processo deveria regular-se todo pela lei velha. Em decorrência dessa postura, a aplicação da norma processual nova a um processo em andamento ou a um processo a ser instaurado em virtude de evento ocorrido antes de sua vigência, significará aplicação retroativa da lei processual. Nessa linha de raciocínio, o processo deve ser regulado todo pela lei velha, que gozaria assim de ultratividade até o seu término, sob pena de nulidade (CORRÊA:2010).

5.3- Sistema das fases processuais e sucessão de leis no tempo. A norma processual tendo como destino a relação jurídico-processual.

Segundo os adeptos da teoria do sistema de fases processuais o processo é composto por uma série de atos independentes, podendo cada qual delas ser disciplinada por uma lei diferente. Assim, tendo a lei processual penal aplicação imediata, estando vigente, incidirá imediatamente a todas as fases processuais ainda não realizadas, preservando-se os atos já praticados sob a vigência da lei anterior.

a norma processual penal não tem como destinatário o fato delituoso, mas a relação jurídico-processual, a aplicação da lei processual penal nova pode ser imediata sem que se possa falar em aplicação retroativa, pois uma coisa é a relação jurídica de direito material penal, que desencadeia um ato punível e que, pelo princípio da reserva legal, tem de estar previamente tipificado, enquanto que outra é a relação jurídica processual, objeto de incidência das normas processuais penais (CORRÊA:2010).

5.4- Sistema do isolamento dos atos processuais. A norma processual é aplicada imediatamente.

A lei processual nova se aplicaria aos atos processuais ainda não praticados (independentemente da fase processual em que estejam tais atos), mas não se aplica a atos processuais já praticados, nem aos seus efeitos. O art. 2º do Código de Processo Penal consagra esse sistema.

Sem ignorar as fases processuais, considera que o processo constitui-se de uma sucessão de atos legalmente regulados e raciocina com a suposição de que a lei nova deve ser melhor do que a anterior, inclusive no assegurar com mais eficiência os direitos do acusado. Nesses termos, aplicar-se-á a lei velha ao ato processual em desdobramento, mas a lei nova aos atos processuais posteriores, independentemente da fase em que se encontrar. Trata-se do "sistema do isolamento dos atos processuais", segundo o qual não há falar nem em retroatividade nem em irretroatividade, mas em aplicação imediata da lei processual penal. Por isso é correto o entendimento de que as leis processuais penais novas tem eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual já definitivamente cumprida dentro do processo, nem as situações jurídico-processuais já adquiridas (CORRÊA:2010).

6. O PROBLEMA DA NORMA PROCESSUAL PENAL MISTA

A regra no sistema processual brasileiro é a aplicação imediata da norma genuinamente processual. Complexidade surge quando da existência da intitulada norma processual mista.

Uma corrente defende que sendo a norma de natureza processual penal sempre incidirá o preceito da aplicação imediata, ocupando-se a nova lei de todos os fatos processuais futuros à sua vigência. Antagonicamente, outra corrente, pugna pela adoção do princípio da benignidade e seu corolários retroatividade e ultra-atividade benéficos, referentes ao direito intertemporal penal, quando a norma processual penal tiver natureza mista. Observemos.

As normas processuais mistas (norma processual penal material) são aquelas cujo conteúdo é de natureza penal e processual penal concomitantemente. Versam tanto acerca da persecução penal *extra iudicio* ou *in iudicio* quanto ao direito de punir do Estado e à liberdade do indivíduo.

Apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de Direito Penal. E referido conteúdo é extraído da sua inter-relação com as normas de direito material, isto é, são normalmente institutos mistos, previstos no Código de Processo Penal, mas também no Código Penal, tal como ocorre com a perempção, com o perdão, a renúncia, a decadência, entre outros (NUCCI:2008). Os preceitos que estabelecem a exigência de representação (querela) ou o caráter público da ação

penal, bem como os que fixam os prazos prescricionais, são de natureza processual apesar de constarem do Código Penal (MAURACH:2010).

Pelo esposado, desponta da citada segunda corrente, solidificada em doutrina pátria majoritária, que em razão da natureza híbrida da norma processual penal, prevalece o caráter material, e irrefutavelmente à essa serão aplicados os princípios da retroatividade e ultra-atividade *in melius*, decorrentes do princípio da benignidade, ambos concernentes ao Direito Penal. Desta feita, sendo a lei posterior prejudicial ao acusado não retroagirá, diferentemente, se benéfica produzirá efeitos no passado.

Se uma norma processual penal tem "reflexos penais" ela deve se submeter aos princípios de temporalidade da lei penal, e não ao princípio do efeito imediato. Assim, tal norma estaria sujeita ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (ao investigado, ao réu ao condenado) ao princípio da ultra-atividade da lei mais benéfica e ao princípio da lei mais gravosa (FEITOZA:2010).

Apesar da maioria dos doutrinadores justificarem a retroatividade da norma processual penal mista considerando os princípios de direito processual intertemporal, entendemos, conforme lição apresentada pelo Professor Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul Gilberto Niederauer Corrêa que a questão atrela-se muito mais às garantias constitucionais que ao direito intertemporal processual, sendo regulamentada pelo Direito Constitucional.

Quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XL, diz que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", está estabelecendo o princípio da irretroatividade das leis penais lato sensu, abrangendo as normas do direito penal, do direito processual penal e do direito executivo penal (CORRÊA:2010)

Extrai-se do texto constitucional, mormente em face do artigo 5º, XL, da CR/88 que independentemente de se tratar de lei instrumental processual ou substantiva, tendo caráter penal, incidem as regras de retroatividade ou ultra-atividade *in melius*, justificadoras de um estado democrático.

Assim, seja lei de direito penal ou processual penal, a vigência da norma é sempre imediata, aplicando-se o princípio da benignidade retroativa ou ultra-ativa quando favorável o réu, respeitando-se direitos fundamentais, especificamente o direito a liberdade e o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conforme garantias constitucionais.

As normas instrumentais-materiais são aquelas que tratam dos direitos, deveres, poderes e obrigações da partes. Quando, de acordo com norma instrumental-material já há uma situação jurídico-processual constituída, a aplicação imediata da lei nova poderia colidir com a norma constitucional do art. 5º, XXXVI, segundo a qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", gerando um agravamento dos direitos fundamentais do processado (CORRÊA:2010).

Exemplo esclarecedor, apesar de que não tem sido acatado pela jurisprudência nacional, é a hipótese de crime doloso contra a vida praticado antes da Lei que aboliu o denominado recurso de protesto por novo júri. Considerando que tal recurso possibilitava ao réu direito a um segundo julgamento toda vez que por um só crime doloso contra a vida fosse condenado há mais de 20 (vinte) anos de pena privativa de liberdade, configurando evidentemente norma processual penal mista haja vista que diretamente refere-se ao direito de punir do Estado, espraiam-se as seguintes situações.

1ª. O ato supostamente criminoso foi praticado quando ainda vigia a previsão legal acerca do protesto por novo júri, entretanto, ainda pende de primeiro julgamento. Pergunta-se: como houve revogação expressa do referido recurso, poderia, quando do julgamento do caso, ser interposto o recurso de protesto por novo júri sob a fundamentação de direito adquirido?

2ª. O ato foi julgado e ensejou recurso de protesto por novo júri que foi devidamente interposto quando ainda não havia operado sua revogação da legislação. Pergunta-se: considerando que a interposição do recurso foi fundamentada em legislação então vigente, fará jus a novo julgamento em razão de o ato jurídico perfeito já consolidado (interposição do recurso)?

3ª. O ato foi julgado e o réu condenado. Em seguida, interpôs recurso de protesto por novo júri haja vista previsão legal sendo absolvido da prática delitiva. Pergunta-se: a revogação da lei que garantia o protesto por novo júri implicará em nulidade da absolvição ou deverá ser respeitada a coisa julgada?

A resposta para todas essas perguntas deveria ser a mesma: respeita-se o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, aplicando-se o princípio da benignidade e ficando respeitados os direitos fundamentais do acusado, não podendo a lei nova prejudicar a situação processual já adquirida ou a atividade processual definitivamente prestada.

7. CONCLUSÃO

Note-se que nem a Constituição Federal e nem o Código de Processo Penal consagram o sistema da unidade processual, ga-

rantindo ao acusado o direito a um procedimento integral, segundo as normas vigentes à época do fato criminoso, sob a pretensa alegação de violação da idéia do devido processo legal. Pelo contrário, salvo disposição legal em contrário, no ao processo penal aplica-se o disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, adotando-se a teoria dos atos processuais independentes e o princípio *tempus regit actum*, exceto nas hipóteses de violação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Até porque, qualquer interpretação contrária levaria à surreal situação da impossibilidade de se saber qual o procedimento a ser aplicado diante de sucessivas "alterações processuais materiais (ou mistas) contraditórias, por haver, simultaneamente, normas benéficas e prejudiciais ao acusado" (FEITOZA:2010).

Por derradeiro, conclui-se, que a questão relativa a retroatividade da norma processual penal é aferida de forma negativa, ou seja, sendo constatado que é lei nova é prejudicial ao direito de defesa do acusado e as garantias inerentes ao exercício do contraditório, independentemente de a norma ser caracterizada como processual mista e da aplicação do supracitado direito intertemporal, observa-se o preceito constitucional inserido no art. 5º, LV da CR/88 de modo amplo, não restringindo-se à lei penal substancial mas a toda e qualquer lei que verse direta ou indiretamente acerca do direito de punir do Estado (direito processual penal, direito carcerário, direito executório...), espraiando-se uma interpretação direito e garantias por toda a legislação infraconstitucional.

8. REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. V.4. São Paulo, Ed. Loyola, 2005.

CARVALHO SANTOS, João Manuel. *Código Civil brasileiro interpretado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1934.

CORRÊA, Gilberto Niederauer. *A norma penal e a sucessão de leis no tempo*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=974>. Acessado em 25/04/2010.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª Ed. Ver. São Paulo: Malheiros, 1992.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, Saraiva, 1994.

FEITOZA, Denílson. *Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis*. 6ª ed. Impetus.

HART, Herbert L.A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 3ª ed.

HIPPEL. Von. *"Deutsches Strafrecht", Allgemeine Grundlagen*, Berlim, 1925, vol. II, páginas 11 e segs. 1925.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1951.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona. Ed Ariel, 1962.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 7ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI. Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V1. Parte Geral. São Paulo: RT, 2009, 8ª ed.

NOTAS DE FIM

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

2 LICC, art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

3 LICC, art. 1º, § 1º. Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

4 LICC, art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

5 LICC, art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

6 LC 95/98. Art. 9o. A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

7 CR, art. 5º XXXIX. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

8 CR, art. 5º, XL. A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

9 CP, art. 2º, PU. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

10 Código de Processo Penal, art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

TIPIFICAÇÃO DA HOMOFOBIA: UMA REFLEXÃO ÉTICA

Maurílio Santiago¹

"Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos"

Artigo 1º Declaração universal dos Direitos Humanos

"Os direitos dos homossexuais se constituem na última fronteira dos direitos civis" Michael Moore

RESUMO. O texto pretende discutir no âmbito da ética e da filosofia do direito a importância da tipificação da homofobia no Brasil. O eixo de análise é a necessidade de declarar direitos na sociedade moderna, bem como a homofobia como prática de violência contra a alteridade. Discute-se também a desconstrução da ideia de gênero, tendo por base as reflexões da filósofa Judith Butler. Com efeito, seguem-se os momentos desse texto: o motivo de declarar esse direito, fundamentado na ideia do medo; o que se entende por homofobia; exemplos e consequências da homofobia; a importância antropológica da desconstrução da ideia de gênero no combate a homofobia e conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Declaração de Direitos; Ética; Gênero; Homofobia, Tipificação.

ÁREA DE INTERESSE: Filosofia do Direito

1. INTRODUÇÃO

Encontra-se em trâmite no Congresso Nacional um projeto de lei que considera a homofobia um crime e prevê penas para os indivíduos com comportamentos homofóbicos. Regra geral a intenção é criminalizar as pessoas que agem com preconceito em relação à orientação sexual de outrem. Nossa pretensão neste texto é pensar a homofobia no campo dos direitos, explicitar o que vem a ser a homofobia, a necessidade de sua tipificação e a importância disso no que se refere à alteridade e ao despertar ético da sociedade brasileira. Não se trata de um texto jurídico, mas de uma reflexão ética.

2. A IMPORTÂNCIA DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS

Inicialmente perguntamos por que reconhecer esse direito às homossexualidades e a necessidade de tipificar a homofobia? É próprio da sociedade moderna declarar direitos para garanti-los. Diz o filósofo Hobbes, "minha mãe pariu gêmeos, eu e o medo". Ao cotejar essa frase de Hobbes com um texto da Marilena Chauí (2006), podemos dizer que o motivo da declaração dos direitos - direitos humanos - baseia-se no fato de que na sociedade moderna os homens são marcados pelo medo recíproco e pelo medo da arbitrariedade da lei. Se na aristocracia o medo se opunha a areté do guerreiro, "o medo vício dos covardes, aparece como excepcional e vergonhoso entre os aristocratas" (CHAUÍ, 2006), com o advento da sociedade burguesa o campo das virtudes, valores e representações é ressignificado, e o medo passa a

ser "um sentimento comum a todos os homens" (CHAUÍ, 2006).

A universalização do sentimento do medo é marca de um de uma sociedade que se baseia na ideia de igualdade de direitos, não de uma sociedade garantida pelo poder divino, no qual o poder emana do alto e o governante, seu representante na terra, numa espécie de 4º poder, faz com que o poder divino que detém atenda sua própria vontade, ou "como diziam os juristas medievais: 'o que apraz ao rei tem força de lei'" (CHAUÍ, 2006).

Na sociedade burguesa a ordem divina desaparece e as relações hierárquicas e estáticas medievais tornam-se relações entre indivíduos, sem a mediação divina e baseadas na lógica das teorias do contrato social. Se no período medieval os homens temiam a Deus e ao diabo, agora, com a perda dessa ordem divina e a consciência hobbesiana de que "o homem é lobo do homem", a vida social, política e histórica passam a ser entendidas como obra do próprio homem. Nessa sociedade marcada pelo medo recíproco entre os homens torna-se necessário um *medium* entre as relações humanas e acima delas, que garanta direitos e deveres na vida gregária, com poder para o uso legal da força (WEBER) e esse ente é o Estado. Assim,

Na versão moderna dos direitos do homem, os homens são ditos portadores de direitos por natureza (direito natural) e por efeito da lei positiva (direito civil) instituída pelos próprios homens. Essa diferença é de grande envergadura porque nos permite compreender uma prática política inexis-

tente antes da modernidade e que explicita, significativamente, em ocasiões muito precisas: tratar-se da prática da declaração dos direitos. (CHAUÍ, pág.94, 2006).

Em sociedades marcadas pelo poder divino não havia necessidade de declarar direitos, pois isso só surge quando deixa de ser evidente para todos os homens que eles são portadores de direitos e de deveres e deixa também de ser evidente o fato de todos os homens reconhecerem os direitos. Os direitos precisam ser declarados para que a alteridade se preserve do lobo que pretende devorá-la. Revela Chauí:

a existência da divisão social (por exemplo, os grandes e o povo em Maquiavel, as classes sociais em Marx) permite supor que alguns possuem direitos outros não. A declaração de direitos inscreve os direitos no social e no político, afirma sua origem social e política e se apresenta como objeto que pede o reconhecimento de todos, exigindo o consentimento social e político de todos. Esse reconhecimento e esse consentimento dão aos direitos a condição e a dimensão de direitos universais. (CHAUÍ, pág.95, 2006).

Afinal, não é por acaso que os direitos foram declarados em épocas onde a barbárie da intolerância se instaurou, haja vista, por exemplo, que a Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948, foi após a segunda guerra mundial, após a Alemanha nazista, após o medo desse cenário desumano.

Dirão muitos que um regime político é livre ou republicano quando nele os cidadãos agem em conformidade com a lei porque se reconhecem como origem ou como atores das leis segundo seus direitos; e será tirânico o regime político no qual os cidadãos obedecem às leis por medo dos castigos, sendo por isso tomados como escravos, uma vez que, perante o direito, é escravo aquele que vive sob o poder de outro homem e realiza os desejos de outrem como se fossem os seus próprios. (CHAUÍ, pag. 97, 2006).

Onde há medo há injustiça, ilegalidade, tirania, mas também há capacidade de uma contra-resposta grávida de transformação social, a partir dos direitos. A homofobia e todas as formas de violência e de medo que ela produz ao gerar intolerância, violência, ilegalidade e tirania heteronormativa, fere um dos pilares dos direitos humanos, isto é, a razão, garantidora do esclarecimento e

dissipadora dos preconceitos, da ideologia, da dominação, da ignorância e das fantasias imaginárias, que destroem a alteridade.

Uma vez declarados, os direitos precisam ser reconhecidos e respeitados. Além disso, o fato do Estado não ter declarados certos direitos novos, não implica dizer que eles não existam, pois há direitos para além do Estado e até mesmo contra o Estado, até que o Estado, através do despertar ético de seus membros, passa a reconhecer e declarar esses novos direitos, como é o caso da tipificação da homofobia no Brasil.

De um lado a liberdade e a dignidade da pessoa humana (Direitos Humanos de primeira geração) universalmente dados - o direito dos homossexuais são universalmente dados - e do outro o Estado com o dever de garanti-los em suas universalidades e não submetê-los ao arbítrio e ao totalitarismo homofóbico. Cabe ao Estado de Direitos a garantia dos direitos individuais, sociais, econômicos, políticos, culturais em sua universalidade, haja vista que a cidadania implica em garantir direitos e liberdades, contra toda forma de opressão e de supressão dos direitos da pessoa humana em sua totalidade física, psíquica, moral, sexual e cultural. Caso isso não ocorra, corremos o risco de experimentarmos o que nos mostra Marilena Chauí:

As declarações de direitos afirmam mais do que a ordem estabelecida permite e afirmam menos do que os direitos exigem, e essa discrepância abre uma brecha para pensarmos a dimensão democrática dos direitos. Nessa brecha, poderemos também ver a nova relação entre medo e direitos humanos. (CHAUÍ, pag. 104, 2006).

3. REFLEXÕES SOBRE A HOMOFOBIA

De acordo com os estudos de Daniel Borrillo (2010), a homofobia a uma atitude de preconceito, aversão e hostilidade contra as homossexualidades. Essa atitude é caracterizada por um somatório de sentimentos negativos, tais como medo, ódio, desprezo, agressividade, desdém em relação aos que não se enquadram no modelo heteronormativo. Concatena-se a essa dimensão individual a dimensão social desse preconceito, na medida em que se sabe hoje que é pouco limitar esse preconceito a esfera individual das fobias, haja vista que esse termo foi ganhando ao longo dos tempos, novos sentidos semânticos, políticos e ideológicos, que o insere também em uma estratégia de controle social, na qual se soma as tentativas de estabelecerem limites claros e bem definidos sobre a idéia de gênero. A complexidade dos fatores intrínsecos a homofobia faz com que esse preconceito ultrapasse as fronteiras das dimensões psíquico-individuais e se estenda as formas de homofobia institucional, jurídica e social (PRADO, 2010, p.7-8 in BORRILLO, 2010).

A homofobia é um preconceito resistente, do qual deriva ideologias e atitudes discriminatórias, com claro intuito de destruir a alteridade, de negar e de eliminar o outro, visto como uma ameaça ao próprio ser do homofóbico, que como melhor defesa utiliza-se de várias formas de ataque e de violência que visam em última instância à morte do outro, a eliminação da diversidade sexual e da alteridade. Como toda forma de preconceito, a homofobia reconhece a diferença, mas não faz dessa percepção um comportamento de indiferença, mas de discursos e práticas que resultam níveis diversos de estigmas e de agressões, que vão das formas de violência física as formas de violência simbólicas. A homofobia universaliza os direitos heteronormativo e transforma as homossexualidades em escravas desse poder homofóbico, que determina um único padrão a ser seguido.

Lugar-comum nos insultos, nas piadas, nas diversas formas de sarcasmos e caricaturas, bem como na linguagem do senso comum, a homofobia sempre representa as homossexualidades como algo ridículo, asqueroso e motivo de escárnio.

Sobre a injúria, explícita Borrillo, ao citar a seguinte passagem de D. Éribon:

[...] as expressões 'veado nojento' ('sapatão sem vergonha') estão longe de serem simples palavras lançadas ao vento, mas agressões verbais que deixam marcas na consciência, traumas que se inscrevem na memória e no corpo (de fato a timidez, o constrangimento e a vergonha são atitudes corporais resultantes da hostilidade do mundo exterior). E uma das consequências da injúria consiste em modelar a personalidade, a subjetividade e o próprio ser de um indivíduo. (ÉRIBON, apud BORRILLO, pág. 25, 2010).

A homofobia a todo o momento monta guarda na cancela para vigiar, controlar e disciplinar as fronteiras de uma hierarquia sexual na qual a heterossexualidade lidera soberana, bem como para punir as homossexualidades, devido ao medo e a angústia de dissolução do modelo heteronormativo. "Aceita na esfera íntima da vida privada (vale lembrar que nem sempre aceita), a homossexualidade torna-se insuportável ao reivindicar, publicamente, sua equivalência à heterossexualidade" (BORRILLO, pág.17, 2010).

Enquanto preconceito específico a homofobia carrega alguns traços próprios, como na família, os pais ao perceberem a orientação sexual diferente de seu filho ou de sua filha, ficam incomodados, inquietos, o que demonstra que "se existem reações virulentas contra gays e lésbicas, a homofobia cotidiana assume, sobretudo, a forma de uma violência do tipo simbólica" (Bourdieu, 1988, apud Borrillo, p. 22, 2010). Grifo nosso. Há inclusive diante disso um déficit em relação às experiências afetivas entre o de-

envolvimento do adolescente com orientação heterossexual e o adolescente com orientação homossexual.

A tentativa de construção de uma "normalidade sexual" permite interpretar que a homofobia de fato ultrapassa as fronteiras dos preconceitos em relação às homossexualidades e tenta também manter o controle da idéia dos gêneros, através da ideologia do sexismo:

O sexismo define-se, desde então, como a ideologia organizadora das relações entre os sexos, no âmago da qual o masculino caracteriza-se por sua vinculação ao universo exterior e político, enquanto o feminino reenvia à intimidade e a tudo o que se refere à vida doméstica. A dominação masculina identifica-se com essa forma específica de violência simbólica que se exerce, de maneira sutil e invisível, precisamente porque ela é apresentada pelo dominador como natural, inevitável e necessária. O sexismo caracteriza-se por uma constante objetificação da mulher. Como sublinha P. Bourdieu. (Borrillo, pág.30, 2010).

Na medida em que o sexismo naturaliza e hierarquiza as sexualidades, ele define o fundamento da homofobia e justifica sua existência (Cf. Borrillo, 2010). Ao colocar quase que em condições de sinonímia o sexo e o gênero, o sexismo "perpetua o que a poeta e crítica feminista Adrienne Rich chamou de 'heterossexualidade compulsória' – a ordem dominante pela qual os homens e as mulheres se vêem solicitados ou forçados a ser heterossexuais" (SALIH, pág. 71, 2012). A "heterossexualidade compulsória" será recorrente nas análises da antropóloga e filósofa Judith Butler (BUTLER, 2012).

Cria-se assim uma estratégia política estruturada sob a ideologia de uma normalidade sexual em que sexo e gênero ficam harmonizados no padrão binário masculino/feminino e ancorados na superioridade biológica dos comportamentos heterossexuais. Explícita Borrillo:

A heterossexualidade aparece, assim, como o padrão para avaliar as outras sexualidades. Essa qualidade normativa – e o Ideal que ela encarna – é constitutiva de uma forma específica de dominação, chamada heterossexismo, que se define como a crença na existência de uma hierarquia das sexualidades, em que a heterossexualidade ocupa a posição superior. Todas as outras formas de sexualidade são consideradas, na melhor das hipóteses, incompletas, acidentais e perversas e, na pior, patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização. (BORRILLO, pág.31, 2010).

A homofobia, bem como as suas bases ideológicas do sexismo e do heterossexismo - ambos com várias máscaras - recorrem, de forma mais sofisticada, ao discurso das diferenças, onde buscam delinear as diferenças entre heterossexualidade e homossexualidade. Abandonando a lógica biologizante e hierárquica, a versão mais "evoluída" do heterossexismo apóia-se na idéia das diferenças, "reconhece" a pluralidade das sexualidades, para assim fazer valer ainda mais a lógica heterossexista.

Do mesmo modo que em relação às novas formas de racismo (Taguieff, 1990, 1997), o heterossexismo diferencialista parece descartar o princípio da superioridade heterossexual em benefício do princípio da diversidade das sexualidades. Em razão da diferença, e não de qualquer vontade normalizadora, é que foi possível justificar um tratamento diferenciado de gays e lésbicas, privando-os, em particular, do direito ao casamento, à adoção ou às técnicas de reprodução assistidas (BORRILLO, pág. 31, 2010).

É em face dessa realidade e mais que isso, percebendo o caráter ideológico, controlador, punitivo, preconceituoso e nada explicativo do heterossexismo, que autores como Judith Butler propõe a suspensão da idéia de gênero, tema atual da antropologia jurídica. É necessário reforçar que, segundo Borrillo, o heterossexismo diferencialista é uma forma de homofobia, que agora se veste de maior sutileza, numa espécie de tecnologia do poder da homofobia. A lógica diferencialista distingue com rigor e assim produz argumentos homofóbicos. Explicita Borrillo que, "(...) a argumentação diferencialista - utilizada outrora, a fim de privar as mulheres de seus direitos cívicos - foi evocada, igualmente, pela Suprema Corte dos EUA, até meados da década de 1950, para homologar a inferiorização dos negros com base na diferença racial (Brown, 1954)". (BORRILLO, pág. 32, 2010).

A homofobia alimenta-se também do discurso das diferenças, da periculosidade, elaborada a partir da construção de seres e "realidades" imaginárias (OTONI in MAGALHÃES, MATOS), por exemplo, o risco da não propagação da espécie - se assim fosse, deveria ser proibida a vida celibatária, casais estéreis sem tratamento ou sem adoção, obrigatoriedade da reprodução assistida, proibir métodos contraceptivos, bem como proibir qualquer forma de aborto (BORRILLO, 2010) - e alimenta-se da humilhação social, que é recorrente para as formas de organização social e política, "a humilhação vale como uma modalidade de angústia e, nesta medida, assume internamente - como um impulso mórbido - o corpo, o gesto, a imaginação e a voz do humilhado" (GONÇALVES FILHO in PRADO e JUNQUEIRA, pág. 65, 2011). Explicitam esses autores que:

a homofobia pensada com base na humilhação, pode ser mais bem compreendida em suas várias facetas, pois se institui como um regime de coerção às normas de gênero e de interiorização, dado seu aspecto de internalização e angústia individual. Fenômenos como esse cumprem o ditame ideal da opressão, pois garantem não só uma exclusão social, mas também confirmam e legitimam a exclusão por meio da angústia e da humilhação. [PRADO e JUNQUEIRA in VENTURII, BOKANY (organizadores), pág. 65, 2011].

Percebe-se que o problema não é a diversidade sexual ou as homossexualidades, mas a homofobia. Mas qual é a origem da homofobia? O elemento ideológico de sexo não-natural formulado pelo pensamento judaico-cristão será ponto chave da ideologia homofóbica. "As fontes do heterossexismo e da homofobia encontram-se, sem qualquer dúvida, na concepção sexual do pensamento judaico-cristão". (BORRILLO, pág. 44, 2010). A vivência da sexualidade sem fins reprodutivos e formas sexuais estéreis como a homossexualidade passa a ser considerada, dentro da lógica cristã, como expressão do pecado contra a natureza.

Ao apoiar-se em uma leitura incompleta e preconceituosa dos textos bíblicos, o cristianismo - desde os Padres da Igreja até a teologia moderna, passando pela Escolástica e pela tradição canônica - não deixou de transformar o homossexual em um pária suscetível de comprometer os próprios alicerces da sociedade (Foucault, 1999). (BORRILLO, pág. 44-45, 2010).

O discurso religioso passa a condenar as homossexualidades e a dissimular qualquer sinal das mesmas no texto bíblico, como por exemplo, se por um lado é "obrigatório lembrar o castigo impiedoso infligido a Sodoma e Gomorra, (por outro) conviria silenciar as intensas relações - sinal de uma homofilia latente - entre figuras bíblicas, tais como Davi e Jônatas (Primeiro Livro de Samuel 18, 20: 41; Segundo livro de Samuel 1, 23 e 1, 26), Rute e Noemi (Livro de Rute 1, 16-17)..." (BORRILLO, pág. 45, 2010).

Embora houvesse preconceitos sexistas nas sociedades gregas e romanas, sabe-se que "elas nunca caíram no heterossexismo peculiar da tradição judaico-cristã" (BORRILLO, pág. 46, 2012). Havia nessas civilizações ocidentais até mesmo certa função social em relação às experiências homoafetivas, que são expressas inclusive nos textos literários, "de Safo a Anacreonte, de Téognis a Píndaro, as paixões entre pessoas do mesmo sexo inspiraram belíssimas páginas da literatura na antiguidade" (BORRILLO, pág. 47, 2010).

Todavia, com a moral judaico-cristã as relações homoeróticas passam a ganhar uma nova conotação, sobretudo porque a heterossexualidade passará a ser a única reconhecida e vista como natural e conseqüentemente normal. Diante dessa nova lógica, vemos com Borrillo que se iniciam as condições para a construção da ideologia da homofobia. "Ao outorgar esse caráter natural, em conformidade com a lei divina, às relações sexuais entre pessoas de sexo diferente, o cristianismo inaugurou, no Ocidente, uma época de homofobia, totalmente nova, que ainda não havia sido praticada por outra civilização" (BORRILLO, pág. 48, 2010).

Doravante a influência do pensamento judaico-cristão, desde o Império Romano tem-se a caça as pessoas do mesmo sexo, pois as homossexualidades passam a ser vistas como nocivas ao homem. As justificativas baseiam-se sempre no texto bíblico, que vão desde a história de Sodoma no livro de *Gênesis* até os textos paulinos. No livro de *Levítico* 18,22 encontra-se a seguinte passagem: "Com homem não te deitarás, como se fosse mulher, é abominação", somam-se a essa passagem do Antigo Testamento outras como *Gênesis* 19, 4-6; *Isaías* 1,9;3,9; *Ezequiel* 16, 46-51; *Jeremias* 23;14. Explicta Borrillo que "a história terrificante de Sodoma no livro do *Gênesis*, assim como as prescrições lapidárias do *Levítico*, constitui a prova incontestável do ódio manifestado na bíblia contra os homossexuais masculinos e femininos" (BORRILLO, pág. 48, 2010).

Há uma explicação para a postura do povo de Israel em relação às homossexualidades, segundo os estudos de Borrillo, que mais tarde, embora não mais dentro das mesmas preocupações do povo de Israel, persistirá como um forte argumento para justificar a homofobia. Para o povo do Antigo Testamento há duas preocupações, primeiro em relação à sobrevivência da comunidade dos eleitos e segundo a conservação da sua cultura, o que justificaria a intolerância a qualquer sexualidade que não tivesse por escopo a procriação, não só a homossexualidade, mas também a masturbação e as relações heterossexuais sem fins reprodutivos.

Em estados não laicos e fundamentalistas a homofobia agrava-se numa lógica de total violência. Vejamos o discurso recente do aiatolá Musava Ardelsili na Universidade do Teerã (muito próximo do "Martelo das Bruxas" ocidental):

Para os homossexuais, o Islã prescreve as mais severas punições... Depois de ter sido estabelecida a prova em conformidade com a charia, convirá prender a pessoa, segurá-la de pé, dividi-la ao meio com uma espada e corta-lhe a cabeça ou rachá-la ao meio de cima para baixo. Ele (ou ela) vai desabar no chão... Depois de verificar sua morte, convirá fazer uma pira, em cima da qual deve ser colocado o cadáver para ser queimado, ou, então, transportá-lo para um monte e lançá-lo no precipício. Em seguida, os pedaços

do cadáver deverão ser reunidos e queimados. Ou, então, convirá escavar um buraco, ascender uma fogueira e lançá-lo (a) vivo (a) dentro desse buraco. Não existem tais punições para outros crimes. (AMNESTY INTERNATIONAL, 1988, P.32-33 APUD BORRILLO, PÁG. 108, 2012).

No Brasil práticas homofóbicas se estendem aos discursos religiosos de determinados líderes, que dão publicidade midiática aos seus discursos homofóbicos, bem como situações graves de grupos organizados.

"Em São Paulo, praticada por grupo de valentões conhecidos como 'carecas do ABC' ou skinheads. Em geral procedentes da classe média baixa, sua hostilidade dirige-se contra nordestinos, negros, judeus e homossexuais e chega a provocar agressões. Entre elas a de maior repercussão foi a que vitimou o adestrados de cães Edson Nérís da Silva, atacado na praça da República (centro de São Paulo), na madrugada de 6 de fevereiro de 2000. Edson passeava de mãos dadas com Dario Pereira Neto, quando foram vistos e cercados pelos skinheads. Dario conseguiu fugir, mas Edson sofreu espancamento mortal...mais recentemente...um bando de skinheads implicou com as jaquetas e os penteados de dois rapazes e os intimou, com ameaças de morte, a saltar do trem em movimento, em Mogi das Cruzes..." (GORENDER, págs.125-126, 2004).

Mais recentemente, destacamos a pesquisa sobre homofobia no Brasil, divulgada em "Diversidade sexual e homofobia no Brasil" organizado por Gustavo Venturi e Vilma Bokany, publicado em 2011 pela Fundação Perseu Abramo e a Fundação alemã Rosa de Luxemburgo Stiftung. Esse livro é o resultado de uma grande pesquisa, patrocinada pelas editoras citadas, que também o publicaram no Brasil e revela que 90% dos entrevistados são homofóbicos. A princípio a pesquisa contou com o seguinte recorte:

... uma mostra do survey nacional - probabilística nos primeiros estágios (sorteios de municípios, dos setores censitários, dos quarteirões e dos domicílios), combinada com controle de cotas de sexo e idade (Censo 2000, Estimativa 2005, IBGE) para a seleção dos indivíduos (estágio final) contou com 2014 entrevistas dispersas em 150 municípios (estratificados em tercís regionais - municípios pequenos, médios e grandes) representativos das cinco macroregiões do

país (sudeste, Nordeste, Sul, Norte e Centro-Oeste). (VENTURI; BOKANY, pág.13, 2011).

É muito significativo um dos dados da pesquisa da Fundação Perseu Abramo, citada anteriormente, na qual é revelada que as instituições de maior destaque no exercício da homofobia são a escola e a família. Vejamos o comentário desse resultado por Marco Aurélio M. Prado e Rogério Diniz Junqueira:

Quando pensamos a difusão de representações homofóbicas, a igreja é a primeira instituição que nos costuma vir a mente, pois há razões de sobra para isso. No entanto, entre as diversas instituições, um dos locus privilegiados de (re)produção e disseminação e, ao mesmo tempo, de enfrentamento e desestabilização da homofobia é a escola ... A pesquisa da FPA mostra que a família e a escola figuram como os piores espaços de discriminação homofóbica... São dados que reiteram outras pesquisas realizadas em diversas capitais brasileiras durante a parada LGBT, nas quais família e escola se revezam como o primeiro e o segundo pior espaço de discriminação homofóbica. (PRADO; JUNQUEIRA, pág. 59 in VENTURI; BOKANY, 2011).

Não por acaso Bourdieu demonstra a alta capacidade moralizante de estruturas formais que são a escola e a família (ALMEIDA, 2012, pág. 48). Fica claro que a instituição escola e os seus modelos de educação é um espaço homofóbico, de discriminações, violências e intolerância às diversidades sexuais. Dentro dessa perspectiva e relacionado-a com o *bullying* merece também destaque a especificidade do *bullying* homofóbico.

Se por um lado o *bullying* refere-se a uma situação de privilégio e de poder, "que se manifesta com comportamentos violentos e formas de prevaricação que intimidam as pessoas mais fracas (...) bem como a vontade decidida de causar dano, a assimetria de relação (na qual uma das duas partes é marcadamente mais fraca que a outra) e a persistência no tempo das prevaricações" (MURATORI, 2007, pág.72-73), O *bullying* homofóbico "não é a mesma coisa que as outras espécies de *bullying*. Ele se baseia no desvio percebido das normas de gênero e sexuais, e na superioridade percebida da heterossexualidade" (LOUTZENHEISTER; MOORE, pág.181 *apud* APLE, AU E GANDIM, 2011).

Nesse sentido percebe-se que no campo da educação há um ambiente escolar hostil as homossexualidades, marcado por uma ideologia heteronormativa (=pressuposto da heterossexualidade como norma), homofóbica e geradora de assédios, violências e agressões oriundos da não conformidade ao gênero ou a orientação

sexual (LOUTZENHEISTER; MOORE *APUD* APLE, AU E GANDIM, 2011).

Essa realidade demonstra que no âmbito educacional há o predomínio do poder da heterossexualidade como dominante e privilegiada, criando-se assim um padrão heteronormativo, no qual a homofobia é alimentada por múltiplos atores que incluem, entre outros, a construção do currículo, os livros didáticos, a pedagogia institucional, os administradores escolares, alunos, alunas, professores, professoras, familiares e a própria comunidade, incluindo a política, o Estado, bem como os recursos governamentais.

A homofobia faz com que a comunidade LGBT tenha maior índice de desistência escolar, além de depressão, infecções por HIV/AIDS, suicídio. Diante de uma sociedade homofóbica torna-se necessário esclarecer que ninguém se define por sua orientação sexual, haja vista que a questão antropológica fundamental na qual fundamenta-se todo ser humano, diferentemente dos animais, é sempre abertura, possibilidade, enfim liberdade.

4. A DESCONSTRUÇÃO DA IDEIA DE GÊNERO EM JUDITH BUTLER

Lembremos a filósofa Butler, que questiona o que de fato é subversivo e o que consolida o poder, embora opte por colocar sob suspeita qualquer tentativa de resposta pronta e acabada. Butler empenha seu pensamento em discutir as formas pelas quais o sujeito é descrito e constituído, investigando por que o sujeito é como se apresenta e sugere que é possível "fazer com que modos alternativos de descrição estejam disponíveis dentro das estruturas de poder" (SALIH, pág.13, 2012).

Sua obra esforça-se por desestabilizar a categoria sujeito, o que denomina de "uma genealogia crítica das ontologias de gênero". Butler discute a formação do sujeito dentro dos parâmetros das estruturas de poder sexuadas e generificadas (SALIH, pág.18, 2012). Na esteira de Foucault, Butler rejeita a ideia de que o sexo e o gênero são biologicamente determinados, mas desmonta a concepção de que gênero é essência, substância. O sexo e o gênero são construções do discurso, elaboradas no tempo e nas culturas. Nesse percurso Butler irá investigar a questão da "normalidade" sexual, mais que isso, "em vez de supor que as identidades são autoevidentes e fixas como fazem os essencialistas, o trabalho de Butler descreve os processos pelos quais a identidade é construída no interior da linguagem e do discurso" (SALIH, pág.21, 2012).

Para isso, Butler caracteriza sua análise como genealógica - na esteira de Foucault - e diz: a genealogia não é a história dos eventos, mas a investigação das condições de emergência (*Entstehung*) daquilo que é considerado como história: um momento de emergência não passa, em última análise, de uma fabricação" (BUTLER *apud* SALIH, pág.21, 2012). A investigação genealógica de Butler sobre a constituição do sujeito argumenta que o sexo e o gênero são efeitos - não causas - "de instituições, discursos e

práticas; em outras palavras, nós, como sujeitos, não criamos ou causamos as instituições, os discursos e as práticas, mas eles nos criam ou causam, ao determinar nosso sexo, nossa sexualidade, nosso gênero” (SALIH, pág.21, 2012).

Se Simone de Beauvoir havia dito que “ninguém nasce mulher: torna-se uma mulher”, Butler acolhe a intuição inicial da filósofa francesa e propõe a desconstrução da ideia de gênero, entendido como performatividade. Para Butler, “não há nada em sua explicação (Beauvoir) que garanta que o ‘ser’ que se torna mulher seja necessariamente fêmea” (BUTLER, pág.27, 2012). Gênero é performatividade, a identidade de gênero não é uma performance, pois essa pressuporia, como na representação teatral, um ator consciente por detrás da personagem, uma performance. (BUTLER, 2012). Isso nos permite afirmar que “a personalidade homossexual não existe” (BORRILLO, pág.120, 2012). Discursos de caracterização são falsos, pois negam a liberdade de todo ser humano, além de serem perversos. Nesse sentido,

A via da não discriminação e da repressão das violências contra os gays e lésbicas constitui uma salvaguarda não só para as vítimas, mas também contra qualquer tentativa identitária: o dever de proteção relativamente a gays e lésbicas não se baseia, de modo algum, em qualquer filiação a uma ‘natureza’, ‘essência’ ou ‘grupo’. Por conseguinte, a homofobia do ‘verdugo’ – e não a homossexualidade da vítima – é que deve tornar-se o objeto de qualificações jurídicas (BORRILLO, pág.120, 2012).

5. CONCLUSÃO

Diante do medo gerado pela homofobia e de suas implicações, vale a luta pelos direitos e a tipificação desse preconceito com o crime no Brasil. Com a criminalização da homofobia poder-se-á delegar ao Estado o poder do “uso legal da força”, para falar como Weber, nas práticas homofóbicas. Essa mudança é urgente e fundamental na história da democracia brasileira. Quem sabe assim o Brasil não poderá deixar no campo da memória (para não esquecer) e da história (porque passado) a frase de Michael Moore, que diz que “Os direitos dos homossexuais se constituem na última fronteira dos direitos civis” (MOORE *apud* RODRIGUES *apud* VENTURI; BOKANY, 201). Há motivos para reconhecer avanços na cidadania LGBT no Brasil, como no histórico 5 de maio de 2011 quando os ministros do Supremo Tribunal Federal –STF, em unanimidade, reconheceram a união estável entre casais do mesmo sexo no Brasil. Doravante, os casais homossexuais passaram a constituir-se famílias, em condições paritárias de direitos em relação aos casais heterossexuais com união estáveis. A graduação histórica da conquista brasileira contra a homofobia passa necessariamente pela tipificação dessa violência.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ana Maria. Valores e lutas simbólicas. In: *Revista de Educação*. São Paulo, número 5, págs. 46-54, 2012.
- APPLE, Michael W. AU, Luis Armando Gandin. *Educação Crítica: análise internacional*. Trad. Vinicius Figueira. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- BEAUDOIN, Marie-Nathalie; TAYLOR, Maureen. *Bullying e Desrespeito: como acabar com essa cultura na escola*; tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- BILLOUET, Pierre. *FOUCAULT: figuras do saber*; tradução de Beatriz Sidou. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.
- BORRILLO, Daniel. *HOMOFOBIA: história e crítica de um preconceito*; tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010
- BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*; tradução de Renato Aguiar. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos e medo. In: *Simulacro e poder: uma análise da mídia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu-Abraham, 2006.
- DA SILVA, Tomaz Tadeu (Org.). *O sujeito da Educação: estudos foucaultianos*. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- GORENDER, Jacob. *Direitos Humanos: o que são (ou devem ser)*. Coordenação Benjamin Abdala Júnior, Isabel Maria M. Alexandre. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004 (série Ponto Futuro).
- LOUTZENHEISER, Lisa W. MOORE, Shannon D. M. Escolas Seguras, sexualidades e educação crítica. In: APPLE, Michael W. AU, Luis Armando Gandin. *Educação Crítica: análise internacional*. Trad. Vinicius Figueira. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- MURATORI, Filippo. *Jovens violentos: quem são, o que pensam, como ajudá-los*; tradução de Antônio Efro Feltrin. São Paulo: Paulinas, 2007.
- OTONI, Fernanda. Periculosidade: a força dos seres imagináveis. In: MAGALHÃES, Carlos; MATTOS, Virgílio. *Desconstruindo Práticas Punitivas*. Belo Horizonte: Cress 6ª Região, 2012.
- PRADO, Marco Aurélio; JUNQUEIRA, Rogério Luiz. Homofobia, hierarquização e humilhação social. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (orgs.) *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Perseu Abraham, 2011.
- PRADO, Marco Aurélio Máximo. “Homofobia: Muitos fenômenos sob o mesmo nome”. In: BORRILLO, Daniel. *HOMOFOBIA: história e crítica de um preconceito*; tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010

"Preconceito e discriminação no ambiente escolar" < www.mp.sp.gov.br >
acesso em 03/10/2012, às 18:34.

RAMIRES, Lula; VIANNA, Claudia. A Homofobia na escola. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (orgs.) *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

RODRIGUES, Julian. Direitos humanos e diversidade sexual: uma agenda em construção. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (orgs.) *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

SALIH, Sara. *Judith Butler e a Teoria Queer*. Tradução e notas de Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (orgs.) *Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil*. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2011.

NOTAS DE FIM

1 Doutorando em Educação pela FAJ/UFMG e Mestre em Literatura pela PUC/MG, Graduado em Filosofia pela UFMG, Professor do Centro Universitário Newton Paiva.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO EM FACE DA PRÁTICA DE BULLYING¹²³

Emerson Luiz de Castro¹

Leandro Cesar Barbosa Jardim²

Karen Myrna de Castro Mendes Teixeira³

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo a análise da Responsabilidade Civil das instituições de ensino brasileiras, em face da prática de *bullying*, sob a égide do Estado Democrático de Direito, concernente aos fundamentos e princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Incidimos no exame do conceito e das formas em que o *bullying* se apresenta, bem como do diagnóstico dos sujeitos ativos e passivos da prática de *bullying*. Suas implicações da educação básica a superior. Passamos à análise dos tipos de Responsabilidade Civil, seja esta subjetiva ou objetiva, competente às instituições de ensino público e privadas. Apresentamos a posição Jurisprudencial acerca do tema em apreço. E por fim ponderamos a proposta apresentada pela reforma do Código Penal brasileiro, frente às inovações ao artigo 147 parágrafo segundo, e suas implicações nas relações educacionais. Concluímos que a prática de *bullying* esta presente nas escolas pública e privada, do ensino médio ao superior, ocupando diferentes polos da relação jurídica. E da análise dos institutos atinentes à Responsabilidade Civil podemos atribuir às instituições de ensino, públicas ou privadas, a efetiva responsabilização pela prática de *bullying* em suas dependências. Pugnamos pela inclusão nos regimentos internos escolares, de temas que discutam acerca da prática de *bullying*, sendo a prevenção e a conscientização a melhor forma de combate ao *bullying*.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; *Bullying*; Instituições de ensino.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Civil

ABSTRACT : This study aims to analyze the Liability of Brazilian educational institutions in the face of bullying, under the aegis of the democratic rule of law, concerning the fundamentals and constitutional principles, especially the principle of human dignity. We focus on the examination of the concept and the ways in which bullying is presented as well as the diagnosis of active and passive subjects of bullying. Implications of basic education to upper. We passed the examination of the types of Liability, whether subjective or objective, competent institutions of public education and private. Here is the position Jurisprudential about the topic at hand. And finally ponder the proposal submitted by the reform of the Brazilian Penal Code, against the innovations to Article 147 paragraph two, and their implications for educational relations. We conclude that bullying is present in public and private schools, from high school to higher, occupying different poles of the legal relationship. And the analysis of the institutes relating to Civil Liability can attach to educational institutions, public or private, the effective accountability of bullying on their premises. We defend the inclusion in the internal school rules of topics to discuss about the bullying, prevention and awareness is the best way to combat bullying.

KEYWORDS: Liability; Bullying; Educational institutions.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo surge da preocupação em contribuir para o desenvolvimento jurídico-científico de questões ainda não consolidadas pelo Direito.

Nesse sentido, pretende-se neste trabalho abordar de forma criteriosa a Responsabilidade Civil das Instituições de Ensino em face da prática de *bullying* frente o Estado Democrático de Direito, e a insurgência de novas propostas de atualizações sócio-jurídicas.

Consiste numa análise inicial do Estado Democrático de Direito, com ênfase no fundamento constitucional da dignidade da

pessoa humana, e sua implicação no fenômeno do bullying.

Forçoso é a prudência na análise da Responsabilidade Civil, à luz dos fundamentos constitucionais que nos conduzem a uma postura constitucionalista desse fenômeno.

Neste contexto passaremos a analisar o conceito e as formas de *bullying* a fim de compreender a forma e o tempo em que estas se sobrepõem, bem como sua intercorrência na educação básica e superior.

Desta compreensão, lidaremos com a responsabilidade civil das

Instituições de Ensino, na prática do *bullying*, em conformidade com os tipos responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

Traremos à baila o exame da responsabilidade civil pela prática de *bullying* sob a ótica das instituições de ensino público e privadas.

Em última análise apresentaremos a proposta de reforma do Código Penal brasileiro, sobretudo no que tange às inovações ao artigo 147 parágrafo segundo, (proposta de tipificação do *bullying* com a denominação de "intimidação vexatória" e sua implicação nas relações educacionais).

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático surge no intuito de suprir as falhas presentes no Estado Social. Nasce de uma fusão entre Estado de Direito, do qual prevalece a legalidade, e Estado Democrático, onde o poder emana do povo, princípio da Soberania Popular, incluindo o povo na construção e controle das decisões políticas.

Desta relação de interdependência, assevera Norberto Bobbio:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia do liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. (BOBBIO, 1986, p. 20).

O direito à liberdade, garantido pelo Estado de Direito é fundamental para o exercício e até a própria existência da democracia, razão pela qual surge o Estado Democrático de Direito e, com ele, os direitos de terceira geração. Estes considerados direitos coletivos, passando o Estado a tutelar tanto os direitos individuais e sociais, quanto os direitos transindividuais (ou metaindividuais) entre os quais podemos citar a paz, a autodeterminação dos povos, a moralidade administrativa e o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Mário Lúcio Quintão, assim assevera:

Neste tipo de Estado de Direito, a garantia e a concretização dos direitos fundamentais permite aos seus titulares exercer plena, efetiva e socialmente a cidadania ativa do Estado, ao satisfazer uma parte deci-

siva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição. (QUINTÃO, 2008, p. 184).

Há autores, sobretudo Paulo Bonavides (1999, p. 524), que nos ensina sobre a existência de direitos de quarta geração: "a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social".

O Estado Democrático de Direito foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo primeiro, Título I - Dos Princípios Fundamentais.

Art. 1º CF/88 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 fundamento:

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

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.

Inferese que, a presente forma de governo apresenta características dos três regimes apresentados nesta análise, são elas: a) a supremacia da Constituição limitando a interferência do Estado ao assegurar o respeito à liberdade individual do cidadão característica determinada pelo regime Liberal; b) a garantia e o respeito aos princípios e direitos sociais frente ao Estado, característico do regime Social e; c) a participação popular nas decisões políticas, apresentado pelo regime Democrático.

Nesta esteira se assenta o que nos remete os ensinamentos do ilustre professor Mário Lúcio Quintão Soares:

Neste paradigma de Estado constitucional, o poder político assume as formas comunicativas e administrativas, pois a soberania popular só se efetiva na circulação de deliberações e decisões racionalmente estruturadas, confirmando a proposição que não pode haver um soberano no moderno Estado de direito. (QUINTÃO, 2008, p. 185).

E assim adverte:

De acordo com Habermas, a democracia requer, portanto, um Estado político governado por uma legitimidade em que o princípio democrático consiste na formação discursiva da vontade. Este tipo de

Estado não se revela estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, falível e revisável. Sua finalidade é realizar novamente o sistema de direitos nas circunstâncias mutáveis, ou seja, melhor interpretar o sistema de direitos, para institucionalizá-los mais adequadamente e para configurar o seu conteúdo mais radicalmente. (QUINTÃO, 2008, p. 216).

Dentre os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil mencionado acima, na citação ao art. 1º da CRFB/88, e em analogia ao tema apresentado, necessária se faz a abordagem em particular do fundamento constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, como o ponto basilar do Estado Democrático de Direito.

É o que nos ensina Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpersonalíssimas 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 da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo vulnerável que cada estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações aos exercícios dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2006, p. 16).

Daf podermos dizer que os atos de *bullying* ferem fundamentos constitucionais, sobretudo o da dignidade humana. É o que nos adverte César Fiuza:

Há na atualidade uma tendência a se desvincular a ideia de responsabilidade da ideia de culpa. O núcleo da responsabilidade transmigra do autor do dano (culpa) para a vítima (dano). O fundamento dessa mudança é a dignidade humana, consagrada no art. 1º, III da Constituição da República. Como visto, ninguém poderia, em tese, sofrer danos injustamente e não ter direito à reparação, a não ser que o dano não possa ser imputável à conduta de alguém. (FIUZA, 2009, p. 285).

Neste mesmo sentido, Orson Camargo assevera que:

Os atos de bullying ferem princípios constitucionais - respeito à dignidade da pessoa humana - e ferem o Código Civil, que determina que todo ato ilícito que cause dano a outrem gera o dever de indenizar. O responsável pelo ato de bullying pode também ser enquadrado no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que as escolas prestam serviço aos consumidores e são responsáveis por atos de bullying que ocorram dentro do estabelecimento de ensino/trabalho. (CAMARGO, p. 3).

Inserido dentro do título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º da Constituição da República, denominada "cidadã", trata das garantias e dos direitos de cada cidadão brasileiro. Apresenta grande parte dos princípios basilares do direito, sobretudo, o princípio da igualdade ou isonomia das partes, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa (os princípios não se esgotam no rol apresentado) aplicável a todo o ordenamento jurídico nacional.

Art. 5º - 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, nos termos seguintes

Acerca do conceito de princípios, afirma Miguel Reale (1991, p. 300), que estes "são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber".

De Plácido e Silva (1991, p. 447), ensina que "os princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica".

Assim nos ensina Hassar Magid de Castro:

No Estado Democrático de Direito, os princípios são compreendidos e equiparados com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a constituição, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. (MAGID, 2008, p. 194).

A prática de *bullying* afeta diretamente direitos individuais, (cidadania, igualdade, dignidade) circundados por princípios constitucionais dentre os quais passaremos à análise mais precisa do

princípio da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, haja vista, estarem diretamente ligados ao objeto do estudo apresentado.

O princípio da isonomia é garantia constitucional que admite a igualdade de todos perante a lei, representado pelo *caput* do art. 5º da Constituição da República de 1988, acima citado.

Nesse sentido o artigo 125 e inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro determina que "o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento", comando que reforça o preceito constitucional da isonomia, determinando o direito aos litigantes em receberem tratamento igualitário perante o juízo.

Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira assim concluem:

O princípio da isonomia, que deve ser sempre observado sob o seu aspecto material ou substancial, apresenta-se como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, sem o que não seria possível implementar os valores protegidos pela Constituição Federal para que a isonomia material seja efetivamente respeitada e atingida, é necessário, muitas vezes, que a própria lei ou a decisão judicial criem uma distinção entre os sujeitos para obter, no caso concreto, a igualdade entre eles. (COZZOLINO, 2008, p. 152).

Dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, contidos no comando normativo do art. 5º, LV, da CF/88 extrai-se: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

É o que nos ensina Nelson Nery Júnior:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório. (JÚNIOR, 2000, p. 130).

Nelson Nery Júnior, nos adverte que:

Por contraditório deve-se entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe são desfavoráveis. Os contendo-

res têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos. (JÚNIOR, 2000, p. 131/132).

Às partes é garantido o direito de expor sua defesa, sem limitações arbitrárias, permitindo à exposição da tese e conseqüentemente a antítese, e diante dessas razões o juízo estará legitimado a expor sua síntese.

Rosemiro Pereira Leal nos ensina que "o princípio da ampla defesa é coextenso aos do contraditório e isonomia, porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório".

A ampla defesa, em qualquer sistema jurídico do moderno Estado Democrático de Direito, envolve em cláusula do devido processo legal em sentido substancial (substantive dueprocess) equivalente ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, como o devido processo legal em sentido processual (procedural dueprocess), traduzido em garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la. (LEAL, 2004, p. 104).

Destacamos, dentre os demais incisos do artigo 5º da CRFB/88, o disposto nos incisos V e X relacionado diretamente ao tema da responsabilidade civil e suas implicações.

Art. 5º, inciso V, da CR/88 - "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; Art. 5º, inciso X, da CR/88 - "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Guarda correspondência ao acima exposto o que nos apresenta a Súmula nº 37, do STJ que determina: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato", Nesta mesma esteira se assenta a Súmula nº 387, do STJ: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

3 CONCEITO DE BULLYING

O vocábulo *bullying*, termo da língua inglesa, utilizado para caracterizar as ações agressivas, sejam elas verbais ou físicas, aplicadas de forma intencional e repetitiva, praticadas por um ou mais indivíduos, com o intuito de agredir ou intimidar, causando

angústia à vítima que geralmente não apresenta capacidade de defesa, frente à relação desigual, de força ou domínio, entre o autor da agressão e a vítima.

O Conselho Nacional de Justiça apresenta o conceito de *bullying*, na cartilha 2010 - Justiça nas Escolas, de coordenação de Sidmar Dias Martins e autoria de Ana Beatriz Barbosa Silva, disponibilizado para consulta em no portal do MEC.

O bullying é um termo ainda pouco conhecido do grande público. De origem inglesa e sem tradução ainda no Brasil, é utilizado para qualificar comportamentos agressivos no âmbito escolar, praticados tanto por meninos quanto por meninas. Os atos de violência (física ou não) ocorrem de forma intencional e repetitiva contra um ou mais alunos que se encontram impossibilitados de fazer frente às agressões sofridas. Tais comportamentos não apresentam motivações específicas ou justificáveis. Em última instância, significa dizer que, de forma "natural", os mais fortes utilizam os mais frágeis como meros objetos de diversão, prazer e poder, com o intuito de maltratar, intimidar, humilhar e amedrontar suas vítimas. (MEC, 2010).

E nesse sentido nos ensina Adriana Ramos, especialista em conflitos na escola:

Bullying é uma situação que se caracteriza por agressões intencionais, verbais ou físicas, feitas de maneira repetitiva, por um ou mais alunos contra um ou mais colegas. O termo bullying tem origem na palavra inglesa bully, que significa valentão, brigão. Mesmo sem uma denominação em português, é entendido como ameaça, tirania, opressão, intimidação, humilhação e maltrato. (RAMOS, p. 8).

Frente ao aumento das ocorrências e denúncias de práticas de *bullying* em todo Brasil, bem como pela ampla divulgação pelos meios de comunicação é importante perceber e identificar se tais atos caracterizam ou não a prática de *bullying*.

É neste sentido que nos ensina Teima Vinha, doutora em Psicologia Educacional e professora da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp),

Para ser dada como bullying, a agressão física ou moral deve apresentar quatro características: a intenção do autor em ferir o alvo, a repetição da agressão, a presença de um público espectador e a concordância do alvo com relação à ofensa. Quando o alvo supera o motivo da agressão, ele

reage ou ignora, desmotivando a ação do autor", explica a especialista. (VINHA, p. 14).

E ainda nos adverte que:

Discussões ou brigas pontuais não são bullying. Conflitos entre professor e aluno ou aluno e gestor também não são considerados bullying. Para que seja bullying, é necessário que a agressão ocorra entre pares (colegas de classe ou de trabalho, por exemplo). Todo bullying é uma agressão, mas nem toda a agressão é classificada como bullying. (VINHA, p. 15).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG compartilha do mesmo entendimento, conforme podemos observar da ementa do processo de apelação cível:

1 - Processo: Apelação Cível 1.0439.10.005274-5/001 0052745-15.2010.8.13.0439 (1) Relator (a): Des.(a) Heloisa Combat Data de Julgamento: 19/04/2012

Data da publicação da súmula: 23/04/2012

Ementa: EMENTA: < APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ALUNO QUE ALEGA TER SIDO VITIMA DE "BULLYING" POR PARTE DOS PROFESSORES DE ESCOLA ESTADUAL - AUSÊNCIA DE PROVAS - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.- O dano moral indenizável deve ser grave e duradouro, ensejando lesão ao patrimônio imaterial da pessoa, que inclui a honra, a imagem, o nome, a intimidade, a integridade física e a liberdade. - A mera alegação de prática de "bullying", sem que fossem produzidas provas nesse sentido, é insuficiente para acarretar prejuízos morais ao autor. Não se pode considerar ato lesivo o fato de um professor chamar a atenção do aluno em sala de aula, ou até mesmo reprová-lo se suas notas foram insuficientes para alcançar o mínimo exigido. - Pedido julgado improcedente em estrita observância às peculiaridades do caso concreto. - Recurso não provido.

Todavia, antes de avançarmos ao tema em questão, importante esclarecer que o *bullying* pode ocasionar problemas graves às vítimas, implicando em dificuldades no aprendizado, problemas no convívio social, ocasionando sintomas negativos na saúde das vítimas, conforme preleciona Fátima Schenini em artigo publicado e disponibilizado pelo MEC:

As vítimas podem ter seu processo de aprendiza-

gem comprometido, podendo apresentar déficit de concentração, queda do rendimento escolar, e desmotivação para os estudos, que podem resultar em evasão e reprovação escolar”, ressalta Cleo Fante. As consequências podem atingir também o processo de socialização, causando retraimento, dificuldades no relacionamento e na tomada de iniciativa e decisão. Os problemas podem atingir até a saúde das vítimas, desencadeando diversos sintomas e doenças de fundo emocional, como dores de cabeça e de estômago, febre, vômitos, alergias, fobias, depressão etc. (MEC).

Desta forma, os danos causados às vítimas de bullying são, em sua maioria, irremediáveis, devendo, portanto, sua prática ser exemplarmente repelida pelo nosso ordenamento jurídico face à afronta à dignidade da pessoa humana que representa.

4 FORMAS DE BULLYING

Diante o conceito de *bullying* apresentado acima observamos que este pode apresentar diversas formas de manifestação, seja ela verbal, física, psicológica, sexual e até mesmo virtual.

Na forma verbal, observamos os insultos e ofensas direcionadas direta e indiretamente à pessoa; na forma física, verificamos a agressão corporal, o roubo ou furto, o dano a bens materiais alheios; na forma psicológica acrescentamos as chantagens, humilhações, difamação, extorsão de dinheiro, a exclusão, imposição de apelidos, comentários racistas ou homofóbicos; na forma sexual, observamos a imposição de certos comportamentos sexuais, o abuso, o assédio; e por fim a forma virtual ou *ciberbullying* disseminado pelos diversos meios de comunicação.

Vale destacar a classificação apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça:

As formas de bullying são:

Verbal (insultar, ofender, falar mal, colocar apelidos pejorativos, “zoar”)

Física e material (bater, empurrar, beliscar, roubar, furtar ou destruir pertences da vítima)

Psicológica e moral (humilhar, excluir, discriminar, chantagear, intimidar, difamar)

Sexual (abusar, violentar, assediar, insinuar)

Virtual ou Ciberbullying (bullying realizado por meio de ferramentas tecnológicas: celulares, filmadoras, internet etc.).

E ainda adverte:

Estudos revelam um pequeno predomínio dos meninos sobre as meninas. No entanto, por serem mais agressivos e utilizarem a força física, as atitudes dos meninos são mais visíveis. Já as meninas costumam praticar bullying mais na base de intrigas, fofocas e isolamento das colegas. Podem, com isso, passar despercebidas, tanto na escola quanto no ambiente doméstico.

O avanço tecnológico garantiu a massificação do acesso à internet e, em consequência, a popularização das redes sociais. Nesse sentido, torna-se necessária uma breve análise sobre a prática de *bullying* por meios eletrônicos.

Denominado como *cyberbullying*, o *bullying* praticado por e-mails, sites, blogs, redes sociais e celulares, de efeitos imediatos e imensurável amplitude, uma vez que o espaço virtual é ilimitado, ampliando o poder de agressão, ultrapassando os limites da escola, trazendo consequências devastadoras.

Sob esta ótica destacamos trecho de texto publicado por Teima Vinha, que assim nos esclarece:

É o bullying que ocorre em meios eletrônicos, com mensagens difamatórias ou ameaçadoras circulando por e-mails, sites, blogs (os diários virtuais), redes sociais e celulares. É quase uma extensão do que dizem e fazem na escola, mas com o agravante de que as pessoas envolvidas não estão cara a cara. Dessa forma, o anonimato pode aumentar a crueldade dos comentários e das ameaças e os efeitos podem ser tão graves ou piores. “O autor, assim como o alvo, tem dificuldade de sair de seu papel e retomar valores esquecidos ou formar novos”, explica Luciene Tognetta, doutora em Psicologia Escolar e pesquisadora da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Esse tormento que a agressão pela internet faz com que a criança ou o adolescente humilhado não se sinta mais seguro em lugar algum, em momento algum. Marcelo Coutinho, especialista no tema e professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV), diz que esses estudantes não percebem as armadilhas dos relacionamentos digitais. “Para eles, é tudo real, como se fosse do jeito tradicional, tanto para fazer amigos como para comprar, aprender ou combinar um passeio. (VINHA, p. 34).

Nesta mesma esteira de entendimento, observamos o que nos adverte o Conselho Nacional de Justiça:

Uma das formas mais agressivas de bullying, que ganha cada vez mais espaços sem fronteiras é o cyberbullying ou bullying virtual. Os ataques ocorrem por meio de ferramentas tecnológicas como celulares, filmadoras, máquinas fotográficas, internet e seus recursos (e-mails, sites de relacionamentos, vídeos). Além de a propagação das difamações ser praticamente instantânea o efeito multiplicador do sofrimento das vítimas é imensurável. O cyberbullying extrapola, em muito, os muros das escolas e expõe a vítima ao escárnio público. Os praticantes desse modo de perversidade também se valem do anonimato e, sem nenhum constrangimento, atingem a vítima da forma mais vil possível. Traumas e consequências advindos do bullying virtual são dramáticos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP apresenta a ementa do julgamento de apelação cível e seu posicionamento acerca do tema em apreço conforme podemos observar da ementa do processo de apelação cível:

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 9136878-66.2006.8.26.0000 Apelação Relator(a): Miguel Brandi Órgão julgador: Tª Câmara de Direito Privado. Reparação por danos morais - Campanha difamatória pela Internet - Blog criado pela colega de escola para prática de bullying - Responsabilidade do genitor em razão da falta de fiscalização e orientação - Sentença reformada apenas para reduzir o valor da indenização, considerando a extensão do dano, a época dos fatos e a realidade das partes.

É neste sentido, o posicionamento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível para consulta em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/bullying.pdf>>:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. USO DE IMAGEM PARA FIM DEPRECIATIVO. CRIAÇÃO DE FLOG - PÁGINA PESSOAL PARA FOTOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. RESPONSABILIDADE DOS GENITORES. PÁTRIO PODER. BULLYING. ATO ILÍCITO. DANO MORAL IN REIPSA. OFENSAS AOS CHAMADOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE INTERNET. SERVIÇO DISPONIBILIZADO. COMPROVAÇÃO DE ZELO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO. AÇÃO. RETIRADA DA PÁGINA EM TEMPO HÁBIL. PRELIMINAR AFAS-

TADA. DENUNCIÇÃO DA LIDE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. Apelo do autor Da denúncia da lide I. Para restar configurada a denúncia da lide, nos moldes do art. 70 do CPC, necessano elementos demonstrando vínculo de admissibilidade. Ausentes provas embasando o pedido realizado, não há falar em denúncia da lide. Da responsabilidade do provedor de internet 11 Provedores de internet disponibilizam espaço para criação de páginas pessoais na rede mundial de computadores, as quais são utilizadas livremente pelos usuários. Contudo, havendo denúncia de conteúdo impróprio e/ou ofensivo à dignidade da pessoa humana, incumbe ao prestador de serviços averiguar e retirar com brevidade a página se presente elementos de caráter ofensivo. 111 Hipótese em que o provedor excluiu a página denunciada do ar depois de transcorrida semana, uma vez ser analisado assunto exposto, bem como necessário certo tempo para o rastreamento da origem das ofensas pessoais - PC do ofensor. Ausentes provas de desrespeito aos direitos previstos pelo CDC, não há falar em responsabilidade civil do provedor. Apelo da ré Do dano moral IV. A Doutrina moderna evoluiu para firmar entendimento acerca da responsabilidade civil do ofensor em relação ao ofendido, haja vista desgaste do instituto proveniente da massificação das demandas judiciais. O dano deve representar ofensa aos chamados direitos de personalidade, como à imagem e à honra, de modo a desestabilizar psicologicamente o ofendido. V. A prática de Bullying é ato ilícito, haja vista compreender a intenção de desestabilizar psicologicamente o ofendido, o qual resulta em abalo acima do razoável, respondendo o ofensor pela prática ilegal. VI. Aos pais incumbe o dever de guarda, orientação e zelo pelos filhos menores de idade, respondendo civilmente pelos ilícitos praticados, uma vez ser inerente ao pátrio poder, conforme inteligência do art. 932, do Código Civil. Hipótese em que o filho menor criou página na internet com a finalidade de ofender colega de classe, atrelando fatos e imagens de caráter exclusivamente pejorativo. VII. Incontroversa ofensa aos chamados direitos de personalidade do autor, como à imagem e à honra, restando, ao responsável, o dever de indenizar o ofendido pelo dano moral causado, o qual, no caso, tem natu-

reza in re ipsa. VIII. Quantum reparatório serve de meio coercitivo/educativo ao ofensor, de modo a desestimular práticas reiteradas de ilícitos civis. Manutenção do valor reparatório é medida que se impõe, porquanto harmônico com caráter punitivo/pedagógico comumente adotado pela Câmara em situações análogas. APELOS DESPROVIDOS (Apelação Cível N° 70031750094, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 30/06/2010).

Contudo, vale destacar o que nos revela a Súmula nº 403 do STJ: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

5 SUJEITO ATIVO E PASSIVO DA PRÁTICA DE BULLYING

Alunos, professores e funcionários podem ser sujeitos ativos e passivos da prática de *bullying*, haja vista, podemos identificar o *bullying* entre alunos, entre professores, entre aluno e professor, entre aluno e funcionários, entre professores e funcionários, ocupando polos distintos ora como sujeito ativo ora como sujeito passivo.

O Projeto de Estudos da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE em conjunto com os dados apresentados pelo Ministério da Educação - MEC e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP disponível em: <<http://www.observatoriodaeducacao.org.br/images/pdfs/fipe.pdf>> diz que "As práticas discriminatórias no ambiente escolar têm como principais vítimas os alunos, mas atingem também a professores e funcionários".

E ainda indica que:

Embora os alunos sejam as maiores vítimas, as práticas discriminatórias na escola também vitimam professores e funcionários com preocupante incidência. Entre os professores, as principais vítimas de tais situações são os mais velhos, os homossexuais e as mulheres.

Entretanto, há autores que defendem a posição de que o *bullying* só pode ser verificado única e exclusivamente entre alunos, conforme podemos verificar no artigo publicado na revista nova escola disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/crianca-e-adolescente/comportamento/bullying-escola-professor-alvo/0525.Shtml>>

Conceitualmente, não, pois, para ser considerada bullying, é necessário que a violência ocorra entre pares, como colegas de classe ou de trabalho. O professor pode, então, sofrer outros tipos de agres-

são, como injúria ou difamação ou até física, por parte de um ou mais alunos.

Vê-se, dessa forma, que o tema ainda não se encontra pacificado dentre seus estudiosos que discordam quanto ao sujeito passivo da prática do *bullying*.

6 BULLYING DA EDUCAÇÃO BÁSICA À EDUCAÇÃO SUPERIOR

Importante ressaltar que o *bullying* está presente da educação básica ao ensino superior, em diferentes idades e em distintas proporções. Neste contexto observamos diversas pesquisas, que nos remetem a identificar que a prática de *bullying* é mais comum nas crianças de menor idade:

Se houver a intenção de ferir ou humilhar o colega repetidas vezes. Entre as crianças menores, é comum que as brigas estejam relacionadas às disputas de território, de posse ou de atenção - o que não caracteriza o bullying. No entanto, por exemplo, se uma criança apresentar alguma particularidade, como não conseguir segurar o xixi, e os colegas a segregarem por isso ou darem apelidos para ofendê-la constantemente, trata-se de um caso de bullying.

"Há estudos na Psicologia que afirmam que, por volta dos dois anos de idade, há uma primeira tomada de consciência de 'quem eu sou', separada de outros objetos, como a mãe.

E perto dos 3 anos, as crianças começam a se identificar como um indivíduo diferente do outro, sendo possível que uma criança seja alvo ou vítima de bullying. Essa conduta, porém, será mais frequentes num momento em que houver uma maior relação entre pares, mais cotidiana e estabelecida com os outros", explica Adriana Ramos, pesquisadora da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e coordenadora do curso de pós-graduação As relações interpessoais na escola e a construção da autonomia moral, da Universidade de Franca (Unifran). (RAMOS, p. 45).

Compartilham deste entendimento Ana Carolina Barros Silva, e Maria Aparecida Morgado:

Variáveis importantes sobre a prevalência do bullying precisam ser observadas. Entre elas destacam-se a idade destes jovens, o sexo e os locais de ocorrência. Quanto a idade, grande parte dos estudos mostram que o bullying é mais frequente quan-

to mais novos os estudantes. Francisco e Libório (2009) puderam identificar diferenças no comportamento dos entrevistados conforme a idade: na 5ª série, as violências aparecem mais como ameaças físicas, enquanto que nos discentes da 8ª série predominam os insultos e provocações. (SILVA, p. 22).

Contudo, vale ressaltar que o bullying existe não apenas envolvendo crianças e adolescentes, mas também está presente no âmbito do ensino superior, sobretudo no ambiente universitário.

É o que nos remete o estudo publicado:

Através das entrevistas fica evidente a presença do bullying no cotidiano universitário. Constatou-se através das falas dos sujeitos situações de bullying vinculadas ao denominado trote universitário e também atitudes agressivas indiretas, ou seja, foram apontadas pelos voluntários ocorrências de exclusão, ameaças, humilhação e intimidação, por exemplo. Mas não foram citadas formas de violências mais diretas, como a agressão física. (SILVA, <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ric/article/view/File/1147/1357>>).

Sábias são as palavras de Marcondes de Sousa Araújo Junior:

A universidade é um local formado por uma população com diversos grupos étnicos, com seus costumes e suas crenças. Segundo Morin, a cultura é constituída pelo conjunto dos saberes, fazeres, regras, normas, proibições, estratégias, crenças, idéias, valores, mitos, que se transmite de geração em geração, se reproduz em cada indivíduo, controla a existência da sociedade e mantém a complexidade psicológica e social. Assim, sempre existe a cultura nas culturas, mas a cultura existe apenas por meio das culturas. A instituição de ensino superior tem como obrigação conhecer os mecanismos da dominação cultural, econômica, social e política, percebendo as diferenças étnico-culturais sobre essa realidade cruel e desumana. O desafio de propor um ensino que respeite a cultura da comunidade significa constatar cada realidade social e cultural com a preocupação de traçar um projeto pedagógico para atender a todos sem exceção. Grupos minoritários, como negros, índios, homossexuais, mulheres, deficientes físicos e outros, são excluídos do processo social e excluídos mais uma vez quando adentram à essa instituição

de ensino. Não basta garantir o acesso do indivíduo, necessário se faz permitir sua permanência. Embora seja um espaço onde se encontra a maior diversidade cultural, é também o local mais discriminador. E por assim ser existem algumas instituições de nível superior para ricos e pobres, de boa e má qualidade, respectivamente. Portanto trabalhar as diferenças é um desafio para a instituição de ensino e para o professor, uma vez que ele é o mediador do conhecimento, ou seja, um facilitador do processo ensino-aprendizagem. A busca constante de alternativas para trabalhar e respeitar às diferenças, tem o poder de transformar desigualdades em aprendizagem. (JUNIOR, p. 34).

Tal prática deve ser totalmente abolida pelas instituições de ensino. Para tanto, a investigação e o acompanhamento de casos de bullying ocorridos devem fazer parte do cotidiano dessas instituições.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, cumpre destacar, o que nos ensina Gustavo Tepedino acerca da Responsabilidade Civil Constitucional.

Pode-se dizer, portanto, que na atividade interpretativa o civilista deve superar alguns graves preconceitos, que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Em primeiro lugar, não se pode imaginar, no âmbito do direito civil, que os princípios constitucionais sejam apenas princípios políticos. (TEPEDINO, 2008. p.18)

E assim conclui Tepedino:

trata-se, em uma palavra, de 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 da 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, 2008, p. 23).

Segundo a etimologia jurídica das palavras responsabilidade e civil, podemos inferir que a primeira, origina-se do vocábulo responsável, do verbo responder, do latim *respondere*, que tem o significado de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou, a

segunda, refere-se ao cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir e obrigações a cumprir.

Maria Helena Diniz nos apresenta o conceito de Responsabilidade Civil, e assim nos ensina:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2002, p. 34).

O Código Civil de 2002 adota dois sistemas de responsabilidade civil. O primeiro funda-se na Responsabilidade Civil subjetiva, baseada na teoria da culpa, teoria que exige a presença do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e da culpa do agente, requisitos legitimados pelo art. 186 do Código Civil que assim determina: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Desta forma adverte César Fiúza em análise do tema em questão:

A responsabilidade que se baseia na culpa do autor do ilícito denomina-se subjetiva, por ter como base o elemento subjetivo, culpabilidade... regra para, entretanto, tanto para os ilícitos contratuais, quanto para os extracontratuais, ainda é a da responsabilidade subjetiva, consagrado no art. 186 do Código Civil. (FIUZA, 2006, p. 284).

O segundo funda-se na Responsabilidade Civil objetiva, baseada na teoria do risco, é irrelevante a conduta do agente, sendo suficiente a existência do dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano, requisitos legitimados pelo art. 187 ao versar que o dano deve ser reparado independentemente de culpa.

O Código Civil de 2002 traz sem seu bojo um título dedicado ao instituto responsabilidade civil, tendo por cláusula geral o artigo 927:

Art. 927, parágrafo único do Código Civil- Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2006).

Desta forma adverte César Fiúza (2002, p. 284), em análise

do tema em questão: "Já a responsabilidade sem culpa recebe o nome de responsabilidade objetiva, por se basear apenas na ocorrência do dano".

Nesse mesmo sentido Caio Mário da Silva Pereira se posiciona:

o Código Civil de 2002 não ficou imune ao desenvolvimento da responsabilidade civil sem culpa, tendo em diversas hipóteses previsto este tipo de responsabilidade. A regra mais importante é a do parágrafo único do art. 927, que institui uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, ao determinar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (PEREIRA, 2002, p. 563).

Maria Helena Diniz nos adverte acerca da exigibilidade e legitimidade para propor a reparação do dano experimentado.

A exigibilidade do ressarcimento do dano pertence a todos os que efetivamente experimentaram o prejuízo, isto é, aos lesados diretos ou indiretos (CC, art. 12, parágrafo único). Assim sendo, caberá, em regra, à vítima (lesado direto), que sofreu uma lesão em seu patrimônio ou em sua pessoa, o direito de pleitear, judicialmente, a indenização, desde que prove o liame de causalidade, o prejuízo, a culpabilidade do lesante, se, obviamente, não de tratar de culpa presumida ou de responsabilidade objetiva. Poderão representar-se, por meio de seus representantes legais, na qualidade de lesados diretos de dano moral os menores impúberes, os loucos. (DINIZ, 2002, p. 149).

Tal entendimento se deve ao fato do dano extrapatrimonial ser de natureza *intuito personae*, não se admitindo a hipótese de sua transcendência.

8 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS PÚBLICAS

A responsabilidade Civil da Administração Pública rege-se pela responsabilidade objetiva (contratual ou extracontratual) com fundamento da teoria do risco administrativo, respeitando os requisitos da existência do dano e do nexo causal, guardando amparo constitucional na norma descrita no art. 37, parágrafo 6º da Constituição da República de 88, da qual extraímos:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos prin-

cípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 2008)

Nesta esteira se assenta o que nos remete os ensinamentos da ilustre professora Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público funda-se nas suas relações com os administrados na teoria do risco, em razão de comportamentos comissivos e omissivos danosos, caso em que será objetiva (CF/88, art. 37, §6º), e na teoria da culpa, pois nas relações entre Estado e funcionário ter-se-ia uma responsabilidade subjetiva, visto que o direito de regresso da pessoa jurídica de direito público contra o agente faltoso está condicionado à conduta culposa ou dolosa deste (CF/88, art. 37, §6º e CC, art. 43). (DINIZ, 2002, p. 543).

É o que nos ensina Nelson Neri Júnior:

É sempre objetiva a responsabilidade da administração, seja comissivo ou omissivo o ato causador do dano. O dano sofrido por um aluno, dentro da escola pública, causado por ato de outro aluno ... é indenizável pelo estado pelo sistema de responsabilidade objetiva (STF-RT 733/130, rel. Min. Celso de Mello). No mesmo sentido: STF, 1ª T., RE 109615-RJ, rel. Min. Celso de Mello, j.28.5.1996, V.U., RTJ 163/1107 (JÚNIOR, 2011, p. 813)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG compartilha do mesmo entendimento, conforme podemos observar da ementa do processo de apelação cível:

Respondendo objetivamente na forma do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88. 2) Comprovado nos autos que uma aluna de escola pública, após ser empurrada por um de seus colegas e colidir com uma valeta desprovida de grade de proteção, sofreu danos estéticos (perda e afrouxamento dos dentes) e materiais (despesas com tratamento odontológico), é de se reconhecer a omissão do Estado em promover a devida proteção à integridade física dos alunos sob sua

custódia, a justificar a sua responsabilização civil. (TJMG. hUp://www.tjmg.jus.br/).

Neste mesmo diapasão, o TJMG apresenta o entendimento:

Processo: Apelação Cível 1.0105.10.015990-1/001 0159901-94.2010.8.13.0105 (1) Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat Data de Julgamento: 15/03/2012. Data da publicação da súmula: 28/03/2012. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PROFESSORA DE ESCOLA ESTADUAL - OFENSAS DE NATUREZA DISCRIMINATÓRIA A ALUNA - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. O Estado responde objetivamente pelos danos causados ao aluno matriculado em escola da rede estadual, em razão das ofensas de natureza discriminatória, cometidas pela professora. - Sendo vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser arbitrados com base no artigo 20, §4º do CPC. - Os juros e correção monetária devem incidir na forma prescrita no artigo 1º - F, da Lei 11.960/09. - Recurso provido em parte.

Compartilha do mesmo entendimento o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

*Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Número: 70041878885
Seção: CÍVEL - Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível
Tipo de Processo: Agravo Decisão: Acórdão Relator: Jorge Luís Dall'Agnol AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CAPUT, DO CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. TRANSFERÊNCIA DE ESCOLA. BULLYING. INFANTE QUE APRESENTOU PROBLEMAS PSICOLÓGICOS. MUDANÇA DE COLÉGIO NECESSÁRIA AO DESENVOLVIMENTO FÍSICO E PSÍQUICO DO MENOR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE. SENTENÇA MANTIDA. Agravo interno desprovido. (Agravo N° 70041878885, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 13/04/2011).*

9 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS ESCOLAS PRIVADAS

Inicialmente devemos atentar para a orientação que nos adverte a Lei no 8.078, de 11.09.1990, Código de Defesa do Consumidor, sobretudo a norma do art. 12, qual seja:

Art. 12. o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (PLANALTO. 1990).

Guarda correspondência ao artigo 12, acima citado, os que nos remete Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 563) "O Código de Proteção e Defesa do Consumidor abraçou de forma genérica a teoria da responsabilidade objetiva, aceitando a doutrina do risco criado (Lei no 8.078, de 11.09.1990, art. 12)."

É o que nos ensina Humberto Teodoro Júnior:

A responsabilidade Civil no CDC se assenta no risco da atividade do fornecedor em face do consumidor, tanto pelo aspecto contratual quanto pelo aspecto extracontratual. Tanto a responsabilidade pelos acidentes de consumo como a decorrente dos vícios do produto ou serviço (CDC 12, 14, 18 e 19) se estribam na teoria objetiva. O fundamento do dever de indenizar, aqui, é o risco da atividade: por isso a responsabilidade objetiva se aplica a todas as hipóteses decorrentes de danos experimentados pelo consumidor em decorrência de relação jurídica de consumo (COC 6° VI e 8°). (JÚNIOR, 2011, p. 799).

Em análise ao art. 932, IV, este que determina: Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos, Maria Helena Diniz assim assevera:

O art. 932, IV, 2ª alínea do Código Civil refere-se à responsabilidade dos donos de estabelecimentos de ensino, isto é, daqueles que mediante uma remuneração tem sob sua direção pessoas para serem educadas e receberem instrução". Deverão responder objetiva e solidariamente (CC, art. 933 e 942, parágrafo único) pelos danos causados a um colega ou a terceiros por atos ilícitos dos alunos durante o tempo que exercerem sobre eles vigilância e autoridade. É preciso não olvidar que tal responsabilidade, que não mais está fundada na culpa in vigilando, estende-se ao diretor do estabelecimento de ensino e aos mestres não podem

exercerem sobre seus discípulos um dever de vigilância, mas por assumirem risco de sua atividade profissional e por imposição de lei (CC, art. 933). (DINIZ, 2011, p. 564).

Há também aqueles que buscam guarida na norma contida no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo no que remete o parágrafo primeiro.

Art. 14. "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". § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, (...) (PLANALTO, 1990).

É nesse sentido que leciona Sílvio de Salvo Venosa:

Enquanto o aluno se encontra no estabelecimento de ensino e sob sua responsabilidade, este é responsável não somente pela incolumidade física do educando, como também pelos atos ilícitos praticados pro este a terceiros ou a outro educando. Há um dever basilar de vigilância e incolumidade inerente ao estabelecimento de educação que, modernamente, decorre da responsabilidade objetiva do Código de defesa do consumidor. O aluno é consumidor do fornecedor de serviços, que é a instituição educacional. Se o agente sofre prejuízo físico ou moral decorrente da atividade do interior do estabelecimento ou em razão dele, este é responsável. (VENOSA, 2004, p. 82).

Célia Cristina Munhoz Benedetti Nicolau e Mauro Nicolau Junior compartilham deste entendimento:

Sabe-se que a responsabilidade do estabelecimento privado de ensino, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, não se apresenta mais como responsabilidade indireta do educando, mas sim, como responsabilidade objetiva direta, com esteio no artigo 14, do CDC. O dever do fornecedor (colégio) de prestar serviços seguros a seus consumidores (alunos) funda-se no fato do serviço e não no fato do preposto ou de outrem, como outrora era entendido. Desse modo, para se aferir a responsabilidade pelos danos sofridos pelo autor, faz-se premente apenas a verificação da existência de conduta, seja ela comis-

siva ou omissiva, donexo causal e do dano alegado, sem se perquirir sobre qualquer elemento subjetivo. Conforme ensinamentos do Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO : "O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu funcionamento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, §1º, do CDC). Como se vê, a responsabilidade do fornecedor de serviços tem também por fundamento o dever de segurança (...). Mais do que possa parecer numa primeira visão, o campo de aplicação do Código, neste ponto, é muito vasto, abarcando, na área privada, um grande número de atividades, tais como os serviços prestados pelos estabelecimentos de ensino (...).

E ainda adverte:

Durante o período em que o aluno se encontra sob os cuidados da escola e dos educadores ocorre um hiato no efetivo exercício da guarda por parte dos pais, até porque, durante esse tempo, o próprio acesso dos pais ao interior da escola não é permitido com naturalidade e de bom grado. Dessa forma, os atos praticados pelos alunos dos quais venha a resultar danos a outrem ou, até mesmo, a outros alunos, resulta na responsabilidade indenizatória da própria escola.

A jurisprudência não se afasta deste entendimento, conforme pode ser visto, verbis: "(...) o aluno fica sob a guarda e vigilância do estabelecimento de ensino, público ou privado, com direito de ser resguardado em sua incolumidade física enquanto estiver nas dependências da escola, respondendo os responsáveis pela empresa privada ou o Poder Público, nos casos de escola pública, por qualquer lesão que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causada por terceiro. Fora das dependências da escola, em horário incompatível, inexistente qualquer possibilidade de se manter essa obrigação de resguardo". (TJ de SP. Apelação Cível 41.419-5 _Fernandópolis. Terceira Câmara de Direito Público. Des. RUI STOCO, Julgado em 05.10.99).

Ainda que desconsiderado, apenas para argumentar, o regramento da responsabilidade contratual objetiva, o Código de Defesa do Consumidor, elenca entre os direitos básicos do con-

sumidor (aluno) o direito à inversão do ônus da prova, segundo o artigo 6º, VIII, do CDC. Por conseguinte, cabe à escola em eventual ação indenizatória, provar que, de fato, não contribuiu para o incidente lesivo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG compartilha do mesmo entendimento:

Processo: Apelação Cível 2.0000.00.500231-5/000 5002315-79.2000.8.13.0000 (1)
Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela Data de Julgamento: 01/08/2007 Data da publicação da súmula: 11/08/2007 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ALUNO TRANSCADO EM BANHEIRO COMO FORMA DE CASTIGO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. ESCOLAPARTICULAR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRESTADORA DE SERVIÇOS. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO. VALOR INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. UANTIFICAÇÃO. CRITÉRIOS. RAZOABILIDADE. PROPORCIONALIDADE. TERMO A QUO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. A empregadora responde civilmente pelos atos praticados por seus empregados, nos moldes do art. 1.521, 111 do Código Civil/1916. A prestadora de serviço educacional tem responsabilidade sob os danos causados aos alunos menores, enquanto estiverem em sua guarda. O dano moral estará caracterizado com o sofrimento psicológico do menor que necessitou de tratamento psicopedagógico para superar o trauma, além de ter sua rotina, bem como de sua família, totalmente alterados em razão do fato. Deve o julgador, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atentar para as circunstâncias fáticas, a gravidade objetiva do dano seu efeito lesivo, as condições sociais e econômicas da vítima e do ofensor, de forma que não possibilite enriquecimento sem causa do ofendido, mas que vise a inibir o ofensor à prática de futuras ofensas, atendendo à teoria do desestímulo. O termo a quo da incidência da correção monetária deve ser aquele em que restou configurado o dano e fixado o quantum, porque a partir dali passou a ser exigível. Preceitua o art. 1.538 do Código Civil de 1916 que no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o

ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento até ao fim da convalescença, devendo haver a comprovação do quantum em liquidação da sentença

Compartilha do mesmo entendimento o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Tribunal de Justiça Rio de Janeiro 0003372-37.2005.8.19.0208 -APELACAO 1ª Ementa. DES. ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 02/02/2011 - DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL ESTABELECIMENTO DE ENSINO FALHA NA PRESTACAO DO SERVICIO RESPONSABILIDADE OBJETIVA DANO MORAL PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. VIOLENCIA ESCOLAR. "BULL YNG". ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTACÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. I - Palavra inglesa que significa usar o poder ou força para intimidar, excluir, implicar, humilhar, "Bullying" é um termo utilizado para descrever atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos; 11-Os fatos relatados e provados fogem da normalidade e não podem ser tratados como simples desentendimentos entre alunos. 111-Trata-se de relação de consumo e a responsabilidade da ré, como prestadora de serviços educacionais é objetiva, bastando a simples comprovação do nexo causal e do dano; IV - Recursos - agravo retido e apelação aos quais se nega provimento.

Vale destacar o apontamento apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, apresentando uma visão acerca da postura das escolas na prevenção e tratamento dos autores e vítimas de *bullying*:

O bullying existe em todas as escolas, o grande diferencial entre elas é a postura que cada uma tomará frente aos casos de bullying. Por incrível que pareça os estudos apontam para uma postura mais efetiva contra o bullying entre as escolas públicas, que já contam com uma orientação mais padronizada perante os casos (acionamento dos Conselhos Tutelares, Delegacias da Criança e do Adolescente etc.).

Contudo, importante é o que nos apresenta o Observatório da Saúde e do Adolescente da Universidade Federal de Minas

Gerais, apresentando o estudo brasileiro sobre a prática de *bullying* nas escolas:

Bullying nas escolas brasileiras: resultados da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE), 2009. O estudo transversal realizado pelos autores, feito com 60.973 escolares de 1.453 escolas públicas e privadas e aponta que 5,4% (IC95%: 5,1%-5,7%) dos estudantes relataram ter sofrido bullying quase sempre ou sempre nos últimos 30 dias; 25,4% (IC95%: 24,8%- 26,0%) foram raramente ou às vezes vítimas de bullying e 69,2% (IC95%: 68,5%-69,8%) não sentiram nenhuma humilhação ou provocação (bullying). A capital com maior frequência de foi Belo Horizonte-MG (6,9%; IC95%: 5,9%-7,9) e a menor foi Palmas-TO (3,5%; IC95%: 2,6%-4,5%). Meninos relatam mais bullying(6,0%; 32 IC95%: 5,5%-6,5%) do que meninas (4,8%; IC95%: 4,4%-5,3%). Não houve diferença entre escolas públicas (5,5%; IC95%: 5,1%-5,8%) e privadas (5,2%; IC95%: 4,6%-5,8%), exceto em Aracaju-SE, onde foi registrada maior ocorrência de bullying em escolas privadas. Ainda segundo os autores "os dados mostram urgente necessidade de ações intersetoriais a partir de políticas e práticas educativas que efetivem redução e prevenção da ocorrência do bullying nas escolas.

Importante ressaltar o que nos ensina Maria Helena Diniz acerca da responsabilidade civil no âmbito do ensino superior, advertindo que,

Não alcançará o professor universitário, porque ele não tem o poder de vigilância sobre os estudantes, que, por serem maiores, não precisam ser vigiados, sendo senhores de seus atos e de seus direitos, tendo plena responsabilidade pelo que fizerem e pelos danos que causarem. Logo não se pode impor a responsabilidade objetiva ao professor de ensino superior por ato lesivo de aluno, nem mesmo por acidente ocorrido durante trabalho por ele presidido. (DINIZ, 2011, p. 564).

Contudo, Silvo de Salvo Venosa, traz a baila posicionamento diverso ao acima apresentado:

Os que defendem a ideia de que os educandos maiores e capazes estão fora do sistema protetivo da responsabilidade dos educadores se prendem às premissas hoje superadas no campo da respon-

sabilidade civil, mormente, mas não unicamente, após o Código de Defesa do Consumidor. Não se trata mais de imputar dever de vigilância ao professor universitário, como sustenta a maioria da doutrina (Gonçalves: 202, que lastreia sua opinião em inúmeros doutos autores), mas sim de atribuir um dever de segurança aos estabelecimentos de ensino, não importando o nível, da pré escola ao ensino superior. (VENOSA, 2004, p. 82).

Tal entendimento não resume apenas aos incapazes a proteção da vítima contra a prática do *bullying*, do contrário, afirma que há o dever de cuidado ainda que sejam os educandos maiores e capazes.

10 A TIPIFICAÇÃO DO BULLYING PROPOSTA PELA REFORMA DO CÓDIGO PENAL

A Comissão constituída para apresentar as propostas de reforma do Código Penal, expôs inovações ao artigo 147 do CP, sobretudo no seu parágrafo segundo sugerindo a denominação "intimidação vexatória" para caracterizar o *bullying* tornando-o novo tipo penal, sob a justificativa de que a criminalização do fenômeno garantirá maior acuidade ao assunto.

A proposta apresenta o artigo 147 do CP com a seguinte redação:

Ameaça

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - prisão de seis meses a dois anos. Intimidação vexatória §2º Intimidar, constranger, ameaçar, assediar sexualmente, ofender, castigar, agredir, segregação a criança ou o adolescente, de forma intencional e reiterada, direta ou indiretamente, por qualquer meio, valendo-se de pretensa situação de superioridade e causando sofrimento físico, psicológico ou dano patrimonial.

Pena - prisão de um a quatro anos

Contudo, vale ressaltar o que nos ensina Luiz Flávio Gomes Sanzovo e Natália Macedo Sanzovo:

Ou seja, o conceito de bullying, suas peculiaridades, bem como a gravidade do fenômeno são absolutamente desconhecidos pela população brasileira. No entanto, a inclusão do bullying como tipo penal é somente uma medida (muito tímida) de combate ao fenômeno, visto que longe está de

ser a solução. O enfrentamento e o combate ao fenômeno do bullying demandam, prioritariamente, ações e programas preventivos (chamados de anti-bullying) desenvolvidos e direcionados especificamente para cada estabelecimento de ensino, atendendo às particularidades de cada comunidade escolar (ou seja, todos os envolvidos direta ou indiretamente no fenômeno). É o exemplo do BullyFreeProgram (programa preventivo americano) e Olweus Bullying Prevention Program Overview (programa preventivo norueguês).

Luiz Flávio Gomes, ensina que "Se todas as condutas configuradoras do *bullying* já se encontram tipificadas nas leis penais brasileiras, qual seria o interesse em tipificá-lo autonomamente, tal como previsto no projeto de Reforma do Código Penal" e ainda adverte:

De qualquer maneira, uma coisa é certa: a interdisciplinaridade, multifacetariedade e multifatorialidade que envolvem o fenômeno do bullying ensinam que ele não deve ser considerado ou combatido com a ferramenta penal, sim, com medidas, ações e planos preventivos. É muito provável que ninguém tenha imaginado que a sua tipificação penal (imprópria, puramente técnica) tenha qualquer tipo de novel eficácia na prevenção do fenômeno (o que não significa que a pena, consoante o pensamento da Escola clássica, não tenha nenhum tipo de efeito preventivo dissuasório). Não se previne o bullying com uma tipificação imprópria, sim, com programas efetivos que devem ser contextualizados (respeitar cada realidade).

11 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito funda-se na dignidade da pessoa humana segundo sua ordem constitucional. A Constituição Federal de 1988 sobrepôs os direitos extrapatrimoniais aos patrimoniais, o que não significa que o patrimônio não mereça proteção, mas segundo sua função social.

A modernidade com o avanço tecnológico e a massificação da utilização dos meios eletrônicos, na medida em que concedeu ao ser humano desenvolver-se nas mais diversas áreas, com acesso às mais diversas informações em tempo real, também permitiu fosse o mesmo alvo de *bullying*, em especial, pelas chamadas redes sociais.

A melhor forma de combate à prática do *bullying* é a busca de planos, ações e medidas que visem à sua conscientização e prevenção. Em atenção às diversidades sociais, culturais e econô-

micas de cada instituição de ensino, buscar unificar investimentos em educação com investimentos em programas de combate à violência, promovendo a inclusão social e a redução da desigualdade nas instituições de ensino brasileiras.

De igual importância é assegurar a efetividade à tutela dos direitos extrapatrimoniais nas instituições de ensino que devem investigar e corrigir qualquer desvio de conduta que venha lesionar a dignidade daqueles que estão sob a sua responsabilidade nas suas dependências.

Ao Estado, cumpre o dever de desencorajar, por meio da responsabilidade civil, o sujeito ativo da prática de *bullying*, segundo suas funções reparatória e pedagógica. O dano moral é de difícil mensuração e sua reparação deve ser arbitrada de acordo com os critérios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, punindo exemplarmente aquele que lesionou direito de outro, a fim de que se garanta, conforme fundamento constitucional, a dignidade da pessoa humana, evitando-se assim condutas reiteradas.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Elaine Soares de; CASTRO Emerson Luiz de. *Psicopedagogia no ensino superior*. Possibilidade ou necessidade. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia - Uma defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANDÃO Gorette. *Bullying pode virar crime com pena de até quatro anos de prisão*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/28/2018bullying2019-pode- virar-crime-com-pena-de-ate-quatro-anos-de-prisao>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 11.419 de 19 de dez. 2006. *Vade Mecum*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

CAMARGO, Orson. *Bullying Brasil Escola*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/33314>>. Acesso em: 05 ago. 2012.

CRUZ, José Rogério e Tucci. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. 1 a ed. 2ª tiragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio do Devido Processo Legal _ Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Coord. Maria Elisabeth de Castro Lopes, Olavo de Oliveira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro _ Responsabilidade Civil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil*. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.

FÁTIMA, Schenini. *Prevenção é o melhor caminho contra o bully*. Portal do Professor. Disponível em: <<http://portaldoprofessor.mec.gov.br/conteudo-jornal.html?idConteudo=930>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

FANTE, Cleo. *Fenômeno bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. Campinas: Verus, 2005.

FIUZA, César. *Direito Civil _ curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES Luiz Flávio; SANZOVO Natália Macedo. *Bullying: o mais importante é a prevenção*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22377/bullying-o-maisimportante-e-a-prevencao>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

JUNIOR, Marcondes de Souza Araújo. *Instituição superior face ao combate à violência e a exclusão social*. Web Artigos. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/instituicao-superior-face-ao-combate-a-violencia-e-a-exclusaosocial/27143#ixzz23SaSGvG7>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Teoria Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* _ Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Lei nº 8.078, de 11.09.1990 _ *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 jul. 2012.

MAZZON, José Afonso (Coordenador). *Ministério da Educação _ MEC instituto nacional de estudos e pesquisas educacionais _ inepprojeto de estudo sobre ações discriminatórias no âmbito escolar, organizadas de acordo com áreas temáticas, a saber, étnico racial, gênero, orientação sexual, geracional, territorial, de necessidade especiais e socioeconômica sumário dos resultados da pesquisa*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaeducacao.org.br/images/pdfs/fipe.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

NICOLAU, Célia Cristina Munhoz Benedetti e JUNIOR, Mauro Nicolau, Res-

ponsabilidade Civil dos estabelecimentos de ensino _ a eticidade constitucional. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e872eef2-1629-4321-85da-d52571b206e7&groupId=10136>. Acesso em: 25 jul. 2012.

NETO, Olavo de Oliveira; LOPES, Elias Cozzolino de. *Princípio da Isonomia _ Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Coord. Maria Elisabeth de Castro Lopes, Olavo de Oliveira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Portal T JMG _ *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

Portal T JRJ _ *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/bullying.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

RAMOS Adriana. *Discussões ou brigas pontuais não são bullying*. Nova Escola. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/crianca-e-adolescente/comportamento/escola-o-que-nao-e-bullying-610441.shtml>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

RAMOS Adriana. *Discussões ou brigas pontuais não são bullying*. Nova Escola. Disponível em: <http://revistaescola.abril.com.br/crianca-e-adolescente/comportamento/bullying-escola-professor-610525.shtml>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

RAQUEL, Observatório da Saúde da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.medicina.ufmg.br/observaped/index.php/forum/view-postlist/forum-2bullying/topic-8-semana-i-o-que-e-o-bullying.html>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANZOVO, Luiz Flávio Gomes e Natália Macedo. Tipificação penal não resolve problema do bullying. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-22/simples-tipificacao-penal-nao-resolver-problema-bullying>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. (Autora) MARTINS, Sidimar Dias - (Coordenador). *Bullying*. Cartilha 2010 - Projeto Justiça nas Escolas. Portal professor. Disponível em: <portaldoprofessor.mec.gov.br/storage/materiais/0000014963.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

SILVA, Ana Carolina Barros; MORGADO, Maria Aparecida. *Bullying no ensino superior: existe?* Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/ric/article/viewFile/1147/1357>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

SILVA, de Plácio e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado - Novos paradigmas em face da Globalização*. São Paulo: Atlas, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2012.

TAVARES, Fernando Horta. *Constituição, Direito e Processo*. Coord. Fernando Horta Tavares. Curitiba: Juruá, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2004.

VINHA, Teima. *Como lidar com o cyberbullying*. Abril Escola. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/crianca-e-adolescente/comportamento/bullying-como-evitar-cyberbullying-610554.shtml>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

VINHA, Teima. *O professor também é alvo de bullying?* Abril Escola Portal do Professor. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/crianca-e-adolescente/comportamento/bullying-como-evitar-cyberbullying-610554.shtml>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

VINHA, Teima. *O que é Bullying? Confirma a definição* Nova Escola. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/crianca-e-adolescente/comportamento/bullyingescola-494973.shtml>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

NOTAS DE FIM

1 Emerson Luiz de Castro, advogado, professor, Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Mestre em Direito, Especialista em Gestão Educacional, Especialista em Psicopedagogia, Especialista em Direito Empresarial.

2 Leandro Cesar Barbosa Jardim, advogado, Especialista em Direito Civil e Processo Civil.

3 Karen Myrna de Castro Mendes Teixeira, advogada, professora, Especialista em Direito Público, Mestranda em Direito Ambiental

VALORAÇÃO ECONÔMICA DA PAISAGEM: PROPOSIÇÃO DE DISCUSSÃO

Douglerson Santos¹

Maraluce Maria Custódio²

RESUMO: O Estudo da valoração da paisagem é ainda incipiente, mas vem crescendo muito nos últimos tempos. Com este estudo pretendemos contribuir para a reflexão de sua importância, especialmente no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: paisagem; valoração econômica; mercado imobiliário; valor; métodos de valoração econômica

ÁREA DE INTERESSE: Direito Ambiental.

1. INTRODUÇÃO

A paisagem, além de ser um bem a ser protegido por suas qualidades ambientais e históricas, tem trazido muito lucro para os locais onde se encontram. Esse lucro pode advir tanto da especulação imobiliária consciente (ou não) como do turismo. Mas, para tanto é necessário compreender como valorar essa paisagem. A valoração da paisagem é ainda hoje incipiente, mas seu estudo vem crescendo muito, especialmente nos EUA.

O turismo vem crescendo vertiginosamente desde o séc. XVIII e especialmente no último século pelo aumento das facilidades para viajar. Esse crescimento leva a conscientização da necessidade de proteção do patrimônio pela comunidade e governos locais e a busca de novos monumentos (naturais ou artificiais) para incrementar o turismo e tornar toda uma região, e não apenas um ponto específico, reconhecidamente turístico (LIZET, RAVIGNAN, 1987). A busca e a criação surgem, inicialmente, a partir de uma valoração do que deve ser protegido.

O mesmo se passa com a incrementação imobiliária de regiões de entorno dos centros urbanos. A partir da década de 70 nos EUA e Europa e década de 80 no Brasil, os habitantes vêm buscando sair dos grandes centros barulhentos, cinzentos e poluídos e procurando um entorno, mas com um pouco de qualidade de vida: natureza, ar mais puro, tranquilidade, bela paisagem (BRANCO, 1991). Surgindo a cultura dos subúrbios, hoje chamados de periurbanos.

Inicialmente, esses subúrbios eram ocupados por pessoas sem condições de adquirir um imóvel no centro das cidades. Hoje são ocupadas, principalmente, pelas classes média e alta, que, buscam tranquilidade e vêm esvaziando os hipercentros urbanos.

De fato, como nos indica Donadieu et Dalla Santa (*apud* CARVALHES, JOLY, 2006, p 10) a troca de residência é uma escolha entre o fácil e rápido acesso aos serviços públicos e ao trabalho e a tranquilidade da natureza e paisagens naturais ou rurais, com mais espaços para recreação, ou seja, qualidade de vida. Fato hoje, que tem sido preocupação tanto jurídica – artigo

225 da Constituição Federal, bem como, dos cidadãos que tem condições de escolher.

Para o surgimento dessas novas regiões, faz-se necessário analisá-las e valorá-las de forma a incentivar esse desenvolvimento, mas, buscando, ao mesmo tempo, a proteção do meio ambiente e da paisagem. Para realizá-lo é necessário utilizar instrumentos técnicos e especialmente econômicos.

A economia utiliza-se de vários métodos de valoração, mas é necessário entender que os economistas não valoram, eles observam que os indivíduos têm preferências e essas têm vários graus de intensidade (MOTTA, 1997). Assim, a valoração econômica se justifica como instrumento auxiliar de políticas públicas para evitar a exploração excessiva e auxilia na determinação de valores de taxas e tarifas públicas cobradas pela apropriação dos bens paisagísticos e ambientais e na avaliação de projetos de investimentos públicos e privados.

2 O VALOR E A VALORIZAÇÃO ECONÔMICA

O valor da paisagem não pode ser revelado apenas pelo mercado, pois ela na maioria das vezes não tem preço, já que não é comercializável; porque a paisagem é uma composição e não apenas um objeto, o que dificulta a valorização pelo mercado; e, também, porque valorar a paisagem depende também da valorização dos aspectos subjetivos e estéticos.

Os economistas preocupam-se com a realização da valoração, no esforço de estimar preços e fornecer subsídios para a exploração racional das paisagens, seja na exploração de pontos turísticos, seja na criação de novas áreas periurbanas que têm como foco a apreciação da paisagem.

A disponibilidade ou escassez dos recursos e a necessidade de utilizá-los criam a necessidade de mensuração econômica. Os métodos de valoração começaram a ser utilizados na análise da recreação ao ar livre e expandiram para análise da vida selvagem, saúde humana e por fim atinge até questões éticas e religiosas.

A partir dos métodos é possível estimar custos de oportunidade de exploração para evitar erros dispendiosos ou destrutivos como os cometidos no passado.

A valoração econômica, entretanto, é o último passo da análise e deve ser frisado que ela é imperfeita, pois valora coisas que não são valoráveis. Ela depende de outras ciências, firmando a necessidade de interdisciplinaridade para aplicar os métodos econômicos e proteção da paisagem (ALIER, JUSMET, 2001).

No caso da análise da paisagem, a parceria com a geografia é essencial, pois a ela concerne compreender a complexidade da paisagem e interrelação de seus elementos. Através de seus estudos, ela cria uma carta de tipos paisagísticos de cada região. Ela observa inicialmente a possibilidade de ocupação do solo, os objetos paisagísticos envolvidos, seu tamanho e o ângulo de observação visual, bem como a distância deste do observador e a profundidade de campo de visão (ROGER, 1995). Isso é extremamente importante, pois a paisagem mais bela do mundo não pode ser "vendida" se não puder ser observada.

Posteriormente, esses dados serão analisados economicamente de forma a buscar uma aproximação de valor. Deve ser lembrado que os modelos gerados são representações simplificadas do mundo real, que ajudam apenas a ordenar e compreender a paisagem e seus elementos. (DERANI, 2003)

A paisagem, segundo CARVAILHES e JOLY (2006, p 78), pertence ao grupo dos bens públicos impuros, ou seja, apresentam as características dos bens públicos³, mas, ao mesmo tempo podem estar localizados em propriedades privadas que limitam a não exclusão, e a não destruição e a utilização por mais de uma pessoa.

O mercado vende pontos onde é possível desfrutar da paisagem, e quanto mais fácil os acessos (visualização, utilização, etc.) mais caros eles se tornam. Lembrando que é a propaganda realizada pelos empresários que determinam e criam o mercado.

Assim, a definição do valor econômico passa por mais coisas que apenas o valor estético e ecológico de uma paisagem. E por tal motivo, se utilizam os métodos de valoração, que vêm refletir melhor o valor da paisagem.

Não existe uma classificação universalmente aceita dos métodos de valoração econômica, por isso utilizar-se-á a classificação mais comum, criada por Bateman e Turner (NOGUEIRA, 2003) sendo:

a) CUSTO DE VIAGEM: Esse método foi criado em 1947 e analisa os gastos realizados por indivíduos em uma viagem a um determinado local. Despesas estas que começam nos preparativos da viagem e terminam com o retorno dos viajantes. Passando pelos valores gastos em passagens ou combustíveis, lanches, hotéis, ou seja, todos os gastos para implementação da viagem. Ele tem como principais problemas para sua utilização a valoração do tempo e as viagens de múltiplos propósitos.

b) PREÇOS HEDÔNICOS: Um dos métodos mais antigos e utilizados, ele se baseia na análise da valorização dada as características locais ambientais e paisagísticas, para a escolha de imóvel para compra ou aluguel. Essas características levariam a um impacto imobiliário em determinados locais mais apreciados pelos indivíduos. O grande problema é separar claramente o impacto dos fatores ambientais e paisagísticos dos outros fatores.

c) DOSE RESPOSTA: Esse método analisa e quantifica o valor a partir do valor de reposição do bem degradado, utilizando preços aproximados presentes no mercado, bem como a análise de dados de outras áreas do conhecimento sobre o que foi degradado. Seu principal problema é o grande volume de dados de outras ciências necessários para compor o quadro de valor de reposição, tornando o processo caro em termos monetários, além de ser limitado aos custos de reposição e acreditar na reposição, fato impossível na quase totalidade dos casos da depredação da paisagem.

d) CUSTOS EVITADOS: Esse método utiliza-se dos valores gastos em produtos substitutos ou complementares para tornar utilizável o bem ou para melhor adequação à mudança gerada no meio ambiente, mensurando monetariamente a percepção dos indivíduos.

e) MÉTODO DE VALORAÇÃO CONTINGENTE: Ele foi proposto em 1963 e é muito utilizado para análise de valores ligados a recreação. Ele parte do pressuposto que as pessoas têm graus diferentes de preferências por diferentes bens que se expressam quando compram ou pagam por algo e isso se apresenta pelo DAP (disposição a pagar) ou DAC (disposição a receber compensação). A valoração se faz através da observação dessas preferências do consumidor em situações hipotéticas apresentadas por meio de questionários. É um método muito utilizado, por ser o único que avalia o valor de existência de um bem, mesmo que não seja jamais utilizado. Tem como problema principal os custos, pois, necessita de no mínimo 1000 observações para iniciar a análise.

Para valorar a paisagem no tema proposto por este artigo e levando em consideração os prós e os contras, os mais indicados são os métodos de preços hedônicos e custo de viagem, pois estabelecem preços de acordo com o entorno e o valor que vem sendo dado para acessar a paisagem. O primeiro se aplica na análise de compra e aluguel de imóveis, onde a pessoa escolhe pagar mais para ter acesso a uma paisagem, tendo aí seu preço agregado. E o segundo, se aplica ao analisar o que um indivíduo está disposto a pagar para acessar uma determinada paisagem.

O preço de um imóvel é composto de valores intrínsecos e extrínsecos, e o valor do bem é a soma desses valores. Reitera-se que na valoração de preços hedônicos, como em qualquer tipo de valorização, há problemas, já que a valoração econômica avalia uma simplificação do mundo real.

Um problema é a especificidade do estudo, que não pode ser

universalizado, pois, a valoração de preços hedônicos se baseia em uma paisagem específica em um lugar específico e não a todas as paisagens de um determinado local ou ao geral das paisagens.

O método de custos de viagem tem os mesmos problemas e o problema de levantamento de dados, pois nem todas as pessoas têm contabilizados os valores gastos para realizar uma viagem a um determinado local.

A vantagem dos métodos de valoração é a possibilidade de utilização de mais de um método simultaneamente.

3 A UTILIDADE E UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS DE VALORAÇÃO ECONÔMICA

O grande problema é que apesar da existência e facilidade de aplicação dos métodos econômicos de valoração, estes não vêm sendo utilizados ou vistos como possibilidade de utilização em grande escala na tomada de decisão para expansão de ocupação periurbana ou de exploração turística na maioria dos casos. Verdadeiramente, a demanda vem crescendo e o mercado vem atendendo a essa, de forma rápida e precipitada, sem avaliar as questões ambientais ou paisagísticas envolvidas de forma profunda, como seria possibilitado pela valoração econômica.

Pode ser citado o caso de Belo Horizonte, onde a especulação imobiliária no entorno, e especialmente no município de Novo Lima (município limítrofe em conurbação com a Capital), vem crescendo devido à busca do ambiente ideal com qualidade de vida e bela paisagem.

Mas, a expansão não tem sido devidamente planejada, menos ainda realizada utilizando-se da técnica acima exposta, tornando a busca pela qualidade de vida com proteção da paisagem um pouco em vão. Apesar dos altos preços dos imóveis nessa área periurbana em expansão, a quantidade de prédios construídos tem sido grande e não atendem as expectativas efetivas de qualidade de vida em longo prazo. A visualização da paisagem vem sendo coberta por camadas e camadas de edifícios enfileirados, todos prometendo a vista definitiva da bela paisagem das montanhas mineiras, que nunca é verídica, já que poucos anos depois outra fileira de edifícios se alinha a frente da paisagem e desvaloriza os imóveis, antes cobiçados pela vista.

A qualidade de vida perde seu objeto em grandes engarrafamentos em vias não preparadas para o grande número de moradores. A paisagem vai sendo destruída para a construção de novas moradias, e a tranquilidade e a possível visualização de animais selvagens perdem seu objeto.

Os condomínios fechados antes pouco habitados, ou utilizados como moradia secundária, vão se tornando novas cidades medievais fechadas entre muros, com comércio e movimentação próprios, gerando divisas, mas lixo e esgotos não suportáveis pela

natureza circundante. (ARAÚJO, NOGUEIRA, 2003)

O que houve? Crescimento sem planejamento, sem uma valoração econômica que possibilitaria uma ocupação racional. Isso remete também a falta de análise técnica para compreender e utilizar o espaço.

Outro problema surge, a busca de lucros cada vez maiores das empreiteiras pode gerar uma perda maior em longo prazo. Segundo o geógrafo e geólogo Allaoua Saadi, boa parte dos edifícios dessa nova área, chamada novo belvedere estão construídos sobre uma falha geológica que em pouco tempo (na perspectiva da Terra) pode e esta se movimentando lentamente, levando a destruição deste e possível morte de várias pessoas.

Ao contrário, na França, essa racionalidade vem sendo preservada, apesar de ser difícil para o poder público controlar e gerenciar essa fuga dos indivíduos dos centros urbanos para as pequenas vilas no entorno (ROGER, 1995). E por várias vezes ser difícil garantir a mobilidade dessas pessoas aqueles sem estragar a paisagem tão ansiada. Um caso é o da cidade medieval de Avignon que é visível a qualquer morador: os engarrafamentos para chegar ao centro, as altas absurdas dos preços dos imóveis nas pequenas cidades vizinhas e o aumento de população destas que não conseguem ainda atender ao público que chega. Muitas delas, medievais também e com uma cultura provençal arraigada, onde até pouco tempo todos se conheciam e agora são invadidas por um público estranho a essa cultura e hábitos, que pode levar a perda de mais que a paisagem visível: o patrimônio imaterial dessa cultura.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe ao governo em ambos os casos gerenciar tais mobilidades de forma a garantir a vivência tranquila de todas as partes envolvidas no processo. Sendo isso possível, a nosso ver, através de políticas públicas rígidas e democráticas. Para tanto deve observar critérios como:

- a) eficácia: escolher o instrumento que tenha mais probabilidade de alcançar o objetivo de forma rápida e precisa;
 - b) Eficiência: as escolhas devem ser eficientes, pois os recursos são escassos. Onde os custos marginais de redução e os danos causados estão em um mesmo nível ou muito próximos;
 - c) Baixos custos administrativos;
 - d) Equidade: os grupos que receberem os benefícios devem arcar com os custos;
 - e) Cientificação do processo através da análise técnica possibilitada pela economia, auxiliada pelas outras ciências envolvidas na proteção e análise da paisagem, mas especialmente a geografia.
- Isso pode ser realizado através de vários instrumentos econômicos sendo os principais:
- a) Tributo: tem como fundamento a mudança do comporta-

mento da comunidade e não aumentar arrecadação, como, imaginam, muitos governantes

b) Subsídios, tais como:

1) Licenças negociáveis que o governante pode tanto vender como doar onde o governante permite a negociação desde que seja informado de quem vende e quem compra, garantindo assim o controle total das atividades degradadoras e permitindo ao governante traçar metas e monitorar sua aplicação.

2) Depósitos reembolsáveis: o indivíduo ao adquirir um produto paga um valor que lhe é devolvido no ato de devolução daquele utilizado. Se colocado um valor alto, busca motivar a diminuição do consumo, se não, pelo menos a reciclagem, mas para tanto os postos de coletas devem ser bem distribuídos

A adoção da técnica deve ser uma constante para determinar as ocupações e garantir a preservação da paisagem, pois, senão isso pode levar também à perda de divisas advindas do turismo. O acesso, a tranquilidade e o contato com a cultura local fazem parte dos desejos dos turistas e apenas o desenvolvimento racional das regiões pode atender aos anseios a comunidade local e dos visitantes. (LEITE, 2003)

Deve-se ter cuidado, entretanto, para que a valoração não torne a paisagem um número ocasionado pela deturpação dos métodos de valoração e manipulação do poder econômico. Assim, garantiremos o democrático direito de todos a um direito difuso: o acesso a paisagem.

REFERÊNCIAS

ALIER, Joan Martinez. JUSMET, Jordi Roca. *Economía Ecológica y política ambiental*. México: fondo de cultura económica, 2001.

ARAUJO, Romana Coelho de. NOGUEIRA, Jorge Madeira. *Procedimentos Prévios para Valoração Econômica do Dano Ambiental em Inquérito Civil Público*. Dissertação apresentada ao Mestrado em Gestão Econômica do Meio Ambiente da Universidade de Brasília: Instituto de Ciências Humanas: Departamento de Economia. Brasília: 2003. Disponível em <www.unb.br/ih/eco/nepama>. Consultado em 10/02/2012.

BRANCO, Samuel Murgel. *Ecologia da cidade*. São Paulo: Moderna, 1991. Coleção desafios.

CARVAILHES, Jean. JOLY, Daniel. *Les paysages périurbains et leur prix*. Paris: Presses Universitaires de Franche-Comté, 2006. Les Cahiers de la MSH Ledoux.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 4ªed. rev.ampl.. São Paulo: Atlas. 2001.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo*

extrapatrimonial. 2ª ed rev. atual. Ampl. São Paulo: ed Revista dos Tribunais, 2003.

LIZET, Bernadette. RAVIGNAN, François de. *Comprendre un paysage: guide pratique de recherche*. Paris: Institut National de la recherche agronomique, 1987.

MOTTA, Ronaldo Serôa da. *Manual para valoração econômica de recursos ambientais*. Apostila do ipê. 1997

NOGUEIRA, Jorge Madeira.. MELLO. Mirian Bezerra. *Economia e direito: interfaces no tratamento da problemática ambiental*. Trabalho apresentado no II congresso Nacional de Direito Ambiental da OAB, Belo Horizonte, de 05 a 07 de novembro de 2003.

ROGER, Alain.(directeur). *La theorie du paysage en France (1974-1994)*. Seyssel:Champ Vallon, 1995.

NOTAS DE FIM

1 Especialista em Docência no Ensino Superior pela Universidade Candido Mendes e Mestre em Direito Internacional pela University of Wolverhampton (Inglaterra), é professor e Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

2 Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, mestre em Direito Ambiental pela UNIA (Espanha) e Doutoranda em Geografia em Convenção de Doutorado Sanduíche financiado pela CAPES entre a UFMG e a UAPV (França) ; é professora do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

3Não exclusão dos beneficiários, não destrutividade pelo consumo ou utilização e não rivalidade na utilização.

RESTRIÇÕES E CONFRONTOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA DE ANÁLISE DISCURSIVA.

Cândice Lisboa Alves¹

RESUMO: O presente artigo visa a analisar os conflitos ou as colisões entre os direitos fundamentais e a forma adequada a solucioná-los. Parte-se do estudo proposto pelas -se críticas às mencionadas teorias e sugere-se uma análise discursiva dos direitos fundamentais, que se baseie na reviravolta linguística, na teoria discursiva de Habermas e no código binário do Direito. Adverte-se sobre a necessidade de cuidados quanto às pré-compreensões dos matorias interna e externa sobre a aplicação dos direitos fundamentais, bem como pela análise da diferenciação entre regras e princípios proposta por Alexy, perpassando também pela análise da ponderação de valores, presente na teoria externa dos direitos fundamentais. Analisa-se o caráter *prima facie* atribuído aos direitos fundamentais. Apresentam-se magistrados quando da decisão judicial.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; teoria interna dos direitos fundamentais; teoria externa dos direitos fundamentais; discurso; reviravolta linguística

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Constitucional, Filosofia do Direito.

1 INTRODUÇÃO

O tema atinente aos direitos fundamentais é sobremaneira interessante e instigante, não havendo consenso sobre sua proteção ou forma de delimitação. É um tema atual, recorrente na academia e candente nos Tribunais. A bem da verdade, quase todas as demandas judiciais buscam sua justificação ou fundamentação em um direito fundamental, mormente em um contexto em que grande parte dos ramos do direito apregoam sua constitucionalização. Assim, ter o respaldo de um direito fundamental seria um trunfo para uma possível vitória judicial.

Com relação aos conflitos de interesse atinentes aos direitos fundamentais, deve-se mencionar certa preponderância dos posicionamentos de autores cariocas, com expoentes como Jane Pereira (2006) e Ana Paula Barcellos (2006) que trabalham o tema partindo de duas teorias, quais sejam, a interna e a externa.

Na teoria interna defende-se que os direitos fundamentais são absolutos e portanto *não podem ser restringidos, mas sofrem limites imanentes expressos no Texto Constitucional. Já a teoria externa admite a restrição aos direitos fundamentais. Para a teoria externa, essa limitação acontece em dois momentos: em um primeiro, se reconheceriam as normas jurídicas que poderiam ser aplicadas no caso em apreço; e num segundo onde há a ponderação de interesses.*

A ponderação de interesses é uma técnica de julgamento que vem sendo aplicada com certa insistência pelos Tribunais pátrios, inclusive no órgão máximo, qual seja, no Supremo Tribunal Federal. Para muitos autores cariocas², essa ponderação é técnica

válida e adequada para solução dos conflitos, alguns³ defendendo sua utilização no caso dos 'hard cases'. Não obstante tal posicionamento, devido à falta de segurança jurídica que decorre da ponderação propriamente dita, ou escolha de um direito sobre o outro a ser reconhecido na sentença judicial, tal técnica sofre críticas severas, principalmente no sentido de poder ser utilizada para justificar um decisionismo judicial. Nesse sentido, buscando evitar a perversidade que poderia decorrer da sentença a que assim se chega, Ana Paula Barcellos (2006) propõe argumentos normativos para a ponderação, que segundo ela, tornariam a decisão mais racional e assim filtrariam o decisionismo judicial. Sarmento (2010), por seu turno, propõe advertências quanto às pré-compreensões do aplicador do direito, visando a, da mesma forma, reduzir a discricionariedade dos juízes no momento da sentença judicial. O autor afirma que em uma sociedade plural não se pode tomar como premissas ou pontos-chave para a decisão judicial o mundo da vida do magistrado, já que esse nem sempre coincide com as expectativas ou realidade de vida do jurisdicionado. Assim, dentro da ponderação de interesses, em termos de direitos fundamentais, há a necessidade de um redobrado cuidado do aplicador do direito para que a sua valoração pessoal não macule a pretensão de justiça que o Direito traz consigo.

Entretanto, na linha da teoria discursiva do direito, o que se propõe neste artigo é um alargamento das premissas das teorias interna e externa acerca dos direitos fundamentais. Defende-se a relatividade dos direitos fundamentais e, portanto, assume-se que em uma realidade de colisão ou confronto de normas jurídi-

cas, deve-se considerar que os direitos são linguagem e necessitam de interpretação para serem aplicados. Assim, o discurso torna-se essencial para sua delimitação, e apenas se poderia falar em decisão correta se essa é construída dentro de uma perspectiva de diálogo entre os contendores, e de sentença que realmente vincule-se ao produzido em termos procedimentais, superando-se um axiologismo *prima facie*.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGENS E FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Por direitos fundamentais entende-se a proteção positivada de direitos essenciais à existência humana, dentro de uma perspectiva de vida digna. Configuram-se como proteção a aspectos essenciais da personalidade humana, e às condições materiais e morais indispensáveis à vida de um indivíduo.

Corriqueiramente constata-se que as expressões 'direitos fundamentais', 'direitos do homem' e 'direitos humanos' são utilizadas como expressões sinônimas. Sarlet (2011), entretanto, aponta a diferença entre elas afirmando que 'direitos do homem' remete aos "direitos naturais não, ou ainda não positivados" (SARLET, 2011, p.30). 'Direitos humanos', por seu turno, estariam "positivados na esfera do direito internacional" (SARLET, 2011, p.30). Por fim, 'direitos fundamentais' seriam aqueles "reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado". (SARLET, 2011, p.30).

Alexy (2009) afirma que a origem dos direitos fundamentais remonta há tempos distantes antes mesmo do nascimento do Jesus, e que na Bíblia Sagrada já se percebe referência a tais direitos, através de Gênesis⁴ (1,27) e Paulo⁵, (3,28). Posterior a estes eventos, ele elenca alguns outros momentos decisivos para o fortalecimento dos direitos fundamentais. Sarlet (2011), entretanto, defende que os direitos fundamentais não têm sua origem na antiguidade, mas que tal período pode ser considerado como a pré-história dos mesmos, destacando a importância da filosofia e da religião para a sua configuração, principalmente através das propostas do jusnaturalismo.

Sarlet (2011) defende ainda que os direitos naturais, dentre eles a proteção à vida, à propriedade, e à liberdade, entre outros, podem "ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais" (SARLET, 2011, p.41), que ao longo dos tempos foram positivados nos respectivos instrumentos jurídicos. Nesse sentido, importante mencionar a Magna Charta do Rei João-Sem-Terra, de 1215, mesmo com a observação feita por Sarlet (2011) de que tal instrumento não estendeu os direitos nele inscritos (em especial os habeas corpus, devido processo legal e garantia de propriedade) a todos os cidadãos, mas, ao contrário, resguardou algumas prerrogativas a pessoas seletas, o que significa afirmar que ela

possibilitou se "garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais" (SARLET, 2011, p.41).

Outro momento importante para a consolidação dos direitos fundamentais seria a reforma protestante no século XVII. Ela representa a luta pela possibilidade de aplicação do princípio da igualdade, na medida em que defendeu que todas as pessoas seriam igualmente aptas a entender e interpretar as palavras de Deus inscritas na Bíblia, não se justificando que essa interpretação fosse missão exclusiva do Papa. Por outra vista, serviu como elemento para fundamentar a separação entre o Estado e a religião, o que foi indispensável para a laicização do Estado e a secularização dos direitos naturais.

Segundo Sarlet (2011, p.43), quando se pensa em um marco específico para o nascimento dos direitos fundamentais, há uma disputa entre a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que decorreu da Revolução Francesa (1789). O autor defende que ambos os instrumentos se influenciaram e, juntos, fundaram os direitos fundamentais, através da positivação dos direitos naturais. Através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de forma expressa, externalizaram-se as condições mínimas para a existência de uma pessoa, bem como delimitou-se o papel do Estado e sua responsabilidade para a consecução da vida digna em sociedade. Posteriormente a estes marcos, foram ocorrendo eventos históricos que desembocaram em positivações acerca dos direitos fundamentais.

De toda sorte, pode-se afirmar que os direitos fundamentais guardam relação íntima com o momento histórico. Tentando sistematizar esse elo entre a história e o conteúdo dos direitos fundamentais, convencionou-se estudá-los sob a ótica das gerações dos direitos fundamentais, dividindo-os em primeira, segunda e terceira geração. Esse termo geração, já não tem sido considerado apropriado, porque poderia denotar uma superação dos direitos das gerações anteriores. Ao contrário, deve-se entender que "o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância" (SARLET, 2011, p.45), assim, ao invés do uso da expressão geração se usará o termo dimensão.

Frise-se que Sampaio (2010, p. 241) assevera que a divisão do direito em gerações teve sua origem em trabalho realizado por Karel Vasak, em 1979 que

apresentou no Instituto Internacional de Direitos do Homem em Estrasburgo uma classificação baseada nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, divididas por ele em três gerações, conforme a marca predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que a elas deram identidade: a primeira surgida com as revoluções

burguesas dos Séculos XVII e XVIII, valorizava a liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas e da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade e, finalmente, a terceira geração, nutrida nas duras experiências passadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial e da onda de descolonização que a seguiu, refletirá os valores de liberdade. (SAMPAIO, 2010, p.241)

A primeira dimensão tem como pano de fundo o Estado Liberal, e, apregoa os direitos de liberdade. Fundou-se na separação entre o Estado e a sociedade e inspira-se nas teorias contratualistas do século XVIII e XIX (SAMPAIO, 2010). Nesse momento histórico, o Estado assumiu papel abstencionista, permitindo que o mercado se autorregulasse. Naquela época, o que se pretendia em termos de direitos, era que eles não limitassem a possibilidade de participação do cidadão⁶.

A segunda dimensão, por sua vez, abarca uma tríade de proteção: direitos denominados sociais, econômicos e culturais. Sua origem decorre da percepção de que a falta de participação/regulação efetiva do Estado na economia e no mercado, havia permitido uma exploração exacerbada daqueles que tinham os meios de produção sobre aqueles que vendiam sua força de trabalho. Nos dizeres de Sampaio, tal período guarda relação com a "crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção, acelerada pelas novas formas trazidas pela Revolução Industrial" (SAMPAIO, 2010, p.243) e prossegue o autor afirmando que essas transformações desembocaram no movimento operário, que se inspirou nas idéias de Marx, e culminou na Revolução Russa. Todo esse contexto requereu a releitura do princípio da igualdade e a necessidade de ampliação de serviços públicos. Não se podia mais anuir com o caráter legal ou formal da igualdade, já que o momento histórico, e principalmente a realidade social, exigiu uma feição material ou substancial dessa liberdade. Oportuno rever as palavras de Sarlet que afirma que "não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado e sim de liberdade por intermédio do Estado" (SARLET, 2011, p.47). Nesse sentido, a segunda dimensão buscou amparar os direitos de igualdade, como educação, trabalho e moradia, entre diversos outros. Aqui no Brasil, tais direitos já se apresentaram desde a Constituição de 1824, explicitando-se melhor na Constituição de 1934. Nos outros Estados, destaca-se sua feição na Constituição francesa de 1971, também na de 1824, na Constituição do México de 1917 e na de Weimar de 1919, bem como na Declaração de Direitos russa de 1918 (SAMPAIO, 2010, p. 243).

Por fim, os direitos da terceira dimensão almejam a um tratamento mais abrangente com relação a realidades que passam a ser dimensionadas como coletivas ou difusas. Os direitos por eles abarcados transcendem a proteção individual, alargando-se sobre

uma diversidade que em alguns casos pode ser determinada ou determinável (direitos coletivos) e em outros momentos não, referindo-se a uma realidade que não pode ser cingida ou destacada (direitos difusos). Tais direitos vem em resposta à realidade de exploração do mundo desenvolvido/industrializado àqueles países considerados subdesenvolvidos/em desenvolvimento, relacionando-se, ainda às lutas de descolonização ocorridas após a Segunda Guerra (SAMPAIO, 2010). SARLET (2011, p.48) afirma que entre os mais citados encontram-se "os direitos à paz, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação". O que se mostra marcante é o fato de que eles têm como titularidade não mais o indivíduo, mas a coletividade. Por outro giro, apresenta-se a forte influência do direito internacional em sua delimitação, inclusive trazendo novas perspectivas a serem protegidas. Tanto é assim que Sarlet (2011, p.49) chega a afirmar que nem todos estão positivados no texto constitucional, estando, entretanto, em fase de "consagração no direito internacional", através de tratados e demais documentos transnacionais.

Há autores como Bonavides (2009), que propõe a quarta geração, consentânea ao direito à democracia e a informação, em um ambiente que ultrapassaria as dimensões do Estado nacional e se aproximariam de um contexto globalizado quanto aos direitos fundamentais. Outros doutrinadores ainda sugerem uma quinta geração de direitos fundamentais, incumbida da proteção ao amor, à compaixão e a todas as formas de vida, partindo-se da premissa de que "a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente do sentimento de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de 'segurança ontológica'" (SAMPAIO, 2010, p. 282). Ressalte-se que tanto a quarta quanto a quinta dimensão apenas são discutidas, não havendo consenso quanto à essência de cada uma delas, e tampouco positivamente acerca das respectivas proteções.

De toda sorte, a carta de direitos fundamentais tem um caráter aglutinativo, na medida em que cumula sua amplitude, e não admite uma leitura restritiva. Ao contrário, a cada nova geração, os direitos protegidos pela anterior são reafirmados e relidos acrescentando-se uma proteção a mais a outro setor, antes não acobertado.

3 AS TEORIAS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A TEORIA INTERNA E A TEORIA EXTERNA

Pereira (2006) desenvolve uma diferenciação entre as possibilidades de restrição ou delimitação dos direitos fundamentais a partir das premissas de duas teorias distintas, a interna e a externa.

Afirma a autora que, muito embora tenham os direitos fundamentais pretensão à universalidade, a complexidade da vida moderna imprime confronto entre estes direitos e, neste sentido, há a necessidade de se compatibilizarem, visando à pacificação social. Tal compatibilização implica, por momentos, na restrição a determinados direitos fundamentais.

Deontologicamente, se poderia pensar ou defender a sobreposição de tais direitos⁷, com isso se quer dizer que algum dos direitos fundamentais iria ser aplicado como se fosse mais relevante que o outro. Lembra-se que, teoricamente, um direito fundamental não deveria ceder a nenhum outro. Porém, ontologicamente, direitos fundamentais confrontam-se, e diante de tal realidade, algum deles deverá ceder (se se pensa apenas sob o enfoque da validade) ou deverá ser relativizado (quando se analisa tal direito como um mandato de otimização).

Para entender a proposta de análise dos direitos fundamentais segundo as teorias interna e externa, há a necessidade de se retomar a diferenciação entre regras e princípios feita por Dworkin e Alexy, para, posteriormente se proceder às críticas a tais teorias e à proposta discursiva, objetivo deste artigo.

3.1 Normas, regras e princípios

Alexy (2008) assevera a importância em se estabelecer uma diferenciação entre princípios e regras para que se possa construir uma teoria sobre os direitos fundamentais, bem como uma doutrina satisfatória sobre suas restrições ou colisões. Nas palavras do autor: "essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais" (ALEXY, 2008, p.85). O referido autor vai além, afirmando que essa diferenciação seria a base de uma teoria 'normativo-material' acerca dos direitos fundamentais, ou seja, "a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais" (ALEXY, 2008, p.85).

Inicialmente, na esteira dos ensinamentos de Alexy (2008), deve-se ressaltar que regras e princípios são espécies de 'normas'. Tanto as regras quanto os princípios apresentam caráter deontico, ou seja, são manifestações do dever-ser, de comportamentos ideais, que se exteriorizam através de deveres, proibições ou permissões. Alexy (2008) afirma que há vários critérios para diferenciar tais espécies normativas, e, para ele, o critério qualitativo seria o correto, portanto, se passará a analisá-lo a seguir.

Princípios, nesta esteira, seriam:

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que

são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2008, p.90)

Por seu turno, as regras seriam "sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos" (ALEXY, 2008, p.91). Prossegue o autor afirmando que as regras são determinações.

Para Alexy (2008) pode ocorrer 'colisão' entre princípios e 'conflitos' entre regras. O obstáculo relacionado ao confronto de direitos fundamentais implica no fato de que "duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios" (ALEXY, 2008, p.92), portanto há a necessidade de se entender a diferenciação entre regras e princípios para se chegar a um bom termo no momento em que o conflito se estabeleça.

No caso de conflitos entre regras, o mesmo deverá ser solucionado através de uma cláusula de exceção⁸ à aplicação de uma das regras conflitantes ou, não sendo isso possível, através da análise da validade das respectivas normas. Quando se analisa a validade, urge considerar que se a norma for tida por válida, deverá ser aplicada em sua totalidade, não comportando qualquer espécie de gradação quanto à sua aplicação, o que se convencionou denominar de aplicação "tudo ou nada".

Já no caso de colisão entre princípios, um deles deverá ceder ao outro. Não se cogita da validade dos princípios, na verdade se presume que ambos sejam válidos. O ponto nevrálgico aqui é a precedência de um sobre o outro, o que se verifica através da análise de seu peso para a solução do caso concreto. Importante mencionar que a solução acerca da colisão de princípios diz respeito ao caso em específico, situação que pode ser modificada em outro caso diverso, porque o sopesamento é feito em situações em concreto, e se modifica tendo em vista a especificidade do conflito. Mais ainda, o ponto chave para a aplicação dos princípios é a consideração sobre seu caráter *prima facie* que varia em situações antagônicas. Sobre eles incide, de forma direta, a proporcionalidade, que será tratada mais adiante.

3.2 A teoria interna dos Direitos Fundamentais

A teoria interna dos Direitos Fundamentais parte do pressuposto de que tais direitos não podem ser restringidos por outros direitos, ainda que da mesma natureza, não se admitindo que eles sofram limitações cuja origem seja externa a eles mesmos. Na verdade, todas as possibilidades de restrição/delimitação aos direitos fundamentais estariam presentes na própria Constituição,

já expressos no Texto Constitucional. Segundo SILVA (2010, p.128), "o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele".

Os direitos fundamentais, dessa forma, assumem o contorno de *regras*, ou seja, seriam normas jurídicas que delimitam de forma definitiva determinada situação jurídica (SILVA, 2010, p.45) e apenas seriam aplicadas em sua *totalidade*, já que o esteio da análise seria o critério da validade da(s) norma(s) jurídica(s). Nas palavras de Dworkin⁹, sobre a aplicação de tais regras deve-se proceder à sua aplicação da forma tudo-ou-nada. Isto significa que, havendo suposto conflito entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida e aplicada a outra regra, na sua totalidade.

Segundo a teoria interna, configurada uma situação hipotética de conflito entre o conteúdo das normas, se deveria buscar a solução para o caso concreto dentro do Texto Constitucional, que revelaria os *limites iminentes* a este direito. Por limites iminentes entendem-se as restrições ou impedimentos lógicos aos direitos, presentes no Texto Constitucional.

A análise do direito na teoria interna, segundo Pereira (2005, p.142), deve ser feita de uma só vez, de forma dogmática, o que significa dizer que os limites iminentes ao direito são projetados sobre este no exato instante em que ele é analisado, não se falando em uma abordagem posterior. Assim, não se admite ponderação de valores em tal teoria. Também não se trabalha com a ideia de direitos "prima facie" para, posteriormente ao seu reconhecimento, se afirmar o "direito definitivo", como ocorre na teoria externa dos direitos fundamentais. O direito, para a teoria interna, se manifesta de uma só vez, com seu conteúdo e suas limitações iminentes.

Para Pereira (2005, p.142), a teoria interna foca na "determinação dos confins do direito, ou seja, em sua *esfera normativa* ou *âmbito de proteção*, que decorre da adequação do fato à norma". Em tal hipótese, encontram-se inseridos os *limites iminentes* a estes mesmos direitos, de forma que a análise passará pela sondagem que aborda se o fato é ou não protegido pelo direito.

Segundo SILVA (2010, p. 131), essa teoria não afirma que os direitos sejam absolutos, condição que dificilmente poderia sustentar-se. Ao contrário, defende a possibilidade de *declaração* de um direito que protege ou não-protege a situação concreta. A incidência do direito relaciona-se à análise das "limitações previamente existentes", que nada mais representa que não os próprios limites iminentes aos direitos.

Então, para se analisar um conflito entre direitos fundamentais, e neste caso qual deles será aplicado, deve-se buscar a essência da proteção constitucional, e, via de consequência, a sua não-proteção. Por exemplo¹⁰, no caso de uma pessoa querer pintar em cruzamento de via de grande circulação de pessoas, haveria o conflito de dois direitos fundamentais: o que garante a expressão

artística de um cidadão e o que se refere ao direito de ir e vir de outros cidadãos. Segundo a teoria interna, neste caso em apreço, não se poderia permitir que o pintor desenvolvesse sua atividade artística em tal local, haja vista que o direito a expressão artística não inclui o cerceamento ao direito de ir e vir das demais pessoas (limite iminente). Neste sentido, quando da proteção ao casamento, por exemplo, não haveria proteção ao adultério; no caso da proteção da propriedade, não haveria previsão de proteção a terras improdutivas. Ou seja, os direitos protegidos não podem ultrapassar a sua fundamentação de proteção. Há limites iminentes nos próprios direitos e nas demais normas constitucionais.

Essa teoria adota o critério da subsunção para a aplicação da norma ao caso concreto. Ela almeja o afastamento da ponderação, e, por consequência, o mínimo de subjetividade nas decisões judiciais, que deveriam se pautar no texto normativo constitucional. Nas palavras de Pereira (2005, p.159), os adeptos da teoria interna almejam "eliminar o caráter extratextual da interpretação, buscando a solução para o problema dos limites dos direitos diretamente no texto constitucional." Para essa teoria, agindo de tal maneira, haveria um afastamento do decisionismo judicial, ou grande propensão a isso ocorrer.

Sobre a teoria interna pairam várias críticas, dentre as quais se destaca, na visão de Pereira (2005, p.160) o fato de que, justamente pela abertura semântica conferida aos direitos fundamentais, aliado aos problemas concretos, tornar-se-ia difícil "de se precisar os contornos dos direitos de forma inequívoca, mediante mero recurso à subsunção". Ou seja, há aqui também certa discricionariedade do aplicador do direito, ou, um "decisionismo" judicial na configuração dos direitos em análise.

3.3 A teoria externa dos Direitos Fundamentais

A teoria externa dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que diante da ocorrência de conflitos entre normas de direito fundamental deve-se partir para um procedimento bifásico: em um primeiro momento há a necessidade de se identificar os direitos *prima facie* (categorização). Em um segundo momento, estes direitos deverão ser ponderados e sopesados, para se identificar qual a solução adequada para o caso concreto apresentado, o que corresponde à "proteção definitiva do direito" (PEREIRA, 2005, p.162).

O segundo momento é delineado pela ponderação. A doutrina¹¹, até certo tempo atrás, ressaltava que essa teoria era cabível apenas para princípios, que são mandados de otimização, podendo ser aplicados segundo graus diferenciados, de forma a se adequarem, ou melhor, solucionarem o caso concreto em apreço. Atualmente, a adoção da ponderação já alcança outras espécies normativas (BARCELLOS, 2006, p.57). Nas palavras de Barroso, "é possível cogitar, também, embora em caráter mais excepcional,

da ponderação de regras” (BARROSO, 2006, p.528).

Retomando ao raciocínio anterior, tem-se que após a identificação dos direitos “prima facie” se passaria à fase seguinte, que é a ponderação de interesses.

3.1.1 A ponderação

A ponderação seria a técnica de decisão judicial para solucionar casos difíceis, segundo Barcellos (2006, p.55), cabível a casos em que a mera subsunção não seria suficiente para a promoção da pacificação social. Barroso (2006) acrescenta que a ponderação seria o instrumento adequado para a solução de conflitos que envolvem *normas constitucionais originárias*, porque nestes casos a mera subsunção (adequação do fato à norma) se vê insuficiente para a solução da controvérsia. Assim a ponderação apresenta-se como instrumento para a hermenêutica jurídica, que hoje é muito empregada pelo Judiciário brasileiro.

Segundo Barcellos (2006), a ponderação passa por três fases: a primeira diz respeito a identificação, o mais ampla possível, de todos os textos normativos que poderiam ser aplicados na espécie; a segunda, atine à verificação de todos os dados do mundo a vida inseridos na disputa, ou seja, à verificação do caso concreto; já a terceira e última fase é relativa à análise judicial, que parte do conflitos das normas dentro das necessidades do caso concreto. É na terceira fase que ocorre a densificação das normas, através da atribuição de pesos a elas, de forma que o magistrado se posicione em relação a todos os fatos normativos e reais do caso concreto para enfim lançar sua decisão.

A) PARÂMETROS NORMATIVOS PARA A PONDERAÇÃO

Ana Paula de Barcellos (2005) propõe alguns critérios normativos para a ponderação, na tentativa de tentar tornar essa técnica menos subjetiva, ou, nas palavras da autora, tais parâmetros “são capazes de controlar em alguma medida as possibilidades quase ilimitadas que a ponderação oferece” (BARCELLOS, 2005, p.69). Nesse sentido ela propõe que a magistratura se atenha à dois parâmetros preferencias para a ponderação: o primeiro assevera que as regras tem preferência sobre os princípios constitucionais. O segundo, afirma que os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas. Esse segundo parâmetro pode sofrer exceções de três naturezas: pela equidade, pela imprevisão ou pela invalidade de incidência específica da regra. Serão trabalhadas cada uma dessas possibilidades a seguir.

O primeiro parâmetro, de que regras tem preferência sobre os princípios constitucionais, é justificado pelo fato de que as regras, em sua essência, não se sujeitam à ponderação. Elas (regras) na clássica lição de Dworkin e Alexy são analisadas segundo a sua validade, e, uma vez válidas, devem ser aplicadas em sua

inteireza. Por isso, aplicá-las em partes causa uma certa dificuldade para a ponderação. Havendo assim a possibilidade da aplicação da regra, quando esta estiver em colisão com princípio, aquela deverá ser aplicada e este deverá ser comprimido (BARCELLOS, 2005, p. 83).¹²

O segundo parâmetro, os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas constitucionais, defende a premissa de que, não obstante o princípio da unidade constitucional, que apregoa que todas as normas constitucionais tem a mesma hierarquia, resta indubitável a diferenciação quanto a importância da dignidade da pessoa humana, bem como dos princípios transcritos pelos direitos fundamentais. Defendendo esta argumentação, a autora ensina que “o fato é que todos, de alguma forma, justificam a centralidade e a fundamentalidade de determinadas normas constitucionais, relacionadas com a dignidade humana e com os direitos fundamentais, quando comparadas com outras, justificando teoricamente o parâmetro que se acaba de propor.” (BARCELLOS, 2005, p.111).

Esse segundo parâmetro sofre exceção, entretanto, pela possibilidade de aplicação da equidade, da imprevisão e da invalidade da norma diante do caso concreto.

A equidade seria a aplicação da solução mais justa diante do caso concreto, uma aproximação que seria feita pelo magistrado entre o fundamento da norma e seu cabimento no caso concreto, o que, em tese, é sempre possível, e até desejável. Pressupõe, por seu turno, um distanciamento entre o teor da norma e sua aplicação ante o caso concreto. Leva em consideração, tal posicionamento, o princípio da interpretação conforme à Constituição, na medida em que considera os princípios constitucionais que almejam a aplicação da justiça ao caso concreto. Na realidade essa possibilidade impõe a busca pela justiça diante de um caso concreto. Nessa primeira situação afirma a autora que “a injustiça da incidência da regra pode ser superada dentro dos limites semânticos do enunciado por meio do uso da equidade” (BARCELLOS, 2005, p.107).

Uma situação também possível seria a ocorrência da imprevisão, que se daria em duas circunstâncias: a primeira relaciona-se ao fato de que o legislador quando confeccionou a regra não previu a situação que no momento se apresenta, portanto, o fundamento da regra mostra-se desconectado com a realidade social; a segunda hipótese refere-se ao fato de que o caso concreto em análise não se mostra com todas as características que geralmente apresentam-se para a incidência da norma. Haveria, neste segundo caso, uma disparidade entre a linguística normativa e o caso em análise, o que levaria a desconsideração da regra e aplicação de um princípio que amparasse a situação. Em ambos os casos, afirma a autora que “a injustiça aparentemente produzida pela aplicação da regra não foi realmente pretendida nem pela

mens legislatoris nem pela *men legis*" (BARCELLOS, 2005, p.107). Trata-se de uma coincidência linguística que deve ser desconsiderada por conta da imprevisão legislativa.

A última hipótese de afastamento dos direitos fundamentais seria o caso em que a aplicação da regra ao caso concreto provocasse uma inconstitucionalidade. A autora (BARCELLOS, 2005) afirma que é possível que determinada regra ao ser aplicada a um caso específico provoque algum tipo de inconstitucionalidade. Segundo Barcellos (2005, p.107), seria "a hipótese na qual o legislador de fato proveu para a hipótese, mas a solução por ele concebida, em determinado caso, torna-se incompatível com a constituição". Afirma a doutrinadora que a inconstitucionalidade é uma exceção e deve ser tratada como tal, e que se aplica, neste caso excepcional, às normas atinentes ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

B) A PROPORCIONALIDADE

O cerne da ponderação de valores é o princípio da proporcionalidade, que se subdivide em três subprincípios: a necessidade, a adequação e a ponderação estrito senso.

O subprincípio da necessidade, também referido como o da exigibilidade¹³, assevera que se deve analisar diante do caso concreto a menor lesividade possível diante da aplicação da norma jurídica. Silva (2010, p.172) afirma que "se deve dar sempre preferência à medida que restrinja menos direitos". Já Pereira (2006, p.337), afirma que há uma certa aproximação com o princípio da proibição do excesso, analisando-se os meios que podem auxiliar na resolução do caso e escolhendo-se o menos gravoso.

O subprincípio da adequação, também referido como idoneidade¹⁴, apregoa uma relação positiva entre os meios empregados e o resultado prático pretendido. Significa dizer que o magistrado deve verificar "se as estratégias de ação previstas na norma são adequadas a seu fim" (CRUZ, 2004, p.239). Segundo Pereira (2006), deve-se proceder a dois passos para tal aferição: no primeiro deles, analisa-se se o fim almejado é constitucionalmente legítimo; no segundo momento, confere-se se o meio empregado ao alcance do fim colimado é realmente adequado ao alcance desse fim. A autora ainda propõe uma diferenciação entre conceito débil e conceito forte de idoneidade. De acordo com o conceito débil, o meio empregado deve ser considerado adequado ainda que não possua condições totais de atingir o fim colimado, bastando que se identifique uma possibilidade de colaboração a seu propósito, ou, nas palavras da autora, seriam débeis apenas quando se "entender como inidôneos apenas aqueles meios que se revelam completamente inúteis ou ineficientes para obter o fim pretendido" (PEREIRA, 2006, p.330). Já o conceito forte de idoneidade apenas se satisfaz se "constituir um meio totalmente eficaz

para atingir o fim pretendido, ou seja, se for apto a realizá-lo plenamente" (PEREIRA, 2006, p.329). A autora afirma que o caráter débil da necessidade já é suficiente para suprir tal subprincípio.

O último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito "pressupõe efetivar uma comparação entre o grau de afetação do direito fundamental e a importância da realização do princípio que a ele antagoniza e que serve de fundamento à restrição" (PEREIRA, 2006, p.346). Aqui se faz um juízo argumentativo sobre a procedência dos princípios em conflitos, visando-se a analisar qual deles deve ser aplicado, considerando-se que este tem peso maior que o daquele que será rechaçado no caso em comento.

3.4 Críticas às teorias interna e externa.

A) CRÍTICAS À TEORIA INTERNA

A principal crítica à teoria interna diz respeito ao essencialismo que se atribui a institutos jurídicos, bem como a ficção de que todas as restrições aos direitos fundamentais encontrariam abrigo na Carta Constitucional e seriam determinados no momento exato da aplicação do direito.

Não haveria como, ao mesmo tempo, reconhecer as normas jurídicas cabíveis a espécie e também relativizá-las, ou dar-lhes contorno. Teoricamente essa possibilidade é rechaçada pelo pragmatismo da decisão. Os contornos ou restrições dos direitos apenas justificam-se por uma necessidade prática, que nasce do confronto das regras ou das colisões dos princípios. Esse embate normativo implica em um juízo de valor, que busca nas normas jurídicas o seu desfecho. Mas, claro, apenas ocorre partindo de fases diferenciadas: a primeira, a identificação das normas cabíveis; e a segunda, a valoração dessas normas para perceber qual deverá ser aplicada e em qual intensidade.

Como se pode perceber, não há aqui nada que se distancie tanto de uma análise utilitarista ou mesmo teleológica do direito.

Sarmento afirma que esse caráter absoluto conferido aos direitos pela teoria absoluta, impediria sua relativização o que pode desembocar no *non liquet*, isto porque o juiz teria que "optar por um deles em detrimento do outro" (SARMENTO, 2001, p.61).

B) CRÍTICAS À TEORIA EXTERNA

A teoria externa, ao contrário da interna, parte da possibilidade de delimitação dos direitos fundamentais bem como de sua restrição, o que ocorre em dois momentos diferentes: no primeiro através da identificação das normas e em um segundo, através da proporcionalidade.

Como assevera Pereira (2005), ambas as teorias chegam a um mesmo resultado prático no momento dos julgamentos, muito

embora cada uma apresente uma fundamentação diversa para a aplicação do direito. A bem da verdade, ambas as teorias partem de uma concepção *utilitarista*, ou de uma interpretação teleológica do resultado apresentado ao caso concreto em análise.

Ambas as teorias justificam sua decisão pelas utilidades práticas que a sentença judicial irá ofertar aos contendores. E isso inevitavelmente beira ao casuísmo ou ao subjetivismo exacerbado conferido ao Poder Judiciário. E, claro, o perigo que tal fato traz consigo diz respeito à possibilidade de as decisões judiciais em determinado momento, ou configuração histórica, vincularem-se às correntes majoritárias e acabarem, de forma expressa, com a possibilidade de participação política das correntes contra-majoritárias. Ou, com a oportunidade de o Estado institucionalizar a extinção da democracia, que ainda que apresente mazelas, ainda assim é o sistema mais aproximado de possibilidades reais de participação popular e proteção à cidadania.

Muitas críticas são aventadas sobre a ponderação de interesses, principalmente no que diz respeito à redução da segurança jurídica, uma vez que a escolha sobre qual direito será aplicado será feita pelo juiz segundo aqueles critérios que considerar os mais relevantes, o que pode reduzir a "objetividade e a previsibilidade da interpretação" (BARROSO, 2005, p. 534). Nessa mesma linha, parece que a ponderação é apenas uma forma de justificar uma decisão já tomada anteriormente. Com ela, se corre o risco "decisionista do operador simplesmente se limitar a buscar a fundamentação daquilo que ele desde já julga ser a resposta correta para o caso" (CRUZ, 2007, p. 355).

O próprio Sarmiento (2001), expoente da escola carioca, aponta que cuidados devem ser tomados quando da ponderação. Em suas palavras:

Porém, cumpre agir com prudência. A discricionariedade judicial, pressuposta no método de ponderação, convola-se em pura arbitrariedade quando o julgador, sob o pretexto de ponderar, aniquila direitos e interesses que a sua ideologia pessoal não favoreça. Afinal, é preciso não esquecer que, no vernáculo, a ponderação é sinônimo de equilíbrio e bom-senso. Entre a anarquia da criatividade judicial ilimitada e o imobilismo conservador do positivismo formalista, a virtude, como sói acontecer, está no meio. (SARMENTO, 2001, p.91)

Barroso (2005, p. 534) afirma que a segurança jurídica não é um valor absoluto, e que em tempos modernos, de "complexidade dos problemas a resolver e do refinamento da dogmática jurídica" não há opção diversa, devendo-se investir na construção da justiça material.

Ponto relevante que deve ser destacado é o fato de que para Habermas, a proporcionalidade pode perfeitamente ser aplicada, desde que no discurso de fundamentação. Cruz (2007) trabalhando essa perspectiva, afirma que os jogos de linguagem e os discursos também se fazem sentir na seara legislativa, e que ali seria a arena para a "sociedade regrar condutas públicas/privadas diante das inúmeras e crescentes aspirações da população em geral" (CRUZ, 2007, p.211). Ou seja, a política, ou a valoração dos axiomas não deveria ser tarefa para o discurso de aplicação. Prossegue o autor afirmando que:

Entretanto, o sistema jurídico possui mecanismos para evitar sua desnaturação pelo predomínio do agir estratégico dos grupos de pressão no parlamento. Se ele pretende efetividade, o discurso de fundamentação precisa de legitimidade. E, nos dias de hoje, essa legitimidade só pode ser extraída de sua racionalidade. É assim que o legislador político precisa observar o binário o direito, a moralidade pós-convencional e o princípio da democracia como instrumentos de controle dessa racionalidade. Contudo, esse "filtro" não se dá apenas durante a fundamentação, mas se torna ainda mais exigente e seletivo nos discursos de aplicação. E, parte desse "endurecimento" consiste justamente na inaptidão do emprego do princípio/regra da proporcionalidade na jurisdição (CRUZ, 2007, p. 212)

Toda a proposta aqui veiculada parte da análise da aplicação e delimitação/restricção dos direitos fundamentais no discurso de aplicação, isto porque já se parte do fato conflito social que descamba em uma detecção de um conflito normativo, e da necessidade de uma resposta por parte do Poder judiciário sobre tal situação. Assim, ainda que não seja "ideal" o Poder Judiciário ponderar valores, parte-se da premissa que esse mesmo Judiciário terá que inevitavelmente tocar esta problemática, uma vez que se considera a inafastabilidade jurisdicional, e, ao mesmo tempo, o princípio da unidade da Constituição. Se as normas, então, são iguais, e estão em conflito, o Poder Judiciário deverá decidir sobre os pontos controvertidos! O Judiciário não pode se negar a sua função institucional, muito embora isso possa ser percebido quando o Supremo Tribunal Federal nega-se a enfrentar questões centrais e encerra o processo em formalismos processuais...

4 NOVA PROPOSTA DE ABORDAGEM SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRESSUPOSTO DISCURSIVO.

Tomando-se como referência as teorias internas e externas sobre os direitos fundamentais, percebe-se um certo dualismo,

antagonismo ou estancamento de possibilidades, como se os direitos fundamentais apenas pudessem ser percebidos ou aplicados conforme os referenciais teóricos da mencionadas teorias. Nada mais. Nada menos. Nada diferente do que elas apregoam. Essa é a maior fragilidade de ambas: acreditar que apenas dentro de si mesmas, ou da forma como expõem os seus argumentos, se poderia pensar ou discutir acerca dos direitos fundamentais.

O que agora se propõe é um alargamento das convicções defendidas pelas teorias interna e externa. Busca-se analisar os direitos fundamentais por eles mesmos, tratamento que deve se assemelhar com a análise dos demais direitos, muito embora não se questione a importância principiológica dos direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico.

Lança-se aqui a proposta de percepção dos direitos fundamentais alicerçada nas seguintes premissas: 1. Os direitos fundamentais devem ser analisados a partir da reviravolta linguística pragmática; 2. Os direitos fundamentais devem ser aplicados levando-se em consideração a argumentação jurídica e o código binário do Direito, dentro de uma perspectiva procedimentalista.

Passa-se, agora, a explanação sobre a nova proposta aduzida.

4.1. Dos Direitos Fundamentais: concepção à partir da reviravolta linguística pragmática

Ambas as teorias (interna e externa) baseiam o entendimento acerca dos direitos fundamentais à partir de uma filosofia da mentalidade. A proposta que aqui se faz é uma análise dos direitos fundamentais a partir da reviravolta linguística-pragmática.

Não se duvida da importância da classificação das normas jurídicas entre regras e princípios. Não obstante tal fato, considera-se que tal classificação não é absoluta e não pode ser mantida como inicialmente o foi, tanto assim que Dworkin (2010) já modificou seu entendimento, e no plano nacional, autores como Barcellos (2006) e Barroso (2008), além de Cruz (2007) já manifestam expressamente a superação da dicotomia entre regras e princípios.

Assim, os direitos fundamentais sejam expressos por regras, ou por princípios, devem ser analisados, em si mesmos, para sua correta aplicação junto ao caso concreto. Mais que a classificação em regra/princípio, deve-se sopesar as características e fundamentos dos direitos discutidos, assim como as características do caso que ensejou a demanda judicial.

Toda restrição aos direitos fundamentais, bem como sua delimitação, prende-se de forma indissolúvel à natureza do direito, seu fundamento. Mas esse caráter axiológico dos direitos não pode ser considerado absoluto ou imutável. Segundo Habermas: "a maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir 'o que é bom para nós' e o que 'há de melhor' caso a caso, tudo

isso se altera de um dia para outro". (HABERMAS, 2007, p.368). Para além dessa relatividade, considerando-se a modernidade e complexidade da vida hodierna, como considerar que os axiomas porventura empregados pelo magistrado correspondem à vivência das partes? Diante das inúmeras possibilidades valorativas, Cruz (2007, p.360) lança a pergunta: "como encontrar um padrão axiológico para que então possamos definir a virtude para um juiz?". Parece não haver resposta... tampouco parece haver a *resposta correta*, mas apenas a possibilidade de uma adequação da sentença em termos de ser a resposta *adequada* para o caso em concreto, ou seja, mostra-se o "que-se-tem-por-verdadeiro" e, jamais, à verdade." (CRUZ, 2007, p.358).

Diante de tais dúvidas, não é adequado analisar os conflitos entre os direitos fundamentais à partir do subjetivismo exacerbado da magistratura, tampouco de uma valoração 'a priori' dos direitos, como se eles pudessem ser absolutos ou ontologizados. Nesse sentido, revela-se a importância da linguagem como instrumento de veiculação dos direitos, e a necessidade de o caso concreto ser apresentado argumentativamente. Nesta esteira, o magistrado deverá decidir baseado em um procedimento formal, que resguarde às partes a possibilidade de participação real no discurso e na produção de provas. Estas provas, juntamente com o discurso produzido, deverão conduzir à resposta almejada.

4.2 Os direitos fundamentais devem ser aplicados levando-se em consideração a argumentação jurídica e o código binário do Direito.

Todo o Direito necessita da linguagem para se exteriorizar. É no jogo da linguagem, na diferenciação entre signo e significado que reside a definição e a interpretação do Direito em si. A norma jurídica, enquanto signo, não pode ser entendida como um ato essencialista ou ontológico. A norma não é o Direito. O direito se *extraí* da norma, que é apenas um signo de onde o intérprete busca o significado, ou um dos significados possíveis, com relação ao seu alcance e proteção.

Assim, antes de mais nada, deve-se advertir sobre a impossibilidade de delimitação dos direitos fundamentais *prima facie*, já que para serem compreendidos, tais direitos necessitam ser *interpretados*, e isto, por si, e em si, já traz uma configuração que parte de conceitos pessoais do intérprete (seu mundo da vida, sua pré-compreensão), e exterioriza-se na configuração argumentativa, e posteriormente concretizadora do direito.

Segundo Habermas (2007, p.339), para possibilitar a transposição da linguagem para o Direito deve-se atravessar os discursos de argumentação, que são instrumentos na busca de uma decisão racional. Essa decisão passa necessariamente por um *procedimento* que traz duas acepções: uma formal (a construção

do sistema jurídico em si, enquanto normatização "consensual", e traz uma pseudo neutralidade de conteúdo do direito) e outra judicial (o processo).

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais não são absolutos, e considerando-se que em um caso concreto eles estejam em conflito, o que definirá a forma de deslinde da controvérsia será a construção argumentativa das posições (agir estratégico) e a racionalidade da decisão. Tal decisão não deve se basear em critérios de resolução de conflitos abstratos, tampouco em valorações axiológicas também abstratas, mas na análise do discurso, que passa pelo agir comunicativo e pelos critérios de racionalidade do discurso. A sentença, nesse sentido, partirá da norma jurídica (seja princípio, seja regra, seja o conflito entre ambas as espécies) e não fugirá ao seu papel de pacificação social, dentro de uma ótica de racionalidade do discurso. A legitimidade do Direito prende-se a esta racionalidade, que segundo Cruz baseia-se no procedimentalismo e em outras técnicas necessárias ao discurso, nos seus dizeres:

o procedimentalismo fornece indicativos concretos para o balizamento dessa legitimidade, que podem ser encontrados ao longo desse trabalho, tais como o senso de adequabilidade, a exigência de coerência/racionalidade dos argumentos, o respeito ao código binário do Direito, a integridade dworkiana face às decisões passadas (precedentes) e suas consequências futuras, o emprego da moralidade pós-convencional, o respeito ao agir comunicativo e, (...) a compreensão do procedimento como mecanismo depurados do agir estratégico das partes litigantes. (CRUZ, 2008, p.159)

A sentença, como de resto todo o Direito, deverá estar umbilicalmente atrelada ao código binário do Direito, ou seja, à diferenciação lícito/ilícito, que não pode estar vinculada a questões econômicas para a preservação do Estado. Ao contrário, o Poder Judiciário deve se distanciar de preocupações excessivamente pragmáticas para aplicar os valores morais¹⁵ necessários ao caso contrário. Moralidade que confere legitimidade ao Direito, mas, obviamente, tem sua condição de possibilidade vinculada às regras presentes no Ordenamento Jurídico. E nele encontra sua essencialidade e importância.

Visando a essa sentença adequada, o discurso apresenta-se como instrumento que assegura ao cidadão "a aceitabilidade racional das decisões tomadas em conformidade com os procedimentos" (HABERMAS, 2007, p.343).

Habermas parte da premissa que os cidadãos participam do discurso, em um ambiente de moralidade pós convencional¹⁶. Ou

seja, de que os cidadãos conhecem as normas jurídicas e têm capacidade de avaliar esse conjunto normativo, partindo da premissa de eticidade e reciprocidade. Nessa esteira Cruz afirma que "para Habermas (1997), a moralidade deve transcender as diversas visões de mundo, com enunciados derivados de um diálogo/discurso público e racional, incluindo tanto concepções individuais e coletivas sobre a noção de vida digna" (CRUZ, 2004, p.213).

Ou seja, os conflitos de direitos fundamentais devem ser solucionados partindo-se das argumentações trazidas à lume e de como os argumentos apresentados podem ser interpretados, considerando-se o pressuposto de que a reciprocidade e a eticidade devem ser parâmetros a solucionar os conflitos de interesses, já que a moralidade pós-convencional apregoa a necessidade de reavaliação das normas já existentes tendo em vista a noção de bem comum.

Por fim, importante uma vez mais ressaltar que os direitos fundamentais não podem ser ontologizados ou essencializados. Nas palavras de Cruz, "os direitos fundamentais, como condição de procedimento discursivo, são pressupostos de comunicação e, portanto, despidos de conteúdo substantivo" (CRUZ, 2008, p.183), mesmo assim o autor considera que eles estejam "repletos de substância". Tal substância estaria vinculada ao caso concreto, e na interpretação do direito é que ela será alcançada.

4.3 DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL, DAS PRÉ-COMPREENSÕES E DO ROMANTISMO SOBRE O PAPEL DOS MAGISTRADOS.

Sarmiento (2010) traz um capítulo específico em seu livro "Por um constitucionalismo inclusivo" para discorrer sobre o cuidado que se deve ter com a pré-compreensão por parte dos membros da magistratura na hermenêutica constitucional, bem como com o romantismo que a população percebe o Poder Judiciário. Tal enfoque merece ser trabalhado, e considerado, na nova proposta aqui discutida.

Sarmiento (2010) assevera a grande importância do Judiciário na atualidade, e a crença sobre sua preponderância hodierna em relação aos demais poderes. O Poder Judiciário, enquanto órgão com competência para decidir, através da sentença, coloca fim às controvérsias sociais. Nesse ato de sentenciar, o mundo da vida, do ser-lançado-no-mundo, que compõe a personalidade do magistrado, estará inserida na sua produção (sentença). Ou seja, a pré-compreensão do juiz, que passa pela sua história de vida, estará dialogando ou mesmo ditando o caminho do texto decisório. E, exatamente aí, mora a temeridade que Sarmiento (2010) indica: como em um mundo plural, com valores tão diversificados, que se atrelam à realidade de vida de cada cidadão, ou grupo social, poder-se-ia considerar a pré-compreensão do juiz o alicerce seguro de uma hermenêutica constitucional? Em suas próprias palavras:

Se o poder e a opressão estão instalados nas

entranhas da pré-compreensão, onde têm a sua morada, por exemplo, a hierarquização social, a estigmatização do diferente, o racismo, o sexismo e a homofobia, dentre todas as patologias, tomar a pré-compreensão como norte da hermenêutica jurídica, sem submetê-la ao crivo de uma razão crítica e desconfiada é chancelar o status quo cultural e legitimar a injustiça, em nome do Direito e da Constituição. (SARMENTO, 2010, p.222)

Com tais colocações, o autor mostra que não se poderia adotar uma tábua de valores, que parte da subjetividade do juiz, das suas concepções pessoais, da sua pré-compreensão do mundo. Ao contrário, o magistrado deveria manter um certo afastamento dos seus valores particulares. Obviamente a história de vida do magistrado irá aparecer, mas deverá assumir uma função complementar à argumentação produzida, ou seja, ocupar espaços vazios, ou estabelecer contornos, mas nunca assumir um papel principal. Nesse sentido, Sarmento afirma que “o intérprete da Constituição deve avaliar criticamente as suas pré-compreensões, e não tornar-se um refém delas” (SARMENTO, 2010, p.230). Esse intérprete deve ser capaz de uma análise crítica de seus valores e de adaptá-los ao problema que se esteja discutindo. E mais, as fragilidades institucionais da magistratura deverão ser consideradas.

Com relação a tais fragilidades institucionais, Sarmento (2010) relembra que se deve considerar tanto a sobrecarga de trabalho dos magistrados, quanto a falta de um conhecimento técnico atilado em áreas diversas, e a lógica do processo judicial em si.

O excesso de procedimentos sob análise do Judiciário é fato notório, de conhecimento popular, e que, por decorrência natural, impe que o magistrado dedique-se intensamente ao processo sob análise. Da mesma forma, impede que o magistrado faça um estudo aprimorado ou específico sobre o tema.

A segunda fragilidade apontada, que o autor descreve como um “déficit de expertise dos juízes” (2010, p.227), refere-se às complexidades que chegam ao Judiciário para que ele decida e sobre os quais, em muitos casos, o juiz não possui conhecimento específico para embasar sua decisão. Sarmento cita, a todo momento, os direitos sociais como exemplo de conflitos complexos que exigem do magistrado uma gama de aspectos e conhecimentos que fogem, no geral, do seu mundo da vida. De fato, a magistratura não possui, em muitos casos, conhecimentos técnicos para opinar/decidir sobre as questões de saúde, educação, moradia, entre outros direitos. Então, a magistratura, para se instruir, necessita oportunizar uma deferência a órgãos técnicos especializados, para que enganos não sejam constantes. Entretanto, há

aí toda uma discussão sobre a vinculação do Judiciário⁴⁷ a tais órgãos que faticamente ainda não foram incorporados ou criados pelo Poder Judiciário, e que seriam o centro de competência encarregado de, de certa forma, *ditar* a resposta ao caso concreto, na medida em que seria o órgão que teria conhecimento técnico sobre a questão abordada no caso concreto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que se fez até aqui não teve a pretensão de fazer uma análise definitiva sobre restrições ou conflitos entre os direitos fundamentais, até porque parte-se do pressuposto de que todo o direito é linguagem, e, portanto, não é, mas torna-se, está, diante da contextualização política, histórica e instrumental. Assim, não há verdade definitiva, tampouco posicionamento encerrado. Ao contrário, se acredita na construção de argumentos e que a definição do direito fundamental a ser aplicado deverá estar vinculada ao discurso mais racional e coerente apresentado.

É certo que os direitos fundamentais possuem em sua essência um caráter valorativo relevado, isto porque buscam proteger características humanas subjetivas por sua natureza. Estas características são as mais relevantes e fundamentais à pessoa humana, e se sobrelevam à maior parte dos demais direitos. Nem por isso, se pode falar em delimitação fixa quanto aos contornos de tais direitos sob uma ótica *prima facie*, pois se assim o fosse estar-se-ia tomando como padrão alguma classe ou categoria de pessoas, e, via de consequência, obstando o direito à diferença, ou a necessária individualização dos contêdores em detrimento de uma padronização ou *standart* de comportamento humano.

Como as pessoas não são iguais materialmente, os direitos a que elas almejam também não podem ser considerados idênticos. Nesse sentido, com certa constância, direitos fundamentais apresentam ambivalência ou mesmo antagonismos, ou confrontos. Mas, diante desse choque de disposições normativas não se pode dizer, *prima facie*, qual direito deveria ser aplicado, valendo-se da proposta classificatória de normas jurídicas em regras e princípios e da proposta de solução do confronto entre as regras pelas categorias relacionadas à sua hierarquia, especialidade ou cronologia, como se só isso bastasse, ou como se esses critérios sempre solucionassem a questão. Tampouco haverá como aceitar de forma incontestada que ‘colisão de princípios’ se resolve pela perspectiva de que serão aplicados na medida em que afrontem da menor forma possível os direitos em conteúdo e garanta-se o maior proveito. Essa consideração expande-se para além dos denominados ‘princípios’. O fim do Direito, de forma ampla, é realmente a concretude de uma menor lesividade diante de uma maior possibilidade de proteção, seja para resolver confronto entre regras ou entre princípios, já que o Direito tem a pretensão de possibilitar, tanto quanto

seja possível, a pacificação social.

Pensar em Direito, hoje, ultrapassa o que já se conheceu, o que já se construiu. Rompe premissas, e teorias. Só não se pode esquecer da deontologia que fundamenta a essência normativa. O certo/lícito não pode ser considerado errado/ilícito por uma questão de conveniência política ou econômica, tampouco por um excesso de pudor ou pré-compreensão do mundo da vida do magistrado. O Direito, incluindo aqui os direitos fundamentais de forma específica, deve ser considerado um texto em construção, que necessita de leitura para se chegar à sua interpretação. É nas entrelinhas do caso concreto, dos seus contornos, que está a resposta correta, e não na categorização acerca da proteção dos direitos em análise.

Em uma Era em que as diferenças e a proteção a elas, no sentido de inclusão social, se tornam o objetivo do Estado Democrático de Direito, não há fundamento para a proteção ou para se repelir, abstratamente, a escolha sexual de um cidadão, ou a deliberação acerca de um aborto, por exemplo. Não há como pensar ou escolher direitos de forma tão abstrata, tão positivista, que se esqueça dos meandros do caso apresentado. Essa estreiteza quanto à norma, rompe, inclusive, com a visão da unidade do Direito. Se, por exemplo, a vida fosse um fim em si mesmo, que se sobrepusesse a todos os demais direitos de forma absoluta, pelo seu sobrelevado valor axiológico, não se poderia pensar em aborto, nem nos casos expressos pelo Código Penal como excludentes de ilicitude. Também não se poderia conferir legitimidade à norma constitucional acerca da possibilidade de pena de morte para os casos de guerra declarada.

Com todas as colocações acima, se quer reafirmar que a vida moderna traz consigo situações que nem sempre são previstas pela norma jurídica, até porque o fato social e o conflito dele decorrente, antecede a norma, o que já foi desenhado pela clássica Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale. Então, não há que se falar, válida ou seriamente, em hierarquia de valores para solução do caso concreto. Uma aparente justificação de um caso, não tem o condão de solucionar caso diverso, não de forma automática. Nesse mesmo sentido a justificativa de Barcellos (2006) no sentido de considerar que, por alguns momentos, a previsão normativa a qual poderia ser subsumido o caso concreto, não guarda relação específica com todos os casos possíveis, ao contrário, o fundamento para a construção da norma abstrata pode se afastar do episódio analisado, ou pode chegar a romper mesmo o fundamento da norma analisada. Há, nas palavras da autora, uma 'imprevisão' que afasta a norma, ou justifica a não-aplicação desta. Assim, a mera existência válida da norma não é suficiente para a subsunção. Deve-se, novamente, se proceder a uma interpretação.

Portanto, aspirando-se à justiça da sentença e sua legitimidade, defende-se a necessidade de o direito ser produzido discursivamente, caso a caso, processo a processo. Neste diapasão, a sentença

deve refletir a dialética dos problemas apresentados, reproduzindo a análise argumentativa trazida à baila, em um espiral hermenêutico que visa a melhor solução para aquilo que chega ao Poder Judiciário.

Direito não é regra ou compasso. Direito é ato em construção constante. É uma obra que deve ser vista e revista, vez que incidentes inesperados acontecem, e apenas poderão ser superados se pensados individualmente, tomando-se como referência o que já foi produzido (romance em cadeia, de Dworkin¹⁸), mas não se olvidando das características individuais presentes no momento. O Direito justo não se contenta com um texto positivado. Parte dele, mas não se limita a ele. Não se trata, então, de aceitação ou aplicação da teoria interna ou externa dos direitos fundamentais, mas da apreensão de que os direitos fundamentais, como os demais, são direitos relativos e em construção, necessitando de interpretação, o que perpassa por um discurso coerente, que deverá ser analisado pelo magistrado, em detrimento de respostas pré-concebidas.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo* (s). Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 31-47.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovas, 2006, p.49-118.

BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Tomo III, p.519-535.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.de. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

_____. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Esta-

do Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord). *Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o#A_Declara.C3.A7.C3.A3o_dos_direitos_do_Homem_e_do_Cidad.C3.A3o> Acesso em: 16dez2010.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

_____. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão Fernando dos Santos.

_____. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Editora Loyola, 2007.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

GÜNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução Claudio Molz, coordenação, revisão técnica e introdução à edição brasileira Luiz Moreira. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica: de Wittgenstein à redescoberta da mente*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguística pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). 2.ed. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOTAS DE FIM

1 Advogada. Especialista em Direito Público pela Unec-Caratinga. Mestre em Extensão Rural pela Universidade Federal de Viçosa. Doutoranda em Direito Público pela Puc-Minas. Professora no Curso de Direito da Fadvale-GV, Curso de Direito da Newton Paiva, instrutora de polícia do Curso Superior em Tecnólogo em Segurança Pública Ostensiva da Polícia Militar de Minas Gerais e de Cursos de Pós-Graduação

2 Neste sentido ver Barroso (2008), Barcellos (2006), Pereira (2006), citando-se aqui apenas o trabalhos nesta obra.

3 Ver BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Tomo III, p.519-535; E BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.49-118.

4 "Deus criou o homem a sua imagem, a imagem de Deus o criou".

5 "Não há judeu nem negro, não há homem ou mulher, pois todos nós somos um em Cristo Jesus."

6 Cidadania naquele momento histórico tem denotação bastante diversa da atual, não abrangendo a possibilidade de participação de todos na esfera política.

7 Neste ponto, essa sobreposição seria apenas em um sentido axiológico "fraco", haja vista que não se pode negar a força normativa da Constituição, tampouco sua unidade, o que implica na afirmação de que entre normas constitucionais não existe hierarquia.

8 O exemplo clássico de Alexy é o da regra de que há "a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio" (2008, p. 92). Esse dever de deixar a sala seria a cláusula de exceção para a aplicação da regra, muito embora ela permaneça válida.

9 DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão Fernando dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

10 Este exemplo é inspirado no citado por Friederich Muller, em PEREIRA (2005, p.143).

11 Nesse sentido ver PEREIRA, ob.cit, p. 151, que assim afirma: "A teoria externa é correlativa do princípio da ponderação e da teoria dos princípios".

12 Mesmo com tais considerações, como já se mencionou em item anterior neste mesmo artigo, não vigora o posicionamento de que não pode

haver ponderação entre regras. Como já se falou, a dinamicidade da vida com a complexidade dos problemas acabou por relativizar a premissa de que regras não poderiam ser ponderadas.

13 Esse uso de sinônimos pode ser constatado em SILVA, p.170.

14 Nesse sentido ver PEREIRA, op.cit, p.324.

15 Moralidade aqui empregada no sentido da moralidade pós-convencional abaixo delimitada.

16 Segundo Habermas (2003, p.153), a moralidade pós convencional apregoa que "as decisões morais são geradas a partir de direitos, valores ou princípios com que concordam (ou podem concordar) todos os indivíduos compondo ou criando uma sociedade destinada a ter práticas leais ou benéficas"

17 Aqui coloco em evidência o conflito que existe entre a prerrogativa da livre decisão motivada dos magistrados e a sua obrigatoriedade de ouvir órgãos técnicos especializados para a solução de alguns conflitos de interesse. A grande dúvida diz respeito á forma como isso deveria acontecer e qual a vinculação decorreria desta relação.

18 DWORKIN (2007).

FENOMENOLOGIA E JURISPRUDENCIALISMO: um diálogo possível?

José Carlos Henriques*

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira**

RESUMO: O presente trabalho quer fazer dialogar dois autores que representam a escola fenomenológica do Direito. Gerhart Husserl na Alemanha e António Castanheira Neves em Portugal, ambos recebem influxos diretos do pensamento fenomenológico, desde Husserl até Heidegger, e tentam estabelecer uma procura por aquilo que o direito é enquanto fenômeno, isso a atender o mote da fenomenologia que é o de "voltar às coisas mesmas". O encontro proposto, pretende mostrar uma face do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves a evidenciar sua influência pela fenomenologia e sua contemporaneidade e vivacidade enquanto teoria séria do Direito.

PALAVRAS-CHAVES: Jurisprudencialismo, fenomenologia do direito, António Castanheira Neves, Gerhart Husserl.

ÁREA DE INTERESSE: Filosofia do Direito

INTRODUÇÃO

Pensamos aqui em jurisprudencialismo a partir, sobretudo, das reflexões firmadas pelo professor António Castanheira Neves, em torno da importante problemática do direito, sendo propósito verificar a possibilidade de um diálogo entre as propostas jurisprudencialistas e alguns dividendos alcançados pela fenomenologia. Como guia, percorrem-se algumas ideias de Gehart Husserl que, muito cedo, tentou pensar o direito de um ponto de vista fenomenologicamente fundado.¹

Primeiramente, necessária uma apropriação parcial da compreensão fenomenológica do direito, tentada por Gehart Husserl: a compreensão da ideia de direito com núcleos destemporalizados de sentido.

OS NÚCLEOS DE SENTIDO COMO FORMA DE COMPREENSÃO DA IDEIA DE DIREITO

O direito se descobre como sistema de núcleos de sentido ou o composto de ideias jurídicas em sistêmica relação. Isto é, determinados sentidos do direito se destemporalizam, tendem a permanecer, a vencer o tempo histórico de sua inserção e, com isto, abrem-se a novas experiências temporalizantes, enraizando-se na história, de novo, em um movimento de conservação/superação. Certamente, os núcleos de sentido em relação não possuem força normativa em si e por si, como em algumas das vertentes jusnaturalistas.² A força normativa, não decorre de uma supralegalidade a-histórica, conferidora de sentido. O sentido nuclear do direito já se construiu historicamente, sua força, como tudo que é humano, é criação, não herança.

O núcleo essencial de um determinado ordenamento jurídico não deve ser entendido como se se tratasse de um 'direito de ordem superior', cujos conteúdos possuiriam força normativa,

desligados dos homens, que estão reciprocamente inseridos em uma certa comunidade jurídica, sua fonte. A força normativa do direito, ausente nos núcleos de sentido por si, forja-se em meio à constituição e manutenção do empenho dos indivíduos – melhor dizer pessoas – pelo direito, na e pela comunidade jurídica.

Este um ponto essencial, pode-se falar de um direito vivo toda vez que os núcleos de sentido, deixando a abstração, historicamente se enraízam, mesmo que em ambientes vitais diversos daqueles em que se gestaram, evidentemente, com modificações interativas com estes novos ambientes, interações que, na verdade, condicionam a própria possibilidade de realização histórica de um certo núcleo de sentido já identificado.³ (HUSSERL, 1998)

Ademais, o mundo do direito se resolve da mesma maneira com que se plasma o mundo humano em geral. A interação entre indivíduos no seio da comunidade jurídica, exatamente o que os torna consortes nesta comunidade, promove o incremento da intenção destes consortes no sentido de empenhar-se pelo direito, revivendo em si, o direito querido pela vontade da comunidade e, assim, o indivíduo supera-se, torna-se pessoa.

Vontade da comunidade que, com frequência, herda da tradição ideias, valorações, modos de pensar gestados em ambientes histórico-culturais quase sempre originariamente diversos. Dizemos quase sempre porque de se reconhecer que, em cada cultura, há um horizonte comum essencial que, nada impede, pode ser também desvelado em outro ambiente vital.

Frisando a compreensão do direito na vida do indivíduo e da comunidade, prossegue Gerhart Husserl convicto de que é um fenômeno histórico que encontramos em quase todos os ambientes da produção humana: as ideias, as valorações, os modos de pensar pré-formados em uma determinada esfera cultural vêm assumidos, em forma mais ou menos estável, em outras esfe-

ras culturais e ali desenvolvem uma força realizadora. Na vida do indivíduo as coisas não são diversas. Cada homem tem sua vida. A vida de cada um de nós possui uma ordem interior, se desenvolve segundo um plano de vida que é próprio de cada um de nós e somente de um certo alguém. Mas se se trata de projetar o meu plano de vida e de determinar seus conteúdos, me lançarei, frequentemente, em direção a experiências e às idéias de outros. Faço assim um *empréstimo* frente a outros. Tal assunção de coisas do fundo de um saber que me foi transmitido pelos homens do meu mundo circunstante, não realiza de nenhum modo sem que eu me abstenha de conduzir a *minha* vida sob a minha própria responsabilidade. As idéias, as máximas de ação etc. que são assumidas, têm validade para mim quando me reconheço nestas, quando delas faço uso e as revivo ativamente.

Eis porque, com relação às idéias jurídicas, para se tornarem parte do direito vivo, não lhes basta a pré- formação na tradição, é preciso que os indivíduos se empenhem pelo direito, revivendo intencionalmente a vontade do direito constituída na comunidade jurídica circunstante. Do mesmo modo, o encontro com o outro, mediado pelo direito, se resolve em responsabilidade sempre minha. As idéias jurídicas somente se tornam *por mim* ativas, quando as assumo e as revivo, as torno ato, retirando-as da potencial realização histórico-comunitária, sempre já antecipadamente referenciada na comunidade jurídica da qual tomo parte, como consorte, como *homo juridicus*, potencialmente.

Vê-se que há sempre uma forma histórica de manifestação das idéias do direito. Seja porque a redução que as alcança parte de experiências jurídicas concretizadas, seja porque a temporalização, de novo, as lança na história. Importando notar que, pela destemporalização, tais idéias se despem das formas originárias de manifestação, podendo então dar-se uma transposição destas a outros ambientes diversos daqueles em que foram gestadas. Mas sempre como construção humana, não como algo dado, independentemente da ação constituinte do ser-homem situado no tempo. Quando se trata de uma transposição de questões do direito, a 'destemporalização' encontra a sua expressão característica no fato de que as idéias jurídicas (de cuja assunção se trata) venham espoliadas das formas transmitidas nas origens. No mundo do direito a *forma* é sempre mais que simples fenômeno exterior. É *nesta* forma que este estado de coisas vem experimentado vez por outra como parte da totalidade de um direito vivente.

Mesmo admitindo que são possíveis idéias jurídicas, que tendem a subsistir para além de suas concretas formas de manifestação no seio da cultura, nem por isto se deixa de firmar que o direito seja radicalmente histórico. Isto é, a temporalidade é marca do direito mesmo quando este transcende o tempo histórico dos ordenamentos concretos deixando ver, desvelando seu sentido, sua

idéia, ou núcleos de sentido, sua verdade.

Por isto, o direito, assim compreendido, como sistema de núcleos de sentido, não se confunde com os ordenamentos jurídicos históricos, quaisquer que sejam. Aquele está para estes como idéia, como verdade. A idéia de direito, assim compreendida, permanece como um *a priori*, medida de toda juridicidade historicamente possível. É potência que, como tal, ao atualizar-se, assumindo uma certa forma de concretização, torna-se ato, criado, não já dado. A antecipação possível, contida na idéia, na possibilidade, não dita o que o ato é, e sempre será, responsabilidade humana criadora, na e pela comunidade jurídica.

Ainda aqui, neste passo, tão decisivo, ou seja, quanto à transposição da idéia de direito de um horizonte cultural a outro, historicizando-se, obtendo só com isto força normativa, Gerhart Husserl permanece fiel a sua compreensão do direito como radicalmente imerso no tempo. De fato, somente podem ser transpostas idéias nucleares que sejam também possíveis, de alguma maneira, no novo horizonte cultural de destino: nada no direito faz-se sem imersão no tempo, condição humana intransponível. Direito é tempo.

Neste contexto, devem ser compreendidas as teses gerhartianas acerca da interpretação das normas, enquanto realização do direito. Vejamo-las, sucintamente, mais de perto.

INTERPRETAÇÃO, NORMATIVIDADE E TEMPORALIDADE

Primeiro é preciso firmar que a toda norma jurídica é inerente um elemento de "incompletude", na medida em que para toda norma, enquanto elemento constitutivo parcial de um direito vivente, não pode ser indiferente se e como esta é aplicada, a cada vez.

Dá que normatividade e temporalidade se entrelacem irremediavelmente, isto é, a norma jurídica não é, de algum modo, independente do comportamento dos homens a que se refere. Ela não vem colocada no fluxo da história como "produto finito" do espírito humano, que permanece de uma vez por todas produzido segundo sua idéia. A norma entra no tempo histórico. O tempo não está fechado e a norma, por assim dizer, caminha com ele. Deste modo, como o nascimento de um homem não fixa a sua vida (entendida como aquilo que esta é, segundo sua idéia) sob determinado ponto no tempo histórico, assim a norma do direito não possui um lugar na história fixado de uma vez para por todas mediante o processo de sua elaboração. A questão do sentido de uma norma jurídica pode ser formulada sempre e somente do modo seguinte: qual significado esta possui *hoje*, em relação à concreta condição de vida, que dá conta de uma perturbação das normas?

Vê-se que deve ser perquirido o sentido atual das normas. Isto porque o legislador, quando estabelece determinadas normas de comportamento, toma providência antecipada a respeito do futuro

dos homens, que sempre são interessados naquelas normas. Ele *antecipa* um vestígio do futuro.

Então a jurisprudência exerce papel fundamental, pois deve ser uma espécie de prolongamento ideal do ato legislativo de criação das normas, atualizando, tornando ato, desvelando o sentido vital das normas. Daí ter afirmado Gerhart Husserl que “é característico das normas do direito, que *possam* ser produzidas por atos da jurisprudência.” (*ibidem*)

Ao grifar a expressão “possam”, se muito não nos enganamos, Gerhart Husserl quis apontar para o ser mais próprio do sentido de uma norma: abrir-se à construção jurisprudencial atualizadora da já antecipada previsão do futuro, contida no ato de legislar, mas que padece originariamente de uma carência, sendo incompletude. Futuro que, agora, por força da compreensão e fixação do sentido da norma *no tempo hoje*, pode ser dito não mais antecipado, abstratamente previsto, mas real, concretamente engendrado no ambiente vital dos homens comunitariamente empenhados em um certo agora.

A PESSOA: UM HORIZONTE POSSÍVEL PARA O DIÁLOGO

Já nos referimos à pessoa, enquanto indivíduo empenhado-pelo-direito, constituinte e constituída pela comunidade jurídica. É que, dirá Gerhart Husserl no ensaio *Recht und Welt*, a vontade normativa se radica no ser-pessoa dos homens que são juridicamente ligados entre si. Lá mesmo onde exista uma mudança da intenção, é a pessoa mesma que vai mudando, produzindo o seu sentido e, junto, concorre aquele das normas. É decisivo: a pessoa se produz ao dizer o direito.

Talvez aqui a mais decisiva aproximação ao jurisprudencialismo, tal como vem hodiernamente defendido. De fato, como se verá, a construção do direito se resolve sempre de novo, a cada nova interação entre problema e sistema. Como se sabe, o jurisprudencialismo vem pensado a partir de uma reflexão que quer, deliberadamente, dizer o que o direito é e, para tanto, comporta o reconhecimento de que, como construção humana, deve suportar o humano todo, emergindo de condições que somente poderiam ser as do homem, como em seguida se dirá. Por isto, com proveito inegável, a aproximação entre uma compreensão do direito fenomenologicamente fundada e aquela trazida pelo jurisprudencialismo é uma inspiração a desenvolver, agora como inicial indicação.

De fato, reconhece Gehart Husserl, “as normas do direito comportam eficácia conforme seu sentido, quando e na medida em que (...) ‘caminham junto com o tempo’.” (*ibidem*)

E prossegue, “um ordenamento não pode permanecer invariado, se aquilo que vem ordenado se transforma essencialmente”. (*ibidem*) É o reconhecimento da historicidade radical do direito naquilo mesmo que tem de prático, no sentido filosófico do

termo, isto é, naquilo que diz respeito às ações humanas, que o direito pretende ordenar, a seu modo e, porque não dizê-lo, a seu tempo, posto que direito é tempo.

Por isto mesmo, a interpretação de uma lei, como se expressa Gerhart Husserl, deve partir do momento histórico de sua elaboração apenas como referência, mas seu sentido não será alcançado adequadamente a não ser que este momento histórico seja calado para, no presente, dizer de seu sentido.

Direito e tempo se pertencem, esta a lição fundamental. Explicitamos, até agora, que há uma relação intrínseca entre direito e mundo para, ao final, descobrirmos o direito enquanto sistema de núcleos de sentido das coisas jurídicas, já uma vez e sempre, nascido e criado no tempo.

De imediato, seguiremos apontando que pode ser pensado um diálogo com o jurisprudencialismo, a partir destes fundamentos. Talvez pudesse não ser equivocado afirmar que o jurisprudencialismo, enquanto direção de compreensão do direito e enquanto vontade de realização do jurídico, é herdeiro das tradições jusfenomenológicas, que se esforçam por dizer o que o direito é, a partir de sua mostração, como fenômeno histórico e intersubjetivo.

O PENSAMENTO JURISPRUDENCIALISTAS DE ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES

Interagir é tarefa necessária ao exercício do pensar. Neste sentido, qualquer estruturação racional do pensamento requer um *modus* relacional para sua execução e criação. A tarefa de pensar o Direito a partir de seus fundamentos, ou, procurar o fundamento do Direito a partir de um pensar acerca dele é percurso que acompanha os pensadores do Direito desde há muito. Aqui, a reconhecer desde já, o fenômeno jurídico como co-partícipe da/na construção daquilo que hoje se reconhece como Ocidente, como homem ocidental. Impossível assim, reconhecermos este sem aquele e o contrário também.

Portanto, encontrar no viés fenomenológico, esteio para enxergar o Direito, é mais uma das tentativas contemporâneas para o encontro desta ciência com seu fundamento. Dois juristas se fiaram nesta procura e, se não nos enganamos, cumpriram bem com o papel de pensadores e permitiram avançar um ponto mais nesse caminho pela procura dos alicerces que sustentam o Direito no mundo Ocidental. Um ponto mais, pois, se assumirmos estes pensamentos como pontos de chegada/conclusão, estaríamos ao mesmo tempo retirando a característica transcendental ao Direito que é sua colocação no tempo – de ser possibilidade apenas.

Propusemo-nos a fazê-los dialogar – Gerhart Husserl e Antônio Castanheira Neves – a fim de enunciar o que há muito nos aflige enquanto pensamento e necessidade de realização: A pre-mência de reconhecimento de um fundamento ontológico e trans-

cidental ao Direito, sua necessária dação ao/no tempo e uma sua constituenda prática de realização.

A contribuição do entrelaçamento destes pensadores permitir-nos-á o entendimento de questões que povoam o imaginário do pensamento jurídico ocidental; exatamente no ponto nevrálgico de sua constituição, a saber: a busca por um fundamento último que dê validade e legitimação ao fenômeno jurídico. Nada mais atinente ao momento no qual nos encontramos. Momento em que a dicotomia direito natural / direito positivo se encontra, por assim dizer, desgastada, e as teorias do Direito clamam por uma nova via de fundamentação.

Alcançar o sentido do Direito necessariamente é reconhecê-lo no tempo, em seu tempo, diríamos. Os autores em questão propuseram suas construções. Sigamo-las em suas dissonâncias e concordâncias. O mais, é resultado e um exercício relacional do pensamento jurídico comprometido com a melhor forma de reconhecimento do homem- no-mundo. O que desde já fica claro nesta proposta de diálogo são os influxos do pensamento fenomenológico, ora mais relacionado a seu precursor - com Gerhart Husserl -, ora com um de seus mais ilustres discípulos, Martin Heidegger, - com Antônio Castanheira Neves⁴.

Ambos captaram bem o reconhecimento da com-partilha tempo-homem-mundo-direito, que permite a superação do direito natural, bem como, apresentam uma superação das diferentes facetas de positivismo quando reconhecem a existência compartilhada do mundo pelos homens e de um seu necessário reconhecimento como fim - pessoa - para a construção autêntica de seu projeto mesmo de existir.

A existência na história, característica transcendental ao Direito, e, portanto, ao homem ocidental, é uma percepção que dá ao homem a condição de se decidir acerca de seu futuro. Esculpir seu projeto de forma autêntica, respeitando os valores da tradição e ao mesmo tempo transcendendo-os ao lançar-se no tempo que é seu enquanto projeto. O direito, portanto, permeia as relações entre esses homens, e se soubermos reconhecer nossa matriz civilizacional, que é greco-romana-judaico-cristã, saberemos responder conforme a melhor realização do direito, ou seja, a formação do homem enquanto pessoa. O direito aqui é levado a sério no ponto em que se confunde com o próprio histórico do homem ocidental. É parte da obra que é a existência humana no Ocidente. Criador e criatura se transformam naquilo que reconhecemos como a história do homem ocidental.

Enquanto o autor alemão buscou encontrar a idéia de direito pelo método por ele chamado de destemporalização, que, por sua vez, quando posto em prática, alcança aquilo que se quis chamar o direito enquanto direito; o autor português constitui também um alicerce de pensamento que permite encontrarmos com

a questão do direito enquanto direito. O que significa dizer que Gerhart Husserl criou o método da destemporalização para alcançar o fundamento do direito. Na mesma esteira, Antônio Castanheira Neves quer, ao prescrutar acerca das condições de emergência do direito, desvelar uma possível construção do que seria o direito enquanto direito.

Os conceitos apriorísticos apontados por Gerhart Husserl para que possamos presenciar uma real experiência jurídica, parecem ter algum eco no que o jurista português chamou de "condições de emergência para o direito enquanto direito". Esse é o caminho que consideramos frutífero para esse diálogo, ou seja, com a convocação de Antônio Castanheira Neves queremos dizer de uma necessária atenção ao pensamento jurídico de cariz fenomenológico para prescrutarmos acerca do que se propõe de há muito a Filosofia do Direito: A resposta pelo fundamento do Direito.

AS CONDIÇÕES DA EMERGÊNCIA DO DIREITO COMO DIREITO⁵

O primeiro elemento constitutivo do fenômeno jurídico é o de existir apenas numa relação intersubjetiva entre os homens. Em uma relação de seres inseridos e mediados pelo mundo. O encontro desta importante constatação permite-nos reconhecer que em face de uma habitação e da característica relacional do homem, a ele é necessário essa interação para uma sua existência mesma. Impossível que se dê fora do mundo, ou seja, que exista sem o intermédio do outro.

Esta primeira das condições para a existência e para a doação/dação do fenômeno do Direito é assumida na excelente frase de autoria de Antônio Castanheira Neves quando nos ensina que «o mundo é *um* e os homens nele são *muitos*», nesse sentido, coloca-se o problema da partilha desse mundo que é «meio» para e onde decorrem as realizações dos homens sendo possibilidade mesma e construção de seu existir.

Assim, o jurista de Coimbra nos convida a reconhecermos duas peculiaridades dessa interação necessária ao estar no mundo dos homens, quais sejam: uma positiva e uma negativa, em que na primeira os homens desfrutam do mundo mediados pelos outros e unidos para a realização de fins comuns e partilha mútua; de outro lado, a perspectiva negativa é aquela em que a fruição do mundo esbarra nas intenções do outro criando uma relação de exclusividade, ou em melhores palavras, uma «mediação negativa» agora.

Entendidas as possibilidades de mediação e partilha do mundo, atendemos à necessidade intersubjetiva de existência do Direito, ou seja, usufruir o mundo é apenas possível pela mediação do outro, e nessas relações - positivas ou negativas - é que o Direito poderá (deverá!) fazer atuar a justiça.

Com essa colocação, da necessária fruição do mundo com os

outros, podemos reconhecer o Direito a implicar uma existência compartilhada do mundo para seu existir mesmo, em que os homens assumem direitos e deveres em relação uns com os outros, dando ao Direito a necessidade de apresentar-se sempre numa relação de «bilateralidade *atributiva*».

Encontramos em Aristóteles substrato para o entendimento desta importante questão que perpassa o pensamento de Antônio Castanheira Neves, questão na qual a realização da justiça dar-se-ia na relação entre os homens sempre «mediados pelas coisas». Essa existência con-vivente dos homens no mundo que é «ontológica» ao direito, retrata a existência de uma «condição social» que é consequência da condição mundanal de existência do homem.

b – A condição antropológico existencial:

Nesta segunda condição emergencial da apresentação do fenômeno do Direito, Antônio Castanheira Neves trata da questão da *inespecialização* e da *abertura ao mundo* do homem, que se realiza no seio da comunidade - *ser-com-os-outros* - afirmando sua característica necessariamente relacional em seu existir. Contudo, nesse seu modo de existir, há que se apontar que não poderá admitir uma supressão do pessoal pelo social, muito menos a dispersão individualizada que dispõe da vida na comunidade. Portanto, nesse existir pessoal e social atua a ordem, de forma a regular e impedir os extremos acima expostos buscando relacionar os «dois eus» para a existência total/«real» do homem.

Nesse sentido, o Direito mostra duas condições essenciais para sua mostração - mundanal e antropológico existencial -, mas ainda não suficientes. Questão que conduz para a terceira e última condição de emergência que será esboçada adiante.

A característica da inespecialização do homem mostra a indeterminação natural do homem que o afasta dos animais, os quais, existem numa natureza pré-determinada, enquanto que o homem é existente a partir da ausência de pressupostos naturais que o coloca a cada transcender de si mesmo como constituinte/construtor de sua existência, de sua cultura. Neste ponto, o nosso trabalho se interliga ao pensamento de Heidegger que acentua a existência como projeto, sendo o homem assumido inespecializadamente como único responsável pela tarefa e possibilidade mesma de seu existir.

Essa característica fundamental e fundante do homem, permite o reconhecimento e sua responsabilização pelo seu projeto, ora, ao se colocar perante um mundo que é capaz de transcender, o homem se constitui, funda e fundamenta seu existir a partir dos valores que essa atitude crítica e de distanciamento de mundo a ele possibilita.

Seria o assumir de rédeas pelo projeto de ser que o homem esculpe a cada transcender de si mesmo. Pois, se o homem não é

um dado mas um construto constante de si, sua característica de «poder-ser» o coloca em condições de em sua superação criar-se a si e a seus valores circundantes que serão o seu próprio mundo.

Nesse sentido, acompanhamos Antônio Castanheira Neves a nos permitir o reconhecimento da passagem da condição antropológico existencial para uma «condição axiológico-normativa do próprio homem». Nesse sentido, a existência inespecializada do homem e sua condição de transcender-se a si mesmo para constituir sua história, permite reconhecermos que os valores poderão/deverão ser encontrados nessa mesma história; história em que o homem atuou como «pastor do ser» e a realizou enquanto realizou o seu próprio existir de sentido e valores. O que significa dizer de uma responsabilidade essencial ao homem pela sua fundação e fundamentação, que a partir de sua «abertura ao mundo» lhe permite o seu transcender que é constituinte de seu mundo.⁶

b' A dimensão comunitária do homem:

O caminho percorrido até então não seria completo se não atentássemos à característica de existência compartilhada do homem. Significa dizer que desde uma leitura recuperada do *zoon politikon* aristotélico até o reconhecimento heideggeriano do *ser-em*, o homem apenas se descobre partícipe e realizador do mundo quando encerrado em sua vivência com os outros. Ou seja, o mundo apenas se exprime como tal em uma ordem de existência compartilhada.⁷

Portanto, a existência compartilhada do mundo pelos homens será pautada pelo que acima chamamos conjuntamente com Antônio Castanheira Neves de existência «real». Esta existência do homem não permite que ele se “decaia” num comum que absorve sua individualidade, tampouco, se entregue a um «papel» que meramente condiciona-se a uma categoria social.

Nos interessa mostrar o relevo que a comunidade assume – contra os individualismos modernos e contemporâneos – para a realização plena do homem; esse relevo é explicitado por Antônio Castanheira Neves a nos mostrar as três condições que a comunidade assume no existir do homem:

1 - CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA: A condição «elementar» de existência em que os homens realizam sua vida e se encontram imersos. É na comunidade que realizamos nossa *práxis* e que nos permite, em claras palavras, viver. Esta condição é fundamental, pois, se realizamos nossas aptidões a partir da relação com os outros, essa realização necessita de um “local” que permita e possibilite sua existência, qual seja, a comunidade enquanto condição de existência que guarda os valores comuns dos homens que a ela integram. Nesse sentido, é como explica o autor: local de «origem e conteúdo» dessas possibilidades comuns.

2 – CONDIÇÃO VITAL: Se partimos da comunidade como con-

dição para o nosso relacionar e realização em nossos projetos comuns, a condição vital denota a característica falível e dependente do homem individual. Assim, a comunidade permite ao homem a realização com os outros, que se complementam mutuamente em sua «debilidade» de existência individual. Portanto, essa característica da comunidade é vital pois proporciona aos homens associações que realizam suas necessidades e que constituem o seu ser pessoal enquanto criam aos outros também, numa atitude de complementariedade de uns para outros.

3 - CONDIÇÃO ONTOLÓGICA: Nesta derradeira condição que a comunidade nos permite, vimos a ontológica necessidade que a existência do homem reclama, qual seja, a necessidade de constituirmo-nos e realizarmos-nos em nosso Ser - que é possibilitado quando estamos em uma ordem comunitária de existir. Mais uma vez a relação entre as «potencialidades» transmitidas na comunidade é que permite a ascensão de cada um a seu patamar maior de realização pessoal. Assim, esse autor ensina sobre a necessária atenção à característica de ser-com-os-outros que dá ao homem altura bastante para alcançar uma progressão humana de si e dos outros com que partilha essa ordem de vivência.

"As possibilidades de cada um são correlatos potenciados das possibilidades dos outros, o ser dos outros a função potenciada do ser comunicado que recebe a assimila de cada um de nós [...] É que só no intercâmbio existencial com os outros - no cultivo de projectos e valores que só ele permite, no desenvolvimento de possibilidades pessoais que ele suscita e estimula [...] na afirmação e robustecimento da personalidade que só a dialéctica "eu-tu" determina, o ser da possibilidade humana vem à sua plena epifania." (NEVES, 2008)

Assim, a necessidade de o homem resolver o seu problema de integração dar-se-á mediante e na ordem. Nesse sentido, a coexistência realizada na comunidade não poderá ser constituída de uma mera soma fortuita de indivíduos «apenas como indivíduos», ou «lado a lado», o que não significará que ainda não estejam sozinhos. Tampouco, hão de se constituir em uma plena «homogeneidade» que anula qualquer autonomia desses partícipes, não!

Estes extremos degenerariam e seriam mesmo uma contradição nos termos, ora, como nos ensina Antônio Castanheira Neves, no primeiro caso encontraríamos apenas o indivíduo a existir, e no outro, a existência é vista apenas pelo coletivo, o que não permite a emergência da singularidade de cada homem. Portanto, o imperativo é que exista o re-conhecimento desses indivíduos em sua incondicionalidade de pessoas, e que antes de se destituírem de sua individualidade perdida na comunidade - e sem uma extrapo-

lação dessa mesma individualidade - possam nela (comunidade) existir sem nela se acabar.

Para resolver o impasse da necessidade comunitária *versus* a inegável existência individual, a ordem vem permitir ao homem o seu lugar, instaurando a possibilidade de uma integração e de uma existência orientada e organizada por intermédio de valores estabilizantes da con-vivência problemática do homem. Ora, como nos permite reconhecer Santos Coelho, o homem só existe na ordem:

"O homem não é senão na ordem, e na medida em que é, torna-se o que é pela ordem em que se encontra; ao mesmo passo, porém, a ordem não é senão no homem, não é senão como homem mesmo se consuma-realiza - não é senão aquilo em que o homem se torna, instaurando-se a dialéctica entre homem e comunidade como o encerrar(-se) o homem (em) uma ordem. No entanto, muito embora implique em processos de institucionalização por quais o homem se realiza, muito embora encerre o sentido de dever-ser numa unidade (complexa embora) axiológica, nem toda ordem pode-se considerar de direito." (COELHO, 2005)

Esses dizeres nos remetem diretamente à terceira condição que o Direito necessita para sua existência, qual seja, a condição ética. Pois, mesmo que as duas primeiras condições se coloquem como condições ontológicas ao fenômeno do Direito; em que a condição mundanal e antropológico-existencial do homem, culminem na criação cultural de uma ordem; como dito, nem toda ordem é e nem poderá considerar-se de Direito sem que a condição ética perpassa a sua mostração.

c - A condição ética do emergir do Direito:

Diante dos dizeres acima, afirmamos junto com Antônio Castanheira Neves sobre a «insuficiência» das duas primeiras condições para permitirem o emergir do Direito.

O Direito não estaria encerrado em qualquer ordem de «inter-subjetividade institucionalizada», mas, apenas na ordem em que os homens-com-os-outros tenham a possibilidade do re-conhecimento mútuo enquanto fins-em-si-mesmo, não dispondo nunca de sua característica de pessoa - «do ser do homem uma pessoa» -, o que necessariamente importa na impossibilidade de instrumentalização de meros sujeitos dispostos como meio para a realização de quaisquer fins, senão, o da realização de si mesmos.

Aqui, há uma recondução do Direito à posição de instaurador do homem-no-mundo-enquanto-pessoa, esse imperativo é o que distingue o Direito das demais ordens e que vem fundado numa raiz ética que incide sobre todo o seu fenômeno de aparição. Esse

reconhecimento do homem enquanto pessoa e não reduzido a meio para outro fim é «condição transcendental do Direito», ora, como já nos ensinou Aristóteles, só haverá «justiça entre iguais»; daí o reclame incessante por esse re-conhecimento que é ele mesmo possibilitador da existência do Direito.

Contudo, a condição ética não assimila, não se confunde com o todo do Direito, mas não há a possibilidade deste sem uma «dimensão» daquela. Assim, é que o Direito assumido nos moldes propostos, põe ênfase na realização da pessoa; pessoa como projeto do homem e assim do Direito, o que significa saltar da condição antropológica do homem para torná-lo uma «aquisição axiológica».

O Direito não é uma necessidade da existência dos homens, assim como a pessoa só existirá se houver essa disposição para uma sua realização/aquisição, que se dará por intermédio do Direito enquanto regulador que possibilita e mesmo necessita dessa existência para estar no mundo dos homens.

Esse salto se encontra com o pensamento de Heidegger, pois, para que haja o reconhecimento da pessoa é necessário ao homem que tenha uma atitude disposta a tanto, ou seja, para que os outros me reconheçam como pessoa necessito reconhecê-los também. O quê, vistas as coisas sobre o prisma que pretendemos, significaria indentificar o Direito como o projeto do homem que permite uma aquisição de si mesmo enquanto pessoa. A dispor de qualquer necessidade ontológica acerca da existência do homem.

"Está o homem no direito quando realiza a condição ética da emergência do direito como direito, quando o homem não é apenas sujeito [...] mas enquanto se funda como pessoa. A pessoa é com o reconhecimento do outro como sujeito-pessoa (também como eu sou) e não como simples objeto." (ibidem)

Assim, a igualdade, necessária à realização da justiça, ínsita ao ser do Direito, importa que seja/esteja aliada a uma atitude responsável na comunidade. Portanto, necessário evidenciar que apenas numa ordem comunitária de atenção ao outro é que concebemos essa possibilidade, ora, a atitude responsável é já um reconhecimento do outro como fim.

Nesta direção, a apontar mais uma vez para a afirmação da necessidade do atendimento ao Direito como projeto/resposta possível. Aqui, a opção pelo Direito não é colocada de forma leviana como mais uma escolha qualquer. Nesse caso, trata-se de optar por ser ou não pessoa. Ora, nas «alternativas ao Direito», essa possibilidade se esvai quando reconhecemos – na política, na economia, por exemplo – um erguer do homem a um patamar de meio, o que na proposta jurídica de Antônio Castanheira Neves

se nos mostra inconcebível. Daí que sem estas condições – transcendentais - o fenômeno jurídico não se mostra, não se desvela. A realização do homem enquanto pessoa torna-se, então, o fim último do Direito.

Resta dizer, que em nenhum momento procuramos evidenciar ou suscitar qualquer influência entre os pensadores em questão. Em verdade, tencionamos mostrar alguns ecos que o pensamento fenomenológico teve no meio jurídico. Com Gerhart Husserl, aliás, como fica claro durante a obra, uma influência maior do pensamento de seu pai. Em Antônio Castanheira Neves, encontrar o direito enquanto direito assemelhou-se ao que Heidegger buscava acerca do Ser. Assim, pôde se questionar: "por que o direito e não antes um não direito?".

Pensar essa relação foi admitir a co-pertença entre direito e mundo e assim, um encontro entre aquele que cria – pastor – e a obra criada, formando uma existência una e dialética de influência mútua permeada pelo elemento transcendental do tempo. Essa relação de co-pertença, justifica a discussão de termos caros ao pensamento jurídico, tais como, ideia de direito, núcleos de sentido, comunidade, mundo e pessoa, a mostrar a real colocação do homem no tempo que, ao questionar-se sobre seu *modus vivendi* transcende sua existência criando-a.

REFERÊNCIAS

BRITO, José de Souza e. *Fenomenologia do direito e teoria egológica*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1963.

COELHO, Nuno M. M. dos Santos, *O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: Ensaio de uma aproximação filosófica do jurisprudencialismo*, in, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº47 / Jul.-Dez., 2005.

CRISTIN, Renato. *Presentazione*. In: HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

GADAMER, Hans G. *Hermenêutica em perspectiva – Heidegger em retrospectiva*. Vol. I São Paulo: ed. Vozes, 2007.

GIOVANNI, Reale; ANTISERI, Dario. *História da filosofia – do romantismo até nossos dias*. Tradução de Álvaro Cunha. Vol. III. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

HUSSERL, Edmund. *A filosofia como ciência de rigor*. Coimbra: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1952.

HUSSERL, Edmund. *Conferências de Paris*. Lisboa: Edições 70, 1992.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação*. Trad. de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. In: "Os Pensadores". Abril Cultural: São Paulo, 1975.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

HUSSERL, Gerhart. *Person, Sache, Verhalten*. Frankfurt: Klostermann, 1969.

HUSSERL, Gerhart. *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1964.

NEVES, Antônio Castanheira, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito - ou as condições da emergência do Direito como Direito*, in, *Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 3°. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SAFRANSKI, Rudiger, *Heidegger - Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. Tradução Lya Luft. Apresentação de Ernildo Stein. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

NOTAS DE FIM

* Mestre em Filosofia e em Direito, professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL, da Faculdade de Direito de Itabirito e da Faculdade Arquidiocesana de Mariana - FAM.

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, professor do Centro Universitário Newton Paiva

1 Gehart Husserl, filho de Edmund Husserl, este o fundador da fenomenologia, muito cedo dedicou-se, jurista que era, a pensar o direito a partir das aquisições do método e construções do movimento fenomenológico. Não se alinhou propriamente, isto é, não seguiu uma vertente do movimento fenomenológico em prejuízo de outras, foi sensível a um diálogo da tradição fenomenológica com outras vertentes da filosofia, em especial o neokantismo, mas foi nos desenvolvimentos da fenomenologia que mais se fundou, com especial apelo às idéias de seu pai e ao pensamento de Heidegger.

2 Não prosseguiremos sobre o movimento jusnaturalista que encontrou variações desde a Antiguidade até a Modernidade. Importa apenas salientar que Gerhart Husserl não confere à verdade jurídica um estatuto metafísico, essencialístico. Isto é, não há uma verdade jurídica encontrável fora do processo reductivo, da destemporalização, que parte da concreção histórica de ordenamentos jurídicos dados. Ou mais: a verdade do direito se gesta na história, não é disposta ou dada antecipadamente, em am-

biente que poderia ser dito pré-humano. Não se trata de alcançá-la pelo conhecimento de regras próprias para se apoderar do objeto, "coisas do direito". A compreensão do direito se resolve, como de resto, a compreensão do humano, na imanência histórica de sua produção.

3 A respeito, conferir HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. pp. 5 e seguintes.

4 As inferências feitas são tateamentos não propostos pelos autores em discussão.

5 Título homônimo ao texto base em nosso estudo: CASTANHEIRA NEVES, Antônio, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito - ou as condições da emergência do Direito como Direito*, in, *Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 3°, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 9-41.

6 "Também para ele (Arnold Gehlen) o ser humano está aberto ao mundo, e não se adapta instintivamente a mundo-em-torno especial. Essa não-adaptabilidade diminuiria as chances de sobrevivência biológicas, se as carências não fossem compensadas de outras maneiras. O ser humano tem de realizar com cultura o que lhe falta como natureza. Ele tem de criar para si mesmo o mundo-em-torno que lhe sirva." In, SAFRANSKI, Rudiger, *Heidegger - Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*, tradução Lya Luft, apresentação de Ernildo Stein, São Paulo, Geração Editorial, 2005, pág. 201. Itálico nosso.

7 "À base desse ser-no-mundo *determinado pelo com*, o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da presença é *mundo compartilhado*. O ser-em é *ser-com* os outros." In, HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, tradução revisada de Marcia Sá Cavalcante Schuback, Petrópolis, Editora Vozes, 2006, pág. 175.

POSSIBILIDADE DE PRISÃO POR DÍVIDA TRABALHISTA

VIRGÍNIA GOULART DE CASTRO¹

RESUMO: Este trabalho, que dispõe sobre a possibilidade de prisão por crédito trabalhista, tem como precípua objetivo discutir sobre tema controverso e amplamente debatido na esfera acadêmica, a fim de que se alcance a efetividade do Direito do Trabalho, que somente se alcançará caso seja reconhecida a possibilidade de prisão civil no âmbito trabalhista quando não adimplidas as obrigações alimentares, compreendendo também o salário.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão por crédito trabalhista. Salário. Efetividade do direito do trabalho. Prisão civil. Inadimplemento de obrigações alimentares.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito do Trabalho e Direito Penal

I. INTRODUÇÃO

O estudo proposto é arquitetado sob o alicerce da teoria que possibilita a prisão por créditos trabalhistas.

Isso se dá, posto que nas últimas décadas os procedimentos na Justiça do Trabalho não se mostram totalmente eficazes, tampouco atendem aos anseios daqueles tidos como a parte hipossuficientes do pacto laboral - o trabalhador, posto que a cada dia o número de demandas trabalhistas aumentam e o Judiciário tem cada vez menos estrutura, tanto física como de pessoal, para processar referidas lides.

Assim, não são raros os casos em que o trabalhador é dispensado, sem, contudo, receber nenhuma parcela devida, o que acaba repercutindo não só na vida deste, mas também na pacificação social, acarretando o chamado "efeito cascata", visto que o trabalhador se vê desamparado financeiramente e acaba, por conseguinte, inadimplindo as suas próprias obrigações.

Dessa forma, diante da dificuldade em ver os direitos trabalhistas serem atendidos, juristas e doutrinadores tentam motivar a prática da decretação da prisão civil por créditos trabalhistas inadimplidos, dando ensejo a inúmeros debates teóricos.

Isso ocorre pelo fato de ter o salário natureza alimentar, posto ser esse o responsável por atender as necessidades daquele que presta o serviço bem como o de sua família, o que garante, por conseguinte, a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, motivo esse que justifica a proteção especial do salário contra qualquer abuso, retenção ou redução.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a ter competência penal para processar e julgar ações decorrentes da relação de trabalho em todas as suas vertentes, posto ser o ramo mais preparado para defesa do trabalhador, instituindo assim, uma unidade de jurisdição,

concentrando toda a matéria na Justiça do Trabalho.

Assim, feita uma rápida leitura do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988, à primeira vista, tem-se que somente será possível a prisão civil por dívidas no caso do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia - posto que com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 excluiu-se a possibilidade da prisão do depositário infiel.

Contudo, se lermos o artigo 100, § 1º do texto constitucional (modificado pela EC/62 de 2009) observar-se-á que, assim como o crédito resultante da obrigação alimentícia, o salário também possui caráter de natureza alimentar, o que, por conseguinte, autoriza a prisão civil daquele que inadimpliu-o.

Nota-se então, que a Constituição Republicana não restringiu a possibilidade de prisão civil por dívidas apenas à pensão alimentícia.

Ademais, se o objetivo do legislador era dar à lei constitucional interpretação restritiva, poderia limitar ainda mais o conceito do que viria a ser considerado débitos de natureza alimentícia, em seu artigo 100, § 1º, no entanto, optou por não fazer, não tendo assim o que se falar em interpretação restritiva do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal de 1988, sendo plena a possibilidade de decretação da prisão civil por crédito trabalhista inadimplido.

Para o escopo deste artigo utilizar-se-á o método dedutivo. Segundo Izequias Estevam dos Santos, (2010, p. 99) método "define-se como: seguir um caminho ou a ordem a que se sujeita qualquer tipo de atividade, com vista a chegar a um fim determinado" Pelo método dedutivo, parte-se "do geral para o particular, do complexo para o simples" (SANTOS, 2010, p. 107), o estudioso é obrigado a

[...] ter idéia sobre alguns princípios e conceitos como juízo proposição, silogismos. Estes são os pressupostos básicos para a construção do pen-

samento. Pela dedução chega-se à conclusão de qualquer raciocínio que corresponde às premissas (SANTOS, 2010, p. 102).

Por meio deste método de pesquisa, serão estudadas as premissas que se ligam às possibilidades de prisão por crédito trabalhista, utilizando, para tanto, a doutrina, jurisprudência e legislação. Examinar-se-á os princípios gerais do Direito e os princípios aplicados ao Direito do Trabalho, o Pacto de San José da Costa Rica e Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como o caráter alimentar dos créditos trabalhistas, a eficácia da prisão civil por dívida e a eficácia das normas trabalhistas, com o escopo de obter uma conclusão igualmente verossímil ao caso concreto da possibilidade ou não de prisão por crédito trabalhista.

O problema proposto, por fim, é fundamentado sobre a perspectiva da possibilidade de aplicação por analogia entre a prisão civil por inadimplemento da obrigação de pensão alimentícia e o inadimplemento dos créditos trabalhistas, sendo que a aplicação de tal instituto só desafogaria o judiciário, permitindo, além de um julgamento mais célere, a efetividade das normas trabalhistas.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 Conceito

Os princípios são os alicerces do direito, são pilares que dão sentido lógico e racional para que se compreenda melhor determinado instituto.

Para Bandeira de Mello (2000, p.747-48) tem-se como princípio o

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2010, p. 171) os princípios são "proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação desta realidade".

Tem-se, portanto, a relevante importância dos princípios para interpretação e correta aplicação das normas jurídicas do nosso ordenamento. Para Toledo Filho e Souto Maior, em artigo "Da prisão civil por dívida trabalhista de natureza alimentar" publicado em 01

de outubro de 2003, no site *Jus Navigandi* (2003) os princípios são *[...] regras de segundo grau por que auxiliam na interpretação e aplicação das demais regras; dirigem-se, primordialmente, aos intérpretes e aplicadores do direito, quando não aos próprios legisladores; servem para justificar as exceções às regras de primeiro grau; para restringir o alcance destas; para justificar a atitude do juiz; e apresentam certa neutralidade.*

Dessa forma, segundo Antônio Fabrício de Matos Gonçalves, em seu artigo "A lógica protetiva do Direito do Trabalho: uma breve análise da função dos princípios especiais juslaboralistas" (2003) nos ensina que

[...] não há que se olvidar da importância de princípios em qualquer ramo do Direito. Mas no Direito do Trabalho eles têm importância estrutural, básica e o desrespeito ou inobservância desses princípios pode desintegrar o Direito Laboral. O Direito do Trabalho, sem a observação de seus princípios, pode ser tudo, até Direito Civil, mas Direito do Trabalho, jamais.

Ademais, a própria CLT em seu artigo 8º destaca a função integrativa dos princípios, segundo o qual dispõe que, na falta de disposições legais ou contratuais, aplicar-se-á, conforme o caso, os princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, de modo a suprir as lacunas existentes bem como orientar quanto à aplicação e interpretação das mesmas. Não se olvide, alguns princípios encontram-se de forma implícita na lei, outros são meramente doutrinários.

2.2 Princípios gerais do Direito aplicáveis no âmbito trabalhista

Os princípios gerais do direito encontram-se esparsos por todo o ordenamento jurídico, não posicionados dentro de um determinado ramo específico. Em alguns casos, sequer constam de lei alguma, contudo, encontram-se arraigados na história e no costume jurídico.

Assim, os princípios gerais do direito aplicáveis ao Direito do Trabalho são, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da valorização do trabalho, o princípio da não-discriminação, da equidade, da razoabilidade e proporcionalidade, o princípio da boa-fé, dentre outros.

2.2.1 Pacto de San José da Costa Rica

Ressalta-se que, além dos princípios acima mencionados, há que se destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), aprovada no

Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992 e promulgada pelo Decreto 678 de 06.11.1992.

O Pacto de San José da Costa Rica dispõe em seu artigo 7º que *Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar, e da edição da Súmula Vinculante nº 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.*

Tem-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não haver mais possibilidade da prisão do depositário infiel, revogando-se assim, o artigo 5º, LXVII *in fine* da CR/88, bem como a Súmula 619 do STF, que prevê a possibilidade da decretação da prisão do depositário no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

Destarte, o fundamento para a impossibilidade da prisão do depositário infiel é no sentido de que a norma internacional tem *status* meramente supralegal, posicionando-se entre as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal de 1988.

Contudo, não há que se falar na impossibilidade do instituto da prisão por dívida em relação à obrigação alimentícia, por não ter o Supremo Tribunal Federal – STF- se manifestado sobre ele, bem como a expressa autorização contida na Constituição Republicana.

Assim, tem-se que o artigo 5º, LXVII do texto Constitucional prevê a possibilidade de prisão por dívida daquele que descumprir a obrigação fundada em créditos alimentares.

Dispõe ainda o artigo 100 do mesmo texto, que débitos de natureza alimentícia são constituídos, entre outros, dos decorrentes de salários, devendo ser pagos com preferência sobre os demais débitos.

Nesse sentido, um importante precedente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, é o *Habeas Corpus* proferido nos autos nº 01079-2009-000-03-00-6, publicado em 18/09/2009, onde nos ensina o Relator Manuel Cândido Rodrigues que

É cediço que a jurisprudência da Suprema Corte passou a entender pela insubsistência da prisão, no ordenamento jurídico brasileiro, da prisão civil por dívida do depositário infiel, qualquer que seja a natureza do depósito, admitindo-a, apenas, no caso do devedor voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.

Percebe-se que o texto constitucional trata do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de “obrigação ali-

mentícia”, não dispondo exclusivamente de “pensão” alimentícia.

Nesse sentido, pode-se observar a decisão do *Habeas Corpus* do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (HC nº 01079-2009-000-03-00-6) que

[...] o texto da Constituição Federal fala em “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (artigo 5º, inciso LXVII), não se limitando a excepcionar a possibilidade de prisão civil para o devedor de pensão alimentícia. (grifo nosso)

Assim, tem-se que, se a intenção do legislador fosse restringir as possibilidades de prisão civil, necessidade não haveria em ter editado o artigo 100, § 1º da CR/88, que veio com o objetivo de complementar o artigo 5º, inciso LXVII e definir “débitos de natureza alimentícia”.

Como bem indica Manoel Carlos Toledo Filho e Jorge Luiz Souto Maior (2003)

Não se está preconizando que qualquer devedor de dívida trabalhista seja preso, pois a este ponto não vai o texto constitucional. Basta lê-lo com atenção. O que se está dizendo é que a norma constitucional não se limita a pensão alimentícia, conferindo, pois, um tal poder ao juiz do trabalho, que, por certo deverá usá-lo da forma mais ponderada possível e para os casos em que se demonstre nítida a postura irresponsável e abusiva do devedor (contumaz, voluntário, insensível e convicto) (grifo nosso)]

Assim, como ensina Manuel Cândido Rodrigues (HC nº 01079-2009-000-03-00-6), ao buscar pela satisfação dos créditos trabalhistas, propugna-se pela medida coercitiva e que, uma vez cumprida, deverá ser imediatamente suspensa, de forma a garantir a dignidade não só do trabalhador, ao sofrer retenção de proventos, como do empregador, que ao quitar a dívida, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Segundo Cleber Lúcio de Almeida (2009, p. 24) “O art. 7º da Emenda Constitucional nº 45/2004 deixa claro que a alteração da competência da Justiça do Trabalho tem por objetivo a facilitação do acesso à justiça e a maior celeridade no julgamento das demandas”.

Dessa forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos visa, dentre outros objetivos, a interpretação e correta aplicação do artigo 5º, inciso LXVII da CR/88 ante a ausência de restrições e a possibilidade de interpretação extensiva da expressão “obrigação alimentícia”, incluindo aqui, o instituto do salário.

2.3 Princípios Específicos do Direito Individual do Trabalho

2.3.1 Princípio da Proteção

O princípio da proteção, segundo nos ensina Maurício Godinho Delgado (2010, p. 183) justifica a própria existência do Direito do Trabalho. Segundo a doutrina especializada, tal princípio constitui a viga mestra do ramo jus trabalhista.

Ainda nesse sentido, Godinho explica que (2010, p. 183) o princípio tuitivo

[...] 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 fático do contrato de trabalho.

Assim, segundo Nei Frederico Cano Martins (revista nº7, p. 847) *apud* Jorge Neto e Pessoa Cavalcante (2006, p. 92) o princípio da proteção se justifica pela desigualdade que estão as partes na relação empregatícia, sendo que de um lado, tem-se o trabalhador subordinado e do outro, o empregador que, via regra, detém o poder econômico.

Destarte, o escopo do princípio tuitivo é exatamente atenuar as desigualdades entre empregado e empregador, que se encontram em patamar hierárquico diferente.

Para Godinho (2010, p.183), o referido princípio se manifesta em quase todos os outros princípios do ramo trabalhista, mas Américo Plá Rodriguez analisa o princípio da proteção em três vertentes: norma mais favorável, condição mais benéfica e *indubio pro operário*.

2.3.2 Princípio da Norma Mais Favorável

O princípio da norma mais favorável assume dimensão tríplice, atuando em três momentos distintos, quais sejam: na elaboração da norma, devendo-se criar sempre uma norma mais favorável do que a vigente; em relação à interpretação, onde, havendo apenas uma norma com mais de uma interpretação, aplicar-se-á a que melhor atender os interesses do empregado; e em relação à hierarquização das normas, sendo que tal instituto inexistente aqui, devendo-se aplicar a norma mais benéfica para o empregado.

Assim, tem-se que o presente princípio atua como instrumento de hierarquização, elaboração, interpretação e informação do Direito do Trabalho.

2.3.3 Princípio da Condição Mais Benéfica

Segundo Jorge Neto e Pessoa Cavalcante (2006, p. 94), a condição mais benéfica "inserida no universo da contratação

não pode ser substituída por outra menos vantajosa, na mesma relação de emprego", encontrando assim, pontos de semelhanças com o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, onde as cláusulas não podem ser alteradas, salvo se mais benéficas, com fulcro no artigo 468, CLT.

Portanto, tal princípio importa na garantia de preservação do direito adquirido, que permanecerá enquanto durar o contrato; assegura também a observância da norma oriunda de Acordo Coletivo ou Contrato Coletivo de Trabalho, que persistirá durante toda sua vigência – com prazo máximo de 2 anos – e não enquanto durar o contrato de trabalho, bem como a observância dos adicionais, perdurando enquanto durar a condição que fez surgir o direito, por se tratar aqui, de salário condição.

Dessa forma, observa-se que o princípio da condição mais benéfica vem para assegurar e prestigiar as cláusulas do contrato de trabalho, sejam elas tácitas ou expressas.

2.3.4 Princípio do Indubio Pro Operario

Segundo lições de Godinho (2010, p. 196), o princípio do *indubio pro operario* "trata-se de transposição adaptada ao ramo justrabalhista ao princípio jurídico penal *indubio pro reo*". Assim, tem-se que na dúvida, ou seja, quando uma única norma comportar mais de uma interpretação, deverá prevalecer a mais favorável ao empregado, por ser a parte hipossuficiente do pacto laboral, contudo, baseando-se em outras fontes e não apenas pelo seu livre convencimento.

Entretanto, tal princípio provoca grandes discussões quando comparado a tal instituto, posto que ao Direito do Trabalho se aplica o critério do ônus da prova (artigo 333 do CPC e 818 da CLT).

3. SALÁRIO

3.1 Conceito

Salário é, segundo Maurício Godinho Delgado (2010, p.643) "o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho".

Assim, observa-se que o salário é pago pelo empregador ao empregado em função da contraprestação exercida por esse através de um contrato de trabalho – e não necessariamente em função do labor exercido, haja vista que nos períodos de interrupção, por exemplo, este continuará sendo pago.

Por meio das lições de Godinho (2010, p. 673-75), o salário poderá ser percebido por unidade de obra, levando-se em consideração a produção alcançada pelo empregado; unidade de tempo, tendo como parâmetro a duração do serviço, independentemente do volume de produção; e de tarefa, levando-se em consideração o critério

da unidade de obra juntamente com o critério da unidade de tempo.

Nesse sentido, nos ensina Amauri Mascaro Nascimento (1996, p. 479) que o salário consiste na "totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou o meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho".

Segundo Maurício Godinho Delgado (2010, p. 643) o salário compreende não só uma única verba, mas sim um conjunto de parcelas, capaz de satisfazer as necessidades mais básicas do trabalhador, conforme artigo 76, CLT.

Os créditos trabalhistas, segundo ensinamentos de Manuel Cândido Rodrigues (HC nº 01079-2009-000-03-00-6) devem ser entendidos como

[...] a parcela que lhe cabe, como fruto de uma prestação de trabalho, cujo valor social é reconhecido, constitucionalmente, como um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV) – e que por meio do qual se manifesta a própria dignidade humana.

Dispõe ainda o inciso IV do art. 7º da CR/88 que o salário é aquele

[...] capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Depreende-se, pois, que é assegurado a todo trabalhador a percepção de tais parcelas em contrapartida ao labor exercido, direito esse, constitucionalmente assegurado.

3.2 Salário x Remuneração

Como já dito anteriormente, salário é o conjunto de parcelas contraprestativas, pagas diretamente em dinheiro ou utilidades, ao empregado pelo empregador em decorrência da relação de emprego, segundo artigo 475 da CLT.

Contudo, apesar da palavra salário ser constantemente utilizada para indicar a contraprestação fixa principal paga ao empregado pelo empregador (salário base), ela abrange também outras parcelas de caráter contraprestativo, como os adicionais, as comissões, as gratificações, dentre outros.

Segundo Godinho (2010, p. 644), o conceito de salário e remuneração são tidos "como se fossem expressões equivalentes,

sinônimas", o que não se verifica.

Assim, importante ressaltar aqui a diferença entre salário e remuneração, sendo que esta é o resultado da soma do complexo salarial (SB + OVS) e das gorjetas (que são pagas, como se sabe, por terceiros, alheios à relação jurídica).

Para Jorge Neto e Pessoa Cavalcante (2006, p. 514) "o ponto de destaque para a diferenciação entre salário e remuneração é a vinculação ou não da parcela auferida pelo empregado em função da disponibilização da sua força de trabalho".

Assim, tem-se que: salário-base é aquele devido e pago diretamente ao empregado pelo empregador; complexo salarial é o somatório do salário básico e as demais verbas salariais; gorjeta é o valor pago de forma voluntária ou não por terceiros alheios ao pacto laboral e remuneração é o resultado da soma do complexo salarial e das gorjetas.

Diz-se o artigo 457 da CLT que "compreende-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber".

3.3 Natureza alimentar do salário

Segundo ensinamentos de Orlando Gomes (2002, p. 427) "alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si", seja por motivos de enfermidade, incapacidade ou idade, abrangendo não apenas o necessário à vida, mas também "a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação" e "outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada".

Já em relação ao Direito do Trabalho, de acordo com as lições de Antônio Álvares da Silva (2006, p. 48) "trabalho não é apenas o meio de subsistência do trabalhador, mas o sustento da vida social e o suporte de toda a produção de bens e serviços necessários à sua existência".

Pelo exposto, de acordo com Godinho (2010, p. 191), tem-se que o salário possui natureza alimentar, uma vez que atende as necessidades básicas do trabalhador bem como de sua família, devendo, portanto, ser protegido contra qualquer abuso, retenção ou redução e mais:

A noção de natureza alimentar [...] parte do pressuposto – socialmente correto, em regra – de que a pessoa física que vive fundamentalmente de seu trabalho empregatício proverá suas necessidades básicas de indivíduo e de membro de uma comunidade familiar (alimentação, moradia, educação, saúde, transporte, etc) com o ganho advindo desse trabalho: seu salário. [...] De fato, o presente princípio laborativo especial ata-se até mesmo a um princípio jurídico

geral de grande relevo, com sede na Carta Magna: o princípio da dignidade da pessoa humana. [...] é o salário, sem dúvida, a mais relevante contrapartida econômica pelo trabalho empregatício.

Segundo lições de Cleber Lúcio de Almeida (2009, p. 42), é com a remuneração da energia do trabalho prestado pelo trabalhador que este alcança formas para seu próprio sustento e de sua família e é exatamente por isso que tais verbas tem natureza predominantemente alimentar, passando inclusive na frente dos demais créditos sem a observância da ordem cronológica dos precatórios.

Nesse revés, no julgamento do HC nº 01079-2009-000-03-00-6, o Relator Manuel Cândido Rodrigues defende a teoria de que os créditos trabalhistas merecem atenção e maior atuação do Judiciário, visto que têm natureza alimentar e, por conseguinte, garantem à subsistência do trabalhador, podendo, inclusive, agir-se com força coercitiva, já que a própria Constituição Federal autoriza tal possibilidade.

Ainda de acordo com Manuel Cândido Rodrigues (HC nº 01079-2009-000-03-00-6) a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVII trata do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia", não dispondo exclusivamente de pensão alimentícia, o que nos leva a entender que poderá se incluir, nessa hipótese, os créditos trabalhistas, haja vista que estes também possuem natureza alimentar.

Dessa forma, depreende-se que o salário tem, como um de seus objetivos precípuos, garantir a dignidade da pessoa humana, haja vista possibilitar que, não apenas o trabalhador, mas como todos aqueles que dependem deste, possam, através do salário, custear suas necessidades básicas e por consequência, garantir o mínimo de dignidade perante a sociedade.

3.4 Proteção ao salário

Em razão da grande importância que nos revela o salário, o Direito do Trabalho apresenta uma proteção especial ao mesmo, abrangendo as inúmeras parcelas trabalhistas que compõe a remuneração do trabalhador.

Segundo lições de Jorge Neto e Pessoa Cavalcante (2006, p. 549) "a proteção ao salário é fato decorrente do princípio tutelar, o que é inerente ao Direito do Trabalho".

A Convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29/05/1956 e promulgado pelo Decreto nº 41.721, de 1957 estabelece certas regras para a proteção ao salário, dentre elas de que este seja pago diretamente ao empregado, em intervalos regulares e em dias úteis; estabelece ainda a vedação do truck system, bem

como dos descontos, salvo quando previstos, dentre outros.

Ainda nesse sentido, é a redação do artigo 7º, X da CR/88, constituindo crime a retenção dolosa do salário.

Ademais, o ordenamento jurídico estabelece inúmeras proteções em relação ao instituto do salário, como os princípios da irredutibilidade, impenhorabilidade e intangibilidade.

Nesse revés, segundo o artigo 7º, inciso VI da CR/88, o salário não poderá ser reduzido, salvo quando feito por negociação coletiva junto ao sindicato da categoria, em momentos excepcionais, devendo-se observar que o artigo 503, da CLT (redução unilateral) e a Lei 4.923/65 (redução por sentença judicial) não foram recepcionados pela legislação constitucional.

Tem-se ainda que o artigo 462 da CLT protege o salário do empregado contra os descontos do empregador, sendo esses possíveis apenas quando se tratar de adiantamentos (artigo 457, CLT); quando previsto em negociação coletiva ou previsão legal (é o que ocorre no caso dos descontos relativos ao INSS, contribuições sindicais, vale-transporte no valor de 6%, etc.).

Haverá também a possibilidade de descontos no salário do empregado quando este causar algum prejuízo ao seu empregador por dolo ou, se tratando de culpa, desde que previsto no contrato de trabalho e, de acordo com a súmula 342 do Tribunal Superior do Trabalho - TST, será permitido o desconto salarial quando o empregado autorizar expressamente que este ocorra (é o caso, por exemplo, dos planos de saúde e odontológicos).

Por fim, em razão da já mencionada importância do salário, por consistir em crédito de natureza alimentar, dispõe o artigo 649, IV do CPC a impossibilidade de penhora do mesmo, ressalvado o caso de pensão alimentícia.

Assim sendo, é absolutamente vedado a compensação relativa à dívidas não trabalhistas que o empregado possa, eventualmente, ter com seu empregador. Contudo, conforme dispõe o artigo 477, §5º da CLT, na rescisão, as dívidas trabalhistas poderão ser objeto de compensação, observado o limite de uma remuneração mensal.

3.5 Reflexos sociais

Atualmente, não são raros os casos em que o empregado tem seu pacto laboral rescindido, sem, contudo, receber nenhuma parcela devida.

Entretanto, segundo Rodrigo Vieira, em seu artigo "Possibilidade ou não da prisão por dívida trabalhista" publicado em 25 de novembro de 2008, tal situação acaba repercutindo não só na vida pessoal do trabalhador, mas também no âmbito social, isto por que, o trabalhador se vê desamparado financeiramente e acaba, por conseguinte, não cumprindo com as suas próprias obrigações, acarretando o chamado "efeito cascata".

Isso se dá, posto que, mediante a inadimplência do empregador ao não pagar as devidas verbas rescisórias, "obriga", de certa forma o trabalhador a também não arcar com suas dívidas.

Tal fato pode ser observado claramente nos casos de pagamento de pensão alimentícia, onde o alimentante se vê sem ocupação profissional e, por conseguinte, acaba inadimplindo os alimentos devidos ao alimentado, ou, em outros casos, se furta da obrigação de pagar seus credores e estes, sem créditos suficientes, também não arcam com suas obrigações perante seus fornecedores.

O empregado, na maioria dos casos, é desamparado ou não encontra guarida na legislação pátria para ver seus créditos satisfeitos, tendo que esperar longo prazo, em condições em que deveria receber de imediato, haja vista estar fora do mercado de trabalho, ocasionando efeitos catastróficos perante a sociedade.

Neste revés, Eduardo Milléo Baracat (1998, p. 737) *apud* Toledo Filho e Souto Maior (2003) nos ensina que

O não pagamento de salário acarreta problemas imediatos também na esfera socioeconômica.

O sistema econômico brasileiro está sedimentado sobre o crédito. Isto é, somente tem acesso aos bens de consumo básicos, quem possui crédito junto aos agentes do mercado. O trabalhador que possui emprego adquire o status social de trabalhador, e, desse modo, tem acesso ao crédito, podendo adquirir bens de consumo para pagamento a prazo. A ausência de pagamento de salários acarreta o inadimplemento pelo trabalhador das prestações contraídas no comércio, gerando efeitos em cadeia múltiplos que se sucedem de forma danosa também à economia, colocando em risco todo o sistema socioeconômico.

Com efeito, um dos efeitos do não recebimento do salário, é o de que o trabalhador torna-se inadimplente, pois não tem os meios para cumprir suas obrigações, e, por via de consequência, perde o crédito junto à praça, deixando de ter acesso a bens de consumo, muitas vezes básicos, ficando à margem do processo social. O trabalhador marginalizado passa a buscar a satisfação de suas necessidades básicas através de procedimentos ilícitos, como, por exemplo, o furto, o que gera, inevitavelmente, violência.

Inegável, por outro lado, que o trabalhador que não recebe salário, tem sua condição psíquica afetada, perdendo sua aptidão produtiva normal, o que causa redução, ao menos qualitativa, no processo produtivo e prejuízo à empresa.

As relações sociais do trabalhador nesta situação também se degradam, mormente em relação à família e aos colegas de trabalho, acarretando, não raro, efeitos sociais nefastos. Percebe-se, sem sombra de dúvidas, desta breve análise, que o salário encontra-se dentre aqueles bens jurídicos que se violado acarreta profundo estremecimento na paz social.

Em outras palavras, tem-se que o não pagamento das parcelas devidas ao empregador, acarreta danos não só a este e a sua família, mas como para toda a sociedade, pois influencia diretamente na esfera socioeconômica do país.

Tal fenômeno se dá pelo fato de que, sem crédito e renda para adquirir e custear suas necessidades básicas, o trabalhador irá buscá-las de outras maneiras, sendo que, na maioria das vezes, se utilizam de recursos ilícitos.

Francisco Rossal de Araújo tem o mesmo pensar no que diz respeito aos efeitos maléficos do não recebimento das verbas rescisórias. É o que ensina em seu artigo "A Boa-fé no término do contrato de emprego: o pagamento das verbas rescisórias - resilitórias", publicado na Revista Justiça do Trabalho (nº 185, p. 91), onde

[...] é possível perceber que em função das características da distribuição de renda na sociedade brasileira e em função da média salarial, o trabalhador brasileiro, em regra, tem na despedida uma séria ameaça ao bem-estar pessoal e ao de sua família. [...] por essas razões, quando se ressalta a importância das verbas resilitórias, se chama a atenção não só para o caráter alimentar decorrente de uma situação anterior (o contrato de emprego), mas também uma situação posterior de desemprego, agravada por uma crise de proporções mundiais.

Ademais, como se não bastasse a rescisão contratual e o não recebimento das verbas rescisórias, o empregado se vê às margens da sociedade, sendo mal visto por não possuir nenhuma colocação profissional, o que acaba, por conseguinte, afetando sua condição psíquica, prejudicando-lhe novamente, porquanto, mais difícil será que este consiga recolocação no mercado se não tem qualificação profissional.

Assim, ao não pagar ao empregado o que lhe é devido, o empregador prejudica não só àquele, mas toda a sociedade, uma vez que a inadimplência de um cidadão pode afetar a todos, trazendo consequências ainda mais sérias, como a desestruturação da pacificação social.

Dessa forma, segundo lições de Manuel Cândido Rodrigues

(2009) no julgamento do HC nº 01079-2009-000-03-00-6, por causar sérios prejuízos pessoais ao trabalhador, bem como grandes impactos na sociedade, espera-se que o empregador cumpra a sua parte no acordo e pague o que é devido “à alguém que lhe prestou serviços, que cumpriu inteiramente sua parte na avença, mesmo sendo o polo hipossuficiente da relação”.

4 PRISÃO POR DÍVIDA TRABALHISTA

4.1 A competência penal no âmbito trabalhista

No que diz respeito à competência penal do Direito Trabalho, o entendimento tradicional da doutrina, é que não há que se falar em tal competência no ramo trabalhista.

Rodrigo Gonçalves Meneses (2010) em seu artigo “A competência criminal da Justiça do Trabalho” faz algumas citações acerca do tema controverso, vejamos:

A jurisdição penal é exercida pelos juízes estaduais comuns, pela Justiça Militar estadual, pela Justiça Militar federal, pela Justiça Federal e pela Justiça Eleitoral; em suma, apenas a Justiça do Trabalho é completamente desprovida de competência penal. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 143, sem grifos no original).

De acordo com alguns entendimentos, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a exercer uma função que antes não lhe cabia, a competência penal.

Para esses juristas e doutrinadores, tal inovação pode ser averiguada a partir de uma rápida leitura do artigo 114, inciso I da Constituição da República de 1988, sendo a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar ações decorrentes da relação de trabalho.

Segundo lições de Rodrigo Meneses (2010), tem-se que, com advento da emenda constitucional nº 45/2004, caberia à Justiça do Trabalho e somente a ela, analisar ações decorrentes da relação de trabalho em todas as suas vertentes, sejam elas patrimoniais, penais ou administrativas, sem ter que identificar a existência da relação de emprego, anteriormente exigida, uma vez que é o ramo mais preparado com a matéria para defesa do trabalhador.

Ainda nesse sentido, afirma Rodrigo Gonçalves Meneses (2010) que

[...] as lides que lhe serão atribuídas não necessitam mais ser exclusivamente vinculadas aos sujeitos da relação de emprego, o que amplia sua competência para outras ações, inclusive as ações penais que decorram da relação de trabalho, por inexistir qualquer vedação neste sentido.

De acordo com Souto Maior (2005, p.187) *apud* Rodrigo Meneses (2010) estará inserido na nova competência penal não só as ações em sentido estrito, mas englobará todas as ações, tanto civis quanto penais, “desde que presente a nova “roupagem” do conflito entre capital e trabalho”.

Marcelo José Ferlin D`Ambroso (2006, p. 194) *apud* Rodrigo Gonçalves Meneses (2010) entende que com o advento da referida emenda, teve-se, de forma definitiva, o nascimento de uma Justiça verdadeiramente social.

Conforme explanação de Marcelo D`Ambroso (2006, p.195) *apud* Rodrigo Gonçalves Meneses (2010), um forte argumento para rebater a questão discutida é que, com o exercício da jurisdição criminal trabalhista “será viável, a curto prazo, senão debelar, pelo menos diminuir sensivelmente as práticas de trabalho e salário sem registro, truck-system, cooperativismo irregular, dentre outras, o que acarretará diminuição de ações trabalhistas”.

Ademais, segundo Nicolò Trocker (1996, p. 842) *apud* José Roberto Freire Pimenta (2000, p.), “uma justiça morosa é um grande mal social, provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo tem a perder”.

Dessa forma, verifica-se que, segundo doutrinadores e juristas que defendem tal institucionalização, o objetivo do legislador, foi instituir a unidade de jurisdição, concentrando toda a matéria, inclusive os ilícitos trabalhistas, em um único órgão jurisdicional, sendo essa, segundo Rodrigo Meneses (2010) “a atual tendência verificada no direito processual moderno: unificar os ramos de processo visando à satisfação substancial tutelado e a uma efetiva proteção jurisdicional”.

Segundo Antônio Alvares da Silva (2006, p. 37) *apud* Rodrigo Meneses (2010) “o reconhecimento da unidade de jurisdição penal trabalhista [...] nada mais é do que um princípio de economia processual, que centraliza em um só ramo jurídico as consequências de um ilícito que tenha várias repercussões”.

Contudo, tem-se que inexistente a referida competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações penais, isto por que em 08/03/2006 o Procurador-Geral da República Antônio Fernando de Souza ajuizou ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 3684) com pedido de concessão de medida cautelar em face do artigo 114 e seus incisos I, IV e IX da Constituição Republicana, redação essa dada pela referida emenda à Constituição de 1988.

A referida ADIN teve como fundamento os artigos 102, I, “a” e 103, VI da CR/88 e a Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF.

Em 01/02/2007 a ADIN foi julgada, sendo o Ministro Cezar Peluso o relator, que deu provimento liminar, com a seguinte decisão:

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. Interpretação conforme dada ao artigo 114, incs, I, IV e IX da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.

Assim, em decisão unânime, o Relator Peluso entendeu que a competência da Justiça do Trabalho se restringe somente às ações que não possuem a referida natureza penal. Caso houvesse, ocorreria violação do chamado princípio do juiz natural, cabendo à Justiça comum, e somente ela, julgar e processar matéria criminal.

Os demais Ministros do Pretório Excelso seguiram o voto do Relator no sentido de conceder a liminar pleiteada, atribuindo-lhe efeitos *ex tunc*, declarando, portanto, que a Justiça Trabalhista não tem competência para julgar e processar ações de natureza penal.

Ademais, ainda que se entendesse pela referida competência, a prisão civil não tem caráter de pena, mas tão somente meio de coerção para compelir o agente que se colocou na posição de inadimplente, podendo o Órgão Trabalhista, dessa forma, utilizar-se da coerção para ver os créditos trabalhistas satisfeitos, não dependendo de maneira alguma da institucionalização da competência penal no âmbito trabalhista.

4.2 Possibilidade de prisão no âmbito trabalhista

Primeiramente, deve-se ater ao fato de que a expressão "prisão civil" é mais ampla do que o termo "prisão por dívidas", consideradas gênero e espécie, respectivamente, sendo que a Constituição da República trás um rol taxativo das possibilidades de prisão civil por dívida.

Segundo Luciano Marinho de B. E. Souza Filho, em seu artigo "Breves considerações acerca da prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia", publicado em 04 de janeiro de 2004, nos ensina que

Historicamente, a 'prisão por dívidas' percorreu o que denominamos estágios evolutivos: primeiro a escravidão - tornava-se o devedor escravo do credor até que, com seu trabalho, solvesse o débito. Depois, tomou o caráter de prisão (pena, punição) em virtude do não cumprimento obrigacional. E, por fim, a prisão como meio vexatório de coerção, constrição (ameaça) compelindo-o a não sonegar

economias em prol de seus dependentes ou credores (parentes e filhos).

Assim, de acordo com o artigo 591 do Código de Processo Civil, tem-se que as normas vigentes, responsabilizam o patrimônio do devedor por suas eventuais dívidas, ou seja, o objeto de sanção não é a pessoa do devedor, mas sim os seus bens.

Contudo, como toda regra, há que se ter uma exceção, e nesse caso, é a possibilidade de prisão do devedor de obrigação alimentícia.

Assim sendo, como bem preconiza o inciso LXVII do artigo 5º da CR/88, só haverá prisão por dívidas nos casos do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel.

Todavia, vale ressaltar novamente que o Pacto de San José da Costa Rica, aprovado no Brasil em 1992, dispõe em seu artigo 7º a vedação da prisão civil do depositário infiel, prevendo apenas a possibilidade da prisão no caso de dívida de obrigação alimentícia.

Assim, por se tratar de norma supralegal, tem-se que hoje, não será mais possível a decretação da prisão do depositário infiel, prevalecendo apenas a hipótese da prisão por inadimplemento de obrigação alimentar, como já explanado anteriormente.

Segundo lições de Araken de Assis (1995, p. 97-98 e 101-109) *apud* José Roberto Freire Pimenta (2000), "o princípio da patrimonialidade [...] vem gradativamente perdendo seu caráter absoluto para, cada vez mais, ser admitido o emprego da coerção pessoal".

Tem-se, dessa forma que, o artigo 5º, LXVII do texto Constitucional prevê a possibilidade de prisão por dívida daquele que descumprir a obrigação fundada em créditos alimentares. Dispõe ainda o artigo 100 do mesmo texto, que débitos de natureza alimentícia são constituídos, dentre outros, dos decorrentes de salários, devendo ser pagos com preferência sobre os demais débitos. Vejamos:

Artigo 100: [...]

1º: Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (grifo nosso)

Destarte, nota-se que a Constituição Federal não restringiu a possibilidade de prisão civil por dívidas apenas à pensão alimentícia. Se quisesse de fato restringir o alcance de tal instituto, razão não teria em editar o seu artigo 100, §1º da CR/88, que veio para complementar o artigo 5º, inciso LXVII da Carta Constitucional.

Assim, quando da edição da EC/62 de 2009, que modificou a redação do artigo 100 e §§ da CR/88, se de fato o objetivo do legislador era dar à lei interpretação restritiva, poderia limitar ainda mais o que deveria ser considerado débitos de natureza alimentar.

Como não o fez, não há que se falar em discussões acerca da existência ou não da natureza alimentícia do salário ou da limitação de seu conceito.

Esse é também o entendimento dado na decisão do *Habeas Corpus* nº 01079-2009-000-03-00-6, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

[...] o texto da Constituição Federal fala em "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (artigo 5º, inciso LXVII), não se limitando a excepcionar a possibilidade de prisão civil para o devedor de pensão alimentícia. (grifo nosso)

Segundo Toledo Filho e Souto Maior (2003)

Pode-se pensar que o artigo da Constituição diz respeito somente a dívidas decorrentes de pensão alimentícia, mas nada autoriza essa interpretação restritiva, ainda mais verificando-se que o valor social do trabalho e a proteção da dignidade humana foram erigidos a princípios fundamentais da República.

Nesse revés, é o entendimento do Relator Manuel Cândido Rodrigues, que negou a concessão de ordem de *habeas corpus* a devedor voluntário e inescusável de obrigação alimentícia na Justiça do Trabalho da 3ª Região, nos autos do processo nº 01079-2009-000-03-00-6, publicado em 18/09/2009.

Vale lembrar que, se permanece incontestado a possibilidade de prisão civil do devedor de pensão alimentícia, com muito mais razão esta se faz imperiosa, no caso de créditos trabalhistas. [...] raciocínio inverso, que impedisse a incidência da constrição de liberdade, em caso do devedor voluntário e inescusável de créditos trabalhistas, levaria à inviabilidade de sua execução.

Assim, tem-se que o caminho que se mostra mais eficaz para resguardar os direitos e garantias do empregado, parte hipossuficiente da relação laboral, é a aplicação da prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia, que nesse caso, se daria através da aplicação por analogia do artigo 733, § 1º do Código de Processo Civil, que preconiza a possibilidade de prisão do devedor pelo prazo de um a três meses, caso esse não pague tampouco justifique a impossibilidade de efetuar o pagamento.

Nesse sentido, Toledo Filho e Souto Maior (2003) entendem que *Existem, não se duvida, problemas de índole estrutural [...] E, talvez mesmo o principal deles seja o instituto da prisão civil por dívidas de cunho alimentar, que, conquanto detenha expressa previsão constitucional, é por completo desconhecida no âmbito da Justiça Laboral. Mas, a dívida trabalhista, na sua essência, principalmente, os salários e as verbas rescisórias, é de índole alimentar. Repare-se, a propósito, que o legislador deu tratamento praticamente isonômico à pensão de alimentos e à dívida trabalhista.*

Assim, ainda de acordo com as lições de Toledo Filho e Souto Maior (2003), verifica-se a similitude entre o tratamento dado à pensão de alimentos e à dívida trabalhista, que pode ser facilmente observado através do rito dado pela Lei 5.478/68 (Ação de Alimentos) e a própria CLT, dentre os quais, o fato de ambos os procedimentos admitirem ser o pedido externado verbalmente; com redução a termo; citação postal; notificação da audiência já no ato de entrega da petição; a presença das partes em audiência, independentemente do comparecimento de seus respectivos representantes, dentre outros.

Contudo, como bem nos ensina Toledo Filho e Souto Maior (2003)

Não se está preconizando que qualquer devedor de dívida trabalhista seja preso, pois a este ponto não vai o texto constitucional. Basta lê-lo com atenção. O que se está dizendo é que a norma constitucional não se limita a pensão alimentícia, conferindo, pois, um tal poder ao juiz do trabalho, que, por certo deverá usá-lo da forma mais ponderada possível e para os casos em que se demonstre nítida a postura irresponsável e abusiva do devedor (contumaz, voluntário, insensível e convicto). (grifo nosso)

Ademais, a prisão civil não é pena, mas sim um meio de coerção como forma de compelir o agente que se colocou na posição de não pagador.

Conforme dizeres de Souto Maior e Toledo Filho (2003), esse também é o entendimento de Ronaldo Lopes Leal (2003), em entrevista publicada em 18 de maio de 2003, que entendeu ser plenamente possível a decretação de prisão por dívida trabalhista, "além de condenar aquilo que, a seu ver, seria um espantoso conservadorismo dos juízes do trabalho, que estão sendo processualista ao extremo e esquecendo-se de que são destinatários de normas constitucionais".

Antônio Álvares da Silva (2006, p.20) *apud* Rodrigues Gonçalves Meneses (2010) nos ensina que

Não se deseja apenas a punição do criminoso,

mas que da punição nasça um exemplo de confiança da sociedade no ordenamento jurídico, para que haja o cumprimento espontâneo das normas sem a ameaça de sanção.

É esta reversão que se tem em mira com a competência penal trabalhista. Primeiramente, a eficácia das sanções que existem nas leis; depois, pela certeza de sua imposição, a conduta adequada, pretendida pelo legislador.

A punição não é tudo, mas tudo começa por ela. Só quem não conhece a natureza humana crerá na obediência às leis por meio de simples apelos e evocações morais ou religiosas.

Destarte, a medida que mais resguardaria as garantias e direitos do empregado, bem como a dignidade da pessoa humana -princípio constitucional-, seria possibilitar a aplicabilidade por analogia do artigo 733, § 1º do Código de Processo Civil, de modo a assegurar não apenas os direitos do trabalhador, como também a pacificação social, que se vê desestabilizada pelo inadimplemento do empregador quando da rescisão contratual sem a observância da legislação trabalhista e do texto constitucional.

Assim, verifica-se que a aplicação do instituto da prisão civil por dívida de natureza alimentar se mostra eficaz no âmbito trabalhista e, via de consequência, acaba por prestigiar a dignidade da pessoa humana.

4.3 Efetividade das normas trabalhistas

Segundo Cleber Lúcio de Almeida (2009, p. 259) "o titular do direito reconhecido pelo ordenamento jurídico conta, então, com a garantia da atuação do Estado para fazê-lo concreto".

Tem-se que na Justiça do Trabalho aplica-se os princípios da oralidade e informalidade, com o objetivo precípuo de celeridade, para que o direito do indivíduo não pereça.

Contudo, de nada adianta ser a Justiça Trabalhista célere na fase de conhecimento e ser frustrada no processo de execução, embaraces esses, causados, via de regra, pelos devedores, causando, ato contínuo, a frustração e a inefetividade da demanda.

Dessa feita, permitir-se-á a possibilidade de coação pessoal para que o devedor da obrigação alimentícia cumpra com sua obrigação, de modo a sofrer coerção até que efetue o pagamento, vinculando e responsabilizando o patrimônio e a própria pessoa do devedor por suas dívidas.

Entretanto, a medida constritiva não exige o devedor a efetuar o pagamento das parcelas devidas; a extinção da obrigação só ocorrerá no caso de quitação do débito.

De acordo com ensinamentos de Rodrigo Vieira (2008) "O in-

tuito não pode ser generalista [...] é a possibilidade dos devedores trabalhistas, terem sua prisão decretada, em face de agirem de má-fé, de forma voluntário ou simplesmente irresponsáveis para com suas obrigações de caráter alimentar!"

Segundo Toledo Filho e Souto Maior (2003)

[...] a ordem de prisão civil decretada para devedores contumazes ou sem a demonstração de qualquer postura responsável das dívidas trabalhistas tem total apoio na ordem constitucional, sendo o sopro de esperança que resta aos cidadãos trabalhadores de verem resgatados a sua dignidade.

Assim, Luiz Guilherme Marinoni (1996, p.87-88) é conclusivo:

Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação da liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento. Ora, se o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a todos os casos conflituos concretos, está igualmente obrigado a usar meios necessários para que suas ordens (o seu poder) não fiquem a mercê do obrigado.

Segundo lições de José Roberto Freire Pimenta (2000, p.148)

A ampla adoção desses modernos mecanismos processuais na esfera trabalhista em nosso país servirá de instrumento para uma mudança na qualidade das relações entre o capital e o trabalho, elevando-as para patamar mais civilizado, e para maior efetividade do próprio Direito Material do Trabalho brasileiro. Paralelamente, a própria atuação da Justiça do Trabalho será grandemente ampliada em áreas de imensa relevância social, contribuindo para que esta deixe de se considerada uma mera "Justiça os desempregados e dos acertos de contas", como infelizmente hoje acontece".

Segundo Tereza Arruda Alvim Wambier (1997, p.533-534) *apud* Freire Pimenta (2000, p.119), "Hoje, à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, se entende que o direito à prestação jurisdicional é o direito a uma prestação efetiva e eficaz".

Ademais, Estevão Mallet (1998, p.26-2) *apud* Freire Pimenta

(2000, p.128) tem o mesmo entendimento, no sentido de que “a demora na solução do litígio é uma forma intolerável de denegação de justiça. [...] É denegação de Justiça qualificada!”.

Ademais, verifica-se nos casos concretos a eficácia da prisão civil por dívida alimentar não cumprida por ato voluntário e inescusável, razão pela qual deve-se aplicar tal instituto também nos casos de crédito trabalhista, por se tratar, em igual importância, de crédito com natureza alimentar.

5. JURISPRUDÊNCIA

A título de exemplo, tem-se decisão de denegação de *habeas corpus* do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, no qual pode-se observar a similitude e compatibilidade com o exposto acima.

Em síntese, o HC nº 01079-2009-000-03-00-6, que foi julgado em 14.09.2009 pela Primeira Turma do TRT de Minas Gerais - 3ª Região - teve pedido de liminar de expedição de salvo conduto, por entender o Impetrante sofrer constrangimento ilegal em seu direito de ir e vir; vejamos a ementa, *in verbis*:

EMENTA: NÃO CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS A DEVEDOR VOLUNTÁRIO E INESCUSÁVEL DE OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Representando o crédito trabalhista espécie de crédito de natureza alimentícia, à semelhança da pensão alimentícia, este merece a atuação efetiva da função jurisdicional, inclusive, com medida coercitiva, já que expressamente autorizada pela Lex Legum, como forma de garantir a sua satisfação (e, em última análise, o próprio direito à sobrevivência do trabalhador). Vale lembrar que, se permanece inconteste a possibilidade de prisão civil do devedor de pensão alimentícia, com muito mais razão esta se faz imperiosa, no caso dos créditos trabalhistas, por força da natureza transindividual do direito que, nestes casos, geralmente, a medida coercitiva visa assegurar. Raciocínio inverso, que impedisse a incidência da constrição de liberdade, em caso de devedor voluntário e inescusável de créditos trabalhistas, levaria à inviabilidade de sua execução - e, via de consequência, à desmoralização do próprio e dogmático princípio constitucional da efetividade da função jurisdicional e da própria dignidade da Justiça. (grifo nosso)

No julgamento do HC, o Desembargador Relator Manuel Cândido Rodrigues, justificou a denegação da liminar sob o argumento de que, há mais de três anos o reclamado esperava a satisfação

de seu crédito, que já havia, àquela data, sido adjudicado.

A autoridade coatora fundamentou seu voto no sentido, não de se considerar ainda válida a prisão do depositário infiel, mas por entendimento recentemente modificado do STF.

Percebe-se, pela simples leitura que, a Turma cuidou de enfatizar a natureza alimentar do salário e sua semelhança com a pensão alimentícia.

Ademais, ainda que a expedição do mandado de prisão do Impetrante tenha sido fundamentada na infidelidade do depositário, a denegação do HC foi no sentido de que:

[...] num plano constitucional inteiramente ajustado a presente temática sobressai o art. 100 da CF, em seu parágrafo 1º. tratando de créditos privilegiados, quando declara, textualmente, “os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, [...]. O crédito trabalhista, já deduzido da mais-valia que ao trabalhador é sonogada, é a parcela que lhe cabe, como fruto de uma prestação de trabalho, cujo valor social é reconhecido, constitucionalmente, como um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil (art 1º., inciso IV) - e por meio do qual se manifesta a própria dignidade humana. [...] O Estado funda-se na dignidade do homem, quer no sentido ontológico, quer no sentido institucional - o exercício do poder pelos órgãos do Estado e pelos indivíduos encontra nesta descrição o seu sentido”. [...] créditos que garantem o próprio alimento, direito humano fundamental, suporte do direito primacial à vida - que, indubitavelmente, deve prevalecer, se confrontado com o direito à liberdade. (grifo nosso)

Assim, verifica-se que o Desembargador Manuel Cândido denegou o *habeas corpus* sob o fundamento de que era necessário a medida constritiva para assegurar a dignidade da pessoa humana e a satisfação do crédito em questão e que, assim que cumprida a obrigação de pagamento do crédito, deveria ser o Impetrante posto imediatamente em liberdade.

Destarte, por ter a verba natureza alimentícia, o que foi amplamente explicado no acórdão, o empregado necessitava da mesma para sustento próprio, bem como sustento de sua família, o que faz com a constrição de liberdade do Impetrante tenha sentido, a ponto da própria CR/88 permitir a decretação da mesma para ver a satisfação de um crédito trabalhista e, conseqüentemente, assegurar a dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÃO

Da leitura dos dispositivos referentes à prisão civil por dívida, não há que se falar em discussões acerca da existência ou não da natureza alimentícia do salário ou da limitação de seu conceito.

Assim, por todo o exposto, tem-se que o melhor caminho para se alcançar a efetividade das normas trabalhistas e, ato contínuo, resguardar as garantias do trabalhador, é a aplicação da prisão civil por dívida na ceara trabalhista, visto que o próprio ordenamento jurídico prevê tal possibilidade.

Percebe-se que, de nada adianta ser a Justiça Trabalhista célere em sua fase de conhecimento e ser frustrada na execução por embaraces causados, via de regra, pelos empregadores, que acreditam estar sendo prejudicados com a legislação trabalhista, mas esquecem, contudo, do princípio da alteridade, sendo estes e não àqueles, os responsáveis pelos riscos do empreendimento.

O que se espera com a aplicação de tal instituto não é somente a coação direta, como último meio a fim de ser obrigar o empregador, mas sim uma privação de liberdade que pressione este, de certa forma, a arcar com suas obrigações, ou seja, a prisão civil não é pena, mas sim um meio de coerção como forma de compelir o agente que se colocou na posição de devedor e por consequência, que este passe a agir de forma espontânea sem que o Estado seja chamado para intervir.

Contudo, a medida constritiva não exige o devedor a efetuar o pagamento das parcelas devidas; a extinção da obrigação só ocorrerá no caso de quitação do débito, vinculando e responsabilizando o patrimônio e a própria pessoa do devedor por suas dívidas.

Assim, buscando-se a satisfação dos créditos trabalhistas, propugna-se pela medida coercitiva e que, uma vez cumprida, deverá ser imediatamente suspensa.

Ademais, o Estado está não só autorizado, mas obrigado a dispor de seus meios para que se cumpram as obrigações, a fim de se alcançar a efetividade plena da Justiça do Trabalho.

Destarte, para que de fato seja efetiva a prestação jurisdicional, mister se faz a aplicação por analogia do artigo 733, § 1º do Código de Processo Civil (que preconiza a possibilidade de prisão do devedor pelo prazo de um a três meses, caso esse não pague tampouco justifique a impossibilidade de efetuar o pagamento) de modo a assegurar não apenas os direitos do trabalhador, como também a pacificação social, que se vê desestabilizada pelo inadimplemento do empregador quando da rescisão contratual sem a observância da legislação trabalhista e do texto constitucional.

Dessa forma, o ordenamento jurídico possui mecanismos suficientes para que se possa ter uma Justiça do Trabalho não apenas eficaz, mas eficiente, visto que essa possui meios coercitivo-pedagógicos para que possamos ver atendidas suas demandas, visando alcançar uma Justiça verdadeiramente social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio. *Direito Processual do Trabalho*. 3ª edição rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A Boa-fé no término do contrato de emprego: o pagamento das verbas rescisórias – resilitórias*. In: Revista Justiça do Trabalho n° 185, p. 91. Disponível em <<http://amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/17.htm>> Acessado em 29/04/2012.

BARACAT, Eduardo. *Tutela Penal do Direito ao Salário*. Revista LTr, volume 62, 1998.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei n° 5.452 de 1º de maio de 1943.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > acesso em 21 de maio de 2010.

BRASIL. *Lei de Alimentos*. Lei n° 5.478, de 25 de julho de 1968.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*. Disponível em <<http://www.trt3.jus.br>>.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>.

BRITO, Irandir Rocha. A prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5375> Acessado em 01/05/2012.

CAPEZ, Fernando. Prisão civil. O Pacto de São José da Costa Rica e a Emenda Constitucional n° 45/2004. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/7708/prisao-civil>>. Acessado em: 11/04/2012.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *A Emenda Constitucional n° 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 909, 29 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7787>>. Acessado em: 12/02/2012.

D`AMBROSO, Marcelo José Ferlin. *Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão*. Revista LTr, São Paulo, ano 70, n. 02, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

DÓRO JUNIOR, Nivaldo. *A competência penal da Justiça do Trabalho*. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-18112009-101010/pt-br.php>> Acessado em 05/04/2012.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para normalização de publicação Técnico-Científicas*. Maria Helena de Andrade Magalhães, Stella Maris Borges (colab.). - 8ª ed. rev. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *A lógica protetiva do Direito do Trabalho: uma breve análise da função dos princípios especiais juslaboralistas*. Disponível em <<http://pe.metodistademinas.edu.br/ojs/index.php/dih/article/view/144>>. Acessado em 16/05/2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed. Malheiros Editores, SP, 1996.

MARTINS, Nei Frederico Cano. *Os princípios do Direito do Trabalho e a Flexibilização ou Desregulamentação*. In Revista LTr, v.64, nº7, p.847.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 15ª edição, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENESES, Rodrigo Gonçalves. *A competência criminal na Justiça do Trabalho*. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29176>> Acessado em 05/04/2012.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. *Não concessão de ordem de Habeas Corpus a devedor voluntário e inescusável de obrigação alimentícia na Justiça do Trabalho*. Habeas Corpus nº 01079-2009-000-03-00-6. Joaquim Dimas Gonçalves versus Cleverson dos Santos Pires. Relator Manuel Cândido Rodrigues. Belo Horizonte, Acórdão de 18 de set. 2009. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte. Disponível em <<http://www.trt3.jus.br>> Acesso em: 10 set. 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Relações Internacionais. *Convenção 95. Concernente à proteção do salário*. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B62D40E012B690E494853EB/conv_95.pdf> Acessado em 01/05/2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. rev. e aum. São Paulo : Saraiva, 1996.

NÚCLEO de bibliotecas. *Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos acadêmicos* : padrão Newton Paiva. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva. 2011. Disponível em <http://www.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_

Newton_Paiva_2011.pdf>. Acessado em 14/05/ 2012.

Oliveira, Marco Aurélio Paz De. *Competência penal trabalhista e o STF*. Disponível em <http://www.juspodivm.com.br/noticias/noticias_1503.html> Acessado em 20/08/2012.

PIMENTA, José Roberto Freire. *Tutela específica e antecipada das obrigações de fazer e não fazer no processo do trabalho. cominação de prisão pelo juízo do trabalho em caso de descumprimento do comando judicial*. Rev. TRT - 3ªR. - Belo Horizonte, 27 (57): p.142, Jul.97/Dez. 97.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª Edição. São Paulo: LTr, 2000.

SAMY, Eloísa. *Princípios Gerais do Direito*. Disponível em <<http://www.adveloisasamy.com.br/blog-info/principios-gerais-do-direito/>> Acessado em 03/04/2012.

SANTOS, Izequias Estevam dos. *Manual de Métodos e Técnicas de Pesquisa Científica*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. *Competência Penal Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2006.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de B. E. *Breves considerações acerca da prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 182, 4 jan. 2004. In: Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4670>>. Acessado em: 12/05/2012.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Da prisão civil por dívida trabalhista de natureza alimentar*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 90, 1 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4337/da-prisao-civil-por-divida-trabalhista-de-natureza-alimentar>> Acessado em: 23/01/2012.

VIEIRA, Rodrigo. *Possibilidade ou não da prisão civil por dívida trabalhista*. Bueno e Constanze Advogados, Guarulhos, 25 nov. 2008. Disponível em <<http://www.buenoecostanze.com.br>> Acessado em 02/09/2011.

NOTAS DE FIM

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NA ESFERA TRABALHISTA

Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz¹

Fernanda Diniz Caixeta²

RESUMO: O presente artigo trata da responsabilidade civil do empregador nas relações de emprego, considerando o descumprimento dos deveres contidos no contrato individual de trabalho. A análise enfoca a responsabilidade do sócio levando em consideração o tipo de sociedade e a questão do regime de bens para os sócios casados, além de verificar também a responsabilidade civil quando se trata de empregador configurando o grupo econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; empregador; relação de emprego.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito do Trabalho e Direito Empresarial

1. INTRODUÇÃO

Responsabilidade civil pode ser conceituada como o dever jurídico de responder pelas consequências decorrentes de uma ação ou omissão que viola o direito e causa dano a outrem decorrentes do ato ilícito praticado.

A responsabilidade civil está regulada pelos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Francisco Amaral propõe que:

A expressão "responsabilidade civil" pode compreender-se em sentido amplo ou em sentido estrito.

Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito,

designa o específico dever de indenizar nascido de fato lesivo imputável a determinada pessoa. É civil porque a relação se estabelece entre particulares, deixando-se ao direito administrativo o problema da responsabilidade do Estado, pelos danos resultantes do funcionamento dos serviços públicos. (AMARAL, 2006, p. 545)

Pablo Stolze e Pamplona Filho (2011, p. 51) asseveram que: "a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas".

Para que se configure o ato ilícito e haja o dever de indenizar é necessária a conjugação dos seguintes elementos: conduta humana, dano,nexo causal e dolo ou culpa.

O descumprimento dos deveres contidos no contrato individual de trabalho gera a reação jurídica correspondente à hipótese, inclusive a de reparação do dano acaso caracterizado.

Responsabilidade trabalhista é o dever de reparar o dano moral ou patrimonial causado por uma das partes do contrato de trabalho. No presente trabalho será analisado a responsabilidade do empregador caso haja o descumprimento das obrigações trabalhistas.

2. CONCEITO DE EMPREGADOR

Consoante o artigo 2º da CLT, "considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços".

Maurício Godinho Delgado (2011, p. 390) conceitua empre-

gador como "a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e sob sua subordinação"

Para Alice Monteiro de Barros (2009, p. 372) "empregador é a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico".

Para alguns doutrinadores, como Valetin Carrion, Evaristo de Moraes Filho e os já citados Alice Monteiro de Barros e Maurício Godinho Delgado, é equivocada a conceituação de empregador como "empresa", por estar juridicamente incorreto, levando-se em consideração os conceitos civilistas atribuídos à empresa e ao estabelecimento.

Sendo assim, pode-se considerar à luz do artigo 966 do Código Civil vigente, empresa como a atividade econômica exercida profissionalmente pelo empresário, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Já o estabelecimento é o complexo de bens (corpóreos e incorpóreos) organizados para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária (art. 1142 do CC).

Como bem explica, Vólia Bomfim,

A atividade (empresa) é exercida por um sujeito (o empresário), que geralmente viabiliza o exercício da atividade por meio de um complexo de bens, que é denominado de estabelecimento ou fundo de comércio. Assim, estabelecimento é o conjunto de bens que o empresário reúne para a exploração de sua atividade econômica. (CASSAR, 2009, p. 340)

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2011, p. 390), "na verdade, empregador não é empresa – ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente titular da empresa ou estabelecimento".

Entende-se que o legislador ao utilizar o vocábulo "empresa" pretendeu, apenas, diferenciar que o contrato de trabalho não é firmado com a pessoa física do empresário, mas sim com a pessoa jurídica. Além disso, o legislador protegeu o empregado das variações das pessoas que exploram o empreendimento e das manobras fraudulentas que visem impedir a aplicação da lei trabalhista.

Nesse mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado,

De fato, a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador. Ao enfatizar a empresa como empregador, a

lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato, dado que à ordem justralhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva da prestação de trabalho empregatício ao empreendimento enfocado, independentemente da alteração de seu titular. É o que resultará preceituado nos arts. 10 e 448 da mesma CLT. (DELGADO, 2011, p. 391)

Diante do exposto, independentemente do termo utilizado para designar o empregador, pode-se afirmar que não há uma qualidade especial atribuída por lei a pessoas físicas ou jurídicas para emergirem como empregadores. Basta que, se utilizem da força de trabalho empregaticamente contratada.

Com relação ao §1º do art. 2º da CLT, equiparam-se ao empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Há, também, algumas críticas a este dispositivo, no sentido de que, na verdade, as entidades especificadas no referido parágrafo primeiro configuram-se como empregadores típicos e não empregadores por equiparação ou extensão legal.

3. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

O empregador sempre deverá responder pelas dívidas trabalhistas em relação aos seus empregados. Sendo esta sociedade empresária, a obrigação de efetuar o pagamento dos direitos trabalhistas, é primeiramente, da pessoa jurídica, pois, uma de suas características é possuir patrimônio próprio e distinto dos seus sócios, todavia, há casos em que seu patrimônio é dilapidado ou insuficiente para pagá-las. Nesse caso, os empregados poderiam ficar desprotegidos, caso não fossem estendidas as obrigações da empresa para os seus sócios, o que será tratado a seguir.

Maurício Godinho Delgado sustenta que:

A responsabilidade pela quitação das verbas trabalhistas deriva, a princípio, da posição assumida, pelo empregador, na relação jurídica empregatícia, compondo o pólo passivo dessa relação. Essa a norma geral e recorrente do Direito do Trabalho, que não foge, assim, da conduta geral também prevalecente no restante do Direito: o devedor principal (na hipótese justralhista, o empregador), integrante direto da relação jurídica entre as partes e beneficiário principal e imediato de seus efeitos, é que responde pelas obrigações resultantes dessa relação. (DELGADO, 2011, p. 467)

4. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO

Pessoas jurídicas são entidades que o ordenamento jurídico confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e deveres. Sendo assim, a lei concedeu personalidade própria para a pessoa jurídica que não se confunde com a de seus criadores. Ocorre que, em determinadas situações, não obstante a pessoa jurídica se distinga de seus membros, admite a ordem jurídica, a responsabilização do sócio pelas dívidas assumidas pela empresa. Significa a descaracterização da personalidade jurídica do ente societário ou extensão da responsabilidade pelo pagamento dos débitos da empresa aos seus sócios para impedir o abuso do direito, portanto a possibilidade da penhora dos bens particulares dos sócios pelas dívidas da empresa que não dispõe mais de patrimônio suficiente para o pagamento dos débitos trabalhistas.

O Código de Processo Civil estabelece no art. 592, inciso II que ficam sujeitos à execução os bens do sócio, nos termos da lei. E o art. 596 do mesmo dispositivo complementa que "os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade".

A CLT é omissa quanto à possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica. Entretanto, o § único do art. 8º da CLT determina que o direito com um será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

O Direito do Consumidor se aproxima do Direito do Trabalho por seu caráter protecionista em relação ao hipossuficiente e teoria da desconsideração da pessoa jurídica é acolhida pelo CDC, art. 28, ao pronunciar que nos casos de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, os sócios podem ser chamados a responder,

Utiliza-se, também, como fonte subsidiária o Código Tributário Nacional, art. 135, VII, ao dispor que na impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que foram responsáveis, os sócios, no caso de liquidação da sociedade,

O Código Civil, art. 50, declara que "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Verifica-se, portanto, que há várias normas no direito comum

que podem ser utilizadas de forma subsidiária para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica. Ocorre que, no Direito do Trabalho não há a necessidade de se comprovar os requisitos presentes nas normas do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil, já que a fraude vem sendo presumida, na forma do art. 9º da CLT, pois se houve condenação do empregador (sociedade) foi porque este cometeu uma ilegalidade trabalhista. Não havendo patrimônio suficiente da sociedade, a desconsideração da pessoa jurídica é o próximo passo.

EMENTA: AGRADO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. LEI N. 6.830/80. Aplicação da Lei n. 6.830/80, que possibilita a desconsideração da pessoa jurídica e a penhora dos bens particulares dos sócios, nos termos do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho se dá na sua vertente objetiva, na qual se dispensa a verificação de violação ao contrato ou abuso de poder, bastando a ausência de bens por parte da pessoa jurídica para que se inicie a execução contra o patrimônio dos sócios.

(TRT-4ª Região - Agravo de Petição 0127900-35.2005.5.04.0751 - Data de Publicação: 28/07/2011 - Relator: Des. Clóvis Fernando Santos)

EMENTA: AGRADO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. A inexistência de bens da executada, por si só, já autoriza o redirecionamento da execução contra seus sócios, forte na teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica.

(TRT-4ª Região - Agravo de Petição 0182600-61.2007.5.04.0404 - Data de Publicação: 24/11/2010 - Relator: Des. André Reverbel Fernandes)

EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO. Evoluiu-se a visão que se tinha sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Se antes, para sua caracterização, era indispensável a prova da ocorrência da fraude ou do abuso de direito, e só assim restava ela aplicável (Lei 3.708/19), hoje, com o surgimento de

novos institutos jurídicos (CTN, LEF, CDC), mais dilargadas passaram a ser as hipóteses de seu cabimento, inclusive com a atribuição do ônus da prova da sua inaplicabilidade transferindo-se da pessoa do credor, para a do devedor. Questões que envolvam créditos de natureza trabalhista, os seguintes fatores dão a nova visão do instituto: o caráter alimentar destes créditos, que por todos os ângulos recebem tratamento diferenciado e de supremacia frente aos demais(1); o princípio da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, seja em sua concepção prevista no art. 10, da Lei 3.708/19, seja também pela regra do art. 28, caput, e seu parágrafo 5o., da Lei 8.078/90(2); o art. 135, do CTN(3); e o princípio da imputação exclusiva do risco da atividade econômica ao empregador(4), todos de aplicação subsidiária às execuções trabalhistas, segundo art. 889/CLT c/c art. 4o, inc. V, parágrafos 2o. e 3o., da Lei 6.830/80. (TRT-3ª Região – Agravo de Petição 723/00 – Data de Publicação: 19/07/2000 – Relator: Des. Emerson José Alves Lage)

EMENTA: DEVIDO PROCESSO LEGAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FASE DE CONHECIMENTO. O devido processo legal nada mais representa a não ser a própria obediência ao procedimento previsto em lei para a tomada desta ou daquela medida. Assim, a desconsideração, no processo de execução ou no cumprimento da sentença, da personalidade jurídica da sociedade, não representa qualquer ofensa aos princípios supracitados, porquanto se está concedendo toda a chance de reação aos interessados e, mais, em decisão, essa que se profere agora, entregando a mais plena prestação jurisdicional. A jurisprudência trabalhista autoriza a aplicação da teoria da despersonalização da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), quando verificada a ausência de bens suficientes para o pagamento das obrigações trabalhistas contraídas pela sociedade, prevista no Decreto n. 3.708/1919, ficando os sócios responsáveis pelo débito original da pessoa jurídica se, de alguma forma, a prestação laborativa do empregado tenha se revertido em seu benefício. Assim, se ao tempo do contrato de trabalho do reclamante o segundo reclamado figurava e ainda figura como

sócio-proprietário da primeira reclamada, fato incontestoso, é também contra este que a execução dever ser dirigida, inexistindo, ainda, a necessidade da comprovação de fraude ou má gestão, excesso de mandato ou dissolução irregular. É na inadimplência da pessoa jurídica, deixando à margem aquele que contribuiu com a força de trabalho para a consecução dos objetivos econômicos, que precipuamente reside essa possibilidade. E a consagração legal repousa, serena, no artigo 50 do Código Civil de 2002, bem como no artigo 28 da Lei n. 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Destarte, é possível, senão essencial, que os sócios sejam chamados a responder pelas obrigações sociais contraídas pela sociedade, não havendo óbice para que ocorra a inclusão do sócio do empregador no pólo passivo da ação desde a fase de conhecimento. Aliás, esta é útil, ficando a questão relacionada à responsabilidade que lhe foi atribuída definitivamente dirimida e a matéria não mais poderá ser discutida na fase de execução. Recurso empresarial a que se nega provimento. (TRT-3ª Região – Recurso ordinário 00894-2008-044-03-00-1 – Data de Publicação: 14/02/2009 – Relator: Des. Júlio Bernardo do Carmo)

É importante frisar que a responsabilidade dos sócios será sempre subsidiária, de acordo com o art. 596, CPC. Ou seja, em primeiro lugar, devem ser executados os bens da sociedade, diante da preferência de ordem imposta pela lei.

A responsabilidade do sócio dependerá do tipo de sociedade.

Nas sociedades em que a participação do sócio se dá com responsabilidade ilimitada, ele responde, solidariamente com a sociedade, pelo cumprimento das obrigações trabalhistas. É o que ocorre nas sociedades de fato e nas sociedades em nome coletivo.

No que diz respeito à sociedade de responsabilidade limitada, a jurisprudência trabalhista já ampliou a responsabilização do sócio-gerente aos demais sócios, independentemente de terem participação na gestão, baseando-se nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Uma vez desconsiderada a personalidade jurídica, todos os sócios serão responsáveis pelos créditos trabalhistas.

Nesse sentido, Ari Pedro Lorenzetti afirma que:

É nas sociedades limitadas onde a teoria da desconsideração tem aplicação mais ampla, uma vez que pode alcançar todos os integrantes da sociedade e não apenas seus dirigentes. Tal possibili-

dade deve-se da sociedade, e não apenas seus dirigentes. Tal possibilidade deve-se ao fato de as relações entre a sociedade e os sócios e destes entre si, no caso, serem bem mais estreitas do que nas sociedades de capital.

Isso possibilita que a responsabilidade seja estendida inclusive aos sócios que não participam da administração societária, pois os que a exercem não o fazem apenas em nome próprio, senão por força da confiança que desfrutam perante os demais companheiros. Assim, mesmo os sócios que não ocupam cargo gerencial não se podem dizer estranhos à administração, uma vez que o dirigente, no exercício dessa função, não passa de representante dos demais sócios. Essa a razão pela qual determinou o Código Civil fossem aplicadas subsidiariamente aos administradores as regras relativas ao mandato (art. 1.011, §2º). Se o gerente se desvia de suas obrigações, a responsabilidade também recai sobre os que o escolheram, conferindo-lhes poderes de direção. Não se pode admitir que o bom êxito aproveite aos demais sócios e, em caso de fracasso, as consequências sejam transferidas aos trabalhadores, eis que estes não têm nenhuma participação na gestão empresarial. (LORENZETTI, 2003, p. 214-215)

RESPONSABILIDADE DE SÓCIO MINORITÁRIO. LIMITAÇÃO À COTA-PARTE. IMPOSSIBILIDADE. Compondo o agravante o quadro societário da executada, mesmo na condição de sócio-minoritário, deve o referido sócio arcar também com a satisfação da execução trabalhista, sob pena de impingir-se ao empregado os riscos do negócio. Dessa forma, torna-se irrelevante não ter sido gerente da empresa ou ter cota-parte social minoritária, por aplicação dos arts. 592 e 596 do Código de Processo Civil - CPC, do art. 50 do Código Civil de 2002, bem como do princípio da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, oriundo do art. 28 da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor - CDC. (TRT-12ª Região - Agravo de Petição 01692-2005-052-12-00-0 - Data de Publicação: 10/09/2009 - Relator: Des. Maria Aparecida Caetano)

EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO MINORITÁRIO. Não deve ser limitada a responsabilidade do sócio, ainda que minoritário, à sua participação societária quando verificada a insuficiência do patrimônio da sociedade e aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

(TRT-12ª Região - Agravo de Petição 05018-2003-039-12-

85-5 - Data de Publicação: 20/10/2010 - Relator: Des. Graciano R. B. Petrone)

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENHORA SOBRE BEM DE SÓCIO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Partindo da premissa de que os créditos trabalhistas, ante a natureza alimentar de que são revestidos, são privilegiados e devem ser assegurados, a moderna doutrina e a jurisprudência estão excepcionando o princípio da responsabilidade limitada do sócio, com fulcro na teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma que o empregado possa, verificada a insuficiência do patrimônio societário, sujeitar à execução os bens dos sócios individualmente considerados. Incurrida afronta à norma constitucional. (TST - Recurso de Revista - 02549-2000-012-05-00 - Data de Publicação: 19/02/2002 - Relator: Helena Sobral Albuquerque)

Em relação às sociedades anônimas para haver a desconsideração da personalidade jurídica, exige-se a evidência de gestão fraudulenta, para que a responsabilização se configure. Isso porque, ao contrário das limitadas, nas anônimas nem sempre os gestores têm ampla liberdade de ação.

A maioria da jurisprudência defende que, sendo a sociedade anônima de capital fechado, esse tipo societário se aproxima da sociedade limitada, podendo, portanto, atingir todos os seus acionistas.

Mais uma vez, utilizando o ensinamento de Ari Pedro Lorenzetti, Assim, perante o Direito do Trabalho, da mesma forma que o sócio quotista responde pelos atos da sociedade, ainda que não tenha ocupado a posição de gerente, nas sociedades anônimas fechadas, os demais sócios também respondem pela condução dos destinos da empresa, ainda que não tenham atuado como diretores. Em qualquer caso, deve-se repartir o risco do empreendimento entre todos os sócios, independentemente de sua posição no contrato ou estatuto social. Se é isso o que ocorre hoje nas sociedades limitadas, o mesmo deve valer em relação às companhias fechadas. A diferença entre as duas formas societárias é apenas aparente (formal), sendo idêntica a realidade subjacente. Assim, a conferir-se tratamento privilegiado aos acionistas da companhia fechada, os mais espertos não hesitarão em adotar essa forma societária para eximir-se de qualquer responsabilidade. Com isso, continuarão desfrutando das mesmas vantagens, sem correr qualquer risco.

Em relação às companhias abertas, como regra, a desconsideração da personalidade jurídica alcança

apenas os sócios controladores e administradores. O poder de controle pode decorrer tanto da detenção da maioria das ações com direito a voto como do acordo de acionistas. Acerca da responsabilidade dos acionistas controladores para com os empregados da companhia é expressa a Lei n. 6.404/76 (art. 116). (LORENZETTI, 2003, p. 221-222)

Maurício Godinho Delgado pondera que:

A jurisprudência trabalhista diferencia a posição do sócio administrador e/ou controlador de sociedade por cotas de responsabilidade limitada (segundo o novo CCB, sociedade limitada: art. 1.052) daquele que ocupa posição semelhante na sociedade anônima. A natureza algo dúbia da primeira modalidade societária (sociedade por cotas), que transita entre as tipologias sociedade de pessoas versus sociedade de capital, permite que ela confira ampla liberdade (e, assim, responsabilidade) a seus gestores e controladores – o que nem sempre se verifica nas sociedades estritamente de capital (como a S/A). Nesse contexto fático-jurídico, mantém-se a tendência jurisprudencial de não estender a mesma conduta responsabilizatória automática acima indicadas para os gestores e controladores de sociedades anônimas: no caso das S/As é necessária evidência probatória de que houve gestão fraudulenta ou ilícita. (DELGADO, 2011, p. 471)

A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades anônimas pode ser verificada nas decisões descritas abaixo:

EMENTA: SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS ACIONISTAS. A jurisprudência trabalhista há muito já se consolidou acerca da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no caso de sociedade limitada, com responsabilização inclusive de sócios minoritários, com pequena participação social, visando impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da sociedade. A controvérsia permanece no tocante às sociedades anônimas, cujos acionistas muitas vezes vêem-se livres de qualquer responsabilidade trabalhista em razão, unicamente, da figura societária escolhida, o que foge à razoabilidade. Cabe verificar especialmente se a sociedade anônima é aberta ou fechada, pois o Código

Civil de 2002 aproximou bastante o funcionamento da sociedade limitada ao da sociedade anônima de capital fechado, praticamente inexistindo razão para diferenciá-las no tocante à responsabilidade dos sócios e acionistas. Agravo de petição provido para reconhecer a responsabilidade pessoal e subsidiária dos sócios de sociedade anônima fechada, constituída de apenas três acionistas.

(TRT-3ª Região - Agravo de Petição 0125600-67.2007.5.03.0037 - Data de Publicação: 10/09/2009 - Relator: Des. Heriberto de Castro)

EMENTA: SOCIEDADE ANÔNIMA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - SÓCIOS DIRETORES - O artigo 28, §5º, do CDC c/c artigo 50 do CC, subsidiariamente aplicáveis ao processo trabalhista por força dos artigos 8º e 769 da CLT, não excepcionam o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica em relação a qualquer tipo de sociedade. Assim, se a personalidade da pessoa jurídica constituir obstáculo ao cumprimento das obrigações devidas por ela, a desconsideração será possível, à luz dos precitados dispositivos legais. Em se tratando de sociedade anônima, a jurisprudência trabalhista tem se firmado no sentido de se atribuir a responsabilidade subsidiária somente ao sócio que seja gerente ou controlador. No caso vertente, cuida-se de sociedade anônima de capital fechado, com apenas 04 integrantes, o que atrai a responsabilização subsidiária deles, mormente em face da semelhança da companhia com a sociedade constituída por quotas de responsabilidade limitada. (TRT-3ª Região - Agravo de Petição 0107200-21.2009.5.03.0106 - Data de Publicação: 02/08/2010 - Relator: Des. Jorge Berg de Mendonça)

Outro ponto importante a ser destacado é que a retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores. Essa obrigação, segundo o artigo 1.032 do Código Civil se limita há até dois anos após averbada a resolução da sociedade ou a alteração contratual da sua retirada, porém já há julgados desconsiderando esse prazo, já que o ex-sócio se beneficiou do serviço prestado pelo empregado na época em que ainda fazia parte da empresa.

O autor Ari Pedro Lorenzetti defende o respeito ao prazo de dois anos previsto no Código Civil:

Introduziu, entretanto, o novo Código Civil uma limitação à responsabilidade, só podendo ser invocada até dois anos após a averbação da saída do sócio. Assim, passados dois anos de sua saída, o sócio não pode mais ser cobrado pelas obrigações relativas ao período em que integrava a sociedade. Tal regra constitui fator de segurança e estabilidade, permitindo que o sócio tenha certeza de que não será mais cobrado em relação a fatos anteriores. Essa norma também se aplica aos direitos trabalhistas, uma vez que o legislador não traçou distinção ou privilégios quanto à natureza dos créditos. (LORENZETTI, 2003, p. 228)

Em relação aos sócios retirantes, segue entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho:

EMENTA: RESPONSABILIDADE DOS EX-SÓCIOS. DÉBITOS TRABALHISTAS. ARTS. 1003 E 1032 DO CÓDIGO CIVIL. Os artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil dispõem sobre a responsabilidade dos sócios retirantes perante as obrigações de natureza civil. Com relação aos débitos trabalhistas da empresa, a responsabilidade do sócio retirante não se esgota após dois anos de sua saída da sociedade, tendo em vista as peculiaridades da ação trabalhista que visa resguardar direitos de natureza alimentar. Se os sócios retirantes se beneficiaram do resultado da prestação de serviços da trabalhadora, o que se verificou no caso em tela, não há como se admitir que tais ex-sócios sejam responsáveis por atos praticados apenas por dois anos após sua saída, mormente se referido ato foi uma contratação laboral pactuada enquanto eles integravam o quadro social. Assim, não pode o empregado/hipossuficiente, que não participou do lucro, ser responsabilizado pelo risco do empreendimento. A parte que utilizou dos serviços prestados pelo empregado no curso do contrato e auferiu benefícios desta força de trabalho é quem deve assumir os riscos do negócio, ou seja, o ônus do prejuízo, ressalvado o respectivo direito de regresso. Os direitos de natureza trabalhista subsistem até mesmo à dissolução da empresa, nos termos do artigo 449 da CLT, sendo inequívoca a responsabilidade dos agravantes pelas obrigações

trabalhistas inadimplidas, conforme acima fundamentado, inexistindo qualquer limite temporal.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 01052-2007-038-03-00-4 – Data de Publicação: 22/04/2009 – Relator: Des. Marcelo Lamego Pertence)

EMENTA: EXECUÇÃO DO SÓCIO CEDENTE OU RETIRANTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO DEPOIS DE TRANSCORRIDOS MAIS DE DOIS ANOS DA AVERBAÇÃO DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. Como bem se sabe, uma vez insolvente a pessoa jurídica, respondem os seus sócios pelas dívidas por ela contraídas, em face da teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, plenamente aplicável ao Processo do Trabalho, em que os créditos têm natureza alimentícia e, ainda, em face da proteção ao empregado hipossuficiente. Outrossim, é certo que o sócio cedente responde, solidariamente, perante a sociedade e terceiros pelas obrigações que tinha como sócio até 02 (dois) anos depois de averbada a alteração contratual, atinente ao seu afastamento, a teor do parágrafo único do art. 1.003 do Código Civil Brasileiro. Como, no caso específico dos autos, a retirada do sócio, ora Executado, ocorreu de forma regular, com transferência total de suas quotas do capital social da empresa para os sócios remanescentes, tendo sido a alteração contratual devidamente averbada perante a Junta Comercial respectiva, em data muito anterior (quase oito anos) ao ajuizamento da ação, resta nitidamente afastada a responsabilidade do sócio retirante, o que se faz em nome do princípio da segurança jurídica que deve pautar os atos jurídicos praticados pelas partes. (TRT-3ª Região – Agravo de Petição 0018000-87-2006-5-03-0112 – Data de Publicação: 16/11/2009 – Relator: Des. Márcio Ribeiro do Valle)

EMENTA: RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE. Demonstrado que integrava a sociedade à época do contrato de trabalho do exequente, o ex-sócio da executada deve responder pelos créditos devidos ao trabalhador. Agravo de petição provido. (TRT-12ª Região – Agravo de Petição 0034400-24.2002.5.04.0102 – Data de Publicação: 03/08/2011 – Relator: Des. José Felipe Ledur)

EMENTA: RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIOS. Não havendo prova da existência de bens da empresa executada suficientes para o pagamento do débito trabalhista, é cabível a penhora de bem de sócio integrante da sociedade executada, ao tempo de vigência do contrato de trabalho. Diante de situações como essa, o princípio da autonomia da pessoa jurídica, que não é absoluto, relativiza-se e pode ser derogado, tanto para imputar responsabilidade da sociedade a sócio ou ex-sócio, como no caso sub judice, quanto para conferir à sociedade qualidade humana do sócio. Limitação da responsabilidade que se impõe, frente ao disposto no artigo 1.032 do Código Civil.

(TRT-12ª Região - Agravo de Petição 0034400-24.2002.5.04.0102 - Data de Publicação: 20/10/2010 - Relator: Des. Ione Salin Gonçalves)

Por fim, informa-se que o cônjuge daquele que compõe sociedades empresárias pode responder frente ao débito trabalhista, no caso da desconsideração da personalidade jurídica, caso não haja comprovação cabal de que a atividade empresarial não trouxe aproveitamento para a família do sócio responsável.

Ou seja, em grande parte das decisões analisadas a meação do cônjuge não-partícipe da sociedade empresária estará livre de constrição judicial desde que haja comprovação suficiente de que, apesar de casados, cada um dos cônjuges possuía economia própria e que, dessa forma, a atividade societária não trouxe proveito direto para o benefício da família.

Nesse norte, apresentam-se ementas de decisões prolatadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, *in verbis*

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO - PENHORA - MEAÇÃO - SEPARAÇÃO DE FATO - NÃO COMPROVAÇÃO - "In casu", registre-se que o fato de a agravante ter opostos embargos de terceiro, afirmando que se encontra separada de fato do executado não tem o condão de afastar a constrição judicial havida. A certidão de casamento anexada aos autos indica que a agravante, Sra. Marina Levi Ribeiro Lima, contraiu núpcias em 22-12-1964, com o Sr. Marcelo Ribeiro Lima, executado no processo principal, em regime de comunhão de bens. Saliente-se que a exclusão de sua meação dependeria de prova cabal de que a dívida de seu cônjuge não teria sido contraída em benefício da família. A presunção em contrário se firma no fato de ser a agravante casada no regime de comunhão de

bens desde 1964, o que implica reconhecer, quanto a esses bens, participação nos riscos assumidos pelo cônjuge (executado). A responsabilidade patrimonial da agravante por dívida firmada pelo executado deriva da presunção de que, participando os cônjuges das vantagens comuns, devem igualmente participar dos encargos. Não é razoável nem jurídico que, em uma sociedade, um dos sócios participe de todos os ganhos e que o mesmo não ocorra em relação aos prejuízos. Presunção relativa que, por óbvio, admite prova em contrário a cargo da embargante de terceiro, a qual, no entanto, não foi produzida.

(TRT-3ª Região - Agravo de Petição 01162-2008-081-03-00-9 - Data de Publicação: 11/02/2009 - Relator: Des. Taísa Maria Macena de Lima)

EMENTA: PENHORA DE IMÓVEL DO CASAL. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. MEAÇÃO. No regime de comunhão universal de bens, os direitos e obrigações se comunicam, nos termos do art. 1667 do CC, presumindo-se que as dívidas foram contraídas em benefício do casal. No caso dos autos, a agravante tinha o ônus de comprovar sua independência financeira e que o trabalho prestado pelo agravado não reverteu em benefício da família, mediante os lucros da empresa (da qual seu cônjuge era sócio), ônus do qual não se desincumbiu. Sendo assim, entende-se que a agravante deve responder com sua parte ideal para a satisfação do débito trabalhista do agravado, razão pela qual não há falar em resguardo da meação.

(TRT-12ª Região - Agravo de Petição 0034400-24.2002.5.04.0102 - Data de Publicação: 03/08/2011 - Relator: Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE IMÓVEL DO SÓCIO-GERENTE RESERVA DE MEAÇÃO. ÔNUS DE PROVA. ART. 3º DA LEI 4.121/62.

Pretensão da viúva do sócio em resguardar a meação que não se admite, no caso concreto, porque evidenciado que dependia e se beneficiou da atividade do marido na constância da sociedade conjugal em regime de comunhão universal de bens. Incumbe ao cônjuge do exe-

cutado que busca excluir a meação sobre o bem penhorado provar que a dívida não foi contraída em benefício da família. Adoção de precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Penhora mantida. Agravo de Petição desprovido.

(TRT-12ª Região - Agravo de Petição 0001052-13.2010.5.04.0303 - Data de Publicação: 13/07/2011 - Relator: Des. Flavio Portinho Sirangelo)

5. RESPONSABILIDADE DO GRUPO ECONÔMICO

5.1 Conceito

De acordo com a CLT (art. 2º, §2º), "sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas".

Dispõem também o art. 3º, §2º da Lei 5.889/73 "sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Alice Monteiro de Barros conceitua grupo econômico como:

Um conglomerado de empresas que, embora tenham personalidade jurídica própria, estão sob o controle administrativo ou acionário de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de outra atividade econômica, sendo solidariamente responsáveis para os efeitos da relação de emprego (art. 2º, §2º, da CLT). (BARROS, 2009, p. 385)

Para Maurício Godinho Delgado,

O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação justrabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica. (DELGADO, 2011, P. 397)

Grupo econômico é a reunião de empresas para a exploração de atividades de natureza econômica.

5.2 Caracterização

A Lei de Sociedades Anônimas (art. 266) dispõe que as relações entre sociedades serão estabelecidas por convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos. Considera constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registro do comércio, da convenção do grupo (art. 271). Mas existem grupos de fato.

O Código Civil (art. 1.097) dispõe sobre sociedades ligadas, assim consideradas aquelas que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas ou de simples participação.

Esses conceitos, no entanto, são insuficientes para o Direito do Trabalho, no qual considera que as empresas integrantes do grupo devem manter uma relação entre si: para alguns, uma relação de dominação entre a empresa principal e as empresas subordinadas; para outros, não há necessidade dessa configuração, bastando uma relação de coordenação entre as diversas empresas sem que exista uma em posição predominante.

Mozart Victor Russomano, citado por Alice Monteiro de Barros distingue essas duas situações:

A primeira delas é a forma tradicional do consórcio; pressupõe uma organização piramidal em cujo vértice situa-se uma empresa líder (holding), detendo um poder de comando, direção, vigilância ou controle sobre as demais empresas participantes do grupo, que se tornam lideradas. Nesse caso, o grupo caracteriza-se pelo controle unificado, sendo sua forma mais comum a participação acionária majoritária da empresa principal, no capital de cada uma das empresas secundárias.

O autor mencionado anteriormente, admite também uma segunda forma de grupo econômico instituído sem a existência da empresa líder e de empresas lideradas, mas com todas as empresas dispostas horizontalmente, no mesmo plano, exercendo, reciprocamente, controle ou vigilância e participando todas de um empreendimento global. Nesse sentido há também pronunciamento jurisprudencial. (BARROS, 2009, p. 386)

Entende-se que o critério de coordenação seja melhor, tendo-se em vista a finalidade do instituto, que é a garantia da solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Reconheça-se, no entanto, que ganha preferência a teoria da

unidade de direção que pressupõe uma empresa líder e as demais sujeitas a essa liderança. É o critério adotado pela CLT, art. 2º, §2º, ao dispor que haverá o grupo sempre que uma ou mais empresas, tanto embora cada uma delas tenha personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra.

Lapidar o ensinamento de Maurício Godinho Delgado:

A segunda vertente considera, porém, que a verificação da simples relação de coordenação interempresarial atende ao sentido essencial vislumbrado pela ordem justralhista. A própria informalidade conferida pelo Direito do Trabalho à noção de grupo econômico seria incompatível com a idéia de se acatar a presença do grupo somente à luz de uma relação hierárquica e assimétrica entre os seus componentes. A par disso, se a intenção principal do ramo justralhista foi ampliar a garantia incidente sobre os créditos obreiros, não há por que restringir-se a figura do grupo econômico em função de um aspecto que é, em substância, irrelevante do ponto de vista dos contratos empregatícios firmados. De todo modo, essa ampliação também potencializaria a prerrogativa de utilização pelos membros do grupo da prestação de trabalho pactuada com o mesmo trabalhador.

Assim, para alguns, haverá o grupo quando entre as empresas houver um controle acionário. Para outros, basta o grupo de fato para que se caracterizem as obrigações atribuídas pela lei às diversas empresas.

Importante ressaltar que as empresas pertencentes ao grupo econômico possuem personalidade jurídica própria. Caso as empresas integrantes do grupo não fossem independentes e autônomas uma perante as outras não seria possível a exigência do grupo porque a perda da independência e autonomia provocaria um fenômeno jurídico de integração entre todas, formando uma só unidade e não um grupo. Portanto, a unificação da empresa tem o efeito de fazer desaparecer o grupo e este só existe quando as empresas são separadas e cada qual tiver a sua personalidade jurídica.

No mesmo sentido Alice Monteiro de Barros afirma que:

Cumpra, inicialmente, examinar uma questão de extrema relevância e que diz respeito à formação do grupo econômico. Este pressupõe unidade diversificada, ou seja, o uno com pluralidade de elementos, residindo, aí o traço que o distingue da fusão e da incorporação, que constituem a concentração na unidade. A concentração e o grupo econômico são fenômenos importantes para a pro-

dução, tanto no regime empresarial pertencente ao setor público, como ao setor privado. (BARROS, 2009, p. 385-386)

Por fim, esse grupo será de empresas, o que exclui outros tipos de empregadores não constituídos sob a forma de empresa, como as associações de direito civil, os profissionais liberais empregadores, as entidades sem fins lucrativos, instituições de beneficência, os entes da administração pública etc. O grupo tem como característica primeira a sua natureza econômica.

A propósito, Maurício Godinho Delgado:

A ordem justralhista delimita claramente o tipo de sujeito de direito que pode compor a figura do grupo econômico aventado pela CLT e Lei n. 5.889/73. O componente do grupo não pode ser qualquer pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado; não se trata, portanto, de qualquer empregador, mas somente certo tipo de empregador, diferenciado dos demais em função de sua atividade econômica. Surge aqui o primeiro requisito dessa figura tipificada do Direito do Trabalho (composição por entidades estruturadas como empresas). (DELGADO, 2011, p. 398-399)

Ressalte-se, porém, que este entendimento não é unânime na doutrina, havendo quem entenda a possibilidade de formação de grupo econômico de profissionais liberais, fundações e instituições beneficentes, de forma excepcional.

5.3 Responsabilidade por verbas trabalhistas

Não resta dúvida de que a lei trabalhista (art. 2º, §2º, CLT) instituiu a responsabilidade solidária entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, pelas dívidas trabalhistas de cada uma delas perante os seus respectivos empregados. Portanto, havendo grupo econômico, os empregados das diversas empresas do grupo estão mais bem garantidos, uma vez que seus créditos trabalhistas podem ser respondidos por outra empresa do grupo, mesmo que para ela não tenham trabalhado, e que será responsabilizada a título de coobrigada ao lado da devedora principal

Há certa controvérsia na doutrina a respeito do tipo de solidariedade aplicável ao grupo econômico. Há quem defenda que a solidariedade é exclusivamente passiva, ou seja, a responsabilidade das empresas pertencentes ao grupo se refere apenas aos débitos trabalhistas. Por outro lado, a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que a solidariedade existente entre as empresas é passiva e ativa, caracterizando a figura do emprega-

dor único, isto é, as pessoas jurídicas do grupo podem utilizar da prestação de serviços de um mesmo empregado sem configurar mais de um contrato de trabalho. Entendimento este confirmado pela Súmula n. 129 do TST.

Maurício Godinho Delgado aponta os efeitos da responsabilidade dual:

Desde que se acolha a tese da solidariedade ativa (além da incontroversa solidariedade passiva), alguns importantes efeitos justrabalhistas podem se verificar quanto a determinado empregado vinculado ao grupo econômico. Citem-se, ilustrativamente, alguns desses potenciais efeitos: a) ocorrência da accessio temporis, isto é, a contagem do tempo de serviço prestado sucessivamente às diversas empresas do grupo; b) possibilidade de veiculação da temática de equiparação salarial em face de empregados de outras empresas do grupo – caso configurados, evidentemente, os demais pressupostos do art. 461 da CLT; c) pagamento de um único salário ao empregado por jornada normal concretizada, ainda que o obreiro esteja prestando serviços concomitantemente a distintas empresas do grupo (Súmula 129, TST); d) natureza salarial dos valores habituais recebidos de outras empresas do grupo por serviços prestados diretamente a elas (com o conseqüente efeito expansionista circular dos salários); e) extensão do poder de direção empresarial por além da específica empresa em que esteja localizado o empregado – com o que se autorizaria, a princípio, a transferência obreira de uma para outra empresa do grupo, respeitadas as limitações legais quanto à ocorrência de prejuízo (art. 468, CLT). Ressalte-se que, mesmo no caso de grupo econômico, a transferência de localidade sempre exigirá real necessidade do serviço – Súmula 43, TST -, submetendo-se, ainda, às demais regras do art. 469 da CLT. (DELGADO, 2011, p. 404)

Por fim, cabe-se registrar que com o cancelamento da Súmula n. 205 do TST não mais se exige que para o componente do grupo responder pela dívida, em execução trabalhista, deva constar do processo de conhecimento, ou seja, do título judicial. Desde que se faça na execução, a prova da existência do grupo, caberá a responsabilização solidária.

Em relação ao grupo econômico, citam-se os seguintes acórdãos para elucidar a matéria:

EMENTA: GRUPO ECONÔMICO: CONFIGURAÇÃO E RESPONSABILIDADE. É entendimento cogente em nosso ordenamento jurídico que a existência do grupo econômico independe da administração, controle ou fiscalização por uma empresa líder, podendo o conglomerado atuar, antes, no mesmo plano e com igual participação no empreendimento. Esta interpretação coaduna inteiramente com a norma basilar de proteção ao direito do hipossuficiente, que não pode ficar à mercê de discussões estéreis acerca da responsabilidade societária ou interpretação literal de dispositivo de lei, devendo sobrepujar, sempre, a realidade conjuntural e econômica da sociedade. Assim, basta que estejam presentes os elementos de integração interempresarial disciplinados no art. 2º, parágrafo 2º, da CLT, e comprovado que as empresas atuam no mesmo ramo de atividade e têm identidade de quadro societário, evidenciando-se as estreitas relações mantidas entre as empresas, devendo ser mantida a decisão que reconheceu a responsabilidade solidária das componentes do grupo econômico pelo adimplemento do crédito trabalhista, não se olvidando que são consideradas empregadoras únicas.

(TRT-3ª Região – Agravo de Petição 00130-2009-080-03-00-0 – Data de Publicação: 20/07/2009 – Relator: Des. Fernando Antônio Viégas Peixoto)

EMENTA: GRUPO ECONÔMICO - CONFIGURAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Há muito, a doutrina e a jurisprudência brasileiras se firmaram no sentido de que basta a mera coordenação entre as empresas, para a configuração do grupo econômico. Isso dá em razão da redação do artigo 3º, § 2º, da Lei n. 5.889/73, que, de forma expressa, admite a formação do grupo econômico mesmo quando cada uma das empresas guarde sua autonomia. A Constituição da República de 1988 equiparou os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, não havendo hoje nem sequer distinção quanto ao prazo prescricional, não havendo razão para se exigir a subordinação de uma empresa a outra, na relação de emprego urbana, e mera coordenação das empresas rurais. Portanto, independentemente da atividade desenvolvida pelas empresas, a verificação de relação de coordenação entre elas configu-

ra a existência de grupo econômico, para os efeitos trabalhistas, importando na responsabilidade solidária de todas elas.

(TRT-3ª Região - Recurso Ordinário 0066400-76.2009.5.03.0032 - Data de Publicação: 22/10/2010 - Relator: Des. Manuel Cândido Rodrigues)

EMENTA: REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. Não há qualquer óbice legal para o redirecionamento da execução para outra empresa integrante do mesmo grupo econômico, ainda que não tenha integrado a lide na fase de cognição, quando ineficaz a execução contra a empregadora. Tampouco que este reconhecimento somente ocorra na fase de execução, quando configurada a ocorrência do instituto nos mesmos moldes do disposto no art. 2º, §2º, da CLT. Esse é o entendimento que vem prevalecendo neste Tribunal, inclusive pelo cancelamento da Súmula nº 205 do TST, o que veio a reforçar essa tese.

(TRT-4ª Região - Agravo de Petição 0041200-08.2001.5.04.0004 - Data de Publicação: 14/10/2010 - Relator: Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira)

EMENTA: GRUPO ECONÔMICO - CARACTERIZAÇÃO - Ao estabelecer que todas as empresas componentes do grupo econômico são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes dos contratos de trabalho celebrados por qualquer delas, pretendeu o parágrafo 2o. do art. 2o. da CLT garantir a solvabilidade dos créditos trabalhistas. Assim, embora falando em empresa principal e subordinadas, a relação entre elas existente não precisa ser, necessariamente, de dominação, bastando uma simples relação de coordenação horizontal entre as empresas. A Lei n. 5.889/73, que regula o trabalho rural, bem mais recente do que a CLT, ampliou o conceito de grupo econômico adotado pelo parágrafo 2o. do art. 2o. da CLT, para nele incluir a possibilidade de sua existência por simples coordenação entre as empresas, estabelecendo em seu art. 3o., parágrafo 2o., que "sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda

quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural...". A tese adotada por aqueles que sustentam ser necessária a relação de dominação através do controle, direção ou administração da empresa principal sobre as filiais, baseada principalmente na interpretação literal do parágrafo 2o. do art. 2o. da CLT, está envelhecida e não mais atende plenamente àquela finalidade social de garantia dos créditos trabalhistas.

(TRT-3ª Região - Recurso Ordinário 17738/00 - Data de Publicação: 02/12/2000 - Relator: Des. Luiz Otávio Linhares Renault)

6. CONCLUSÃO

À guisa de encerramento, conclui-se que, também no Direito do Trabalho, a regra geral sobre a responsabilidade civil é a subjetiva, ou seja, aquela decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos, além da necessidade da presença dos demais requisitos tais como o dano e o nexo causal.

Em relação à responsabilidade da empresa, ela sempre ocorrerá caso haja o descumprimento das obrigações trabalhistas.

O sócio também poderá ser atingido caso a empresa não apresente patrimônio suficiente para o cumprimento de sua obrigação, lembrando que a responsabilidade, nesse caso, será sempre subsidiária, caracterizada pelo seu caráter sucessivo, só podendo ser invocada pelo credor caso o cumprimento da obrigação pelo responsável principal se torne inviável, sem êxito.

O responsável subsidiário pode exigir que sejam atingidos primeiros os bens do devedor principal se indicar bens deles, desde que livres e desembaraçados. Sendo os bens indicados suficientes para quitar a dívida toda, não será alcançado pela execução. Caso contrário, terá de arcar com as consequências do adimplemento do remanescente.

Ao contrário da responsabilidade estabelecida para o grupo econômico, a qual se caracteriza como solidária, de acordo com o estabelecido pelo art. 2º, parágrafo segundo da CLT.

A responsabilidade solidária é a vinculação de vários sujeitos à satisfação de uma obrigação jurídica, permitindo ao credor escolher de qual ou quais devedores pretende obter, total ou parcialmente, a prestação a que tem direito.

O responsável solidário não pode afastar a pretensão do credor comum sob a alegação de que existem outras pessoas igualmente responsáveis, ou pelo fato de haver co-responsáveis com mais bens do que ele, garantindo-se, assim, o recebimento dos seus créditos pelo empregado, que é a parte hipossuficiente da

relação trabalhista.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francsico. *Direito Civil – Introdução*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhistas: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Intuições Civis no Direito do Trabalho: parte geral, obrigações, responsabilidade civil e contratos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, Volia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3 ed. Niterói: Impetus, 2009.

DALEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Responsabilidade e as relações do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador: em face do novo Código Civil*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito do Trabalho. Especialista em Direito do Trabalho e

Processo do Trabalho. Professora do Centro Universitário Newton Paiva, da Faculdade de Direito de Pedro Leopoldo, da Pós-Graduação do Pitágoras e do IEC-PUC Minas. Analista Judiciário do TRT/MG

2 Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Analista Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.



QUEM
SE PREPARA,
NÃO PARA.