

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

RevJurFA7	Fortaleza	v. VI	n. 1	abr. 2009	306 p.
-----------	-----------	-------	------	-----------	--------

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro / Faculdade 7 de Setembro – v. 1, nº 1, (jan./dez. 2004) – Fortaleza: Bookmaker, 2004.

Publicação anual
ISSN 1809-5836

1. Periódico científico e cultural – Faculdade 7 de Setembro – FA7.
2. Artigos Jurídicos. I. Faculdade 7 de Setembro – FA7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta

REVISTA JURÍDICA DA FA7
PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO
www.fa7.edu.br / revjurfa7@fa7.edu.br

EDITOR

Felipe dos Reis Barroso

CONSELHO EDITORIAL

Agerson Tabosa Pinto
Alécio Saraiva Diniz
Ângela Teresa Gondim Carneiro
Danilo Fontenelle Sampaio
Ednilo Gomes de Soárez
Fernando Antônio Negreiros Lima
Ionilton Pereira do Vale
João Luis Nogueira Matias
José Feliciano de Carvalho
Luiz Dias Martins Filho
Maria Vital da Rocha

CONSELHO INTERNACIONAL

Antonio Fernández de Buján
(Universidade Autônoma de Madri, Espanha)

Luís Rodrigues Ennes
(Universidade de Vigo, Espanha)

Maria José Bravo Bosch
(Universidade de Vigo, Espanha)

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Edwaldo Junior

PROJETO GRÁFICO

Book
e d i t o r a

Tiragem: 500 exemplares

ISSN 1809-5836

FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60811-024 – Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

DIRETOR GERAL

Ednilton Gomes de Soárez

DIRETOR ACADÊMICO

Ednilo Gomes de Soárez

VICE-DIRETOR ACADÊMICO

Adelmir de Menezes Jucá

SECRETÁRIA GERAL

Fani Weinschenker de Soárez

COORDENADORES:

Administração: Francisco Hercílio de Brito Filho

Ciências Contábeis: Luiz Daniel de Albuquerque Dias

Direito: Maria Vital da Rocha

Pedagogia: Selene Maria Penaforte Silveira

Sistemas de Informação: Marum Simão

Comunicação Social: Juliana Lotif

APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO

O curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro (FA7) continua com vários motivos para comemorar seu desempenho acadêmico.

Dentre as instituições de ensino superior cearenses, nossos graduados continuam obtendo o mais alto nível de aprovação nos exames da OAB.

Nossa revista jurídica encontra-se agora indexada pela Qualis, da CAPES, e agradecemos ao prof. Dr. João Luís Nogueira Matias pelo apoio.

Dentre os eventos jurídicos e culturais organizados pelo curso, destacamos o V Encontro de Iniciação Científica, em 2009, com apresentação de trabalhos de ótima qualidade, por alunos e graduados em Direito, oriundos da FA7 e de outras instituições. Os seis trabalhos que obtiveram a maior pontuação estão aqui publicados.

Agradecemos aos colaboradores, pelos textos aqui publicados; e à profa. Dra. Maria Vital da Rocha, coordenadora do curso de Direito, pela confiança depositada no nosso trabalho.

Com doutrina nacional e d'além-mar, prestando louvável contribuição à divulgação e ao estudo das ciências jurídicas, nossa revista continua convidando contribuições para os próximos números, com espaço para outras modalidades de texto, conforme as normas de publicação explicitadas no final deste número.

Boa leitura e até a próxima,

Prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso
Editor

Lista de abreviaturas

ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BGB	–	Bürgerliche Gesetzbuch
BGHZ	–	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
CC	–	Código Civil
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	–	Constituição Federal
CLT	–	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	–	Código de Processo Civil
CPP	–	Código de Processo Penal
Finsocial	–	Fundo de Investimento Social
ICMS	–	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
HC	–	Habeas corpus
ISO	–	International Standardization Organization
JECC	–	Juizados Especiais Cíveis e Criminais
LEP	–	Lei de Execuções Penais
OAB	–	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	–	Organização Internacional do Trabalho
ONU	–	Organização das Nações Unidas
PIB	–	Produto Interno Bruto
RE	–	Recurso extraordinário
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO SUMÁRIO SUMÁRIO SUMÁRIO SUMÁRIO SUMÁRIO

Artigos

AS PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS (<i>Thalita Carneiro ARY</i>)	11
REFLEXIONES A PROPOSITO DE LA REALIDAD SOCIAL, LA TRADICIÓN JURÍDICA Y LA MORAL CRISTIANA EN EL MATRIMONIO ROMANO (I) (<i>Antonio Fernández de BUJÁN</i>)	29
O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 CONSAGRA A TEORIA AXIOLÓGICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS? (<i>Janaina Soares Noleto CASTELO BRANCO</i>)	45
A BIOÉTICA E O BIODIREITO: ASPECTOS E CONTROVÉRSIA (<i>Günther MALUSCHKE</i>)	53
O ESTADO CONSTITUCIONAL E O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO (<i>Sérgio Borges NERY</i>)	65
DIREITO DESPORTIVO E O DIREITO AO DESPORTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (<i>Rafael Teixeira RAMOS</i>)	81
ALGUNAS PRECISIONES EN PUNTO AL HISTÓRICO DISTANCIAMIENTO ENTRE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y LA CIUDADANÍA: LA POSITIVA EXPERIENCIA ANGLOSAJONA (<i>Luis RODRÍGUEZ ENNES</i>)	105
UNIDADE DE CONSERVAÇÃO E PLANO DIRETOR: A PRECEDÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO (E AO) MEIO AMBIENTE SOBRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE E DE CONSTRUIR. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI QUE INSTITUI, EM FORTALEZA, A ÁREA DE RELEVANTE INTERESSE ECOLÓGICO “DUNAS DO COCÓ” (<i>José de Albuquerque ROCHA, João Alfredo Telles MELO, Rodrigo de Medeiros SILVA</i>)	121
ASPECTOS ANÔMALOS DA RECLAMAÇÃO PERANTE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (<i>Paulo Ricardo Cavalcante de SIQUEIRA</i>)	151
DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A FORMAÇÃO DO DIREITO MODERNO NA ANTIGUIDADE E NO MEDIEVO (<i>Eneas Romero de VASCONCELOS</i>)	169

Especialização em Direito Processual

A LEI Nº 9.099/95 E SUAS INCONGRUÊNCIAS: BREVE ANÁLISE (<i>Thiago Pinho de ANDRADE</i>)	183
--	-----

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS HOJE DISPONÍVEIS NA DEFESA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (<i>Jordete de Oliveira Franco GOMES</i>)	197
---	-----

V Encontro de Iniciação à Pesquisa

Categoria: graduados

A LEI DO ANTITERRORISMO NA FRANÇA E A ANTÍTESE ENTRE A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E A PERMISSÃO AOS ABUSOS CONTRA ELES (<i>Antonia Morgana Coelho FERREIRA e Saulo Nunes de Carvalho ALMEIDA</i>)	211
---	-----

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A MODERNA ATIVIDADE EMPRESARIAL (<i>Nathalie de Paula CARVALHO</i>)	229
---	-----

O ASSÉDIO PROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DO TRABALHO (<i>Antonia Morgana Coelho FERREIRA e Saulo Nunes de Carvalho ALMEIDA</i>)	245
--	-----

Categoria: não graduados

APLICAÇÃO DO ART. 475-J DO CPC À EXECUÇÃO TRABALHISTA (<i>Lucas de Brandão e MATTOSA</i>)	261
--	-----

A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA (<i>Edvaldo de Aguiar Portela MOITA</i>)	275
--	-----

POSSIBILIDADE DE DIREITOS HUMANOS EM HOBBS A PARTIR DAS DIFERENTES CORRENTES INTERPRETATIVAS QUANTO AO FUNDAMENTO DA OBRIGAÇÃO POLÍTICA (<i>Ary Salgueiro Euclides de ARAÚJO e Lucas Romero MONTENEGRO</i>)	285
--	-----

Outras Colaborações

INSTITUTO DE ESTUDOS IBÉRICOS (<i>Discurso de posse do Prof. Dr. Agerson Tabosa Pinto</i>)	301
---	-----

Livros Jurídicos

SUSPENSÃO DE TUTELAS JURISDICIONAIS CONTRA O PODER PÚBLICO (<i>Isabel Cecília de Oliveira BEZERRA</i>)	305
---	-----

DIREITO PENAL, SÉRIE CONCURSO POLÍCIA FEDERAL (<i>Emerson CASTELO BRANCO</i>)	307
--	-----

AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS (<i>Ionilton Pereira do VALE</i>)	308
---	-----

Os textos assinados são de responsabilidade exclusiva dos seus autores e estão organizados por ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

Os *abstracts* encontram-se ao final dos textos respectivos
/ *The abstracts follow each text.*

AS PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

Thalita Carneiro Ary

Mestra em Relações Internacionais (UnB)

Professora de Direito Internacional Público da FA7

thalitary@gmail.com

Sumário: Introdução. 1) Princípio da autodeterminação dos povos. 2) O princípio da autodeterminação dos povos e os atuais problemas africanos. Conclusão.

Resumo: O princípio da autodeterminação dos povos inicia sua trajetória para se consolidar como um princípio do Direito Internacional Público a partir da criação das Nações Unidas, em 1945. Após a incorporação do citado princípio em sua Carta, a Assembléia Geral da ONU passa a proferir inúmeras resoluções as quais corroboraram para moldar um direito consuetudinário referente à autodeterminação dos povos. Convergindo para o real fortalecimento deste princípio, o fenômeno histórico da descolonização dos países africanos, ocorrido em meados dos anos 50 e 60, teve uma enorme relevância, uma vez que os clamores por libertação desses povos colocaram o tema em destaque. No entanto, após o término do processo descolonizador, emerge a indagação acerca do desmembramento desse princípio além do caráter meramente anti-colonial, estendendo sua aplicabilidade também para os movimentos separatistas no interior de Estados soberanos. Surge, dessa maneira, a possibilidade de legitimação da chamada autodeterminação interna, alentando os desígnios de povos que desejem a secessão da entidade estatal soberana a qual estão submetidos.

Palavras-chave: Autodeterminação dos Povos. Nações Unidas. África.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa o estudo e a análise do princípio do Direito Internacional referente à autodeterminação dos povos. Nesse contexto, analisa-se a importância do processo de descolonização africana para a efetiva consolidação da autodeterminação dos povos como um princípio de Direito Internacional Público. Também não poderá ser olvidado o estudo da atual situação africana, concernente à possibilidade de aplicação do referido princípio para a consecução dos intentos de secessão no continente africano.

Em fins do século XIX, um fenômeno eivado por anseios imperialistas das grandes potências européias assola a África, ocasionando a partilha de praticamente todo o continente africano de maneira vil, e rebaixando-o à condição de colônia européia. Essa situação de subjugação perdurou por, aproximadamente, setenta anos, quando, em meados dos anos cinquenta, iniciou uma incrível proliferação de movimentos nacionalistas de independência, os quais libertam o continente das amarras coloniais. Vale ressaltar que o continente asiático também foi dividido entre os europeus, embora de maneira menos predatória que na África.

A descolonização africana ocorreu de maneira mais efetiva durante a década de sessenta, uma vez que a maioria da África Subsaariana obteve a independência. O processo de libertação é apenas arrematado no ano de 1975, com a independência das colônias portuguesas de Angola e Moçambique, findando, dessa maneira, o longo período de dominação européia na África. É nesse contexto histórico que surge a discussão acerca da autodeterminação dos povos, direito este que vem sendo invocado desde os remotos tempos da Declaração de Independência dos Estados Unidos, embora apenas tenha iniciado seu percurso para se tornar um princípio consolidado do Direito Internacional em virtude desse período descolonizador.

No entanto, deve-se aclarar a razão da escolha do caso africano para explicar o surgimento, no contexto internacional, do princípio da autodeterminação dos povos. O fato é que a colonização asiática ocorreu de maneira mais amena, tendo em vista que os europeus dividiram certos países por áreas de influência, muitos deles sob a forma de protetorados. Excetuando o traumático caso da dominação francesa, na região da Indochina, a conquista da Ásia mostrou-se menos incisiva que a africana, não necessitando, em seu processo de descolonização, invocar de forma veemente o direito de os povos se autodeterminarem.

Destarte, os constantes clamores por autodeterminação proferidos pelos africanos foram decisivos para que as Nações Unidas, por meio de inúmeras resoluções, houvesse reconhecido e proclamado efetivamente o princípio da autodeterminação dos povos. O mesmo passou por inúmeros processos de evolução no contexto da ONU, até possuir seu definitivo delineamento como um direito de todos os povos serem livres, possuindo a prerrogativa de se autodeterminarem de forma independente e incompatível com investidas colonialistas. Saliente-se que a autodeterminação dos povos foi incorporada na Constituição Brasileira de 1988, fazendo parte do rol de princípios pelos quais o Brasil se rege em suas Relações Internacionais. Contudo, o principal aspecto referente a este princípio é a possibilidade de, além de proteger a luta contra a colonização, também possa legitimar a ocorrência de movimentos de secessão em Estados soberanos consolidados.

Nessa ótica, analisa-se a possibilidade de o princípio da autodeterminação dos povos também abrigar tais movimentos separatistas em sua aura de legitimação,

possibilitando a autodeterminação de minorias étnicas que vivem sob a égide de Estados que não condizem com sua real configuração cultural e racial.

1 PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

Especificar o exato momento em que surge a idéia do princípio de os povos se autodeterminarem é bastante complicada de realizar, tendo em vista que inúmeros fatores históricos uniram-se para consagrar o referido princípio na forma em que hoje se apresenta. Assim sendo, pode-se contextualizar seus antecedentes nos tempos das Revoluções americana e francesa, ambas no final do século XVIII, as quais trouxeram à tona o expresso consentimento pelos princípios da liberdade, igualdade, soberania e independência dos povos.

Também não se pode deixar de mencionar a relevância dos nacionalismos do século XIX, no contexto da evolução do princípio da autodeterminação dos povos. Com o aparecimento do Estado-Nação Westfaliano, surge a concepção de que cada entidade estatal deve possuir um território determinado, um governo soberano, o qual não dependa de nenhuma outra entidade estatal, exercendo sua soberania relativamente a uma população determinada. Entretanto, alguns juristas tradicionais apontam o elemento povo, que está mais ligado à noção de nação¹, como um dos componentes básicos desse Estado Nacional, ao invés do elemento população. Magnoli (1997, p. 15) ressalta essa idéia ao afirmar:

A nação ergueu-se sobre a consciência da unidade cultural e do destino de um povo, expressa nos símbolos da pátria e apoiada na distinção entre o natural e o estrangeiro. Apenas o Estado-Nação associou definitivamente os conceitos de povo e nação ao território, estabelecendo os vínculos de natureza abstrata - ou seja: ideológica - entre eles.

A partir de meados da Primeira Guerra Mundial, pela primeira vez, o princípio da autodeterminação dos povos aparece como um importante elemento no cenário internacional. Surge com duas versões, uma radical e a outra mais moderada. A primeira é defendida por Lênin (apud FALK, 2000, p. 104) em meio ao processo da Revolução Russa, consubstanciando-o como imprescindível para a paz mundial e referindo-se, mais precisamente, aos povos não-europeus que se

¹ Apresenta-se extremamente complicado atribuir um conceito absoluto de nação, tendo em vista ser uma noção bastante subjetiva. No entanto, esboça-se como idéia geral de nação uma coletividade unida por laços de cultura, tradições, línguas e etnia comum, apresentando caráter de solidariedade entre seus membros para a manutenção da unidade do grupo. Também cabe considerar que, irrefutavelmente, a mesma não se confunde com o Estado, uma vez que este apresenta conceito eminentemente jurídico, enquanto que a nação apresenta um aspecto sociológico.

encontravam em condição de dominação. Este afirmava: *“The liberation of all colonies, the liberation of all dependent, oppressed, and nonsovereign people is necessary for the maintenance of international peace.”*

Muitos autores consideram o ideário leninista como um dos marcos intelectuais para o desenvolvimento do princípio, salientando Moraes (1998, p. 142 e 143) que:

Entende a doutrina que a idéia de autodeterminação dos povos bebeu em termos filosóficos, num primeiro momento, na Declaração de Independência dos Estados Unidos e no pensamento jeffersoniano que se lhe encontrara subjacente e num segundo, no pensamento leninista, essencialmente emancipalista e anti-imperialista.

A versão moderada da defesa do princípio da autodeterminação dos povos, elaborada pelo presidente norte-americano Woodrow Wilson, foi a escolhida para que o citado princípio iniciasse seu caminho até se tornar um corolário do Direito Internacional.

Wilson pretendia impor o imediato alcance do princípio aos povos da Europa que se encontravam subjugados tanto ao Império Otomano, quanto ao Império Austro-Húngaro. Também estendia sua atuação aos povos coloniais não-europeus, embora de forma mais cautelosa e ambígua. Enquanto que Lênin pregava a autodeterminação de todos os povos, Wilson restringiu sua aplicação apenas dentro dos parâmetros coloniais, sem desejar a dissolução da referida ordem, ou seja, estendia a autodeterminação aos povos “civilizados”. Receava, assim, que uma ampliação do alcance do princípio pudesse causar instabilidade nessa nova ordem, pela proliferação de movimentos de secessão.

Contudo, a maneira mais ampla e idealista, preconizada por Lênin, foi, sem dúvida, a maior fonte de inspiração dos movimentos nacionalistas que viriam a proliferar no pós-Segunda Guerra Mundial. Já a ideologia mais limitada de Wilson em seus Quatorze Pontos, fez com que o princípio da autodeterminação dos povos iniciasse sua trajetória para se tornar um preceito consolidado do Direito Internacional Público, o que viria a ocorrer após a criação das Nações Unidas.

1.1. AS NAÇÕES UNIDAS E A CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a conseqüente criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, inicia-se uma nova fase para o princípio da autodeterminação dos povos, começando, assim, sua caminhada para se consagrar como um princípio do Direito Internacional Público.

Durante o período de incorporação de um texto que se referisse ao direito dos povos se autodeterminarem, no escopo da Carta da ONU, assistiu-se a

volta do embate entre as visões leninista e wilsoniana. A concepção de Lênin consagrava esta idéia como um “direito” inerente aos povos, estendendo-a aos que estavam com amarras coloniais. A posição da União Soviética (URSS) baseou-se nessa ideologia leninista ao apoiar a dialética de que a ordem colonial deveria ser questionada.

Por outro lado, as enfraquecidas potências européias advogavam pela não interferência em seus assuntos coloniais, predestinadas a mantê-las pela força, caso necessário. Os Estados Unidos procuram adotar uma posição menos incisiva já que tinham os europeus como aliados estratégicos, embora carregasse o legado de luta pelos ideais libertários e de independência. Portanto, o suporte jurídico do princípio da autodeterminação dos povos está contido nos artigos 1 e 55 da Carta da ONU.

Cabe atentar ao fato de o texto considerar a autodeterminação como um princípio e não um direito, atestando certa incoerência normativa no trato da questão. Falk (2000, p. 106) corrobora para esse entendimento ao explicitar: *to the extent that a principle exists and is actualized, it implies the existence of rights and duties to ensure its application, or at least encompasses the prospect that such rights will, as appropriate, be specified and realized.*

Somente em decorrência da influência dos clamores e movimentos de independência dos povos coloniais, a ONU passa a consagrar, em seus subseqüentes textos, que os povos possuem o “direito” de se autodeterminarem. Desse modo, entende Orentlicher (2000, p. 1256) que: “[...] *previously associated with the right of subject nationalities to form their own state, to metamorphose into a right of colonial territories to break free of the metropolitan state.*”

Vale salientar que o referido princípio foi ainda reforçado ao ser incorporado no texto de duas convenções internacionais, quais sejam: o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais, ambos de 1966, os quais representaram um grande avanço haja vista que possuem caráter de obrigatoriedade aos Estados signatários, colaborando para consolidação do princípio na esfera internacional.

Portanto, os dispositivos acima mencionados são o suporte jurídico do princípio da autodeterminação dos povos, atestando que o mesmo não se trata de mera concepção política, já que se encontra expressamente disposto em importantes instrumentos jurídicos do Direito Internacional, ou seja, está amparado num direito fundamental do homem, que é o de se dispor autonomamente. Dessa forma, posiciona-se o citado direito no campo dos “Direitos Humanos”, posto que seus titulares são os “povos”, caracterizando-se como um direito coletivo, sem detrimento aos auspícios individuais.

1.2 A INCIDÊNCIA DA DESCOLONIZAÇÃO AFRICANA NA AUTO-DETERMINAÇÃO DOS POVOS

Após a Segunda Guerra Mundial, ocorreram modificações, em inúmeros sentidos, sob a égide do Direito Internacional. E uma dessas mudanças aconteceu com o princípio da autodeterminação dos povos. Inicialmente surgido como um princípio, na Carta das Nações Unidas, serviu de inspiração ao surgimento dos movimentos emancipalistas de possessões ainda coloniais. Posteriormente, transformou-se no “direito” de os povos se autodeterminarem em virtude do processo de descolonização das colônias africanas e asiáticas, ocorrido em meados da década de 50 e durante os anos 60.

Nesse contexto, a Assembléia Geral da ONU atuou, durante o período das independências africanas, de forma a moldar a estrutura do referido princípio mediante inúmeras resoluções. Neste período, havia uma perceptível discrepância de opiniões entre os países colonialistas europeus, de um lado, e o bloco dos independentes países asiáticos e africanos e do socialista, no tocante à qual interpretação deveria ser dada aos artigos primeiro e 55 da Carta.

Os países europeus com territórios coloniais desejavam caracterizar o princípio da autodeterminação dos povos de maneira mais programática e sem aplicação imediata, enquanto que os países terceiro-mundistas independentes, principalmente após a Conferência de Bandung², passaram a vislumbrá-lo como um aliado na luta contra o colonialismo. Entretanto, a resolução das Nações Unidas posicionaram-se claramente em favor dos clamores anti-coloniais, promovendo fervorosas discussões entre seus membros, divididos entre os favoráveis e desfavoráveis a esta visão.

Considera-se marcante a Resolução nº 1514, de 14 de dezembro de 1960, a qual ficara conhecida como “Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais”. A referida Declaração condenou a existência de povos subjugados e explorados por outros países, atestando que fere os direitos dos homens e os dispositivos de sua Carta, além de obstaculizar a promoção da paz, segurança e cooperação internacional.

Com fins de assegurar a observância das recomendações contidas na Declaração para a descolonização, as Nações Unidas, por meio da Resolução 1654, de 1961, da Assembléia Geral, criou um comitê especial o qual ficara conhecido como “Comitê dos 24”. Este tinha a incumbência de analisar a aplicação da Declaração, além de trabalhar para sua implementação. Dessa

² A Conferência de Bandung ocorreu em 1955, na Ilha de Java, Indonésia, contando com a participação de vinte e nove países africanos e asiáticos. Tinha como objetivo precípuo uma nova inserção dos países descolonizados na atual dinâmica da Guerra Fria, advogando pela formação de um bloco equidistante das relações antagônicas entre leste capitalista e oeste socialista.

forma, a “Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais” foi aclamada como essencial para a consolidação do princípio de os povos se disporem por si próprios, a partir daí também considerado um direito. Dessa forma, considera-se o período do pós-guerra mundial até os anos 70 como a segunda fase de afirmação do princípio da autodeterminação dos povos, conhecida pelo seu desdobramento descolonizador.

Portanto, percebe-se clara a constatação de que o processo de descolonização caracterizou-se como fundamental para a aceitação internacional do referido princípio, além de lançar suas características basilares. Vale ainda ressaltar que o inverso também ocorreu, haja vista que o trabalho desempenhado pela ONU para, inicialmente, reconhecer o princípio e, posteriormente, o direito de os povos se autodeterminarem, influenciou e incentivou o fenomenal processo de independência dos países africanos nos anos 60.

Mostra-se incontestável o fato de que ambos os processos possuíram uma ingente conexão, já que quase todos os países africanos e asiáticos tornaram-se independentes, enquanto que o princípio da autodeterminação dos povos emergiu no cenário internacional com força de princípio do Direito Internacional Público. Não esquecendo de ressaltar que essas resoluções acerca do princípio da autodeterminação dos povos criaram, indubitavelmente, um direito costumeiro da descolonização, inserido na categoria de costume internacional.

1.3 APENAS UM DIREITO DE DESCOLONIZAÇÃO?

O princípio da autodeterminação dos povos, por seu caráter consuetudinário, adquiriu suas peculiaridades ao longo da trajetória para se firmar como um instrumento do Direito Internacional. Dessa forma, acabou apresentando uma abrangência ramificada e repleta de indagações, como se vê na seqüência. Mostra-se imensamente complicado traçar um perfil único da autodeterminação dos povos, tendo em vista os inúmeros desdobramentos que a questão apresenta. Sob a égide do Direito Internacional, o direito de os povos se autodeterminarem refere-se a dois pontos: um deles se assenta no art. 1º dos Pactos de 1966 e exprime que a autodeterminação é essencial para a efetiva proteção aos direitos humanos; enquanto que o outro desdobramento caracteriza o direito de grupos étnicos possuírem o efetivo controle da sua coletividade de indivíduos de forma soberana. O primeiro traz uma idéia abstrata a qual o incorpora na égide dos Direitos Humanos, sendo na segunda assertiva que paira o ponto sensível da questão.

Então se indaga: este direito de autodeterminação dos povos refere-se, numa visão limitada, apenas aos territórios que possuem fronteiras delimitadas e se encontram dominados por outro país, ou também abrange os clamores de grupos étnicos os quais lutam pela secessão de territórios já delimitados?

Primeiramente, percebe-se que o titular para o exercício do princípio da autodeterminação dos povos sofreu modificações em razão de mutações sofridas na ordem política, jurídica e ideológica internacional. A primeira abordagem das Nações Unidas relacionada à questão da autodeterminação, tanto nos dispositivos de sua Carta, quanto nos constantes dos Pactos de 1966 e na Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais, mostrou uma abrangência limitada aos auspícios da descolonização.

Falk (2000, p. 108) assinala que a abordagem da Declaração de 1960 é objetiva no propósito de relacionar o princípio da autodeterminação dos povos com as questões anti-coloniais, renegando uma aplicação mais abrangente. Isto se deve em virtude do receio de que ocorressem distúrbios na integridade territorial de Estados soberanos, advindos de movimentos separatistas de grupos étnicos no interior destes, caso uma visão mais ampla fosse atribuída ao citado princípio.

Nesse contexto, Orentlicher (2000, p. 1254) relata que não apenas os Estados já estabelecidos estavam engajados na tarefa de estreitar a aplicação da autodeterminação dos povos apenas no sentido de findar o colonialismo, como também os novos Estados africanos independentes. A preocupação maior se dava pelo temor da proliferação de movimentos de secessão pelos inúmeros grupos tribais, os quais habitavam o interior das fronteiras dos recém-formados países africanos. Higgins (apud FALK, 2000, p. 109) concorda com essa visão ao afirmar que se não existir estabilidade das fronteiras, a autodeterminação dos povos torna-se sem utilidade.

A Organização da Unidade Africana aderiu ao princípio da autodeterminação dos povos, o do *uti possidetis*, ou seja, os territórios dependentes teriam como fronteiras aquelas traçadas no período colonial³. Queria, assim, evitar que a independência e a estabilidade desses novos países fossem violadas. Este princípio também fora consagrado pelas Nações Unidas na Declaração de 1960, considerando que qualquer passo visando a quebra da unidade territorial de um país iria de encontro com os fins de sua Carta.

Falk (2000, p.99) considera esta visão irremediavelmente arbitrária, haja vista que priva a autodeterminação de povos que se encontrem sofrendo discriminações de raça, crença, cor e que não possam se determinar por si mesmos em seu próprio país, como o caso das minorias étnicas. Entretanto, as Nações Unidas, por meio da Resolução nº 2625, de 1970, da Assembléia Geral, proclamaram a “Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas

³ Este princípio foi cunhado no século XIX, ao ser invocado nas independências das colônias espanholas na América Latina, estatuindo que devessem ser mantidas as antigas fronteiras estabelecidas antes da independência. O mesmo também foi utilizado no processo de descolonização da África, com o intuito de evitar a proliferação de movimentos separatistas, que causassem distúrbios na unidade territorial desses novos países.

e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU”, a qual corrobora com o entendimento de que o princípio da autodeterminação dos povos não se aplicaria aos povos sob a égide de um Estado soberano.

Com relação à abordagem do princípio da autodeterminação dos povos na Declaração de 1970, este foi proclamado um princípio de Direito Internacional e não apenas um simples conceito moral. Atestara que os Estados deveriam se abster de impedir a emancipação, enquanto que os povos e movimentos de independência deveriam contar com todo o suporte e apoio da ONU, mediante o respeito a seus objetivos. No tocante à abrangência do princípio, a citada Declaração veio a confirmar a posição da ONU no sentido de limitar a autodeterminação dos povos a situações de luta contra a colonização. Trindade (2002, p. 126) explicita a questão:

[...] tentou traçar uma distinção entre os casos típicos de autodeterminação (no contexto imediatamente colonial) e os de secessão: em relação a estes últimos, resguardados os direitos das minorias, prevaleceu o entendimento de que não se deveria interpretar o princípio da autodeterminação de modo a abranger igual e amplamente os movimentos de secessão de grupos tribais, étnicos e religiosos (dentro de um país já independente).

Entretanto, uma terceira fase da retórica da autodeterminação dos povos emerge de acontecimentos históricos na década de 1990, provocados pelos nacionalismos pós-modernos. Dessa forma, o dismantelamento do bloco soviético, assim como da Jugoslávia, ocasionaram o aparecimento de diversos novos Estados oriundos de entes estatais já independentes e soberanos. Nesse contexto, o princípio da autodeterminação dos povos passou a ser invocado dentro de Estados soberanos por muito tempo já consolidados.

Destarte, Falk (2000, p.100) apresenta uma interessante fragmentação das vertentes que moldaram o princípio da autodeterminação dos povos durante sua trajetória histórica. Primeiramente, referiu-se à batalha dos povos subjugados contra a dominação externa, visando a independência política dentro dos parâmetros de aceitação da esfera internacional.

Uma segunda vertente caracteriza a luta por independência de povos configurados dentro de um Estado estabelecido e soberano, como o caso de “Estados” ou “repúblicas” dentro de um sistema federado. Citam-se os exemplos da busca pela autodeterminação e autonomia, assim como a luta pela preservação de sua identidade cultural e proteção contra discriminações, realizadas pelas repúblicas pertencentes à União Soviética e Jugoslávia. O terceiro desmembramento refere-se a Estados unitários ou membros de uma unidade federada, como, por exemplo, Kosovo e Chechenia. Este caso é claro ao estabelecer a impossibilidade de contestar as fronteiras do Estado Federal, mas apenas uma extensão geográfica caracterizada como unidade administrativa de uma federação.

Cabe apenas ressaltar que o Direito Internacional não atribui às nações ou minorias étnicas, que se encontram estabelecidas dentro de Estados com fronteiras delimitadas, a abrangência do princípio da autodeterminação dos povos. Logicamente, a ordem internacional atendera os apelos dos Estados soberanos, os quais estavam temerosos com a explosão de movimentos de secessão dentro de seus territórios e desestabilização da ordem.

2. O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E OS ATUAIS PROBLEMAS AFRICANOS

Neste último tópico, aborda-se o atual problema vivido pelos países africanos no tocante aos inúmeros conflitos étnicos ocorridos no século XX e que continuam a pontilhar sua realidade.

2.1 FRONTEIRAS INCONGRUENTES

A África, antes da colonização, organizava-se por meio de uma infinidade de tribos e clãs distintos, sem existência de fronteiras rigidamente estabelecidas e sem grandes compatibilidades entre eles, haja vista que possuíam peculiaridades culturais e étnicas específicas e distintas entre si. Na realidade, a noção de fronteira referia-se à condição de vassalagem a um suserano ao qual estava subordinado, modificando esta fronteira à medida que não mais devia obediência aquele chefe. Assim sendo, viviam numa organização social bastante rudimentar, ou seja, numa realidade jurídica pré-estatal.

Esta configuração foi totalmente modificada com o advento da partilha do continente pelos europeus, já que as fronteiras dos novos Estados africanos foram construídas de acordo com os auspícios dos interesses políticos e econômicos dos colonizadores. Destaque-se que o aspecto referente à heterogeneidade étnica, cultural e tribal africana não foi levado em consideração para a nova formação cartográfica do continente, traçando os limites mediante aspectos geográficos e geométricos.

Dessa maneira, os novos Estados africanos abrigavam uma enorme quantidade de grupos multi-étnicos e multi-tribais, não possuindo vínculos culturais entre si e constituindo um fator de enfraquecimento da autoridade central. Magnoli (2004, p. 324) corrobora para o citado entendimento salientando que: “os europeus inventaram territórios que não tinham raízes nas experiências históricas africanas. Os Estados africanos independentes, que surgiram no pós-guerra, herdaram as linhas de limites traçadas pelas potências européias”.

É por esse aspecto que se afigura difícil tratar os Estados africanos como nações e, nesse sentido, aplicar o princípio das nacionalidades, posto que os

mesmos são considerados “nações em desenvolvimento”. Morais (1998, p. 272) explicita essa questão afirmando que: “O Estado precedeu aqui a nação, corporizou a função de aglutinar uma multiplicidade de comunidades humanas diversas, numa comunidade maior, dotada dos rudimentos de uma consciência comum”.

Vale salientar que a Organização da União Africana (OUA) colaborou para a formação desses Estados instáveis e sem autenticidade, haja vista que adotara o princípio do *uti possidetis juris* para a delimitação das fronteiras africanas, mantendo inalterada a incongruente cartografia do período colonial e sem demonstrar preocupações com os reajustamentos étnicos necessários para o continente. Nessa mesma ótica, Tsiranana, presidente de Madagascar, apóia a atitude da OUA ao afirmar (apud MORAIS, 1998, p. 275): “Não é possível modificar as fronteiras das nações em nome de critérios raciais e religiosos [...] dado que, com efeito, se nós tomarmos por critério de fronteira, a raça, a tribo e a religião, haverá em África países que desaparecerão do mapa”. Entretanto, a indagação pertinente a esta situação é qual a razão de, após tantas árduas lutas pela independência, os líderes desta “nova” África preferirem a manutenção da configuração limítrofe do período colonial, sem colocar em pauta os aspectos inerentes à realidade da multiplicidade tribal do continente. Magnoli (2004, p. 329 e 330) apresenta duas respostas para a referida pergunta, atestando que:

A resposta cínica, mas em parte verdadeira, para essa questão, é que os líderes africanos representavam elites étnicas cujo poder estava assentado justamente nos Estados existentes, que, portanto, deviam ser conservados. A questão admite, porém, outra resposta, que é também parcialmente verdadeira. A África não tinha “fronteiras africanas” disponíveis para substituir aquelas criadas pelas potências européias.

O problema é que, mesmo antes da colonização européia, praticamente não existiam Estados consolidados no continente africano, não havendo como resgatar uma configuração de fronteiras a qual não existia. Por outro lado, um fator crucial também corroborou para a manutenção das fronteiras coloniais: o medo de que uma onda de movimentos separatistas viesse à tona, em virtude da heterogeneidade étnica desses recentes Estados. A OUA entendeu que movimentos internos de secessão seriam um risco para a integridade territorial dos países, assim como para sua própria existência como Estados. Nesse sentido, mostrou-se patente o entendimento da referida organização da diferenciação entre a autodeterminação dos povos e a secessão, pontilhando que a primeira se refere apenas à luta anticolonial, enquanto que a segunda se apresenta totalmente rechaçada de sua Carta e das futuras resoluções que seriam proferidas pela OUA.

A instabilidade interna, após a formação dos Estados africanos, era inevitável, haja vista que existia uma enormidade de povos culturalmente incongruentes vivendo no mesmo território, sob a errônea idéia de pertencerem a uma nação.

Assim, inúmeros conflitos étnicos marcaram a realidade africana desde a metade do século XX até os dias de hoje.

O fato é que, após finda a Guerra Fria, os governos ditatoriais africanos não mais recebiam financiamento das superpotências visando o alinhamento automático a um dos lados, tornando-os incapazes de esmagar revoltas separatistas que se proliferavam intensamente. Destarte, após anos sufocados, os conflitos étnicos e guerras civis vieram à tona na década de 90, atingindo, principalmente, os países da África Subsaariana. Citam-se casos como os conflitos tribais e clânicos na Libéria e Somália; a intensa diversidade étnica que geram distúrbios em Serra Leoa, Congo, Níger, Nigéria e Quênia até os dias de hoje; a guerra multi-étnica na Etiópia (conflito com a Eritreia); além do genocídio ocorrido contra os povos tutsis, em Ruanda, no ano de 1994, numa matança que gerou mais de um milhão de mortos. Vale ainda ressaltar que um genocídio também de grandes proporções vem ocorrendo em Darfur, no Sudão.

Dessa forma, a herança das incompatíveis fronteiras demarcadas pelos europeus na época da colonização, além da consolidação de um direito costumeiro regional africano, o qual rejeitava veementemente as tentativas separatistas e desconsiderava a autodeterminação dos povos para tais casos, foram as principais causas incentivadoras dessa ebulição étnica no continente.

2.2 RECONHECIMENTO DO “DIREITO À SECESSÃO”

Os contemporâneos problemas africanos levam a argumentar se o princípio da autodeterminação adentrou num estágio de legitimar um “direito à secessão”, concebido na égide do Direito Internacional Público. Mostra-se relevante indagar qual o papel do referido princípio no contexto dos movimentos separatistas africanos, analisando sua adaptação a esta nova realidade e contextualizando-o com os anseios de territórios desse continente que, até os dias de hoje, buscam constituir-se como Estados soberanos, como a Somalilândia, Ogaden, Biafra e Cabinda e Saara Ocidental.

A ONU não legitima nem encoraja movimentos separatistas no interior de Estados já consolidados soberanamente, embora não proíba expressamente ações de independências em certas situações distintas. Desse modo, não se posiciona totalmente favorável à manutenção da integridade territorial de Estados soberanos que desrespeitem o princípio da autodeterminação dos povos, ou oprimam seus povos com medidas de discriminação por razão de raça, religião e cor, violando, dessa forma, o princípio da igualdade entre os povos. Morais (1998, p. 258) salienta: “Não existe, por conseguinte, uma carta branca outorgada aos Estados para petrificarem situações de injustiça e desigualdade que, em violação manifesta do Direito Internacional, redundem em abuso do direito à integridade territorial”. Por esta razão, certos doutrinadores consubstanciam o princípio da integridade territorial com certa relativização.

Entretanto, apesar de não proibir expressamente a ocorrência de movimentos separatistas, a ONU sempre se mostrou ingentemente negligente com relação às violações de direitos das minorias que mostrassem anseios de secessão. Interveio apenas em casos de patente genocídio, o qual lançasse perigo de ameaçar fronteiras vizinhas. A atitude desse organismo internacional foi retratada nas palavras de Boutros Boutros Ghali⁴, Secretário Geral da ONU, no período de 1992 a 1996, atestando a posição da organização em não exortar movimentos separatistas: *“If every ethnic, religious or linguistic group claimed statehood, there would be no limit to fragmentation, and peace, security and economic well-being for all would become even more difficult to achieve.”*

Destarte, a ONU não aceita nenhum tipo de secessão violenta, uma vez que a considera um ilícito internacional. No entanto, a denegação em aceitar esse tipo de segregação de um Estado soberano não impede que, por meio de acordos entre as partes envolvidas, ocorra a independência de certos territórios alojados no interior de Estados soberanamente constituídos. No momento em que o direito interno dos Estados permita ou quando seus órgãos representativos decidam, a ONU reconhece esses Estados remanescentes de atos de secessão.

Esse tipo de segregação amigável é unanimemente aceito pela comunidade internacional, pois mesmo que o direito à secessão não seja reconhecido pelo Direito Internacional, não se impede a ocorrência de uma situação voluntariamente resolvida entre os interessados. Morais (1998, p. 262) explicita: “A secessão pacífica, legitimada tanto constitucionalmente pelo Direito interno dos Estados, como por acordos celebrados entre as autoridades representativas de parcelas territoriais da mesma realidade estadual, é sempre susceptível de aceitação”. Tendo em vista a enfática posição das Nações Unidas e da sociedade internacional em não exortar e admitir casos de secessão dentro de Estados soberanos, pergunta-se o que ocorreu com a grande expectativa gerada pelo fenômeno da “autodeterminação interna”⁵, considerado a vertente contemporânea do princípio da autodeterminação dos povos.

Por qual razão os novos Estados advindos dos desmembramentos tanto da ex-URSS e da ex-Iugoslávia foram reconhecidos pela comunidade internacional como sujeitos ativos de um direito de autodeterminação dos povos, enquanto que posteriormente, principalmente nos casos africanos, o mesmo foi renegado?

A resposta mostra o caráter eminentemente efêmero dessa nova configuração da autodeterminação dos povos, uma vez que legitimou apenas casos isolados de independências, não se alastrando como uma prática aceita internacionalmente. Com relação à desfragmentação da ex-URSS em inúmeras

⁴ Report of the Secretary-General - ONU. Doc. A/47/277 - S/24111 - 17 June 1992: An Agenda for Peace; Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping.

⁵ Refere-se ao direito de um povo, parte de um Estado soberano, de definir livremente seu destino político.

novas entidades estatais soberanas, invocaram-se a Constituição soviética de 1977 e o “Acordo e Minsk de 1991”, já que ambos previam o direito de secessão de suas repúblicas. Alegou-se, para a situação dos Bálcãs, o fato da iminente ruptura da paz internacional ocasionada pela guerra da Bósnia, com casos de genocídio e conflitos étnicos, criando uma aura de legitimidade para o reconhecimento desses novos Estados desmembrados.

Essas explicações foram apresentadas ulteriormente, em decorrência do medo de que Estados inviáveis viessem a surgir na Europa oriental e em outras localidades, baseando-se nos exemplos de autodeterminação dos povos anteriormente citados. Atesta-se que a declaração unilateral de independência da República da Chechênia comprovou o temor da comunidade internacional na proliferação desses movimentos separatistas, ao quais iam de encontro aos anseios dos Estados soberanos. A partir daí, a esperança de que minorias étnicas viessem a invocar a autodeterminação dos povos para constituírem-se como entidades independentes e soberanas foi definitivamente sufocada pela ordem internacional. A única exceção no continente africano foi o reconhecimento da Eritreia, em 1993, como um Estado independente.

Assim sendo, a expectativa de que o princípio da autodeterminação dos povos fosse estendido ao intento separatista de muitos grupos étnicos, principalmente no continente africano, e que foi ilusionado com o surgimento de uma nova vertente do princípio, após 1989, acabara por ruir. A prevista onda separatista não se concretizou e a ONU continuou atribuindo à autodeterminação dos povos a mesma caracterização de antes, ao impedir sua correlação com o direito de secessão.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se irrefutável, ao longo do presente artigo, a extrema interligação entre o evento referente ao processo da descolonização africana com a efetiva consolidação do princípio da autodeterminação dos povos. Os clamores por libertação e independência provenientes dos povos africanos criaram uma aura de aceitação internacional para legitimar e codificar o referido princípio, incluindo-o, por conseguinte, no rol de princípios do Direito Internacional Público.

No entanto, atualmente se fala de um novo desmembramento do princípio da autodeterminação dos povos, vindo, este, a perder o caráter iminentemente descolonizador. Pontilhou-se a necessidade de que pudesse abranger movimentos separatistas baseados na incompatibilidade étnica e cultural de povos submetidos a um Estado soberano consolidado, uma vez que os mesmos possuem o direito de se autodeterminarem, de acordo com seus anseios peculiares. As inúmeras guerras civis africanas, cunhadas no caráter de heterogeneidade de povos num mesmo Estado, criaram a perspectiva de legitimar movimentos de secessão com base no princípio da autodeterminação dos povos, visando consertar o erro cometido com a manutenção das fronteiras do período colonial.

Por outro lado, o surgimento de novos Estados soberanos advindos da desfragmentação, tanto da ex-URSS quanto da ex-Iugoslávia, veio a corroborar com a idéia de uma nova vertente à autodeterminação dos povos, a qual seria estendida a casos particulares de secessões, que exprimissem a vontade de autodeterminação de povos oprimidos e desrespeitados pela entidade estatal soberana a qual fazem parte. Contudo, tanto as Nações Unidas quanto a OUA deslegitimaram esse desmembramento do referido princípio, ao reafirmarem a necessidade de respeito ao princípio do *uti possidetis*, declarando que nenhum Estado soberano poderá ter suas fronteiras modificadas a menos que concorde com tal desmembramento territorial.

Os casos da antiga URSS e Iugoslávia foram tratados como acontecimentos excepcionalmente considerados, alegando a comunidade internacional que o primeiro resultara de convenção livre e pacífica pelas entidades federadas, enquanto que o segundo legitimou-se pela deplorável situação de violência advinda da Guerra da Bósnia. Assim sendo, o impulso que o movimento da “autodeterminação interna” dos povos recebeu a partir de 1989 não se configurou no reconhecimento de uma situação libertária em favor de parcelas territoriais de Estados soberanos, haja vista que a comunidade internacional mostrou que qualquer ato de secessão violenta em Estados não coloniais são incompatíveis com o direito à autodeterminação dos povos.

Dessa maneira, conclui-se que o princípio da autodeterminação dos povos teve sua abrangência limitada apenas à situação de lutas coloniais, ao passo que lhe renegaram a possibilidade de libertação do ingente número de minorias étnicas sujeitas, na maioria das vezes, a segregações raciais ou religiosas, além de desrespeito a seus Direitos Humanos pelo país ao qual estão submetidas. A preocupação da Comunidade Internacional com a afronta à soberania de Estados nacionais territorialmente consolidados falou mais alto, relegando esse princípio ao escopo de nações que lutem contra a não mais existente, nos dias atuais, condição de colônia.

REFERÊNCIAS

Fontes primárias:

RESOLUÇÃO 334 da Assembléia Geral das Nações Unidas. **Official Document System of the United Nation (ODS)**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/4/ares4.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

RESOLUÇÃO 743 da Assembléia Geral das Nações Unidas. **Official Document System of the United Nation (ODS)**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/8/ares8.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

RESOLUÇÃO 1514 da Assembléia Geral das Nações Unidas. **Official Document System of the United Nation (ODS)**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/15/ares15.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

RESOLUÇÃO 1654 da Assembléia Geral das Nações Unidas. **Official Document System of the United Nation (ODS)**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/16/ares16.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

RESOLUÇÃO 2625 da Assembléia Geral das Nações Unidas. **Official Document System of the United Nation (ODS)**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2007.

Livros:

BERMAN, Nathaniel. But the alternative is despair: european nationalism and the modernist renewal of international law. In: STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip (org.). **International human rights in context: law, politics, morals: text and materials**. New York: Oxford University, 2000.

BRUNSCHWIG, Henri. **A Partilha da África Negra**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

BURITY, Tarcísio M. O Direito Internacional Consuetudinário e os Direitos Humanos. In: **Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

CANEDO, Letícia Bicalho. **A descolonização da Ásia e da África**. São Paulo: Atual, 2005.

CERVO, Amado Luiz. Hegemonia coletiva e equilíbrio: a construção do mundo liberal (1815-1871). In: SARAIVA, José Flavio Sombra (org.). **Relações internacionais: dois séculos de história**. Entre a preponderância européia e a emergência americano-soviética (1815 - 1947). Brasília: FUNAG, 2001. v. 1.

_____. A instabilidade internacional (1919-1939). In: SARAIVA, José Flavio Sombra (org.). **Relações internacionais: dois séculos de história**. Entre a preponderância européia e a emergência americano-soviética (1815 - 1947). Brasília: FUNAG, 2001. v. 1.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. Teoria Geral. São Paulo: Atlas, 2003.

DE MORAIS, Carlos Blanco. **O direito à autodeterminação dos povos**. Estatuto jurídico do enclave de Cabinda. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1998.

DOPCKE, Wolfgang. Apogeu e colapso do sistema internacional europeu (1871-1918). In: SARAIVA, José Flavio Sombra (org.). **Relações internacionais: dois séculos de história**. Entre a preponderância européia e a emergência americano-soviética (1815 - 1947). Brasília: FUNAG, 2001. v. 1.

FALK, Richard. **Human Rights Horizons: The pursuit of justice in a globalizing world**. New York: Routledge, 2000.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

- HOBBSAWM, Eric. **Era dos impérios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- KISSINGER, Henry. **Diplomacia**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2000.
- KOSKENNIEMI, Martti. National self-determination today: problems of legal theory and practice. In: STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip (org.). **International human rights in context: law, politics, morals: text and materials**. New York: Oxford University, 2000.
- MACHADO, Jónatas E. M. **Direito Internacional**. Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MAGNOLI, Demétrio. **Relações Internacionais: teoria e história**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **O corpo da pátria**. Imaginação geográfica e política externa no Brasil (1808-1912). São Paulo: Unesp, 1997.
- NATIONS, United. **Basic facts: About the United Nations**. New York: United Nations publication, 2000.
- ORENTLICHER, Diane. External self-determination: some history, commentary and disputes. In: STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip (org.). **International human rights in context: law, politics, morals: text and materials**. New York: Oxford University, 2000.
- PIERRÉ-CAPS, Stéphane. O direito das minorias. ROULAND, Norbert (org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: UNB, 2004.
- PIOESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.
- POLÍTICOS, Pactos de direitos civis e. In: MAZZUOLI, Valério (org.). **Coletânea de Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REZEK, J. F. **Direito Internacional Público**. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, José Honório. **Brasil e África: outro horizonte**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.
- SARAIVA, José Flavio Sombra. Dois gigantes e um condomínio: da Guerra Fria à coexistência pacífica (1947-1968). In: **Relações internacionais: dois séculos de história**. Entre a ordem bipolar e o policentrismo (1947 a nossos dias). Brasília: FUNAG, 2001. v.2.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.
- _____. **Princípios do Direito Internacional contemporâneo**. Brasília: UNB, 1981.

_____. **Direito das organizações internacionais**. Brasília: escopo, 1990.

UNIDAS, Carta das Nações. In: MAZZUOLI, Valério (org.). **Coletânea de Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WESSELING, H. L. **Dividir para dominar**. A partilha da África (1880 – 1914). Rio de Janeiro: UFRJ, 1998.

Periódicos:

PINHEIRO, Letícia. Brasil, Portugal e descolonização africana (1946-60). **Revista Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p. 91-109, Jan./Jun. 1989.

CONTEMPORARY PERSPECTIVES ABOUT THE PRINCIPLE OF SELF-DETERMINATION OF PEOPLES

Abstract: The principle of self-determination of peoples started its path to consolidate as a principle of the Public International Law at the moment the United Nations was created, in 1945. After the UN incorporated this principle into its charter, the General Assembly of the referred organization began to utter a considerable number of resolutions, corroborating to shape a customary law regarding the self-determination of peoples. Converging to the real strengthening of this principle, the historical phenomenon of the African decolonization, which took place in the decades of 1950 and 60, had an enormous relevance, so the liberation speech of those peoples was essential to put the issue into the sphere of the international community. However, by the time all African countries were free, the discussion about the fragmentation of this principle beyond the aspect merely non-colonial was provoked, also extending its applicability for the purposes of separatist motions inside sovereign states. Therefore, the possibility of legitimating the internal self-determination came out, animating the purposes of people that seek liberation from a sovereign state.

Keywords: Self-determination of peoples. United Nations. Africa.

REFLEXIONES A PROPOSITO DE LA REALIDAD SOCIAL, LA TRADICIÓN JURÍDICA Y LA MORAL CRISTIANA EN EL MATRIMONIO ROMANO (I)

Antonio Fernández de Buján

Professor catedrático de Direito Romano da Universidade
Autónoma de Madrid (Espanha)
antonio.bujan@uam.es

Sumário: Introducción. 1) Terminología y definiciones de matrimonio. 2) Matrimonio libre. Matrimonio cum manu. 3) Uniones de hecho. Contubernio. 4) Esponsales. 5) Naturaleza jurídica.

Resúmen: El matrimonio como toda institución que tiene una tradición de siglos es un producto histórico. Constituye la expresión en cada época de una moral y de unos usos sociales, en la que se reflejan, si bien en una mayor medida en unas etapas que en otras, las tensiones, equilibrios, resistencias y oscilaciones, que las nuevas realidades o los cambios de mentalidad en una parte del universo social, producen en la valoración intrínseca de la institución, así como en el juego de fuerzas contrarias que aspiran a su conservación o remodelación. Sólo desde la interpretación de las fuentes de conocimiento que conforman la experiencia histórica que supuso la clásica, y siempre latente, tensión entre una concepción laica y secularizadora del matrimonio y otra concepción propia de una moral sacralizada y canónica, podrá procederse con fundamento a una adecuada valoración de la realidad presente, de su regulación jurídica y, en su caso, a su eventual reforma. El modelo matrimonial que caracteriza, en buena medida, en sus diferentes perspectivas, la denominada tradición de pensamiento occidental europeo y americano, tiene sus principales fuentes en el Derecho romano y en el Derecho canónico. Pero sentada esta afirmación, que parece tener un carácter indubitable, no se ponen de acuerdo los autores sobre el papel y el grado de influencia ejercido por cada una de éstas. Se llegado incluso a afirmar por algunos autores que la institución del matrimonio romano constituye la más grande de las creaciones de su genio jurídico, frente a otros estudiosos que, ubicados en el polo opuesto, opinan que es el matrimonio la institución en la que más se ha echado en falta el genio jurídico de Roma.

Palabras clave: Matrimonio. Derecho Romano. Naturaleza jurídica.

INTRODUCCIÓN

El matrimonio como toda institución que tiene una tradición de siglos es un producto histórico. Constituye la expresión en cada época de una moral y de unos usos sociales, en la que se reflejan, si bien en una mayor medida en unas etapas que en otras, las tensiones, equilibrios, resistencias y oscilaciones, que las nuevas realidades o los cambios de mentalidad en una parte del universo social, producen en la valoración intrínseca de la institución, así como en el juego de fuerzas contrarias que aspiran a su conservación o remodelación. Sólo desde la interpretación de las fuentes de conocimiento que conforman la experiencia histórica que supuso la clásica, y siempre latente, tensión entre una concepción laica y secularizadora del matrimonio y otra concepción propia de una moral sacralizada y canónica, podrá procederse con fundamento a una adecuada valoración de la realidad presente, de su regulación jurídica y, en su caso, a su eventual reforma⁶.

El modelo matrimonial que caracteriza, en buena medida, en sus diferentes perspectivas, la denominada tradición de pensamiento occidental europeo, tiene sus principales fuentes en el Derecho romano y en el Derecho canónico⁷. Pero sentada

⁰⁶ Vid en este sentido en GAUDEMET, El matrimonio en Occidente, Madrid 1993, pp.15 ss.

⁰⁷ Sobre bibliografía de matrimonio, véase entre otra: ALBERTARIO, La definizione del matrimonio secondo Modestino, Studi Albertoni, Padova 1933; Voltarla nozione giuridica del conubium ,Studi in memoria Albertario,II,Milano 1953,pp.345ss Id.,La conception du mariage à Rome,RIDA.1955 ROBLEDA OLIS, S., Sobre el matrimonio en derecho romano, en SDHI 37 (1971) 337-350; TOMULESCU, C., Les rapports entre le mariage et la manus, en RIDA 18 (1971) 723-733; VOLTERRA, E., Precisazioni in tema di matrimonio classico, en BIDR 78 (1975) 245-270; LONGO, G., Ancora sul matrimonio romano, en SDHI 43 (1977) 459-480; ANKUM, H., Le mariage et les conventions matrimoniales des mineurs. etudes sur le statut juridique des enfants mineurs dans l' histoire du droit privé neerlandais a partir du treizieme siecle, IV a, 1, en TR 46 (1978) 203-249; DAUBE, D., Historical aspects of informal marriage, en RIDA 25 (1978) 95-107; GAUDEMET, J., L' interpretation du principe d' indissolubilité du mariage Chretien au cors du premier millenaire, en BIDR 81 (1978) 11-70;MAC CORMACK, G., Coemptio and marriage by purchase, en BIDR 81 (1978) 179-199; VAN DE WIEL, C., La legitimation par mariage subsequent,de costantin ájustinien. sa reception sporadique dans le droit byzantin, en RIDA 25 (1978) 307-350; VAN HUMBEECK, J., Exploitation et repression des jeux d' argent en flandre aux 14 et 15 siecles, en TR 46 (1978) 327-352; VAN DE WIEL, W., Complements a la legitimation par mariage subsequent sous justinien et dans le droit greco-romain, en RIDA 26 (1979) 453-473; RODA, S., Il matrimonio fra cugini germani nella legislazione tardoimperiale, en SDHI 45 (1979) 289-309; THOMAS, Y Mariages endogamiques á Rome. patrimoine, pouvoir et parenté depuis l' epoque archaieque, en RHDFF 58 (1980) 345-382; FALCHI, G., Osservazioni sulla natura della "coemptio matrimonii causa" nel diritto preclassico, en SDHI 50 (1984) 355-382; JIMÉNEZ GARNICA, A., El origen de la legislación civil visigoda sobre la prohibición de matrimonios entre romanos y godos: un problema de fundamento religioso, en AHDE 55 (1985) 735-747; CASTELLO, C., Remarques sur des cas concernant le debut du iustum matrimonium, en RIDA 32 (1985) 237-246; SARGENTI, M., Matrimonio cristiano e società pagana. (Spunti per una ricerca), en SDHI 51 (1985) 367-391; ZABLOCKA, M., Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia giulio-claudia, en BIDR 89 (1986) 379-410. DESANTI, L., Costantino e il matrimonio fra

esta afirmación, que parece tener un carácter indubitable, no se ponen de acuerdo los autores sobre el papel y el grado de influencia ejercido por cada una de éstas. Se llegó incluso a afirmar por algunos autores que la institución del matrimonio romano constituye la más grande de las creaciones de su genio jurídico, frente a otros estudiosos que, ubicados en el polo opuesto, opinan que es el matrimonio la institución en la que más se ha echado en falta el genio jurídico de Roma, por lo que no cabría hablar de un derecho clásico romano en esta materia, sino que lo clásico, en lo que afecta al régimen jurídico del matrimonio, sería el Derecho canónico⁸.

1 TERMINOLOGÍA Y DEFINICIONES DE MATRIMONIO

En las fuentes romanas de las diferentes épocas se utilizan muy diversos vocablos para designar o para referirse a la realidad social y jurídica que constituye el matrimonio: *matrimonium*, *nuptiae*, *consortium*, *coniunctio*, *communicatio*, *societas*, *pactum*, *foedus*, etc. Sobre la relación de las voces romanas con la terminología moderna al respecto, ha escrito recientemente ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ que tradicionalmente para designar la unión solemne de un hombre y una mujer, si bien utilizamos promiscuamente los términos matrimonio, nupcias, bodas, casamiento e incluso esponsales, es preciso delimitar el ámbito de aplicación de dichos términos que difieren en sus orígenes etimológicos y en su primigenio significado⁹. En uno de los textos con los que principia el Digesto, D.1.1.3, Ulpiano afirma que la unión, *coniunctio*, que en las personas llamamos matrimonio, es de derecho natural, porque es enseñada por la naturaleza a todo ser

tutore e pupilla, en BIDR 89 (1986) 443-463; DESANTI, L., Costantino, il ratto e il matrimonio riparatore, en SDHI 52 (1986) 195-217; DESANTI, L., Sul matrimonio di donne consacrate a Dio nel diritto romano cristiano, en SDHI 53 (1987) 270-296; DE BONFILS, G., Legislazione ed ebrei nel 4 secolo. il divieto dei matrimoni misti, en BIDR 90 (1987) 389-438; LOOPER-FRIEDMAN, S., The decline of manus-marriage in Rome, en TR 55 (1987) 281-296; GAUDEMET, J. Union libre et mariage dans la Rome imperiale, en IVRA 40 (1989) 1-23; HANARD, G., Manus et mariage a l'epoque archaïque. Un essai de mise en perspective ethnologique, en RIDA 36 (1989) 161-279; PIRO, I., "Conventio in manum" e successivo matrimonio in Gai 2. 139, en Labeo 35 (1989) 307-335; LUCHETTI, G., Il matrimonio "cum scriptis" e "sine scriptis" nelle fonti giuridiche Giustinianee, en BIDR 92-93, (1989-1990) 325-376; SANCHO, L., El matrimonio romano primitivo y el valor de la *lex inhumanissima* (Cic. rep. 2,37,62), en RIDA 37 (1990) 347-383; PETER, O., "liberorum quaerendorum causa". L' image ideale du mariage et de la filiation a Rome, en RIDA 38 (1991) 285-331; MIQUEL, Consortium omnis vitae. Anales Facultad de Derecho Univ. La Laguna, 20, 2203 MARTÍN MINGUIJON, Modelos de familia en España. Antecedentes históricos, en Revista General de Derecho Romano iustel.com n° 5, 2005 www.iustel.com.

⁰⁸ Vid. por todos, en relación con el matrimonio canónico, NAVARRO VALLS, Matrimonio y Derecho, 1995 y la bibliografía allí citada.

⁰⁹ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Precisiones terminológicas: Nuptias y Matrimonium, Revista General de Derecho Romano, iustel.com n° 5, 2005. www.iustel.com

vivo sobre la tierra, en el mar o en el aire¹⁰. La probable alusión ulpiana al deseo sexual como elemento común a hombres y animales, por mor de la naturaleza, había sido ya destacada por diversos autores, con anterioridad, entre ellos Cicerón, en *De officiis* I.40.11¹¹. Son varios los textos, sin embargo, en los que se señala que es la unión de las voluntades de los cónyuges, y no la unión de los cuerpos, lo que caracteriza el matrimonio. Así se manifiesta el propio Ulpiano en D. 24.1.32.13: «No es la unión sexual lo que hace el matrimonio, sino la *affectio matrimonial*»¹². En este mismo sentido en D.50.17.30 y D. 24.1.32.13¹³.

En las fuentes romanas se conservan dos definiciones de matrimonio. Ambas son aplicables, en su esencia, a la época clásica, dado que el matrimonio, y la familia en general, es una de las instituciones que ha experimentado una mayor evolución a lo largo de las varias épocas de historia del Derecho romano. Una de estas dos definiciones, la contenida en el Digesto y atribuida a Modestino, es quizás la que ha obtenido un mayor eco de todas las formuladas sobre la institución. A su difusión ha contribuido, sin duda, su aceptación, con una somera adaptación, por el Derecho canónico medieval y su inclusión en el Decreto de Graciano. La otra de las definiciones sobre matrimonio se contiene en las Instituciones de Justiniano. En ambas definiciones se pone el acento sobre el proyecto de vida en común de dos personas, como elemento esencial que configura la institución. En este sentido, se ha resaltado el carácter sociológico del texto del jurista, así como la ausencia en el mismo de la dimensión familiar y de los principales efectos jurídicos dimanantes de la unión conyugal.

Para Modestino el matrimonio, *nuptiae*, es una unión, *coniunctio maris et feminae*, de un hombre y una mujer, una comunidad para toda la vida, *consortium omnis vitae*, y una puesta en común del derecho divino y del derecho humano, *divini et humanis iuris communicatio*¹⁴. La referencia al consorcio para toda la vida

¹⁰ D.1.1.3: Ulpianus 1 inst. “Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi”.

¹¹ Commune autem animantium omnium est coniunctionis procreandi causa

¹² D. 24.1.32.13: Ulpianus 33 ad sab.

Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit

¹³ D.50.17.30: Ulpianus 36 ad sab. “Nuptias non concubitus, sed consensus facit” y D. 24.1.32.13: Ulpianus 33 ad sab. “Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit”.

¹⁴ D.23.2.1: Modestinus 1 reg. Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

debe ser interpretada en el sentido de que no se concebía que los esposos acordasen permanecer unidos un periodo de tiempo determinado, pero no a la indisolubilidad de la unión, dado que la posibilidad de disolver el matrimonio, en el supuesto que no se mantuviese por los esposos la intención de permanecer juntos, *affectio maritalis*, era para el Derecho romano de todas las épocas, en especial en la etapa clásica, una solución inherente a la propia naturaleza de la institución.

La mención, en la definición de Modestino, a la puesta en común del derecho divino y humano, a la que ya había hecho alusión Cicerón en *De amicitia*¹⁵, haría referencia al conjunto de normas jurídicas y preceptos religiosos aplicables de consuno a los dos miembros de la unión conyugal¹⁶.

En las Instituciones de Justiniano, las nupcias o matrimonio, se configuran como la unión de un hombre y una mujer, *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio*, que comporta una vida en común, *individuum consuetudinem vitae continens*¹⁷. En otro texto de las Instituciones se reitera la idea de la vida en común como el fundamento de la noción de matrimonio, *maris et feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus*¹⁸.

La naturaleza comunitaria o societaria del matrimonio romano es asimismo resaltada, conforme ha puesto de relieve por LOBRANO,NOTA: PONER LA NOTA DE FINAL DEL PARRAFO. en diversos textos jurídicos y literarios. Así en una Constitución del año 242, atribuida a Gordiano, NOTA CJ.9.32.4.pr.. se afirma la condición de socia de la mujer casada, *socia rei humanae et divinae domus*: «los sucesores del marido fallecido no pueden ejercitar la acción de herencia arrebataada contra la mujer, que es en la casa común, socia de las cosas divinas y humanas».NOTA,LOBRANO, Uxor quodammodo domina ,reflessioni su Paul.D.25.2.1,Sassari 1989.

En el mismo sentido, en un texto contenido en el Digesto, Paulo subraya que «la acción por las cosas arrebatadas se introdujo contra la mujer divorciada, pero no se admitió que se pueda dar contra ella la acción de hurto, por su carácter infamante para el honor de la matrona, y porque la comunidad de vida con su marido la hace en cierta medida propietaria de esas cosas».NOTA D.25.2.1. Vid asimismo en Guarino,Res amotae, Atti dell´Accademia di Scienze marali e politiche 75, Nápoli 1965 ,pp 257 ss.

¹⁶ Vid al respecto en, LANFRANCHI, La definizione del marimonio nei retori romani, Atti del colloquio romanístico-cánonico, Roma 1979, pp 267-298.

¹⁷ I.1.2.pr.: hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio

¹⁸ I.1.9.1: Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.

Asimismo en un texto de Trifonino, en relación con el ejercicio de la acción de las cosas amovidas, se deja entrever el recíproco status de los cónyuges a propósito de lo que el jurista denomina *societatis vitae* (nota d.42.1.52).

La condición de socia de la esposa en la sociedad conyugal es puesta de relieve, entre otros textos literarios, recogidos en el estudio de Lobrano. Así por Ej en la obra de Salustio, que contrapone la ventaja que supone la monogamia que caracteriza al matrimonio romano y la consideración, en el seno del mismo, de socia de la esposa, frente a la poligamia de otros pueblos. Asimismo Varrón y Cicerón entienden que el matrimonio, por su propia naturaleza, es una sociedad y los cónyuges son los socios. Ovidio acuña la que quizás quepa considerar más brillante de las caracterizaciones del matrimonio, al definirlo como una sociedad de afectos y de bienes, en la que los cónyuges son dueños de la fortuna familiar.

A la especial caracterización, en sentido genérico, de la sociedad en Roma, se refiere Bianchini cuando afirma que: <en época originaria, y probablemente a la largo de toda la época clásica, con el término *societas* se haría referencia no a un acto jurídico bilateral o plurilateral, sino simplemente a una relación asociativa, duradera, de colaboración o coordinación entre diversas personas, con independencia de la fuente que le da origen> NOTA: Bianchini, *Studi sulla societas*, Milano 1967, pp.18ss.

2 MATRIMONIO LIBRE. MATRIMONIO CUM MANU.

En los primeros siglos de existencia de la comunidad política romana, la mera situación de convivencia de hecho, con carácter estable, entre dos personas de distinto sexo, con intención de constituir un matrimonio, no produce, sin embargo, por sí misma, efectos jurídicos de especial relevancia, a no ser que esa relación matrimonial se configure en el marco de la familia agnaticia. En sentido estricto, con la expresión familia agnaticia o familia *propio iure dicta*¹⁹, se hace referencia al grupo de personas sometidas a la autoridad del mismo paterfamilias, *iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate*, o

¹⁹ D.50.16.195.2: Ulpianus 46 ad ed. “*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et nepes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt”.*

bien por naturaleza, *aut naturae*, es decir, por vínculos de consanguinidad, como los hijos varones o mujeres, nacidos de justas nupcias, o bien en virtud de una relación jurídica, *aut iure*, como su esposa, si ésta ha contraído uno de los tipos de matrimonio, enmarcados dentro de la institución denominada *conventio in manum*, que tiene como corolario la integración de la mujer en la familia de su marido, como hija, *loco filia*, si el marido era *sui iuris*, o como nieta, *loco nepta*, si el marido era *alieni iuris* y, por tanto, estaba sometido a potestad ajena, o bien las esposas de sus hijos sometidos a patria potestad, o bien personas que hayan quedado sometidas a su potestad como consecuencia de la realización de una *adrogatio* o de una *adoptio*. En expresión de BURDESE, la familia en época arcaica se configura como una comunidad unitaria y solidaria, en relación con las creencias religiosas, las exigencias económicas y la mentalidad de su tiempo²⁰.

Cabía asimismo la posibilidad de que la mujer, al contraer matrimonio, decidiese, o se le permitiese, aunque ello no constituía la situación más frecuente, no integrarse en la familia de su marido, con lo que el matrimonio libre o contraído *sine manu*, implicaba un régimen de separación de bienes entre los cónyuges. En este supuesto, si la mujer era *sui iuris*, es decir, no estaba sometida a potestad ajena, en época republicana, quedaba sometida a la potestad de un tutor, que debía prestar su autorización, o de forma supletoria cabría recurrir a la autorización del magistrado, para realizar determinados actos. El evidente anacronismo de la tutela de las mujeres, visualizado ya en la república avanzada, desemboca en la supresión de la institución en la época clásica²¹.

En los supuestos de matrimonios *cum manu*, que constituían la mayoría en las etapas arcaica y republicana, la posición de subordinación de la mujer a la potestad de su marido o a la del paterfamilias al que, en su caso, estuviese sometido su marido, era semejante a la que se encontraba cualquier otra persona sometida a potestad ajena²². Las fórmulas jurídicas a través de las cuales se podría la incorporación de la mujer a la familia de su marido eran: a) la *confarreatio*, que quizás era accesible tan sólo a los contrayentes patricios, podría considerarse un tipo de matrimonio religioso, en atención a la intervención del Pontífice Máximo, de sacerdotes de Júpiter, y a la necesidad de cumplimiento de determinados ritos religiosos²³; b) la *coemptio*, que requería la entrega por parte del futuro marido

²⁰ BURDESE, *Diritto Privato Romano*, Torino 1987, p.226.

²¹ Sobre la tutela de las mujeres y la posición de la mujer en el matrimonio libre vid. En GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium, El régimen matrimonial de la mujer casada en derecho romano*. Madrid 1958.

²² GAYO, I.1.110: *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione*.

²³ GAYO I.112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est: Nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur: Ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt*.

de una compensación económica al paterfamilias o al tutor al que estuviese sometida la mujer, como acto previo y compensatorio a la disgregación de ésta de su familia de origen y posterior integración en la familia de su futuro marido²⁴; y c) El usus, que exigía la convivencia continuada de los futuros cónyuges durante un año, transcurrido el cual se producía la incardinación de la mujer en la familia de su marido. Si faltaba la voluntad de incorporación a la nueva familia, bastaba con que la mujer se ausentase, con esta intención, durante tres días seguidos del domicilio conyugal²⁵.

La concepción agnaticia de la familia, en la que se integraba el matrimonio cum manu, y que se fundamentaba en la subordinación de los miembros de la unidad familiar a la potestad del paterfamilias, comenzó a cuestionarse en los últimos siglos de la república²⁶. La evolución de la mentalidad de la propia sociedad romana, cristalizada en singulares leyes públicas y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los pretores, se manifiesta en:

a) El cuestionamiento de la conformación artificiosa de la familia agnaticia y de sus, en ocasiones, perniciosos efectos jurídicos, que de forma paulatina es relegada, en el tratamiento legislativo, en beneficio de la concepción de la familia basada en lazos de consanguinidad.

b) La atenuación del carácter absoluto de la potestad del paterfamilias, concretada no sólo en la limitación de sus facultades, sino también en la imposición de nuevas obligaciones y, en general, en la progresiva conformación de su preeminente posición jurídica como tuitiva de las personas que forman parte de su familia.

c) La disminución de matrimonios *cum manu*, en los que la mujer, como ya se ha señalado, se incorporaba a la familia de su marido y se sometía a la patria potestad de éste o del *paterfamilias* al que estuviese, en su caso, sometido su marido y, en consecuencia, el constante aumento de los matrimonios libres, que llega a ser la forma más usual de relación matrimonial a fines de la república,

²⁴ GAYO I.113 y 114: 113. *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: Nam adhibitibus non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit. 114. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiducia; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.*

²⁵ GAYO I.111: *Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinocidio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interromperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.*

²⁶ *A propósito de la relación entre matrimonium y conventio in manum, vid. en VOLTERRA, La concepción du mariage à Rome, 2, 1955, pp.370ss.*

con régimen de separación de bienes y no integración en la familia del marido. Como se ha afirmado, de forma gráfica, en el viejo edificio de la familia agnaticia romana, la *manus* es el primer al que se desmorona. En la obra de Gayo, escrita a mediados del siglo II d.C., se afirma que la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*, son formas matrimoniales que no comportan ya la adquisición de la potestad marital sobre la esposa²⁷.

d) La disolución de un matrimonio *cum manu*, produce la extinción de la potestad marital sobre la mujer, la segregación de ésta de la familia de su marido, y la reincorporación de ésta a su familia originaria o bien la reintegración a su anterior posición jurídica, si era *sui iuris*.

El matrimonio clásico, ha escrito Voci, ojo suprimir :de forma brillante se inspira en principios nuevos, profundamente diversos de los propios del matrimonio arcaico. En crisis la religión familiar, la idea de la perpetuidad de la familia, y el propio significado religioso del matrimonio, el divorcio deja de estar sometido a un régimen de justas causas, y desaparecida la *manus*, marido y mujer aproximan su posición jurídica en el seno de la comunidad conyugal. NOTA, VOCI, Istituzioni di Diritto Romano, Milanoi954, pp.467 ss. AÑADIR EN TEXTO: .Por el contrario, VOLTERRA ha resaltado en sus numerosos estudios atinentes al matrimonio, la sustancial continuidad y la unidad de naturaleza del matrimonio romano a lo largo de las distintas etapas históricas como consortium omnis vitae, conforme a la definición de Modestino.

3 UNIONES DE HECHO. CONTUBERNIUM.

Diferente del matrimonio libre matrimonio o matrimonio *sine manu*, es la unión libre o unión de hecho, a la que se da la denominación en Derecho romano de *concubinatus*, entre dos personas libres, que deciden convivir, sin intención matrimonial. Así Paulo afirma que debe estimarse que es concubina la que un hombre tiene en tal condición por la mera intención. Dicha unión de hecho entre dos personas, que recibió una regulación diferente en las distintas etapas históricas, producía determinados efectos jurídicos, pero no los propios de unas justas nupcias, *iustae nuptiae*, como eran, la condición de legítimos de los hijos nacidos de la relación, la atribución de la patria potestad respecto de la mujer y de los hijos comunes, la consideración de dotales de los bienes aportados por la mujer etc....

Observa FUENTESECA, que sólo en el *matrimonium legitimum*, también denominado *iustae nuptiae*, los hijos seguían la condición legal del *pater* y continuaban su estirpe familiar (*nomen familiae*). En definitiva, sólo el matrimonio

²⁷ GAYO I.1.111 y 114.

legítimo produciría nuevos ciudadanos, y era, en este sentido, una fuente de ciudadanía. El matrimonio parecía interesar a los juristas únicamente desde el punto de vista del control de la nueva ciudadanía. En el fondo ésta sería la razón del *ius conubii* que era un control sobre la ciudadanía y, por tanto, un principio político de la *civitas*²⁸.

En las fuentes jurídicas y literarias, y en especial en las inscripciones funerarias, hay textos en los que se pone de manifiesto la estabilidad²⁹, afectividad y publicidad de muchas de estas uniones, respecto de las que la imposibilidad legal de contraer matrimonio o la ausencia de interés por asumir el compromiso o el proyecto de matrimonio, producía como consecuencia, aparte de los efectos jurídicos ya señalados, la ausencia del *honor matrimonii* y del otorgamiento a la mujer del rango social de su marido.

Las personas que iniciaban su vida en común, sin intención de constituir un matrimonio, dado que faltaba la *affectio maritalis*, pertenecían en muchos de los supuestos a diferentes estratos sociales, lo que en sí mismo condicionaba, en ocasiones, la decisión de no formalizar un matrimonio legítimo, *matrimonium iustum*. La propia ley presumía que la relación estable de convivencia entre personas de análoga condición social constituía un matrimonio, salvo que las personas fuesen de diferente condición social, en cuyo caso la ley presumía, siempre claro está salvo prueba o manifestación en contrario, que se estaba en presencia de una unión libre o de hecho, es decir, de un concubinato. Bastaba, en todo caso, un cambio de intención para que la unión de hecho pasase a ser un matrimonio o a la inversa, siempre que no existiese al respecto un impedimento legal.

La tolerancia social y legal, llega incluso hasta el punto de propiciar la relación de hecho entre patrono y su liberta, así se manifiesta Ulpiano, en su comentario a la *Lex Iulia et Papia Poppaea nuptialis*, del 9 d.C. al afirmar que es más honorable para un patrono tener a su liberta como concubina que como mujer legítima³⁰. La Ley de Augusto, si bien trataba de favorecer el matrimonio, en la

²⁸ FUENTESECA, Derecho privado romano, Madrid 1978, pp.387-88.

²⁹ La estabilidad diferencia al concubinato de la mera relación sexual. Vid., CASTELLI, Il concubinato e la legislazione augustea, en BIDR 27 (1914) 55 ss.; CASTELLO, In tema di matrimonio e concubinato nel mondo antio, Milano 1940; VOLTERRA, s.v. Concubinato, en NNDI 3 (1959), 1952; Ghirardi, Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en derecho romano, Revista General de Derecho Romano IUSTEL, n.5, diciembre 2005

³⁰ D.25.7.1: Ulpianus 2 ad l. iul. et pap. “Quae in concubinato est, ab invito patrono poterit discedere et alteri se aut in matrimonium aut in concubinatum dare? ego quidem probo in concubina adimendum ei conubium, si patronum invitum deserat, quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere”.

D.25.7.1.1: Ulpianus 2 ad l. iul. et pap. “Cum atilicino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur”.

práctica supuso un incremento de las uniones de hecho, al prohibir el matrimonio a los soldados, así como entre senadores y libertas y entre ingenuos y personas consideradas de mala reputación.

En unos casos, la unión de hecho respondía a la prohibición de que la pareja pudiese contraer matrimonio, lo que por ejemplo se produciría en el caso de una relación estable entre personas del mismo sexo, que en todo caso no constituía un concubinato en sentido técnico, o en los supuestos de coexistencia de una relación matrimonial con una relación de hecho, lo que, por otra parte, no era, en principio, objeto de prohibición legal, si bien con Augusto se castigan penalmente las relaciones extramatrimoniales tipificadas como *adulterium*, *incestum* o *stuprum*³¹. En otros supuestos la unión de hecho respondía a la libre voluntad de quienes no deseaban, por la razón que fuese, contraer matrimonio. Marciano, citando a Marcelo afirma, al respecto, en un texto contenido en el Digesto³², que el concubinato no está penado por la ley, ya que son las mismas leyes las que dieron nombre al concubinato.

La cuestión de la denominación de las uniones libres o de hecho preocupa también a los juristas y a la sociedad de su tiempo³³. Al cambio de vocablo para aludir a la mujer y evitar una posible connotación negativa se refiere Paulo cuando afirma que: para designar a la mujer que vive con el hombre sin ser su esposa legítima, los antiguos utilizaban la denominación de manceba y que en su tiempo con mayor discreción se le suele llamar amiga³⁴.

El emperador Constantino aproxima la regulación del concubinato a la del matrimonio en cuanto a los requisitos exigibles, así en materia de monogamia, pubertad e impedimentos de parentela y afinidad³⁵, al tiempo que deroga algunas

³¹ D.25.7.3.pr. Ulpianus 2 ad l. iul. et pap. “Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est”; D.48.5.35.pr. Modestinus 1 reg. “Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina”.

³² D.25.7.3.1: Marcianus 12 inst. “Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. nam quia concubinitus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit”.

³³ Acerca de la significación del término paelex, para referirse a la mujer que convive con un hombre en una unión de hecho, vid. En FERNÁNDEZ VAQUERO, Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho romano arcaico, en El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual, Huelva 2004, pp.205 y ss. Y la bibliografía allí citada.

³⁴ D.50.16.144: Paulus 10 ad l. iul. et pap. “Libro memorialium massurius scribit “pellicem” apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. granius flaccus in libro de iure papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam pallakyn graeci vocant”.

³⁵ D.25.7.1.3 y 4: Ulpianus 2 ad l. iul. et pap. “Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est”. D.25.7.1.4: Ulpianus 2 ad l. iul. et pap. “Cuiuscumque aetatis concubinam habere posse palam est, nisi minor annis duodecim sit”;

de las disposiciones penales de Augusto referidas a las uniones de hecho. En la práctica, la unión de hecho se diferencia del matrimonio sólo en atención a la ausencia de *affectio maritalis*³⁶. En general, la legislación cristiana tiende a reforzar el matrimonio, a dificultar la existencia de las uniones de hecho y a facilitar su transición a relaciones matrimoniales. Al propio tiempo, se mejoró la condición de los hijos nacidos de estas uniones, que son denominados naturales y a los que se concede el derecho de alimentos y derechos sucesorios abintestato, así como se reconoce la posibilidad de que sean legitimados por subsiguiente matrimonio de los padres, rescripto imperial u oblación a la curia.

A las personas esclavas no se les reconocía capacidad para contraer matrimonio, *conubium*, por lo que las uniones entre esclavos o entre una persona libre y una persona esclava no eran válidas y recibían la denominación de *contubernium*.³⁷

4 ESPONSALES

Frente a la complejidad y a la duración prolongada en el tiempo que caracteriza, en general, la formalización del compromiso matrimonial en las legislaciones y tradiciones de los pueblos primitivos, la casi total ausencia de formalidades y el nacimiento del vínculo matrimonial en un sólo momento, constituye un elemento diferenciador esencial del matrimonio romano, asumido por el Derecho canónico y por los ordenamientos jurídicos modernos.

En época arcaica, la constitución del vínculo matrimonial, exigiría una previa promesa de futuro matrimonio, que se formalizaría a través un contrato verbal de *sponsio*, de ahí el término *sponsalia*, mediante el cual la propia mujer si era *sui iuris*, con la *auctoritas* de su tutor, o el *paterfamilias* a cuya *potestas* estuviese sometida, si era *alieni iuris*, se comprometía con el futuro esposo o con su *paterfamilias* a contraer futuro matrimonio³⁸. Con carácter alternativo, se acordaría que el caso de que la mujer no contrajese matrimonio debería entregar a su prometido una cantidad de dinero a título de pena, lo que sería exigible a través de la *actio ex sponsu*.³⁹

En época clásica, desaparece el formalismo en los esponsales⁴⁰, así como la sanción indemnizatoria en caso de incumplimiento, que es considerada nula en

³⁶ D.25.7.4: Paulus 19 resp. *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.*

³⁷ *Tituli ex corpore Ulpiani*, 5.5: *Cum servis nullum est conubium* y *Pauli Sententiarum*, 2.19.6: *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.*

³⁸ Vid sobre el formalismo y el carácter arcaico de los esponsales en AULO GELIO, *Noctes Atticae*, IV.4 y VARRÓN, *De Lingua Latina*, VI, 69-72.

³⁹ Sobre el papel del *ius sacrum* en los esponsales, vid. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Milano 1994, pp.4 ss.

⁴⁰ D.23.1.4: Ulpianus 35 ad sab. *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.*

caso de que se hubiere previsto. En este sentido se pronuncia Paulo cuando afirma que «Sería contrario a la honestidad, obligar al matrimonio bajo la amenaza de una pena»⁴¹. Se establece asimismo de forma expresa la necesidad de consentimiento de quienes contraen los esponsales⁴², si bien en el caso de la hija de familia bastaría su no oposición⁴³. Probablemente en Derecho Justiniano, la hija de familia la oposición de la hija de familia debería basarse en motivos justificados⁴⁴.

Los esponsales en la época clásica constituirían en esencia un vínculo moral entre los futuros esposos, al que se añadirían determinados efectos jurídicos, en orden por ejemplo a la exención de declarar como testigos el uno contra el otro de los prometidos o el reconocimiento de acciones a favor del desposado por ofensas contra su prometida.

En el Derecho postclásico, por influencia de la moral cristiana aumentan los efectos jurídicos de los esponsales, estableciéndose por ejemplo una cuasifinidad de los prometidos a efectos de impedimentos matrimoniales o la equiparación al adulterio de la infidelidad de la prometida, lo que aproxima la institución al matrimonio, al propio tiempo que se vuelven a admitir sanciones patrimoniales como consecuencia del incumplimiento de la promesa de futuras nupcias, lo que se materializa en lo previsto al efecto en materia de donaciones esponsalicias y de arras⁴⁵.

5 NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del matrimonio romano ha sido objeto de intenso debate doctrinal. Parece, en todo caso, que se ha producido una evolución desde su originaria configuración en la etapa arcaica hasta su conformación en el derecho

⁴¹ D.45.1.134.pr.: Paulus 15 resp. Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit gaio seio habente familiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia gatii seii filio titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea gavius seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an gatii seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

⁴² D.23.1.13: Paulus 5 ad ed. Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt. y D.23.1.11: Iulianus 16 dig. Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet:

⁴³ D.23.1.6.: Ulpianus 36 ad sab. Si puellae tutores ad finienda sponsalia nuntium miserunt, non putarem sufferendum ad dissolvendam nuptiarum spem hunc nuntium, non magis quam sponsalia posse eos solos constituere, nisi forte omnia ista ex voluntate puellae facta sint.

⁴⁴ D.23.1.12.1: Ulpianus I.S. de sponsal. Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.

⁴⁵ Vid. VOLTERRA, Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano, BIDR, 40, 1932, pp.87 ss; Id. Ancora sul consenso della filia familia agli sponsali, RISG, 10, 1935, pp.3 y ss Id. Studi sull'árha sponsalicia, RISG, 2, 1927, pp.671ss.; BALESTRI, s.v. sponsali (diritto romano), ED., XLIII, 1990 pp.500ss, y Fernández Baquero, Conubium y sponsalia, Estudios Homenaje a B. Reimundo, I, Burgos 2000, pp.197-216.

justiniano. Las principales tesis, no necesariamente contrapuestas en todos sus aspectos, avanzadas por los autores, se mueven en torno a las siguientes posiciones:

- A) El matrimonio como mera situación que hecho, que se constituye por el inicio de la convivencia entre dos personas de distinto sexo ,y se mantiene por la simple intención de conservar la unión. No se requería, conforme a esta posición doctrinal, ninguna formalidad ni para constituir ni para mantener ni para disolver el vínculo conyugal .NOTA Vid al respecto en LONGO, Il requisito de la convivenza nella nozione romana di marimonio, AUMA,1955,pp.269ss.
- B) El matrimonio como unión entre dos personas con base en un consensus inicial de constituir la relación , que deberá mantenerse ,como consensus continuado, mientras dura la intención de conservar el vínculo conyugal . Conforme a esta posición doctrinal la relación matrimonial se aproximaría a la contractual , en especial al contrato societario.NOTA Vid al respecto en ORESTANO, La struttura giuridica del matrimonio romano, dal diritto clásico al diritto giustiniano, Milan 1951, y VOLTERRA, La conception du mariage d'après les juristes romains,Padova 1940,Id. Ancora sulla struttura del matrimonio clásico, Fest.. für Lübtow, Berlín 1980,pp.147-152.
- C) El matrimonio clásico sería un tipo singular de contrato consensual ,con características propias de la relación personal que lo fundamenta .NOTA ViD. EN RASI, Consensus facit nuptias, Milan 1946.
- D) En la época arcaica y republicana mas que de matrimonio habría que hablar de tipos o formas de matrimonio, conforme a las formalidades realizadas por los contrayentes al efecto de conformar la denominada conventio in manum.. NOTA Vid en BOZZA, Manus e matrimonio, Annales di Università de Macerata, XV,1942..
- E) En el Derecho postclásico y justiniano, se configura como elemento esencial el vínculo inicial que refleja la voluntad de los cónyuges , conforme al cual se constituye el matrimonio y que debe reforzarse y objetivarse mediante ritos y ceremonias laicas y religiosas , en detrimento de la voluntad de mantener le relación conyugal, que pasa a un segundo término, al propio tiempo que se restringen y aumentan las dificultades para disolver el vínculo matrimonial . NOTA Vid. en ALBERTARIO, Il consenso d'gli sposi e la perpetuita del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa, SDHI,5, 1939, pp. 18-75. y ROBLEDA, El matrimonio en Derecho ,Roma 1970.

REFLEXÕES SOBRE A REALIDADE SOCIAL, A TRADIÇÃO JURÍDICA E A MORAL CRISTÃ NO MATRIMÔNIO ROMANO

Resumo: O matrimônio, como toda instituição que tem uma tradição secular, é um produto histórico. Constitui a expressão em cada época de uma moral e de usos sociais, na qual se refletem, em intensidades distintas, as tensões, equilíbrios, resistências e oscilações, que as novas realidades ou mudanças de mentalidade numa parte do universo social produzem na valoração intrínseca da instituição, assim como no jogo de forças contrárias que pretendem a sua manutenção ou reforma. Somente a partir da interpretação das fontes de conhecimento que moldam a experiência histórica que pressupõe a clássica, e sempre latente, tensão entre uma concepção leiga e secular do matrimônio e outra própria de uma moral sagrada e canônica, poder-se-á proceder com fundamento a uma adequada valoração da realidade presente, de sua regulamentação jurídica e, no caso, a uma eventual reforma. O modelo matrimonial, que caracteriza, em boa medida, nas suas diferentes perspectivas, a denominada tradição de pensamento ocidental europeu e americano, tem suas principais fontes no Direito Romano e no Direito Canônico. Porém, diante desta afirmação, que parece ser de caráter indubitável, os autores não concordam sobre o papel e o grau de influência exercido por cada uma destas fontes. Chegaram inclusive a afirmar que a instituição do matrimônio romano constitui a maior das criações do seu gênio jurídico, perante outros estudiosos que, em pólo oposto, entendem que o matrimônio é a instituição onde mais falhou o gênio jurídico de Roma.

Palabras clave: Matrimonio. Derecho Romano. Naturaleza jurídica.

O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 CONSAGRA A TEORIA AXIOLÓGICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS?

Janáina Soares Noleto Castelo Branco

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará.

Professora de Direito Processual Civil da UFC. Procuradora Federal.

janainancb@yahoo.com.br

Sumário: 1) Caráter político dos preâmbulos nos primórdios do constitucionalismo moderno. 2) Natureza jurídica do preâmbulo. 3) A consagração da teoria axiológica dos direitos e garantias fundamentais pela Constituição Federal de 1988. Conclusões.

Resumo: O texto aborda o polêmico tema da natureza jurídica do preâmbulo constitucional. Analisa posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito. Também analisa seu papel dentro do sistema normativo como parâmetro hermenêutico e elemento de integração. Por fim, aborda a consagração da teoria axiológica dos direitos fundamentais pelo preâmbulo da Constituição Federal de 88.

Palavras-chave: Preâmbulo. Direitos Fundamentais.

1 CARÁTER POLÍTICO DOS PREÂMBULOS NOS PRIMÓRDIOS DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O constitucionalismo, fenômeno histórico-cultural da passagem do Antigo Regime para a Modernidade, surgiu, primordialmente, para privilegiar os interesses dos Estados burgueses, nos quais afloravam ideias como direitos individuais dos cidadãos, princípio da separação dos poderes e representação política e democrática.

O Estado burguês impescindia de um instrumento para institucionalizar seus ideais e, então, romper definitivamente com o absolutismo monárquico.

Nos Estados Unidos, já no final do século XVIII, após a independência das 13 Colônias, surge a primeira constituição escrita e rígida da América e do mundo: a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

O constitucionalismo francês veio envolto a um forte movimento sócio-político, em que se apregoavam ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Foi

nesse contexto que, em 1791, logo após a Revolução Francesa, surgiu a primeira constituição escrita da França.

A ideia de supremacia constitucional é decorrência lógica do contexto em que nasceu o constitucionalismo. Era necessário que o “pacto fundador” se impusesse política e juridicamente. E nessa perspectiva define Canotilho a dupla função desse produto legislativo máximo: “garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro”.^{iv} Já no início do século XIX, o liberalismo, e juntamente com ele o constitucionalismo, que lhe serve de alicerce, difundem-se globalmente.

As primeiras constituições, no entanto, tinham feições marcadamente políticas. E era razoável que assim fosse, posto que foram produtos de revoluções que operaram a superação de um modelo de Estado – absolutista – por outro – liberal.

A Declaração de Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, é expressão dos ideais políticos da época. No entanto, naquela ocasião, não era vista como norma, ou seja, não possuía valor jurídico.

Também os preâmbulos, por muito tempo, não tiveram reconhecida a sua normatividade. Aliás, ainda atualmente há quem os tenha como preceitos não jurídicos, de cunho nitidamente político, como passaremos a demonstrar adiante.

Assevera Paulo Bonavides que, no período de maior efervescência liberal, em que até mesmo os textos constitucionais eram vistos apenas sob o prisma político, os preâmbulos “se assemelhavam primeiro a textos de literatura moral, religiosa ou filosófica, do que a verdadeiras leis portadoras de normas jurídicas vinculantes.”ⁱⁱ

Esclareça-se de logo o que significa ter normatividade, juridicidade. Normativo é aquilo que possui eficácia vinculante. Tudo quanto está presente no texto constitucional é jurídico, é normativo. Já se encontra ultrapassada a visão de que apenas algumas normas constitucionais possuem normatividade, enquanto outras seriam apenas programas de ação, sem possibilidade de serem exigidasⁱⁱⁱ. Reconhecer que determinado texto tem apenas valor político significa negar-lhe vinculação, não podendo o cidadão acionar o Estado para exigir sua aplicação. Significa, em última análise, que tem por função unicamente a de orientar os membros de poder em sua atuação política.

A noção de Estado de Direito foi alcançada em meados do século XIX, quando as constituições passaram a ser vistas também sob o aspecto jurídico. Aos poucos, também as declarações de direitos vêm tendo reconhecida sua juridicidade, vinculando os países que lhe são signatários.

Mas, se já se alcançou a percepção do sistema constitucional como um sistema jurídico, por que ainda se tergiversa acerca do caráter político ou jurídico dos preâmbulos constitucionais?

O grande dilema doutrinário é: O preâmbulo integra o texto constitucional? A resposta a esse questionamento soluciona qualquer controvérsia acerca da juridicidade do preâmbulo. Se é parte da Constituição, partilha de suas características e é norma. Do contrário, é simples apresentação do texto constitucional,

impregnada de teor político, meramente político, e não vincula o legislador ordinário ou o aplicador da lei.

Após a superação da problemática exposta supra no decorrer deste estudo, persistem ainda outras questões: O preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 consagra a teoria axiológica dos direitos fundamentais? Em caso positivo, qual a utilidade de tal consagração?

2 NATUREZA JURÍDICA DO PREÂMBULO

Gérson Marques de Lima, ao tratar da aplicação do bloco de constitucionalidade no Brasil, esclarece que o preâmbulo é um seu componente, ou seja, é parte da Constituição, donde concluir-se que “sua força normativo-vinculativa atinge o mesmo patamar do restante do referido bloco”^{vi}.

Ora, se o preâmbulo compõe a Constituição Federal, é mister concluir que se trata de norma jurídica, posto que a parte compartilha da essência do todo. A Constituição é indubitavelmente um conjunto de normas jurídicas. Do contrário, faltar-lhe-ia a juridicidade, a vinculatividade, a utilidade. Ficamos com esta posição.

Parte da doutrina nacional entende, no entanto, que o preâmbulo não participa da constituição, não passando de um seu intróito.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma categoricamente que “o preâmbulo da Constituição não possui força obrigatória, destina-se simplesmente a indicar a intenção do constituinte.”^v E prossegue salientando sua importância para o intérprete da carta constitucional. Deixa, assim, de reconhecer-lhe vinculatividade, força normativa.

O Supremo Tribunal Federal, nessa esteira, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade em que se alegava a não reprodução obrigatória de parte do preâmbulo da Constituição Federal pelo constituinte do Estado do Acre, decidiu pela impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo por ofensa ao preâmbulo. Em seu relatório, o então relator Ministro Carlos Velloso concluiu, lastreado em vasta doutrina, que o preâmbulo, não sendo norma jurídica, não possui relevância para o direito, nestes exatos termos:

O preâmbulo, ressay das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. **Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica.** ^{vi}(Grifamos).

Não apoiamos a posição da Suprema Corte. O preâmbulo é sim norma constitucional. Norma constitucional que consagra princípios repetidos no texto da Constituição, mas que nem por isso carece de relevância jurídica. O preâmbulo

é norma componente do topo da pirâmide normativa de um ordenamento e forma, juntamente com os artigos da Constituição Federal, um todo normativo, segundo os princípios da supremacia e da unidade da Constituição.

Não se alegue que não é norma por não lhe anteceder o vocábulo “artigo” ou por não ser essencial à existência de uma Constituição, pois isto corresponderia a retirar a juridicidade de boa parte das normas contidas em uma constituição analítica, como é o caso da nossa atual constituição, posto que vários de seus dispositivos não constituiriam aquilo a que se denomina de constituição material^{vii}, por serem dispensáveis à caracterização de uma carta política^{viii}.

Se é verdade que há cartas constitucionais sem preâmbulo, não é menos verdade que estando estes presentes não possuem força normativa. Se o legislador constituinte, ilimitado em seu mister de elaborar o diploma fundamental de determinada sociedade, opta por iniciar sua obra com a proclamação da fórmula política do Estado em criação e a consagração sintética dos valores supremos do povo, não há como deixar de reconhecer especial destaque de tal preceito para a ordem jurídica que se instala.

O preâmbulo é posto em votação tal quais os demais dispositivos constitucionais. É, portanto norma que prenuncia, de forma sintética, todo o arcabouço normativo que guiará o legislador e o aplicador da lei. É elemento de integração da Constituição e, por trazer consigo, embora de forma concisa, o espírito da constituição, tem como função primordial auxiliar o intérprete constitucional.

3 A CONSAGRAÇÃO DA TEORIA AXIOLÓGICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consagra a teoria axiológica dos direitos e garantias fundamentais. É o que se infere da literalidade do texto:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Não há dúvidas, portanto, de que alberga a teoria axiológica dos direitos fundamentais. Ressalte-se a axiologia de que realmente se reveste o texto inicial da nossa Constituição, ao considerar os direitos fundamentais valores supremos.

É fácil perceber que tudo quanto está proclamado no preâmbulo encontra-se disseminado no restante do corpo constitucional, especialmente nos primeiros títulos (Título I – Dos Princípios Fundamentais e Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais), com exceção de elementos não jurídicos do preâmbulo, como a invocação da proteção de Deus, que nada mais é que manifestação da religiosidade do povo brasileiro^{ix}.

Qual o efeito prático da proclamação constitucional preambular da teoria axiológica dos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que esta se encontra disseminada no restante dos dispositivos da carta?

Cabe discorrer sobre a problemática. O preâmbulo, por ser a norma constitucional que apresenta as demais, renunciando o seu conteúdo, é valiosíssimo instrumento de interpretação dos diversos dispositivos constitucionais, pois que contém a opção política do Estado, opção por um Estado Democrático e de Direito, ou seja, lastreado numa ordem constitucional e legal.

Willis Guerra Filho, após concluir ter o constituinte de 88 previsto, ainda no preâmbulo, o princípio do Estado Democrático de Direito, ou seja, a fórmula política, define-a como “elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas, e, através delas, de todo o ordenamento jurídico”^x. Portanto, serve de guia do legislador e do aplicador da lei.

Sendo norma que contém o que há de mais essencial no texto constitucional, é indubitável a importância da consagração da teoria axiológica dos direitos e garantias fundamentais pelo preâmbulo. Vincula não somente o intérprete, como também o legislador e o aplicador da lei.

CONCLUSÕES

O preâmbulo possui a natureza jurídica de norma, mas não uma norma qualquer, e sim uma norma que ocupa o ápice do ordenamento, posto que integrante da carta constitucional. Portanto, além de ter normatividade, o preâmbulo possui função de limitar a atividade legislativa, servindo-lhe de parâmetro. Na aplicação da lei, auxilia a interpretação da norma, bem como lhe serve de elemento de integração.

A doutrina não é majoritária em considerar normativa a natureza do preâmbulo. O Supremo Tribunal Federal entende que se trata apenas de preceito de relevância exclusivamente política.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consagra a teoria axiológica dos direitos fundamentais. Ocorre que os direitos fundamentais a que alude estão reproduzidos nos demais dispositivos constitucionais, especialmente no artigo 5º, o que acaba por amenizar a importância da discussão acerca da consagração de tais direitos naquela parte introdutória e sintética da carta constitucional. No entanto, tendo em vista o princípio da unidade axiológica da Constituição, e sendo

o preâmbulo, como não poderia deixar de ser, um resumo dos valores contidos na Carta, é mister reconhecer que o preâmbulo é necessariamente consagrador da teoria axiológica dos direitos fundamentais, tendo, nesse aspecto, a mesma força vinculante, normativa, dos demais dispositivos constitucionais que consagram de forma mais detalhada tais direitos.

Ressaltamos, por fim, que há no preâmbulo mais que uma opção política ou uma norma jurídica. Há elementos culturais, como, por exemplo, aspectos da religiosidade do povo. Tais aspectos não são vinculantes porque despidos de juridicidade.

Possuindo, pois, o preâmbulo, como bem demonstramos, normatividade, tudo o que nele se contém de jurídico vincula o criador e o aplicador da lei.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1996.

BUENO NETO, Francisco. **Curso Acadêmico de Direito Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Editora de Direito, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos, 2001.

LIMA, Gérson Marques de. **Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol**. In Revista Opinião Jurídica. Ano II – n. 3 – 2004.1.

MARÇAL, Patrícia Fontes. **Estudo Comparado do Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THE PREAMBLE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION AND THE AXIOLOGICAL THEORY OF FUNDAMENTAL (HUMAN) RIGHTS

Abstract: This paper aims to investigate the normative force of preambles. It analyses if the preamble of the Brazilian Constitution contains the axiological theory of fundamental (human) rights.

Keywords: Preamble. Fundamental (Human) rights.

- ⁱ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 151.
- ⁱⁱ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 202.
- ⁱⁱⁱ A esse respeito, destacamos a posição de Rui Barbosa: “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.” BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, II, São Paulo, 1933, p. 489, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 211.
- ^{iv} LIMA, Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. In *Revista Opinião Jurídica*. Ano II – n. 3 – 2004.1, p. 106.
- ^v FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 15. No mesmo sentido, Patrícia Fontes Marçal, ao afirmar que “o Preâmbulo não se reveste de caráter normativo e sua função é servir de instrumento à interpretação dos dispositivos inseridos na Carta Política. Nessa condições, não é lícito interpretar qualquer norma constitucional em desacordo com o preâmbulo”. (MARÇAL, Patrícia Fontes. *Estudo Comparado do Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 4). No nosso entender, tal assertiva contém contradição, na medida em que se, segundo a autora, o preâmbulo não é norma jurídica, não possui força vinculante. Assim sendo, nada impediria o intérprete da Constituição de contrariar o texto preambular no seu mister hermenêutico.
- ^{vi} ADIN n. 2.076-5 ACRE. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento ocorrido em 15/08/2002. p. 226.
- ^{vii} Segundo Paulo Bonavides, “Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição... As constituições não raro inserem matérias de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 63-64).
- ^{viii} Ressalte-se que, apesar de não ser essencial à caracterização de uma carta constitucional, o preâmbulo esteve presente em todas as Constituições brasileiras, com exceção da Carta da República de 1937.
- ^{ix} Acerca da invocação do nome de Deus pelo Constituinte de 88, lembra Francisco Bruno Neto que “é uma praxe constitucional brasileira. Fizeram-na as Constituições de 1824 e 1934. Não fez a de 1891, mas apenas porque estavam os constituintes republicanos preocupados em separar o Estado da Religião e assim acharam que a inserção do nome de Deus na Constituição viria concorrer para nova confusão.” (BUENO NETO, Francisco. *Curso Acadêmico de Direito Constitucional*. 2 ed., São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 353-354). Ademais, ressalte-se que a maioria das constituições da América Latina invocam a proteção de Deus, diferentemente das constituições européias, por exemplo, o que reforça o argumento de que se trata de aspecto cultural, não jurídico, presente nos preâmbulos desses países.
- ^x GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos, 2001.

A BIOÉTICA E O BIODIREITO: ASPECTOS E CONTROVÉRSIAS

Günther Maluschke

Doutor em Filosofia pela Universidade de Bonn. Livre-docente pela Universität Tübingen (Alemanha). Professor titular da Universidade de Fortaleza.
maluschke@gmail.com

Sumário: Introdução. 1) Problemas epistemológicos e incertezas morais. 2) Relação entre Bioética e Biodireito. 3) Aborto e pesquisas com células-tronco embrionárias. 4) Direitos dos pacientes terminais.

Resumo: Nesta conferência¹, analisam-se as relações entre a Bioética e o Biodireito assim como os desafios que as duas disciplinas enfrentam, tratando temas como aborto, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia, distanásia e suicídio assistido. Defendem-se uma Ética inventiva e um Direito criativo, ambos dispostos a aprender pelos seus erros e com sensibilidade para os casos difíceis no início e no fim da vida humana.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Ética Inventiva. Direito Criativo.

INTRODUÇÃO

Nesta conferência, vou defender algumas idéias que gostaria de apresentar já no início em forma de três teses.

A primeira tese é a seguinte: são, sobretudo, inquietadoras incertezas morais que são a principal razão pela qual se ocasionou a formação das duas disciplinas relativamente novas da Bioética e do Biodireito.

A segunda tese: As incertezas normativas nos acompanharão futuramente, e quem espera da Bioética e do Biodireito soluções definitivas ficará decepcionado não só pela minha conferência, mas também no futuro não encontrará tais soluções.

A terceira tese: Aqueles que pretendem apresentar soluções definitivas e imutáveis para os problemas da Bioética e do Biodireito – isto é, para os problemas morais e jurídicos que são os objetivos dessas disciplinas – enganam o público, pois tais soluções são além do alcance da inteligência humana.

⁰¹ Conferência proferida na abertura do V Encontro de Iniciação à Pesquisa, em 27/maio/2009, do curso de Direito da FA7.

Sintetizando essas três teses, devo dizer que meu objetivo é bastante modesto: pretendo lhes apresentar propostas provisórias de soluções que um dia poderão ser superadas por outras propostas melhores. Inicialmente tenho a intenção de analisar as controvérsias e as dificuldades de alcançar consensos no contexto de nossa temática. Na verdade, prevalecem muitas dúvidas, e há poucas certezas. Prevalecem os dissensos.

Em primeiro lugar, devemos entender o que é Bioética e o que é Biodireito. Uma primeira resposta pode ser a constatação de que são subdisciplinas de outras disciplinas, isto é, disciplinas derivadas de outras disciplinas: a Bioética é uma subdisciplina da Ética; o Biodireito é uma subdisciplina do Direito. Ambas as palavras começam com o antepositivo bio do grego bios, o que significa “vida”. São determinados grandes problemas da vida e suas implicações morais que são o objeto tanto da Bioética quanto do Biodireito.

A Bioética é o estudo dos problemas morais despertados pelas pesquisas científicas em biologia e medicina assim como especialmente no campo da genética. As questões principais da Bioética são a utilização de seres vivos e até de homens em experimentos, a legitimidade moral do aborto, da pesquisa com células-tronco embrionárias, da eutanásia, da distanásia, isto é, da obstinação terapêutica que, custe que custar, pretende prorrogar a vida de um paciente terminal, do suicídio, do suicídio assistido por médicos etc. Como todos esses problemas morais são também problemas jurídicos, os Estados têm a obrigação de criar normas jurídicas para impedir eventuais abusos das novas possibilidades de intervenção médicas que a engenharia genética e outras biotecnologias sofisticadas oferecem.

1 PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS E INCERTEZAS MORAIS

Acabei de dizer que a Bioética é uma subdisciplina da Ética. Por isso devo, em poucas palavras, explicar como eu vejo o status epistemológico da Ética. Compartilho com o filósofo Karl Popper a opinião de que a Ética não é uma ciência². Normas são feitas pelo homem, os seres humanos introduziram normas no mundo. Tanto as normas éticas quanto as normas jurídicas são invenções humanas. Não há nem ética natural nem direito natural. Concordo plenamente com a afirmação de Popper: “A natureza consiste de factos e de regularidades, não sendo em si mesma nem moral nem imoral. Nós é que impomos nossos padrões à natureza, desse modo introduzindo a moral no mundo natural.”³

² Cf. Popper, K.R., *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*, Belo Horizonte/São Paulo: Editora Itatiaia Limitada, t. II, p.246.

³ *Ibid.*, t. I, p.75

Por que a Ética não é uma ciência? A resposta é simples. Ciências descrevem e explicam os fenômenos e regularidades do mundo; normas éticas – repito – não são fenômenos ou regularidades do mundo. Ciências não criam normas, não inventam normas. Somos nós, homens vulneráveis e necessitando de proteção, que introduzimos concepções éticas no mundo natural. Éticas são criações culturais. Agora falei de éticas, de uma pluralidade de éticas. Isto, de fato, é totalmente correto, pois em nosso mundo não existe uma única Ética como existe uma única Matemática, uma única Física, Química, Biologia, Engenharia Genética. Matemática, Física, Química, Biologia podem ser estudadas em qualquer país civilizado, e novas descobertas nessas disciplinas são válidas para o mundo inteiro. Quanto à Ética, isso não é o caso. E também dentro da mesma cultura há opiniões morais heterogêneas, influenciadas por diferentes religiões e ideologias. Esta heterogeneidade das opiniões confirma o fato de que encontramos num campo de grandes incertezas. Teorias científicas são sustentadas por controles empíricos. Podemos deplorar que uma questão de interesse vital como a diferença entre o bem e o mal não pode ter uma comparável pretensão à objetividade. Isto, contudo, é um fato.

Não sabendo o que devemos fazer, devemos nos contentar em decidir o que queremos fazer. Mas o nosso querer também não é determinado por regras universalmente válidas. Nosso livre-arbítrio, nossa capacidade de escolher em função de nossa vontade, implica o perigo de decisões anti-sociais. E é esse perigo que, desde tempos imemoriais, motivou os homens a criar éticas e sistemas jurídicos. Esses sistemas normativos devem continuamente ser adaptados às novas situações e aos novos desafios. A criação das disciplinas da Bioética e do Biodireito é, de fato, uma resposta a novas situações e novos desafios.

Foram, sobretudo, as invenções de máquinas medicinais eficientes – máquina de circulação extracorpórea, coração artificial, incubadora, aparelhos de diagnósticos altamente sofisticados – e, especialmente, os progressos rápidos da biotecnologia e da engenharia genética que sobrecarregaram os profissionais da saúde com novas responsabilidades e mostraram que a ética médica tradicional tinha perdido sua força de orientação. A dinâmica do progresso científico-técnico gerou novas incertezas morais de grande peso, pois, com o aumento das competências técnicas, o homem está a ponto de se tornar objeto de manipulação e alteração na sua natureza fisiológica e até na profundidade de sua constituição genética.

As velhas evidências morais – que, em parte talvez tenham sido pseudo-evidências – falharam em face dos desafios surgidos em decorrência da abundância das possibilidades técnicas que, incluindo projetos de autocriação humana, abrangem também riscos de autodestruição. Aqui só menciono os projetos moralmente problemáticos de clonagem humana.

O impacto das biotecnologias de ponta sobre o clima nos hospitais e sobre a relação entre médicos e pacientes é muito forte. Com as novas capacidades

tecnológicas surgiram possibilidades anteriormente inconcebíveis de salvar vidas, mas estão também à disposição as técnicas de prorrogar a vida e os sofrimentos de pacientes terminais, mantendo-os vivos em condições terríveis. A questão moral que se faz agora é: De que maneira devem ser utilizadas as possibilidades extraordinárias das tecnologias de ponta na medicina? Todos esses problemas são um campo de grandes controvérsias.

2 RELAÇÃO ENTRE BIOÉTICA E BIODIREITO

O próximo tema sobre o qual devo versar agora é a relação entre Bioética e Biodireito. Quem quer se dedicar a esse tema, poderia, em primeiro lugar, tentar se informar sobre o significado desses dois termos por meio de dicionários. Neste caso, porém, tal tentativa poderia induzi-lo em confusões, pelo menos se ele tiver a idéia de consultar os mesmos dicionários jurídicos como eu para se informar sobre o conceito “biodireito”. Quem abre um desses dicionários depara-se com a seguinte explicação: “É a positivação ou tentativa de positivação das normas bioéticas; ou seja, a positivação de permissões de comportamentos médico-científicos e das sanções pelo descumprimento destas normas.”⁴ Em outro dicionário, biodireito é definido como “disciplina oriunda da interdisciplinaridade entre a bioética e o direito.”⁵ As duas definições não se harmonizam uma com a outra. De acordo com a primeira, o sujeito do Biodireito seria o legislador, no Brasil, o congresso, que cria normas jurídicas, positivando, no caso específico, “normas bioéticas”. Na segunda definição, Biodireito é uma disciplina jurídica que, para realizar seu objetivo, deve colaborar com outra disciplina, a Bioética. Enquanto a primeira definição apresenta o Biodireito como prática legisladora, a segunda a determina como estudo teórico com fins jurídico-práticos. Ambas as definições são reducionistas; portanto, não estão à altura de conceituar a pluridimensionalidade daquilo que se pode designar de Biodireito, e também não correspondem à pluridimensionalidade da Bioética. O reducionismo, porém, não é a única falha dessas definições; além disso, são impróprias por causa da ênfase exagerada da relação harmoniosa entre Bioética e Biodireito. Essa relação, de fato, não é tão harmoniosa.

A primeira definição acentua inapropriadamente o entrelaçamento entre positivação e normas bioéticas, como se as normas biojurídicas fossem as simples positivações das normas propostas pelos especialistas da Bioética, como se não houvesse casos de conflito entre as concepções dos bioeticistas e o legisladores.

⁴ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 27ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense 2008, p. 223.

⁵ Acquaviva, Marcus Cláudio, Dicionário Jurídico Acquaviva: Editora Rideel, p. 141.

A segunda exagera a interdisciplinaridade, como se entre bioeticistas e juristas prevalecesse o consenso com respeito, por exemplo, a temas como aborto, pesquisas com células-tronco embrionárias, eutanásia, suicídio assistido etc.

Eu já assinalei anteriormente que foram as incertezas morais que ocasionaram o surgimento da Bioética. A novidade da Bioética em relação à Ética tradicional consiste no alargamento das perspectivas para estratégias de solução de problemas extremamente complexos na área biomédica. Surgiu o medo de que o homem, na sua natureza humana, se torne mero objeto de disposição das tecnologias de ponta na medicina. As incertezas morais são, portanto, o reverso da medalha do espantoso progresso biotecnológico.

Com o aumento das capacidades tecnológicas alargam-se também as proporções das responsabilidades dos profissionais de saúde. Médicos e médicas, enfermeiros e enfermeiras assim como assistentes técnicos enfrentam tanto conflitos de consciência individual quanto perplexidades perante zonas de incerteza jurídicas. Sobretudo em casos difíceis – no início e no fim da vida – nem os padrões éticos tradicionais nem o direito vigente oferecem orientações certas para a prática profissional. Tanto os eticistas quanto os juristas devem explorar novos horizontes.

Na tentativa de elaborar orientações normativas que estejam à altura dos desafios atuais, os especialistas de Ética, em geral filósofos e teólogos, e os juristas podem convergir ou divergir. De fato, há grandes divergências entre os eticistas. É verdade que os juristas têm na Constituição de seus países um guia orientador em comum, mas também entre eles existem discordâncias no âmbito dos novos problemas normativos. De modo geral, pode-se dizer que se formaram duas tendências na área tanto da Bioética quanto do Biodireito: concepções conservadoras, por um lado, e concepções crítico-liberais, por outro lado. Há, com certeza, grande concordância entre os especialistas da Ética e os juristas que defendem posições conservadoras e aqueles que apoiam posições liberais. Pode-se constatar, porém, que também entre os teóricos ideologicamente próximos, às vezes, surgem divergências; na interpretação dos princípios normativos não existem sempre concordâncias entre especialistas de Ética e juristas conservadores ou entre eticistas e juristas liberais, porque tanto os métodos quanto as tradições do pensamento ético e da teoria jurídica são diferentes.

No concernente à posição conservadora, na Europa e no Brasil são, sobretudo, as concepções dogmáticas do catolicismo que se impuseram. Em comparação a isto, as idéias crítico-liberais caracterizam-se por certo pluralismo. Nos terrenos da Bioética e do Biodireito confrontam-se idéias heterogêneas. Na Bioética, os debates continuam, e na Filosofia Moral, que já há muito tempo se emancipou da Teologia, prevalece cada vez mais a convicção de que certezas absolutas de orientação normativa são inacessíveis, ou se apresentam como expressão dogmática de uma fé religiosa que não tem o apoio de argumentos universalmente aceitáveis.

Como o sistema jurídico não pode esperar o fim do debate bioético, que, com certeza, jamais terminará, os legisladores não podem deixar de diminuir as incertezas jurídicas por propostas de leis positivas. Desde que são oficialmente decretadas, a validade de tais leis está fora de dúvida. Não obstante, a crítica acadêmica de leis vigentes sempre é possível. Leis conservadoras ou uma jurisprudência demasiado tradicionalista podem ser objetos de críticas por parte dos pesquisadores na área da biologia e da genética, o que fizeram, no Brasil, pesquisadores que planejaram experimentar com células-tronco embrionárias; mas uma jurisprudência conservadora pode também ser criticada por parte daqueles eticistas ou juristas que defendem concepções mais liberais. Por outro lado, também as leis progressistas, que abrem amplo espaço de pesquisa na área da engenharia genética, não são isentas da crítica dos pesquisadores e bioeticistas conservadores. Ambas as profissões, a dos especialistas de Ética e a dos juristas, enfrentam a tarefa de tentar tomar as decisões racionalmente mais adequadas possíveis em condições em que certezas absolutas são fora de nosso alcance. Precisamos de um pensamento ético inventivo e de uma jurisprudência criativa que acompanhem o progresso científico e criem orientações normativas que não mais procurem a meta ilusória de certeza absoluta, mas se contentam com normas suscetíveis de reavaliação e revisão.

3 ABORTO E PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Abordarei agora algumas controvérsias no contexto da Bioética e do Biodireito. Foi amplamente noticiado que no dia 29 de maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal aprovou, sem restrições, a continuidade das pesquisas com células-tronco embrionárias no país. Sabemos que cinco votos fizeram ressalvas e que a maioria com seis votos venceu. Percebe-se que entre os ministros houve dissensos. A Ação de Inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança foi rejeitada por apenas seis votos contra cinco. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) lamentou a decisão do Supremo Tribunal de liberar as pesquisas. Na Bioética, a Igreja Católica defende a posição de que já o zigoto é uma pessoa humana, e por isso considera a utilização de células-tronco embrionárias como homicídio. Neste caso, o conflito entre a posição da Igreja Católica e a jurisprudência brasileira é evidente.

Quanto ao aborto, também há um conflito insuperável entre a posição rígida da Igreja Católica e a nossa jurisprudência. Neste ano, em março, o Arcebispo de Recife e Olinda, Dom José Cardoso Sobrinho declarou publicamente a excomunhão dos médicos que interromperam a gravidez de uma menina de nove anos, vítima de estupro de seu padrasto. Muitos brasileiros se solidarizaram com os médicos e criticaram o Arcebispo. Recebi um apelo para enviar uma mensagem

de solidariedade à direção do Centro Integrado de Saúde Amaury de Medeiros e à equipe de atenção de saúde que, como escreveram, “têm sido violentamente atacados por parte da Igreja Católica.” Respondi positivamente, mas não sei se gostaram de minha resposta. Vou citar só algumas passagens.

Depois de ter manifestado minha solidariedade para com aqueles médicos, escrevi o seguinte: “Tenho, portanto, dificuldades de entender por que uma instituição e pessoas que, no cumprimento de seus deveres, não tiveram problemas de consciência – ou resolveram esses problemas com argumentos válidos – fazem apelos de solidariedade e pedidos de apoio. Por que precisam da solidariedade de outras pessoas? ... Não critico nem defendo o arcebispo. Constato a obstinação dogmática e as convicções retrógradas dele, mas acredito que ele também agiu em concordância com sua consciência e suas convicções. Ele é simplesmente o servo obediente ... de sua Igreja. E de acordo com o Direito Canônico, o aborto de fato é caso de excomunhão *latae sententiae*, isto é, automática. O que Dom José Cardoso Sobrinho fez? Informou o público brasileiro sobre este dogma. Não foi ele que excomungou os envolvidos... Penso que manifestações de indignação direcionadas contra o arcebispo são inadequadas. O verdadeiro problema é a respectiva doutrina da Igreja Católica. Esta deve ser objeto da crítica. Os médicos sabem que não se pode desenvolver um tratamento médico adequado a partir de um diagnóstico errado. As pessoas, os homens da Igreja não são o verdadeiro problema ... Dificilmente a Igreja Católica pode separar-se das regras medievais do Direito Canônico. O conflito com concepções de moralidade profana e o direito positivo dos Estados modernos permanecerá. Os médicos devem se acostumar a serem alvos de críticas desta igreja e treinar a arte de ficarem imperturbáveis.”

Até aqui o recorte de minha declaração ao Centro Integrado de Saúde Amaury de Medeiros. O arcebispo Dom José Cardoso Sobrinho é um defensor do Direito Natural. Considera o Direito Canônico baseado no Direito Divino, e conseqüentemente afirma que, em caso de conflito entre Direito Divino e direito positivo, este último não é válido. As leis brasileiras que permitem o aborto de uma gravidez decorrente de estupro e também quando a mãe corre risco de vida para o arcebispo não são válidas. Os conflitos entre um Direito Natural pré-moderno e os sistemas do direito positivo são insuperáveis, e tais conflitos hoje se manifestam de maneira particularmente intensiva nos terrenos da Bioética e do Biodireito.

4 DIREITOS DOS PACIENTES TERMINAIS

Na Bioética e no Biodireito, na cultura ocidental, estabeleceu-se o consenso segundo o qual a dignidade do moribundo deve ser respeitada. Esse consenso parece ser bastante estável quando se fala da dignidade do moribundo no sentido abstrato. O consenso se torna complicado, no entanto, quando surgem problemas

muito concretos na fase final da vida, por exemplo: um paciente sofre de dores insuportáveis e quer morrer o mais rapidamente possível; outro não quer mais comer e beber para acelerar o processo de morrer e se recusa de aceitar alimentação forçada; outra pessoa na fase final da vida quer se suicidar e pede do médico orientação e auxílio para esse ato. Será que, em tais casos, o princípio de autonomia é válido? Será que os médicos devem respeitar a autonomia do paciente e agir de acordo com a vontade dele? Obviamente não se pode deduzir do princípio de dignidade da pessoa humana uma orientação concreta para resolver problemas desta natureza. Tais casos provocam muita discussão, e se torna evidente que o consenso abstrato atinente ao respeito da dignidade do paciente terminal é um consenso fraco. Quando se pergunta: “Respeitar a dignidade do moribundo significa respeitar sua vontade”? a resposta geralmente é ambígua.

Genival Veloso de França, por exemplo, defende a tese de que “a morte, em qualquer circunstância, é sempre o mal maior”.⁶ Será que ele defenderia também a idéia de que a vida é sempre, em qualquer circunstância, o bem maior? A afirmação de França é extremamente problemática, pois para um moribundo a morte pode ser a única salvação de dores insuportáveis e de sofrimentos psíquicos profundos. Por isso, também a tese complementar “a vida é sempre, em qualquer circunstância, o bem maior” é inaceitável. Há, infelizmente, circunstâncias nas quais a vida perde seu valor.

Geralmente, França segue piamente o ensinamento ético da Igreja Católica. Na mesma página, França cita uma passagem da Declaração sobre a Eutanásia (1990) da Igreja Católica:

Na iminência de uma morte inevitável é lícito de forma consciente formar a decisão de renunciar ao tratamento que daria somente um prolongamento precário à vida, sem, contudo interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes.⁷

Conforme fica claro pelo contexto, “cuidados normais” significam nada mais do que alívios de sofrimento. A vontade do moribundo não está no centro do discurso de França.

O raciocínio apresentado é inconsistente. Obviamente, a Igreja Católica, cujas idéias ético-jurídicas geralmente são o guia para França, não pode declarar que a morte, em qualquer situação, é o mal maior. Assumamos que o catolicismo não abandona suas tradições e permanece conseqüente nas suas esperanças escatológicas. Então, o mal maior é uma forma específica de vida, isto é, a vida dos

⁶ França, G. V. de, *Medicina Legal*, Rio de Janeiro, Editora Guanabara Koogan S. A., 5ª ed., 1998, p.303.

⁷ *Ibid.*

pecadores no inferno, uma vida eterna com dores fortíssimos e sem fim. Para esta fé religiosa a vida terrestre também não é o bem maior; o bem maior é a vida dos bem-aventurados no paraíso. Por conseguinte, para essas pessoas felizes a morte não era o mal maior, só era uma passagem para outra vida. Há três anos, li numa revista alemã a seguinte notícia: Na Áustria, um abade recebeu uma carta de um bispo amigo em que este o informou que estava sofrendo de um câncer incurável e já se preparando para a morte. Imediatamente o abade respondeu: “Parabéns. Em breve o Senhor estará no Paraíso. Como eu gostaria de acompanhar o Senhor.”

A alta valorização da vida terrestre é, de fato, a conseqüência de uma concepção moderna e não religiosa de uma vida temporalmente limitada; nesta perspectiva, a morte eventualmente possa ser considerada como “mal maior”, porque não há mais nenhuma esperança de uma outra vida após a morte. No entanto, nem mesmo nesta ótica a obstinação terapêutica poderia ser justificada por meio de bons argumentos, mas tal tendência seria um pouco mais plausível do que no contexto de convicções religiosas. No que concerne à rejeição da distanásia, França assume o respectivo ensinamento da Igreja Católica, sem perceber que, para ser conseqüente, deveria ter abandonado a idéia sobre a morte como mal maior.

A palavra “distanásia”, antônimo de “eutanásia”, mas muito menos conhecida do que esta, é um neologismo de origem grega e significa “morte difícil, lenta, penosa e com muito sofrimento”. Por extensão semântica, a palavra distanásia usa-se também para indicar o tratamento inútil, a obstinação terapêutica, isto é, a atitude de médicos que, visando a salvar a vida do paciente terminal, custe que custar, submete-o a grande sofrimento. Deste modo, prolonga-se muito mais o processo de morrer do que a vida propriamente dita.

Nas áreas da Bioética e do Biodireito, a “eutanásia” é muito mais discutida do que a distanásia, mas com certeza a última está sendo muito mais praticada nas instituições de saúde, notadamente nas unidades de terapia intensiva. As práticas distanásicas até estão sendo ocultadas ao público, como se fossem práticas de tabu, pois nas manchetes de noticiários e jornais quase nunca informações sobre isso são divulgadas.

Em maio de 1999, porém, o Dr. John Hansen publicou no *Washington Post* um artigo intitulado “Escolhendo morte ou mamba em UTI”, com o seguinte teor: Três missionários foram aprisionados por uma tribo de canibais, cujo chefe lhes ofereceu escolherem entre morte ou mamba – mamba é uma serpente africana peçonhenta, cuja picada inflige grande sofrimento antes da morte certa ou quase certa. Dois deles, sem saber do que se tratava, escolheram mamba e aprenderam da maneira mais cruel que mamba significava uma longa e torturante agonia, para só então morrer. Diante disso, o terceiro missionário rogou pela morte, ao que o chefe da tribo respondeu-lhe: “Morte você terá, mas primeiro um pouquinho de mamba.”

A tese do Dr. Hansen é de que, como os missionários que não sabiam o que era mamba, por sua vez o público em geral desconhece as práticas de tratamento

inútil e de obstinação terapêutica nas unidades de terapia intensiva de hoje. Há ainda muitas equipes médicas que aceitam a batalha contra a morte por meio da poderosa tecnologia médica até o último momento, porque, em vez de se entender a morte como um acontecimento normal e inevitável, ela é, sobretudo, encarada como falha da medicina, como se fosse o último desafio a ser superado. Afinal de contas, porém, a morte sempre vencerá.

Será que o suicídio, em qualquer circunstância, é condenável? Será que um prisioneiro num campo de concentração, todos os dias humilhado e mal tratado, sem perspectiva de um dia levar uma vida em liberdade, não deve suicidar-se? Quem conhece as normas universalmente válidas que em caso tão difícil devem ser respeitadas?

Há mais ou menos trinta anos, um filósofo da Universidade de Viena (Áustria) ficou internado num hospital com uma doença incurável. As dores pioraram e a vida se transformou em pesadelo. Um dia ele pediu a um colega que o tinha visitado o favor de transmitir aos outros colegas da Universidade a seguinte informação: quem quisesse visita-lo deveria fazer isto na semana seguinte. Após esta semana, ele se defenestrou. Cometeu um suicídio bem premeditado.

Quem tem o direito de condenar este ato? Quem acredita em Deus, a ele deve deixar a sentença. Quem não acredita em Deus deve também se abster de qualquer julgamento.

Hoje, na Holanda e na Suíça, o suicídio assistido em instituições especiais é legalizado. É bem possível que o filósofo vienense teria escolhido tal prática de suicídio assistido, se naquela época esta possibilidade tivesse existido.

Esta consideração não deveria ser compreendida como proclamação para a despenalização do suicídio assistido ou até para sua institucionalização. As vantagens e desvantagens e os possíveis perigos devem ser muito bem ponderados, e a formação de uma opinião apoiada por bons argumentos deve ser difícil. Talvez, porém, os veredictos tradicionais não se afirmem como bons argumentos, mas somente como dogmas. Não se pode excluir a possibilidade de que em futuras épocas outros dogmas prevalecerão.

Uma das teses principais de minha conferência é que não devemos sobrestimar nossa faculdade de estabelecer normas éticas e jurídicas universal e absolutamente válidas, e na aplicação de nossas normas não podemos esquecer de que não somos isentos de erros. Por isso, devemos ter cautela de princípios pretensamente absolutos e de sua aplicação.

Uma das mais repugnantes aplicações de um princípio absoluto, princípio da sacralidade da vida humana, pela jurisprudência foi realizada em 2007 na Alemanha⁸. Depois de um exame falho das vias respiratórias (erro médico), uma

⁸ Caso relatado pela revista alemã Der Spiegel, n. 42, de 15 de outubro de 2007.

menina de quatro anos caiu em coma vígil. Perdeu a capacidade de falar, não reconheceu seus pais, não se comunicava com ninguém. Havia sinais de vida, sim, sinais extremamente fortes: espasmos e gritos de dor que acompanharam os pesadelos da mãe por muito tempo. Os sedativos falharam. A criança foi submetida a tratamentos inúteis em vários hospitais especializados, inclusive a cirurgias. Tudo sem êxito. Quando os pais perceberam que não havia mais melhoria possível, decidiram que os tratamentos e as medidas de prorrogação da vida de sua filha não deveriam continuar. O chefe do setor pediátrico no qual ela estava internada fez intervir as autoridades estatais. Um tribunal desapossou aos pais, parcialmente, o poder pátrio, interditando-os de levar a criança para casa. Ela ficou no hospital, e as “torturas” e gritos de dor continuavam. Finalmente, depois de dez meses de luta, o Tribunal Estadual Superior de Hamm (Westfália) decidiu em favor da demanda dos pais. No dia 4 de julho de 2007, os pais levaram a filha para casa, onde o médico da família devia acompanhar a fase terminal da criança. O litígio ainda não terminou. No dia 7 de julho, os pais receberam, pelo fax, a notícia de que o Supremo Tribunal da Alemanha, de novo, tinha-lhes desapossado o poder pátrio. Tarde demais: a criança já tinha falecido.

As cartas de leitores da revista, publicadas na edição de 29 de outubro de 2007, foram unânimes na manifestação de horror sobre este rigorismo da jurisprudência (exceto o acórdão do Tribunal Estadual Superior de Hamm). “Quem nos protege de tais juízos?”, perguntou um dos leitores.

Por que, diante deste caso trágico, aos juristas do Supremo Tribunal faltou aquele tipo de sensibilidade que os leitores da revista manifestaram? Penso que é a ilusória certeza de dispor de certezas normativas irrefutáveis que induz a esta forma de endurecimento. Um pensamento ético inventivo e uma jurisprudência criativa, ambos dispostos a aprender pelos seus erros, poderiam desenvolver a sensibilidade desejável para casos difíceis na Bioética e no Biodireito.

REFERÊNCIAS

- Acquaviva, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**: Editora Rideel.
- De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico. Atualizadores**: Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, 27. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- França, G.V. de. **Medicina Legal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- Popper, K.R. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos**. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia, 1987.

BIOETHICS AND BIOJURISPRUDENCE:
ASPECTS AND CONTROVERSY

Abstract: In this conference the relationship between Bioethics and Biojurisprudence is analyzed as well as the challenges that the two disciplines face dealing with themes such as abortion, embryonic stem cell research, euthanasia, disthanasia, and assisted suicide. We defend inventive ethical thought and a creative jurisprudence, with openness in order to learn with their mistakes and with sensibility for the hard cases in the beginning and the end of human life.

Keywords: Bioethics. Biojurisprudence. Inventive ethical thought. Creative jurisprudence.

O ESTADO CONSTITUCIONAL E O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Sérgio Borges Nery

Mestrando em Direito Constitucional pela Unifor. Advogado.
sergiobnery@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) A natureza da constituição. 2) O guardião da constituição. Conclusão.

Resumo: Neste artigo, procura-se examinar o papel da Constituição para o Estado, investigando, primeiramente, a natureza desse texto. Inicialmente, faz-se um excuro sobre os fundamentos filosóficos que sustentam a Constituição. Em seguida, busca-se delinear algumas questões constitucionais conducentes a paradoxos e a sua relação com o poder. Logo após, discorre-se sobre o problema da indicação de um guardião do texto constitucional, por meio da evidenciação das virtudes e debilidades institucionais dos poderes clássicos reunidos no Estado. Na conclusão, faz-se uma breve síntese dos argumentos esgrimidos ao longo do estudo e apontam-se as Cortes Supremas como legítimas guardiãs das Constituições.

Palavras-chave: Constituição. Natureza constitucional. Guarda da Constituição. STF.

INTRODUÇÃO

A sociedade tem sido o centro de fervorosos debates naquilo que se apega à sua natureza. Talvez por isso, tenham os estudiosos fixado especial diligência na persecução da natureza social dos indivíduos.

Os esforços empreendidos para a demonstração da natureza gregária do ser humano são inúmeros, desde tempos imemoriais. Na Antiguidade clássica, já nos dava notícia Aristóteles (2003, p. 14) do caráter político do espírito humano¹, sem, contudo, esclarecer dessa natureza e de seus fundamentos. Para Althusius (2003, p.103), o fim do Homem é a sua simbiose, ou seja, o Homem nasce para a comunhão entre os seus. Nesse sentido, também a Escola de Direito Natural² e os Velhos Padres da Igreja³.

¹ O Homem como animal político, na acepção de sociável, surge como premissa na obra de Aristóteles, seguido da conclusão de que aquele que deixa de participar de uma sociedade não o faz por instinto, emendando que o isolado “é um ser vil ou superior ao homem” ou “um bruto ou uma divindade”.

² Cujos membros mais insígnies foram Puffendorf, Wolf e Grotius.

³ Notadamente São Tomás de Aquino, quando fala que a ordem social será tão mais perfeita quanto imitar a ordem natural, derivada de Deus.

A natureza de um objeto deve ligar-se às suas qualidades nucleares, para extrair os caracteres inafastáveis adquiridos na sua genealogia e incondicionalmente transmissíveis. Reveste-se a natureza, pois, de conteúdo inabalável, cujos questionamentos assentam não sobre seu atavismo, mas sobre a sua aplicação ao objeto em apreço.

Nesta forma, o associativismo de nosso gênero não poderia ser havido como acidental, mas como traço indeclinável de nossa existência. Aos naturalistas, porém, falta o cuidado em examinar fenômenos continuamente repetidos na História do ser humano, tais como o isolamento voluntário, o suicídio e a renúncia espontânea em participar das atividades sociais dirigidas ao público (BONAVIDES, 2007, p. 60). Esses fenômenos, longe de registrarem uma exceção ou uma corrupção natural, sinalizam a presença, essa sim, natural da vontade individual, voltada para seu interesse. A associação de várias famílias numa vida comunal demonstra, antes de tudo, a busca por uma existência proveitosa e a consciência de fragilidade.

O mecanicismo, de sua vez, prefere ao intelecto racional dos homens. Ao afirmar-se que os homens reúnem-se em torno de uma autoridade que se lhes assista, transmite-se a idéia de uma deliberação endógena, fulcrada numa equação de fácil entendimento de que as necessidades e fragilidades humanas deixarão de ter endosso na vida isolada do convívio. Assim, a ultima ratio do Estado seria prover aos seus súditos a proteção contra suas fraquezas e prestar-lhes as mínimas comodidades para o gozo de uma existência produtiva (MELLO, 2005, p. 632)⁴. Tal e qual o mínimo social de Rawls (2002, p. 134), o Estado faz justiça ao determinar um ajuste estamental (SARANYANA, 2006, p. 325)⁵ no qual as funções sejam ocupadas em razão da sua complexidade e determinados os seus agentes pelo mérito objetivo que ostentam, garantido sempre o acesso ao mínimo.

Para os contratualistas, como Rousseau (s.d., p. 50-51)⁶ e Hobbes, a vida em comum surge de um pacto, cuja premissa remete à renúncia de sua soberania individual em proveito da fruição de vantagens mais elevadas e inatingíveis desorganizadamente. Correto extrair que o fundamento da vida em sociedade se cifra na racionalidade do Homem, que reflete e conclui pela cessão de suas liberdades inatas, para aderir a uma avença coletiva protetora de seus desejos.

⁴ Tese central de mestres do Direito Administrativo, como Jêze, Bonnard, Rolland, constituintes da “Escola do Serviço Público” e que expõe uma tendência ao reconhecimento do Estado como ente finalístico. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 632).

⁵ Não diverge dessa visão a filosofia tomista de um todo integral de “partes rígidas e hierarquizadas, harmoniosamente dispostas”.

⁶ Em Rousseau lê-se que o pai se assemelha ao Chefe de Estado, os filhos ao povo, “*and all, being born free and equal, surrender their freedom only when they see advantage in doing so*”.

A sobredita renúncia, a seu turno, refere-se ao *imperium in totum* que cada cidadão tende a possuir quando de sua nascença. Por tudo, conclui-se que ao delimitar sua órbita de atuação, esteja o Homem em processo de elaboração intelectual dos melhores destinos a si, resguardando-se do Mefistófeles que nos habita.

Pode-se dizer que, da observação dos múltiplos núcleos de associação humana, o Estado é a forma mais complexa de comunhão entre os seres humanos, muito embora novas ordens globais já estejam batendo à porta das ciências sociais – fenômenos como a globalização, formação de blocos internacionais, organizações multilaterais, etc. – mas que não obscurecem a importância, sequer almejam tanto, do Estado.

Das múltiplas definições de Estado, como ente que se encontra no termo dos grupos civis, pode-se adotar a de Hegel (2003, p. 216), para quem:

O Estado é a realidade em ato da idéia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe.

Por esta conceituação, o Estado é o reflexo atual da idealidade, calcada na moral, tocante a todos, permeada pela revelação e onisciente de suas habilidades porque sabe, conhece.

A vontade a que se dirige a frase de Hegel emerge translúcida: o conhecimento. Pela estrita sobrevivência tem o Homem sua essência imediata, pela consciência, a mediatidade de sua existência, que, como nos brinda Sartre (2004, p. 200), a precede. Sob este signo, o Estado deve afastar, em ato civilizatório, o Homem de seus próprios demônios, para encetar sua atuação no progresso iluminado pelo saber. Parece respondida a indagação de Burdeau (2005, p.23): deve comandar o conhecimento, por quem de direito o detiver⁷.

A soberania de uma nação repousa, no exercício de independência e desenvolvimento de um Estado, que se autovincula para todos os fins, observando e respeitando a heterogenia dos cidadãos e cedendo a esta o panteão da defesa das liberdades e iniciativas. O Estado é, pois, provedor do aceitável e garante da pluralidade.

1 A NATUREZA DA CONSTITUIÇÃO

A constituição ventila os mais diversos significados particulares, mas, no entanto, arregimenta todos em torno da noção de essência e dos elementos que constituem o objeto em pesquisa no seu conjunto. Em todos os sentidos, verifica-

⁷ Segue a pergunta: “É desagradável ser enforcado por ter desobedecido ao chefe que não era o certo. Mas como evitar essa desventura se não se sabe quem tem o direito de comandar?”

se que constituição exprime a idéia de modo de ser de alguma coisa (SILVA, 2003, p. 37).

A constituição que ora se passa a investigar, diferentemente das concepções outras, é a Constituição Política de um Estado e as manifestações teoréticas a ela vinculadas pela doutrina. Sublinhe-se que a constituição, como modelo formal de ordenamento, não funda uma sociedade, que a precede, ainda que produto de um poder constituinte e, portanto, como expressão desse poder, lhe sucede. Cumpre dizer, a bem da História, que poder constituinte sempre existiu, seja nas orientações do *paterfamilias*, seja nas criações normativas ou revogações promovidas pelos monarcas (BONAVIDES, 2003, p. 141), completando o trânsito da *supremitas* para a suprema potestas. Ao *paterfamilias*, aliás, cabia a decisão fundamental e controle rígido da sua prole, seja na saída de sua filha para compor nova família ou para exercer o *jus vita ac necis* em desfavor de um filho.

O poder constituinte é, e não se escapa dessa constatação por axiomática, uma espécie de poder, e assim deve ser conhecido para a boa condução do raciocínio, sugerindo com ênfase a característica política da constituição, em detrimento de outras concepções úteis, mas em descompasso com a essencialidade. Em verdade, há quem diga que a constituição opera uma despolitização da sociedade, ao traçar todos os parâmetros de distribuição das parcelas potestativas e encerrar as discussões legítimas desse parcelamento, movimento batizado de *ancoragem constitucional* (SCHMITT, 2003, p. 229). Tal concepção se esposa do pensamento normativista kelseniano que adstringe o poder a uma moldura (KELSEN, 2000, p. 393). Nessa visão, ocorre a substituição do debate político, enquanto busca de terreno para atuação de poder, para o campo do reconhecimento acertado das *deliberações racionais irrepreensíveis*, gerando, com isso, um cerceamento da liberdade. Tal não ocorre. A liberdade escapa ileso da dialética argumentativa, posto que seu lugar no tempo é anterior à realidade do ato em apreço, reunindo todos os interlocutores capazes e cedendo-lhes voz. A unicidade dá-se, apenas, na execução da decisão consensuada, fortalecendo seu teor e garantindo uma convergência de esforços.

Bastante coerente é a linha sociológica empregada para a concepção de Constituição. Por ela, seria a constituição uma soma dos *fatores reais do poder* (LASSALE, 2004, p. 48), onde não há espaço para lucubrações teóricas e na qual só se concebe a realidade, despojada de mandamentos vazios de força ativa. Proveitosa essa definição porquanto assume, em plenitude, os enunciados da teoria do poder quando, a bem da ciência, enxerga a estreita ligação da normatividade com o efetivo exercício do poder, reconhecendo nas tradições um liame de vinculação obrigatória e memorial.

A posição histórica das constituições remete à reflexão da ambiência na qual se desenrolaram. A ocupação de um espaço constitucional deu-se antes mesmo de vir a lume qualquer texto positivo a reconhecer-se constitucional. Foi assim com o Jusnaturalismo, que pregava a existência de um elenco de direitos

subjetivos inatos ao Homem cujo conteúdo se sinalizava, mas, todavia, se deixava de esclarecer do fundamento, em franco prejuízo à prova de sua validade. Nesse sentido, trazia ao cenário jurídico um rascunho de intenções sem a preocupação de sua exigibilidade e força normativa, tal como as Declarações de Direitos; e aspergiam no seio social conteúdo de nítida índole filosófica e vetorial.

As Cartas liberais, a seu turno, regozijavam-se de expurgar o caráter absoluto, personificado e concentrado na figura dos monarcas do *ancien régime*. Esses textos, marcados pela atuação decisiva da burguesia emergente, referendavam o postulado da ampliação do espectro de atuação da nova classe, motivada pelo temor legítimo da ingerência do monarca absoluto nas transações comerciais que já se faziam presentes em muitos Estados. Registre-se que a burguesia de então não gozava da confiança dos reis, esta depositada numa nobreza jurada a defender a coroa, muitas vezes às centúrias. Dessa urgência, surge o traço angular dos novos textos constitucionais: a liberdade. Da liberdade, nasce o Estado de Direito e o culto à lei. Os núncios da lei, pandectistas e exegetas, asseveravam da completude do sistema legal como imperativo, não restando lacunas ou obscuridades a sofrer integração por qualquer intérprete ou outra fonte. Tratava-se, pois, de um assunto pertinente à segurança jurídica.

O Estado social, tão em voga na prosa dos juristas, amplia não só o debate como traz-lhe novas referências. Por Estado social deve entender-se um ente voltado à satisfação das carências materiais dos seus cidadãos, em clara oposição à liberdade de iniciativa, posto que essa se incompatibiliza com este Estado quando assume a direção imediata das ações e colide, frontalmente, com a ordem econômica invariavelmente vigente na contemporaneidade entre as nações. O Estado social, para manter-se, costuma lançar mão de dois expedientes: o financiamento direto – pelo estabelecimento de empresas públicas; ou o financiamento indireto, pela tributação excessiva – para cumprir a agenda dilatada das garantias que oferta. Em ambos os casos, fica a descoberto a congruência do sistema normativo com a ordem econômica eleita por este mesmo Estado, gerando um descompasso entre Direito e Economia. Desse hibridismo surge a morosidade no desenvolvimento econômico e o aprofundamento das frustrações sociais diante de um Estado mastodôntico e incapaz de prover o dever básico da equalização de oportunidades. O capitalismo, como modo de produção mais eficiente e de encontro às expectativas naturais do Homem, reveste-se de aríete da liberdade, onde se encontra a plenitude da iniciativa sem reservas étnicas, raciais ou de outra ordem qualquer. As marcas fundamentais do Homem são a fragilidade e a necessidade, aquela compensada pela prestação material do capital e esta pela proteção enxuta do Estado.

Nada obstante o exame dos contornos históricos do Estado, não se pode declinar da investigação do sistema político vinculado à Teoria da Constituição, diálogo perturbador que se deve travar tendo em vista o conjunto sistêmico apresentado pelo ente estatal. O sistema político diz respeito ao estabelecimento

das formas de poder e do seu entrelaçamento, realçando as causas e efeitos de cada um deles.

Para Canotilho (2002, p. 1367), que organiza sua tese em gerações sistêmicas, ganha acento a ordem temporal que pretende inculcar ao estudioso, pelo título atribuído, uma aura de retrocesso ao sistema que enxerga como anterior.

Chega-se, neste ponto, à exposição do sistema que mais se adéqua ao discurso da primazia do conhecimento: o cibernético.

A teoria cibernética como sistema político indica que há uma *ciência de pilotagem* (CANOTILHO, 2002, p. 1367), voltada ao comando, concepção e regulação de sistemas complexos cuja finalidade é servir de filtro para a inserção das variáveis que julga indispensáveis, através de um processo de releitura ou conversão destinada ao correto armazenamento no centro nervoso político de uma nação – por representar a linguagem cibernética um campo pouco acessível ao homem médio, dada a complexidade do sistema na sua unidade e reflexos. Este sistema prioriza as demandas exógenas ao centro nervoso, que se encaminham através dos circuitos próprios a este fim e que recebem, a todo tempo, o *feedback*⁸ por informações tornadas claras aos cidadãos. Não é necessário empreender grande esforço para compreender que o Estado possui linguagem específica, técnica e, por isso, demanda um sistema de processamento das aspirações para a formação de uma vontade nacional adequada às suas possibilidades e à antevisão dos seus efeitos. A complexidade é característica do Estado – como afirma Jorge Miranda.

Em contraposição ao sistema cibernético, encontra-se o sistema auto-organizativo, pelo qual um conjunto indeterminado de cidadãos possui a legitimidade para interpretar a constituição e promover a sua contínua construção, fenômeno conhecido por autopoiese. A autopoiese, em análise de pouca profundidade, se revela como bastião de uma concepção construtivista e recebe o apoio da teoria científico-espiritual de Rudolf Smend (BONAVIDES, 2003, p. 181), que os juristas disseminam como a visão do Estado como integração.

Para este estudioso, a constituição cumpre papel integrativo entre o Direito e a Política, elevando à condição de normativo o fato, e reconhecendo no realismo a existência dinâmica do Estado. O concretismo dessa aceção, portanto, ganha vulto na obra de Smend, que, todavia, não permanece imune às críticas. Ceder à constituição natureza concretista é revelar o pragmatismo de Lassale, donde o texto constitucional não se mostra sequer mecanismo balizador de mutação social, senão apenas um espelho através do qual se vislumbra uma realidade do passado recentíssimo, por reflexo. Duas outras objeções se levantam em desfavor da teoria da integração: a) o conceito político de Constituição atém-se somente à teoria material da norma ápice, recusando-lhe a estrutura formal-jurídica, com os

⁸ Retroação (tradução livre do autor).

prejuízos daí evidentes. A constituição política não trata do *power balancement*, mas da abertura descriteriosa às críticas meramente opinativas e construções de cuja cientificidade se desconfia e; b) o Estado como integração não revela o traço firme de uma teoria criativa, chegando a ser questionada como pleonasma de uma teoria do Estado pré-existente e genericamente sem conteúdo (KELSEN, 2003a, p. 61)⁹. A autopoiese é, neste embate, um sistema constitucional de absurdo lógico, na medida em que se auto-referencia e conduz à perplexidade da seguinte equação: como um sistema de normas supremas pode ter as regras de sua reforma reformadas? (NEVES, 2007, p. 141.)

Todo esse dissídio resume-se no paradoxo da democracia de Elster, pelo qual “cada geração quer ser livre para vincular as gerações seguintes mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores” (CANOTILHO, 2002, p. 1433). A técnica conhecida para a decolagem de um processo de libertação das limitações impostas foi cunhada por Elster: *bootstrapping*.

A autovinculação, aliás, problematiza o viés liberal e social da constituição, nas formas negativa – catálogo de condutas omissivas e proibições e; positiva – conjunto de ações comissivas exigidas; respectivamente (CANOTILHO, 2002, p. 1431). Estes termos são colocados na forma de dilemas cuja predileção resta feita pelo só uso das expressões empregadas, porquanto trata do dilema liberal como dicotomia de um/todos; e de código binário da unidade/pluralidade (CANOTILHO, 2002, p. 1453).

Por fim, resta dizer do endosso ao pseudo-pessimismo hobbesiano externado por um dos mais altivos representantes do historicismo:

Nenhum direito, quer o do indivíduo, quer o dos povos, está livre desse risco (da sua lesão ou subtração), porque ao interesse do titular do direito em defendê-lo sempre contrapõe, na sua esfera, o interesse de outrem em desrespeitá-lo, do que decorre que a luta se repete em todas as esferas do direito, tanto nas regiões inferiores do direito privado como nas alturas do direito público e do direito das gentes (IHERING, 2003, p. 37).

Por esta sentença, Ihering resume a natureza do Homem e a função-natureza da constituição.

⁹ Para Kelsen, a teoria de Smend não inaugura nova era no Direito Constitucional. Ao revés, consubstancia uma velha máxima ao substituir a expressão: *O Estado é um processo contínuo de união entre os homens; por: O Estado só existe porque e na medida em que se integra constantemente, construindo-se no indivíduo e a partir deles – e nesse contínuo processo consiste a sua essência como realidade sócio-espiritual - Smend).*

3 O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

A guarda da constituição enseja os mais diversos debates, não porque se enxergue dissídio quanto à necessidade do seu resguardo, mas nas tentativas de investidura da guarda a um determinado órgão estatal. As esferas de poder soberano de um Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – permanecem em constante tensão naquilo que se refere aos limites das suas funções, pelo vácuo que a abertura principiológica e a baixa densidade concreta das normas constitucionais apresentam.

Os argumentos que explicam o Judiciário como guardião da Constituição assentam, basicamente, no advento da criação teórica dos tribunais constitucionais pelas nações. A lavra teórica foi antes uma adequação de fundamento que o fruto de uma elaboração criativa que teve como parâmetro a Suprema Corte norte-americana. A exemplo do sistema parlamentarista, derivado da ambiência histórica inglesa, os Estados Unidos reconheceram na aversão à monarquia a motivação não apenas do presidencialismo, mas da fundação de uma Corte de Justiça responsável pela guarda da Constituição, pronunciada no célebre *writ* de 1803¹⁰.

A despersonalização operada pela teoria republicana, muito útil nas nações que se valem desse sistema, fixou a idéia do governo das instituições, afastando dos Estados adotantes da república a noção da transmissão dinástica do poder, substituída pela condução via eleitoral dos governantes. Antes, porém, o Reino Unido já fizera a clássica distinção entre chefia de Estado e chefia de governo, iniciada no reinado de Jorge I, da casa de Hannover, e que teve em Sir Robert Walpole, conde e *whig* nascido em Norfolk, o primeiro ocupante do cargo de Primeiro Ministro britânico, ainda sem esta designação oficial.

A Ciência Política tem por hábito dizer que a monarquia se investe de um poder tradicional, fundado na ancestralidade do governo de uma família, e que o reconhecimento da autoridade do rei, além de tradicional (HUME, 2003, p. 22), recheia-se de simbolismo e vulto moral. Nesse contexto, a função executiva do rei, antes da partição dualista, restava intranquilamente concentrada, no passo em que as demais instâncias se subordinavam aos humores do monarca. Não havia claro delineamento das funções dos órgãos então existentes e tampouco a adequação das ordens reais à segurança de um ditame que se lhe vinculasse.

A sombra moral exercida pelos reis deriva diretamente do fundamento que se dá ao próprio sistema monárquico, qual seja, a honra. No conceito de honorabilidade, repousa um plexo de virtudes assemelhadas às cultuadas pelos bons homens e vividas em elevação espiritual. Da riqueza d'alma, surge o modelo moral do ente a exercitar o poder. Trata-se, aqui, de um simbolismo inerente aos

¹⁰ Marbury v. Madison – 5 U.S. 137; 1 Cranch 137; 2 L. Ed. 60; 1803 U.S. LEXIS 352.

indivíduos, da sua natureza mesma, que busca incessantemente uma imagem cuja projeção se pretenda reproduzir. A isenção e a cautela dos juízes inflam os povos de uma república dos ares de reserva moral, antes confinados nos reis, no que o desvio do sujeito, antes de originar dano, conserva a humanidade dos cidadãos e não traz obstáculos à condução de um Estado.

Com o advento das monarquias constitucionais, porém, muda o panorama do exercício imoderado do poder pelos reis. Os textos constitucionais, mesmo os não escritos, passaram a adquirir o relevo antes devotado aos monarcas, que perderam a totalidade da esfera de poder e, em alguns casos, a própria cabeça. Nesse sentido, a velha Inglaterra passou, após a Guerra Civil de 1642/51, a cultivar não apenas os textos constitucionais como também o Parlamento — manjedoura da oposição ao rei Carlos I e que interrompeu, brevemente, a monarquia inglesa para em sua substituição criar a *Commonwealth of England*, capitaneada pelo *Lord Protector* Oliver Cromwell.

O legislativo inglês tem, na *House of Lords*, a câmara alta do sistema bicameral que se popularizou nas mais distantes nações e, dela, paradoxalmente, surge uma distinção pouco comum nos países: a Casa dos Lordes assume a função de tribunal constitucional, evidenciando o elevado apreço dos ingleses por seu Parlamento. Ocorre que, ciosos dos prejuízos institucionais da confusão entre a legiferância e os julgamentos, acharam os parlamentares britânicos de alterar o cenário vigente por um ato constitucional — *Constitutional Reform Act 2005*¹¹ — que criou a Suprema Corte do Reino Unido, a instalar-se em 2009, formada por doze juízes (*Lord Justices*) e com competência para revisão de ordens e julgamentos, na esfera civil, com as prerrogativas devolutivas em sede de apelações. Dessa conformação, ainda tímida se submetida a comparações com outras Cortes Constitucionais, não se pode esperar grandes inovações na seara dos poderes soberanos, mas, por si só, levanta o último bastião considerável de defesa da inexigibilidade de uma corte constitucional ou sua confusão com os legisladores.

Merece atenção, nesse momento, a teorização de John Locke sobre os governos civis. De seu pensamento se extrai a assertiva de que o Poder Legislativo é o supremo poder, estando adiante dos demais. Embora reconheça no legislativo a supremacia dos poderes de uma nação, seu legado mais proveitoso refere-se à *prerrogativa*. Por ela, entendia o poder de agir conforme a discricção em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela (LOCKE, 2001, p. 530). A investidura da prerrogativa deveria dar-se na figura do Poder Executivo, nisto se assemelhando ao discurso de Schmitt sobre a investidura do *Reich*, para os casos em que o legislativo não houvesse dado tratamento legal ou nas intercorrências

¹¹ Texto completo do ato disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_1>. Acesso em: 10 jun. 2008.

imprevisíveis e urgentes. Desse modo, estaria autorizado o governante a tomar as providências que a boa direção dos negócios de Estado recomendasse. Toda essa elaboração, entretanto, sofre de uma boa-fé intransigente no Poder Executivo, como que a imunizá-lo das corrupções a que o espírito humano costuma padecer. Para Locke, a usurpação dessa prerrogativa teria remédio apenas no apelo aos céus. O equívoco se estabelece no sujeito dessa prerrogativa, o Poder Executivo, quando, como poder neutro, deve-se investir aquele que goza da independência, imparcialidade e sabedoria dirigidas ao bem comum: o Poder Judiciário. A prerrogativa, pois, assiste ao Juiz.

Aos fundadores da América – Hamilton, Madison e Jay (2003, p. 468) – coube a elaboração teórica da Convenção de 1787, na Filadélfia, para, no seu capítulo 80, artigo 2º, fixar a extensão dos poderes do Judiciário:

Se há princípio político incontestável é aquele que prescreve dar ao Poder Judiciário de todo governo a mesma extensão que ao seu Poder Legislativo; e, por outra parte, a necessidade de uniformidade na interpretação das leis nacionais decide a questão.

A par do sistema constitucional norte-americano, A. de Tocqueville (2001, p. 113) deu o necessário relevo ao Poder Judiciário local quando de seu exame das instituições. Causou espécie ao estudioso, em confronto com as constituições européias, a deferência dos estadunidenses aos seus juízes, especialmente naquilo que se refere à atuação política da Suprema Corte, nos seguintes termos: “juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados das outras nações. No entanto é dotado de um imenso poder político.”

Prossegue o magistrado francês na sua investigação para encontrar, nos tribunais, um instituto desconhecido dos países europeus, continentais ou não, a que os norte-americanos dariam o primeiro impulso – o controle de constitucionalidade. Por este, estenda-se o culto à constituição e a decorrência lógica da adequação dos atos do poder público e dos atos legislativos à sua letra. Com isto, os juízes americanos estavam autorizados a obstar a aplicação da lei se em descompasso com a Constituição. Sobre esta particularidade, manifestou-se Tocqueville (2001, p. 113):

Quando se invoca, diante dos tribunais dos Estados Unidos, uma lei que o juiz considera contrária à constituição, ele pode se recusar a aplicá-la, pois. Esse poder é o único particular ao magistrado americano, mas dele decorre uma grande influência política.

Ora, se a constituição é política, as decisões judiciais com base no seu texto também o são. A democracia não empalidece com o aspecto político das decisões judiciais, antes ganha em vigor e qualidade.

Ainda sobre o poder, já se sabe que este não existe em realidade sem um sujeito-realizador, que assim se transfigura em senhor. Nesta conformação, o poder tem natureza de domínio e se lhe devem aplicar os caracteres de propriedade. Como propriedade, o efeito translático de domínio se dá pela tradição – quando os indivíduos renunciam à sua soberania particular fruto do estado de natureza, em proveito de si e exercício do Estado; ou, pela inscrição – quando um dos poderes de uma nação exorta a constituição, em ato de decisão, para preencher um vácuo potestativo intolerável derivado da omissão dos outros poderes, vide a prerrogativa, em especial a mora legislativa e os equívocos finalísticos da Administração. Admitido o vácuo, seu preenchimento é a prevenção contra o estado de anarquia e o caos político, donde o poder, pela omissão, se torna *res nullius* e passa a ser aceitável a sua incorporação noutra órbita de poder.

Toda forma de organização pressupõe a hierarquização de camadas, atendendo ao chamamento da funcionalidade – postulado da condução mais proveitosa dos negócios. Nesse caso, resta clara a definição de Jellinek (2000, p. 457): *Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye e desarrolla su voluntad*. A essa hierarquização necessária assiste a condução da coisa pública, por meio de indivíduos proeminentes em seu domínio de conhecimento (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 468)¹². Não se busca, com essa afirmação, o desterro da parcela da sociedade menos favorecida pela acumulação de saberes, mas a formação de uma aristocracia voltada ao governo de uma nação. Entenda-se, a par das deturpações, que a aristocracia a que se refere não repousa em linhagem sanguínea associada à nobreza medieval, senão reside num fragmento de população com o preparo gnosiológico destoante de qualquer estirpe.

A natureza política da constituição, pregada por Schmitt (2007, p. 193), vê seu triunfo na clareza dos argumentos que esgrima para justificá-la. Nada obstante, no que respeita ao guardião da constituição, se equivoca o constitucionalista ao apontar o *Reichführer* como destinatário de tão significante tarefa. Parte Schmitt da teorização de Benjamin Constant sobre a necessidade de um *pouvoir neutre*, que se instalaria na pessoa de Estado, monarca ou presidente, e não na pessoa de governo, primeiro ministro. Àquele, incumbiria um rosário de prerrogativas destinadas a equalizar os poderes da nação. Todavia, a neutralidade desse poder, questiona-se, não enfeixa o êxito pretendido se confrontado com a natureza humana, antes explanada, mormente se considerada a anastomose involuntária dos valores deitados no espírito dos indivíduos. É de pouca prudência investir o Poder

¹² Para os federalistas, o fim primeiro de qualquer Constituição é entregar as rédeas do governo a quem mais sabedoria tiver para discernir o bem público.

Executivo, reconhecidamente vítima de um inchaço potestativo, em prerrogativas especiais, donde tende a resultar o exercício tirânico do poder¹³.

Tal neutralidade só dá-se por intermédio de um poder com características singulares, no qual a imparcialidade, a prévia provocação e a ausência de objetivos eleitorais constituem um dogma. A decorrência de que o *Reich*, na Constituição de Weimar, art. 41, unificava a autoridade e a soberania se basta ao propósito de Schmitt de indicá-lo ao poder neutro, o que configura uma inversão lógica, que se justifica diante da dicção constitucional, art. 102, de que os juízes se reportam à lei, unicamente¹⁴ e da falta de um tribunal constitucional, apenas contemplados os *Länder* com seus tribunais respectivos e a Federação, com uma justiça federal.

Para Schmitt, existe uma distinção básica a ser feita entre justiça constitucional e contrato constitucional. Por aquela, entendia o resultado jurídico das divergências constitucionais, que deveriam ter a prescrição da Constituição para limitar-lhes o alcance e trazê-las a uma relação de objetividade concreta com o conteúdo do texto constitucional. A Constituição, por este conceito, é mediadora de seu próprio alcance. De outro lado, o contrato constitucional prevê a constituição como pacto, e as divergências eventualmente surgidas devem reportar-se ao conteúdo deste contrato, para esclarecer-lhe. Por esta definição, a jurisdição constitucional abarca a análise do arcabouço da norma ápice, fixando, no caso concreto, o seu conteúdo. A relação, aqui, é de imediatidade para a correta provisão da demanda individual. Se, pois, a sociedade tem sua origem no mecanicismo, a constituição pode enfileirar-se como instrumento contratual-material da prestação jurisdicional levada aos tribunais.

Em pólo diverso, Hans Kelsen (2003b, p. 241-245) advoga a idéia da necessidade de um tribunal constitucional. A constituição é, para ele, o cume da pirâmide hierarquizada das normas, fundamento de validade das normas ordinárias (2000, p. 247). Derivada da superior hierarquia da constituição, haveria de ter-se um órgão especialmente dotado dos poderes de pronunciar-se acerca da constitucionalidade dos atos em geral – normativos, administrativos ou privados – inicialmente por via negativa. O controle judicial de constitucionalidade, surgido do pensamento norte-americano, é mero exercício da jurisdição, não se opondo a ele a limitação do julgamento restritivo, *in concreto*. O controle concentrado de constitucionalidade aparece na Constituição austríaca de 1920, em cuja lavra Kelsen teve participação essencial, a exemplo de Preuß, na Constituição de Weimar de 1919. A revisão geral das leis e seus efeitos, *erga omnes*, CF, art. 102, §2º,

¹³ Nesse sentido, a adoção prática do pouvoir neutre no Brasil Imperial pelo Poder Moderador (Constituição de 1824, art. 10 e art. 98) e na Alemanha nacional-socialista.

¹⁴ Semelhante vedação encontrou-se na Constituição brasileira de 1937, que, no seu art. 94, recusava ao Judiciário conhecer de matéria exclusivamente política.

pronunciam o controle por via de ação, numa demonstração clara de respeito e vinculação à constituição, e de economia processual e segurança jurídica. O controle incidental, este sim, amolda-se perfeitamente aos arautos do dissenso e desestabiliza o equilíbrio social que a normalidade constitucional busca construir.

A jurisdição constitucional, de um tribunal constitucional, baseado na constituição, só pode ser enxergada pela ótica da legitimidade de atuação política da corte. O Brasil, por sua Constituição de 1988, adota um sistema de controle de constitucionalidade híbrido - ou misto - no qual se verifica a incidência dos modelos em concreto e abstrato. Todavia, ultrapassadas as primeiras experiências com o modelo brasileiro, já é possível considerar que o país caminha, a passos firmes, na direção de uma concentração do controle. É o que se percebe do advento das súmulas vinculantes e das restrições formais e materiais do recurso extraordinário — notadamente a repercussão geral do art. 102, §3º — todos da criação do Poder Legislativo.

O Parlamento, por sua natureza dialética e representatividade, tampouco se presta a controlar os atos de sua própria edição, o que seria um duplo contrassenso – julgar inconstitucionais os atos que dele próprio emanam, mesmo preventivamente, evidenciando o despreparo institucional de seus integrantes; e concentrar no mesmo agente o produtor e julgador dos seus atos. Igualmente, a representação legislativa carece dos cuidados informados pela doutrina dos direitos fundamentais, ao tornar a decisão da maioria em submissão da minoria, cujo único recurso é a proteção da Corte Excelsa.

Canotilho (2002, p. 674) anota a posição do Tribunal Constitucional português como indiscutivelmente tribunal, salientando assim, o caráter restritivamente jurisdicional daquela Corte, para em seguida dizer do dever de guarda da constituição, afastando a doutrina do *judicial self-restraint*, assumindo aquele Tribunal uma *dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição* (2002, p. 677).

A consulta ao texto da Constituição Federal de 1988 faz reluzente o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, pela dicção do *caput* do art. 102 e resultado de uma escolha política - CF, art. 84, XVI - sepultando qualquer controvérsia sobrevivente. Ao Poder Executivo, incumbe o *zelo pela guarda da Constituição*, art. 23, I; o que corrobora o traço acessório do Executivo, que somente atua na instrumentação e defesa do guardião da constituição (VOLTAIRE, 2007, p. 174)¹⁵.

¹⁵ Tem cabida aqui, analogamente ao STF, a passagem sobre Moisés, lida em Voltaire, de que este se constituía em decrepitude e gagueira – na sobreposição entre razão e instrumentação para o poder – mas que, na sua senilidade, pôde conduzir todo o povo pelos vales desérticos e chegar à terra prometida. A esse escolhido, é tudo *sobrenatural [...] objeto de uma investigação mais sublime*. (VOLTAIRE, **A filosofia da história**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 174).

CONCLUSÃO

As eventuais amarras que a Constituição impõe ao poder político, elaborados pelo próprio, são na verdade expressão de um desejo de refrear o ímpeto de arrogância potestativa do Legislativo e a hipertrofia do Executivo. O modelo institucional do Poder Judiciário é menos suscetível a falhas de ordem política, como a influência da opinião pública e do colégio eleitoral sobre questões onde se verificam fragilidades culturais, interesses corporativos, demandas particulares e outras vicissitudes. A reemergência do tema do alcance da soberania popular faz-se sentir pela aceitação ou rejeição da possibilidade da condução temerária de um processo político que resulte em desastre para a própria sociedade que a postule. Esta autofagia irresponsável só encontra obstáculo na rigidez do texto constitucional, para o qual as Altas Cortes devem funcionar como alter-ego moral da sociedade e fórum de discussão qualificada. Nesses termos, é alvissareiro que o STF assuma posicionamento crítico e moderado, nos moldes das grandes casas superiores, cuja história e desenvolvimento político não sofreram das inclinações oportunistas e de popularidade momentânea.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BURDEAU, Georges, **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder 2003.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HUME, David. **Ensaio Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. 3 ed. São Paulo: RT, 2003.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- _____. **O Estado como integração**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.
- _____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Líder, 2004.
- LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**. London: Penguin Books, s.d.
- SARANYANA, Josep-Ignasi. **A filosofia medieval**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio”, 2006.
- SARTRE, Jean Paul, FERREIRA, Vergílio. **O existencialismo é um humanismo**. Lisboa: Bertrand, 2004.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro I. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- VOLTAIRE, **A filosofia da história**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

THE CONSTITUTIONAL STATE AND THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION

Abstract: This article seeks to analyze the role of the Constitution before the State, examining, at first, its nature. It is presented the general philosophical foundations that support the Constitution. Thereafter, the discussion focuses on some constitutional paradoxal matters and its relation with power. The discussion evolves to the indication of a constitutional guardian by examining the State's institutions strengths and weaknesses. Finally, it is promoted a synthesis of all arguments alongside this study to point out that the Supreme Courts as the genuine Constitution guardian.

Keywords: Constitution. Constitutional nature. Constitutional guardian. STF.

DIREITO DESPORTIVO E O DIREITO AO DESPORTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Rafael Teixeira Ramos

Mestre em Ciências Jurídico-Laborais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Professor de Direito do Trabalho Desportivo. Advogado.

ramosrt@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) Direito Desportivo 2) Importância do desporto na sociedade moderna, uma influência para a sua constitucionalização 3) A constitucionalização do desporto no Brasil 4) Direito ao Desporto, porque um direito sócio-fundamental? 5) Direito ao Desporto 6) Ensino do Direito Desportivo/Direito do Desporto: uma urgência para a academia jurídica cearense. Considerações finais.

Resumo: O trabalho tem o objetivo principal de apresentar o direito desportivo à academia jurídica cearense, esclarecer a importância do desporto em nossa sociedade contemporânea, relatando os diversos valores do esporte e a motivação de sua previsão e proteção constitucional. Aborda-se a comprovação do desporto como um direito social fundamental. Explana-se resumidamente cada ponto e princípio do direito ao desporto no art. 217 da Constituição Federal. Destaca-se a urgência, clamor da introdução do ensino de Direito Desportivo/Direito do Desporto no magistério jurídico cearense.

Palavras-chave: Direito Desportivo; direito sócio-fundamental; direito ao desporto.

O desporto, como entidade multifuncional, individualmente, infunde nos homens a consciência de que, na vida, não há vitórias nem derrotas definitivas, e, socialmente, afigura-se como fenómeno de primeira magnitude e uma das mais significativas presenças do estilo de vida atual, sendo inconcebível ficar alijado ou ausente da nova Constituição.¹

¹ MELO FILHO, Álvaro. Desporto na nova constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 9.

INTRODUÇÃO

A Faculdade de Direito FA7 nos convidou para ministrar uma Palestra sobre Direito Desportivo/Direito do Desporto, com o objetivo de se abordar qualquer assunto do ramo. Nessa oportunidade, aproveitamos para apresentar a existência da disciplina, sua sustentação nuclear a partir da Constituição Federal e o direito ao desporto na própria Carta Magna.

Agradecemos primordialmente a Instituição pelo patrocínio da causa jurídico-desportiva, expressando ainda que a acadêmica jurídica cearense excepcionalmente prestigia o estudo, pesquisa, ensino do Direito Desportivo e conquistar esse espaço é uma honra, uma valia indimensionável para a evolução da academia jurídica do Estado do Ceará e para aqueles que, como nós, lutamos para a consolidação do Direito do Desporto no Brasil.

Nesse esboço, jamais poderíamos recusar o ilustre convite da coordenação do Curso de Direito da FA7 para redigirmos um artigo científico explorando o Direito do Desporto. Desse modo, esse trabalho advém da palestra “Direito ao Desporto na Constituição Federal”, ministrada por nós no auditório do curso de Direito da FA7, o que não significaria excesso apontar tal modesto evento como pelo menos um registro histórico, uma atitude campeã do magistério jurídico da FA7.

1 DIREITO DESPORTIVO

Direito Desportivo, denominação usual na academia jurídica brasileira ou Direito do Desporto, vocábulo comumente utilizado no ensino jurídico lusitano para se referir a disciplina do direito que envolve o estudo da fenomenologia jurídico-esportiva, é uma nomenclatura solene que se originou primeiro do costume de falar o idioma luso formalizado em meados do passado século XX no Brasil², segundo porque na mesma época o ensino superior tinha rejeição ao “aportuguesamento” da palavra *sport*, cognata de origem anglo-saxônica, e, por último, no início dos estudos da legislação esportiva, período brasileiro de materialização inaugural do ramo jurídico-desportivo, existia uma necessidade de se distinguir o que era investigação meramente esportiva de investigação *ius*-desportiva.

No Brasil, contribuiu muito para o surgimento do Direito Desportivo/Direito do Desporto, a inicial normatização do esporte, desde o final da década de 1930, perpassando pelo decênio de 1940, momento histórico-político dominado pelo nazi-fascismo getulista. Neste instante, surgiram as primeiras edificações legislativo-esportivas brasileiras, traçadas pela estatização corporativista da era Vargas.³

² Relembramos um exemplo: nas primeiras décadas da prática do futebol no Brasil até fins dos anos 30', muitos brasileiros ainda chamavam a modalidade esportiva futebol de Ludopédio ou Balípodo.

³ Decreto-Lei n.º 1.056/39, Decreto-Lei n.º 3.199/41 e Decreto-Lei n.º 5.342/43.

Na sequência, erigiram-se as duas primeiras leis esportivas caracterizadas pelo militarismo esportivo da ditadura militar⁴. Mais tarde, com o advento da democracia, momento crucial da constitucionalização do desporto,⁵ o Poder Legislativo iniciou a edição das Leis do período contemporâneo democrático.⁶

Hodiernamente, há uma tendência para a continuidade de instituição, modificação e diversificação em nossa legislação esportiva, pois para além do óbvio, permanece a necessidade de evolução legislativa no esporte brasileiro.⁷

Em paralelo a normação pública da atividade esportiva brasileira, algumas edições doutrinárias jusdesportivas emergiram pelo globo terrestre, referenciamos em primeira posição o francês Jean Loup⁸, ao publicar *Les sports et le droit*, depois os italianos Cesarini Sforza⁹ com a publicação de *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo* em 1933, Massimo Severo Giannini¹⁰ com a pesquisa publicada nominalmente como «*Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*» em 1949, o livro português de Arnaldo Constantino Fernandes¹¹ «O Direito e os Desportos: breve estudo de direito desportivo» em 1946, ao passo que no Brasil, os doutrinadores precursores foram João Lyra Filho¹² com a obra-mãe «Introdução ao Direito Desportivo» de 1952, Valed Perry¹³ com o seu livro «Comentários à Legislação Desportiva Brasileira» de 1965 e Álvaro Melo Filho¹⁴, autor de «Direito Desportivo» em 1983, o primeiro da sua série de 22 livros, recordista brasileiro em publicações de Direito Desportivo, quicá do Mundo.

⁴ Lei n.º 6.251/75 e Lei n.º 6.354/76.

⁵ Expressis verbis, arts. 24, IX e 217 da CF/88. Implicitamente, art. 6 da CF/88.

⁶ Lei n.º 8.672/93 revogada pela Lei n.º 9.615/98 alterada pelas Leis 9.981/00, 10.264/01, 10.672/03 e Lei n.º 10.671/03 (Estatuto de Defesa do Torcedor).

⁷ Lei n.º 10.891/04 (Bolsa Atletas), Lei n.º 11.345/06 (Time Mania), Lei n.º 11.438/06 (Incentivo ao Esporte), destacamos ainda o Projeto de Lei n.º 5.186/05 que propõe modificação da Lei n.º 9.615/98 (Lei Pelé) e que o Presidente Lula já assinou e enviou projetos ao Poder Legislativo para alteração do Estatuto de Defesa do Torcedor, bem como o Ministério Público paulista movimentou uma campanha para implementar uma Lei Penal Desportiva, em que se tipificaria criminalmente algumas condutas antidesportivas já sancionáveis na seara punitiva-desportiva, tais como: manipulação de resultado, venda ilegal de ingressos (cambismo de ingressos), invasão de campo e em certos casos, o doping/dopagem atlética.

⁸ LOUP, Jean. *Les sports et le droit*. Paris: Dalloz, 1930.

⁹ SFORZA, Cesarini apud MEIRIM, José Manuel. *A federação desportiva como sujeito público do sistema desportivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 57.

¹⁰ GIANNINI, Massimo Severo apud MEIRIM, José Manuel. *Temas de direito do desporto*. Lisboa: Coimbra Editora, 2006, p. 254.

¹¹ FERNANDES, Arnaldo Constantino apud MEIRIM, José Manuel. *O direito do desporto em Portugal: uma realidade com história*. In: BARBOSA, Nuno; COSTA, Ricardo. *I Congresso de direito do desporto*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 34.

¹² YRA FILHO, João. *Introdução ao direito desportivo*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1952.

¹³ PERRY, Valed. *Comentários à legislação desportiva brasileira*. Disponível em: <<http://www.estantevirtual.com.br/buscaporautortitulo/>>. Acesso em 29 abr. 2009.

¹⁴ MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo*. Fortaleza: IOCE, 1983.

Afora o delineado acima, as contumazes críticas ao longo das três últimas décadas sobre a existência do Direito Desportivo, de certa forma, propiciou o desenvolvimento em derredor da matéria jurídico-desportiva, na medida em que muito se discutia e se pesquisava acerca da possibilidade de existir pureza na posituação esportiva, bem como no conteúdo jurídico da materialidade desportiva.

Em decorrência da dificuldade de configurar os entornos materiais purificados da Disciplina de “Direito do Desporto”, muitos juristas suscitaram a inexistência do “Direito Desportivo”, argumentado que esta matéria não teria substância própria e sempre seria acessória de outras matérias do Direito, tais como: Direito Constitucional Desportivo, Direito do Trabalho Desportivo, Direito Civil Desportivo, Direito do Consumidor Desportivo, etc. Esta seria a nominada **teoria apura do Direito Desportivo**.

Não obstante, logo exsurge o segmento teórico de oposição, em que se defende a existência pura do Direito Desportivo (**teoria pura**), sendo a sua natureza originária, consubstanciada no direito ao desporto, na regulação da atividade esportiva, na *normogênese* da organização das competições desportivas e seus métodos disciplinares, na normativa, estruturação e condução da Justiça Desportiva (Justiça Especializada).

A vertente teórica mais moderna abrange os dois ideais supramencionados, a nomeada **teoria mista (híbrida)** prescreve o Direito Desportivo como uma disciplina, ramo específico que envolve amplamente tanto a matéria purificada do Direito do Desporto, explicada acima, quanto os assuntos atrelados a outras áreas do Direito.¹⁵

Na atualidade a crise existencial do Direito Desportivo parece sepultada, pois com a explosão, combustão de regimes jurídicos especiais no Direito, se assentaram novos campos, como o Direito Ambiental, Direito Penitenciário, Direito Funerário, se cogita até em Direito das Águas, sendo cediço que o Direito do Desporto é dotado de materialidade própria, fenomenologia autêntica, realidade específica, sem estar desprovido de uma natural interdisciplinariedade também exclusiva que insere nos ramos tradicionais do Direito, contornos exclusivos, prevalecendo o seu estudo em disciplina própria.¹⁶

Realce-se mais uma vez o descrito anteriormente, que o Direito Desportivo possui quadro legislativo específico, doutrina¹⁷ e sua Justiça especializada que profere a sua jurisprudência.

¹⁵ Indicamos para maiores pesquisas no tema: CASTRO, Luiz Roberto Martins. A natureza jurídica do direito desportivo. Revista Brasileira de Direito Desportivo. São Paulo: Editora OAB/SP, n. 1, p. 11-17, jan/jun, 2002.

¹⁶ Segundo o Mestre Valed Perry: “O Direito Desportivo é uma realidade.” In PERRY, Valed. O Direito Desportivo. Revista Brasileira de Direito Desportivo. São Paulo: Editora OAB/SP, n. 1, p. 18-26, jan/jun, 2002.

¹⁷ Por experiência própria, é bastante comum na Europa, com maior intensidade nos países latinos, encontramos em livrarias jurídicas, seção específica para os livros de Direito do Desporto.

Ademais, as pesquisas de Direito Desportivo não são mais aventuras acadêmicas como se pensava há algumas décadas, existe um número cada vez mais exponencial de pesquisadores no ramo, dir-se-á até mesmo que está em voga o jurista consagrado escrever e publicar no terreno jusdesportivo, há o fomento de debates, palestras, simpósios, congressos, dentre outras promoções discursivas, além de se verificar um alvorecer de cursos extensivos, cursos de pós-graduação, tanto *lato sensu*, quanto *stricto sensu*.¹⁸

Enfim, declaramos ser indiscutível a existência do Direito Desportivo e o conceituamos: ciência jurídica autônoma, provida de autenticidade principiológica e normativa do fenômeno esportivo, englobando as suas materialidades naturais e interdisciplinares que disciplinam as diversas temáticas jurídicas desportivas.¹⁹

2 IMPORTÂNCIA DO DESPORTO NA SOCIEDADE MODERNA, UMA INFLUÊNCIA PARA A SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A prática e o desenvolvimento da atividade esportiva estão entrelaçados à própria existência da humanidade, desde as primeiras civilizações humanas, se transcorrendo pela civilização grega, romana, civilização da idade

¹⁸ É visível que, desde o advento do art. 217 por força do qual insculpimos o desporto na Constituição Federal, brotaram inúmeras leis em matéria desportiva – foram 8 nos últimos oito anos – paralelamente a uma vasta produção jurídico-científica expressa em livros, monografias, teses e artigos, com destaque para a Revista Brasileira de Direito Desportivo, agora publicada pela prestigiosa Thomson/IQB, jungida à inescandível proliferação de jurisprudência extrajudicial e judicial em derredor de candentes temáticas jus-desportivas que ocupam expressivos espaços na mídia especializada.

Aduza-se que os cursos jurídicos, de um lado, passaram a implantar o Direito Desportivo como especialidade docente e investigadora, vale dizer, como disciplina autônoma integrante dos currículos plenos de Graduação, e, de outro, abrem espaços a cursos de pós-graduação *lato sensu* (aperfeiçoamento/especialização) com o propósito de aprofundar os estudos em derredor do binómio desporto/direito. E a sedimentação do Direito Desportivo é fortalecida, ainda, por sucessivos seminários e congressos nacionais e internacionais, cumulados a plúrimas atividades desenvolvidas pelo Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD) e pela criação de Comissões jus-desportivas no âmbito do Ministério do Esporte e do Conselho Federal da OAB, além de incontáveis sites, blogs e listas de discussão na Internet dedicados ao Direito Desportivo. MELO FILHO, Álvaro. Direito desportivo brasileiro: retrospectiva e perspectiva. *Desporto & Direito: revista jurídica do desporto*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 8, p. 261-276, jan/abr, 2006.

¹⁹ Em assimilada conceituação, Andrés Gil Dominguez averba: El derecho del deporte es la disciplina que se encarga de abordar el fenómeno deportivo desde las distintas vertientes del derecho, y a la vez posibilita generar intercambios interdisciplinarios que permiten analizar con mayor amplitud y riqueza científica todas las manifestaciones del objeto de estudio: el deporte. DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. El derecho al deporte y el derecho del deporte. In: NAVÍA, Ricardo Frega. Cuadernos de derecho deportivo. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001, p. 34.

média, até se imergir na sociedade moderna, o desporto se transfundiu numa multifuncionalidade social, política, econômica, cultural, universal, e, conseqüentemente, também jurídica.²⁰

O esporte é um exercício tão social, quanto qualquer outra ação humana, na dimensão individual estudos científicos atuais apontam a prática esportiva como objeto de bem-estar psicofísico e coletivo, ou seja, biologicamente, com a atividade desportiva, o corpo humano produz substâncias que elevam a autoestima do indivíduo, além de sociologicamente incluí-lo na comunidade.²¹

No aspecto coletivo, o desporto funciona como se não o maior, um dos maiores meios de inserção social e introspecção do espírito democrático no ser humano, uma vez que na atividade esportiva, há uma aproximação, convívio maior das diferentes classes sociais, as regras são rigidamente iguais para todos, pouco importando quem domina a política ou a economia, fator humanista para quem exercita esporte. Afora isso, a disciplina desportiva é indispensável para a manutenção das crianças e jovens na escola, auxílio na educação do homem e ensino escolar, ajuda na prevenção e recuperação da saúde da pessoa, infunde nos homens a democracia de conviver com as adversidades e saber superá-las.²² Modernamente, o esporte ainda é uma das ferramentas mais poderosas no combate ao racismo, a xenofobia, as drogas, ao tráfico ilícito de entorpecentes (estupefacientes) e um dos melhores métodos de prevenção da violência em geral.

Na face política, em que pese a utilização histórica do esporte como uma manobra de opressão ideológica (Nazismo, Fascismo, Comunismo) e manipulação das massas (Ditadura Vargas, Ditadura Militar, algumas condutas governamentais flagrantes até hoje), a raiz politizada do esporte atual prega totalmente o oposto, que é a paz, a solidariedade, a unidade, todos idealizados num plano de políticas públicas que se destinam a reduzir as desigualdades sociais, o repúdio à criminalidade e a tentativa de colaborar na erradicação da miséria.

Na esfera econômica, segundo Simon Gardiner, “*Sport is now big business*”²³, significa em termos de atualidade, que a nomeada Indústria do Esporte

²⁰ A respeito da multifacetada natureza do desporto, o insigne mestre Álvaro Melo Filho discorreu em MELO FILHO, Álvaro. Novo ordenamento jurídico-desportivo. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000, p. 23-26.

²¹ Exemplo de análise científica acurada em RIBEIRO, Carla. Desporto para todos – crise de identidade e desenvolvimento. In: BENTO, Jorge Olímpio; COSTANTINO, José Manuel. Em defesa do desporto: mutações e valores em conflito. Coimbra: Almedina, 2007, p. 317-355.

²² Sustenta a nossa tese, Alexandra Pessanha: No sentido lato do termo, o desporto favorece o próprio processo de socialização, na medida em que estimula as qualidades sociais positivas e concorre, a par de outros factores, para o desenvolvimento harmonioso da personalidade. Enquanto espaço cultural, ele é dominado por um sistema de valores inerentes à prática de uma qualquer disciplina desportiva. O respeito por outrem, a solidariedade, o espírito de disciplina, nomeadamente, são valores que se transmitem à convivência social e, nessa medida, o desporto constitui um importante vector de tolerância, de identidade e de coesão social. PESSANHA, Alexandra. As federações desportivas: contributo para o estudo do ordenamento jurídico desportivo. Lisboa: Coimbra Editora, 2001, p. 15-16.

²³ GARDINER, Simon et al. Sports Law. 3. ed. Sydney/London: Cavendish, 2006, p. 37.

ocupa no cenário da economia mundial uma posição de destaque, primordialmente nos séculos XIX e XX em alguns países anglo-saxões, continuamente em degraus avançados por todo o planeta ao longo do último centenário.

A exploração econômica do “espetáculo esportivo”, o exercício formal e informal da economia em todos os entornos da “prática e do evento desportivos”, e, conseqüentemente, a profissionalização esportiva posicionaram a Economia Desportiva no topo da Indústria do Entretenimento, sendo o mercado desportivo uma das maiores potencialidades de consumo, portanto, imaginar o Mundo sem desporto é querer imaginar uma involução da crise econômica globalizada que assola a população mundial.

No concernente ao caráter cultural, é cristalino que a própria naturalidade das modalidades desportivas conduz em seu seio uma sublime apresentação cultural, como é as acrobacias, baluartes, malabarismos e elasticidade visual da ginástica olímpica, nado sincronizado, ginástica rítmica, golfe, salto com vara, ou até mesmo o futebol. A simples atividade desportiva é uma expressão artística, uma manifestação cultural. Nesse contexto, há países criadores de esportes que refletem a cultura e os costumes do seu povo nas suas próprias atividades desportivas, é o exemplo da capoeira e do futsal, desportos genuinamente brasileiros, propagadores de muitos dos nossos caracteres consuetudinários.²⁴

A universalidade está enraizada nas propriedades do desporto, enquanto elementos transcendentais aos limítrofes territoriais, permeadores da leveza da paz através de suas regras unidimensionais e promotores da unidade/união entres os povos praticantes.²⁵

Em conclusão, o cariz jurídico-desportivo é precípua para garantir a utilização do desporto como um dos principais vetores de evolução humana, um autêntico mecanismo beneficente à humanidade em todos os setores sobreditos e com a finalidade de resguardar a boa prática do direito ao esporte.²⁶

²⁴ Curioso é se verificar o caso do futebol, que por força regulamentar da FIFA é rígido na preservação da nacionalidade dos atletas representantes na Copa do Mundo, aceitando a naturalização de jogadores para fins competitivos com restrição. Por tal medida, que sem muito esforço se percebe os traços culturais típicos em cada seleção de futebol durante a competição mundial da FIFA.

²⁵ Na sociedade moderna, não há dúvida de que o desporto exerce grande influência no dia-a-dia dos cidadãos. Ademais, nenhuma nova realidade implantou-se com energia social e a universalidade do desporto, principalmente, quando percebemos que a FIFA congrega mais nações que a própria Organização das Nações Unidas (ONU); os materiais esportivos estão incorporados no cotidiano das pessoas; o espaço que o desporto ocupa na mídia; os eventos esportivos como Olimpíadas e Copas do Mundo, capazes de movimentar bilhões de pessoas, gerando empregos diretos e indiretos. EZABELLA, Felipe Legrazie. O direito desportivo e a imagem do atleta. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 34.

²⁶ Para estudos mais intensificados sobre todas as figuras inerentes ao esporte moderno, incluindo o caráter jurídico, vide GARDINER, Simon et al., op. cit., 2006, p. 3 e ss.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DESPORTO NO BRASIL

O esporte formal moderno, considerado aquele que se pratica com o fito de obter o melhor resultado, o primeiro lugar (ser o vencedor), não surge automaticamente como profissional e a retomada do exercício desportivo moderno no final do século XIX, inicialmente, não atrai a normatização pública, somente após a Segunda Guerra Mundial que o Estado timidamente começa a normatização do desporto, ao perceber todas as valências proporcionadas pela nomeada “sociedade esportivizada”, todas prescritas no título anterior.

Nessa órbita, registre-se que a positivação constitucional do desporto foi bastante impulsionada pelos ciclos/dimensões evolutivas dos direitos fundamentais de 2^a, 3^a e 4^a gerações, destoando um pouco, com a devida *data venia*, do que preconizam os Mestres Paulo Bonavides, Gutiérrez, Bermejo e Álvaro Melo Filho²⁷, a constitucionalização desportiva, por ser um direito sócio-fundamental, parte da influência solidificada na consagração de outros direitos humanos, tais como: os sociais, culturais, econômicos, de isonomia, de solidariedade, de comunicação, ambiente saudável e sustentável, patrimônio comum da humanidade, autodeterminação e de pacificação entre os povos. Portanto, entendemos que o direito ao desporto não pode ser considerado um direito isoladamente proveniente da 2^a geração, 3^a dimensão, ou tão-somente da 4^a geração, pois o nosso pensamento se aproxima da escola constitucionalista de Coimbra, sustentada na doutrina de Gomes Canotilho²⁸ jungida à tese de Vieira de Andrade²⁹, ao transparecer que, na

²⁷ Verificar em MELO FILHO, Álvaro. Da constitucionalização do desporto no Brasil. Revista aranzadi de derecho de deporte y entrenamiento. Navarra: Thomson Aranzadi, n. 24, p. 263-271, 2008.

²⁸ Leciona Gomes Canotilho, É discutida a natureza destes direitos. Critica-se a pré-compreensão que lhes está subjacente, pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos das primeiras gerações. A ideia de generalidade geracional também não é totalmente correcta: os direitos são de todas as gerações. Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte colectivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão “indimensionável” dos direitos económicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem (E. Riedel) e não de “três gerações”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386-387. (grifos do autor).

²⁹ Complementa Vieira de Andrade, Assim nasceu a ideia dos direitos sociais, enquanto direitos a prestações estaduais – direitos de 2.^a geração ou, quanto a nós, de 3.^a, se intercalarmos os direitos de participação política –, através dos quais se visa assegurar a todos os cidadãos uma existência condigna. E, nessa linha de desenvolvimento, não se estranha que o objectivo de criar as condições efectivas de realização da dignidade da pessoa humana venha a incluir prestações estaduais destinadas a garantir, em geral, o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas. ANDRADE, António Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais e o direito do desporto. In: BARBOSA, Nuno; COSTA, Ricardo. II Congresso de direito do desporto. Coimbra: Almedina, 2007, p. 24.

realidade, os direitos de 3ª e 4ª dimensões, intentam dimensionar o concretamente indimensionável na 2ª dimensão, por conseguinte, o direito ao desporto é resultante das três dimensões repontadas acima³⁰.

No Brasil, a “constituição cidadã” de 1988 açambarcou variadas propostas de introdução de novos direitos, sendo inadiável, incontornável, dir-se-á mesmo irresistível, a previsão de um dispositivo destinado ao desporto. Ressalte-se neste ponto, que a luta, a reivindicatória ou o intento da constitucionalização desportiva brasileira se personificou resumidamente em dois cearenses: o desportista Aécio de Borba Vasconcelos e o jusdesportista Álvaro Melo Filho, este no âmbito jurídico e aquele no panorama política.

Nesse compasso, combatemos com aspereza aqueles críticos reducionistas de plantão, ao propalarem que “a inserção do direito ao desporto seria menosprezível, sob o argumento de que a nossa Magna Carta é extremamente formal e analítica, por isso, seria desprezível descer à detalhes protetores, por mero interesses de cartolas do futebol brasileiro,” pois consoante redigimos no parágrafo anterior, inexistiu grande lobby no Brasil acerca da constitucionalização desportiva, quando muito, o que se alvejava era esculpir o direito ao desporto e resolver a questão da jurisdição dos conflitos tipicamente desportivos (disciplina e organização técnica de competições).

Adite-se, que o fenômeno desportivo não poderia ser marginalizado da Lei Suprema brasileira, na medida em que a tendência mundial de constitucionalizar o desporto exerceu, à época, uma robusta inspiração na previsão constitucional do direito ao desporto e rejeitá-lo seria um incomensurável retrocesso do Poder Constituinte, além de demonstrar uma falta de atualização em relação a garantia de um neófito direito social fundamental.³¹

³⁰ Abona a doutrina constitucionalista brasileira, A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268.

³¹ Por se tratar de uma atividade que envolve a todos, direta ou indiretamente, como realização individual e/ou coletiva, era irreversível a necessidade de outorga do “status” constitucional ao desporto. Mas, por inexplicável preconceito, foi o desporto crimosamente omitido e marginalizado de todas as anteriores Constituições brasileiras, olvidando-se a expressiva opinião de Cagical de que, embora não se viva numa sociedade desportiva, pode-se afirmar que há hoje uma sociedade desportivizada. Outrossim, esta concretização constitucional das linhas-mestras do desporto não apenas resgata parte de dívida sócio-educativo-cultural que se vem acumulando, mas igualmente favorece o surgimento de uma nova sociedade reclamada por todos, constituída de indivíduos participantes, independentes e democráticos. MELO FILHO, Álvaro. O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 38-39. (grifos do autor).

Segue abaixo alguns países³² que antecederam o Brasil na constitucionalização do desporto:

1. Constituição da Grécia de 1975, artigo 16;
2. Constituição da República Portuguesa de 1976, artigo 79.º;
3. Constituição da Espanha de 1978, artigos 43 e 148;
4. Constituição Uruguia de 1966, reformada em 1976, artigo 71.

Em todo esse escopo, se afigurou o caminho para uma das maiores “vitórias” constituintes, o fincamento do desporto como um direito sócio-fundamental, sem o qual a Constituição brasileira esmaeceria de um dos mais complexos e sublimes direitos fundamentais hodiernos.

4 DIREITO AO DESPORTO, POR QUE UM DIREITO SÓCIO-FUNDAMENTAL?

O esporte é provido de uma predominante naturalidade social, capaz de promover transformações e transcendências sociais de integração da humanidade, por tais assinaláveis características, o desporto retrata a principal atividade polifacetada do gênero lazer, movimentador de emoções, descontrações saudáveis ao homem, sendo inquestionavelmente um direito social fundamental.³³⁻³⁴

Asseveramos que o legislador constituinte prescreveu a seção III “Do Desporto” ao lado das seções “Da Educação”, “Da Cultura”, “Da Assistência Social”, “Da Previdência Social”, “Da Saúde”, etc., todos no título “Da Ordem Social”, denotando o caráter garantidor do direito ao desporto, como um direito social.

³² Dados dos países europeus pesquisados em MESTRE, Alexandre Miguel. O desporto na constituição europeia: o fim do “dilema de hamlet”. Coimbra: Almedina, 2004, p. 31-32. Dados do Uruguai colhidos em DOMÍNGUEZ, Andrés Gil., op. cit., 2001, p. 29.

³³ Há de realçar-se ser irrecusável que o reconhecimento constitucional do desporto, que obtivemos especialmente com a inclusão do art. 217 na Constituição Federal de 1988, implica na sua conexão direta e imediata com o conjunto de direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Lex Magna, entre os quais ressaem a autonomia desportiva e a liberdade de associação. Sobre esses postulados constitucionais assenta-se toda a estruturação e instrumentalização do ordenamento jurídico-desportivo brasileiro, como condição necessária e inarredável para a sua juridicidade e constitucionalidade. MELO FILHO, Álvaro. O novo direito desportivo. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 17.

³⁴ A ordem jurídico-constitucional portuguesa inscreve o direito à cultura física e ao desporto num plano de direitos fundamentais identicamente ao ocorrido no Brasil, atesta Manuel Meirim: Portugal apresenta ao nível constitucional a mais impressiva recepção do direito ao desporto. Consta ela, desde logo e como já se fez referência, do art. 79.º, onde o desporto é considerado como um direito fundamental de todos. Nos artigos 64.º, n.º 2, alínea b), e 70.º, n.º 1, alínea d), da lei fundamental, a actividade desportiva configura-se, respectivamente, como um meio de alcançar outro direito fundamental (direito à saúde) e como um direito especialmente protegido (no segmento da juventude). MEIRIM, José Manuel. Lei de bases do desporto anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 20. (grifos do autor).

A outra estirpe constitucional do desporto é o seu evidenciado cunho de direito fundamental, bastando para tanto, realizarmos uma hermenêutica sistemática a respeito do art. 5º, § 2º³⁵, que dimana ser os direitos e garantias fundamentais capitulados no art. 5º um rol exemplificativo de direitos fundamentais, nada impedindo que outros direitos fundamentais estejam assegurados por toda a Lei Ápice, é exatamente o que ocorre com os direitos sociais do art. 6º³⁶, onde está luminosamente escrito o direito ao **lazer**³⁷, *verbete* minuciosamente condensado no art. 217, § 3º³⁸, onde se identifica novamente a palavra **lazer**, porém desta vez como **sinonímia de desporto**, conseqüentemente, o direito ao desporto é assentamento refletidor do **direito fundamental ao lazer**, revestindo-se num autônomo **direito sócio-fundamental**.³⁹⁻⁴⁰

A afirmação do direito ao desporto como um direito social fundamental, encontra arrima ainda na importância dedicada à legislação desportiva por parte

³⁵ 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:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁷ – que os direitos sociais, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar o status de direitos fundamentais, vale dizer, a condição de direitos oponíveis erga omnes – até mesmo contra o Estado, que, ao constitucionalizá-los, dotou as suas normas da injuntividade, por menor que seja, com que esses novos direitos iniciaram a luta pela sua efetivação –, ...COELHO, Inocêncio Mártires et. al., op. cit., 2009, p. 757-758. (grifos do autor).

³⁸ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada uma, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e não-profissional;

IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

³⁹ Nos referenda, Gomes Canotilho e Vital Moreira em relação à semelhante constitucionalização desportiva em Portugal: Tal como outros preceitos relativos aos direitos económicos, sociais e culturais, também este comporta duas partes: a primeira reconhece o direito à educação física e ao desporto como direito fundamental dos cidadãos de natureza social (nº 1); a segunda enuncia as principais incumbências do Estado, lato sensu (incluindo as diversas manifestações do poder público) para dar satisfação e esse direito (nº 2). Entre elas hão-de, naturalmente, contar-se a inclusão da educação física nos programas escolares, a formação de monitores e orientadores desportivos, a edificação de campos e recintos desportivos, o apoio às colectividades desportivas, e aos atletas, etc. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição

da Carta Superior, ao determinar competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar em matéria desportiva, consoante expõe clarivamente o art. 24, IX⁴¹.

Dessarte, à luz da nossa Constituição Federal o direito ao desporto possui inapelavelmente uma **feição sócio-fundamental** incomparável a outros direitos sociais, pois fruto da versão dual do lazer disposto no art. 6º em comunhão com o art. 217, § 3º, se revela um direito social fundamental.

5 DIREITO AO DESPORTO

O manancial, as traves-mestras, o mandamento nuclear de todo o arcabouço jurídico-desportivo brasileiro, estudado e pesquisado intensamente na disciplina de Direito Desportivo, tem supedâneo no art. 217, seção específica da Carta Superior, assim como o Direito do Trabalho que tem a sua viga-mestra nos arts. 6º a 11, o Direito Ambiental que se edifica no art. 225 e o Direito Administrativo que se entabula nos arts. 37 a 43, dentre outras tantas matérias advindas de normas da nossa vigente Constituição Federal.

Nessa assertiva, não vamos nos dedicar ou se debruçar a respeito da materialidade dos ditames principiológicos do direito ao desporto previstos ao longo dos incisos e parágrafos do art. 217, na medida que esse não é o foco principal desse trabalho científico, conquanto, iremos nos adstringir a explanação concisa do significado de cada extrato petrificado no referido dispositivo, identificando o seu correspondente princípio.

5.1 GARANTIA AMPLA DO DIREITO AO DESPORTO (UNIVERSALIDADE)

O mandamento 217, *caput* da Lei Suprema garante o direito ao desporto em todas as suas dimensões, como um direito social fundamental inexpugnável, inafastável, indispensável, no sentido de possibilitar a prática desportiva escolar, de lazer, terapêutica, de recuperação da saúde física, de ressocialização dos detentos, de estímulo na vida propecta, de promoção da cultura (atividade esportiva

da república portuguesa anotada. 4. ed. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 933-934. (grifos dos autores). Sublinha timidamente, mas de maneira lúcida, Alexandre de Moraes, O direito constitucional às práticas desportivas conjuga-se com o direito à vida, à saúde, ao lazer, em busca da efetivação do bem de todos, objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, IV), devendo, portanto, ser interpretado de forma razoável e educativa, proibindo-se o incentivo a pseudo-esportes de efeitos perniciosos e atentatórios ao princípio da dignidade da pessoa humana. MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1998.

⁴¹ Art. 24. Compete à União, aos Estado e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
IX – educação, cultura, ensino e desporto;

artística), de incentivo ao exercício profissional do esporte, como mais um campo de trabalho, fonte de renda num Mundo vivido em recessão, (motivação, exemplo para os jovens praticarem esportes).

Em simultaneidade, o direito ao desporto garantido no excerto supramencionado, tem uma amplitude difusa, coletiva e individual ao mesmo tempo, devendo-se interpretá-lo como um bem de cada um e de todos do povo concomitantemente, incluindo aqueles que possuem alguma deficiência física ou mental, protegendo o acesso e a continuidade das atividades esportivas em seu aspecto mais amplo.⁴²

Nesse *caput* do art. 217 da CF/88, se traduz o preceito da universalidade, também reconhecido, positivado pelo COI, FIFA, outros Estados Democráticos de Direito⁴³, que por meio dele, garantem a prática desportiva à todos, indiscriminadamente e na sua concepção mais abrangente, promove a paz, união entre pessoas e povos.

5.2 AUTONOMIA DAS ENTIDADES DESPORTIVAS (AUTONOMIA DESPORTIVA)⁴⁴

A autonomia desportiva é um direito implantado no art. 217, I da Lei Magna, que outorga às entidades desportivas, constituídas sob a personalidade jurídica de associações sem fins lucrativos, a liberdade de se autoconstituir, auto-organizar e autofuncionar ou autogerir, com intervenção mínima do Estado (Poderes Públicos em geral).

Este direito imanta no ordenamento jurídico-desportivo brasileiro o sistema jus-privatista ou não-intervencionista⁴⁵, onde se caracteriza a intervenção mínima do Estado na regulação e movimentação da prática desportiva formal, e, em casos

⁴² Elucida o direito ao desporto no *caput* do art. 217 da CF/88, Álvaro Melo filho em suas obras MELO FILHO, Álvaro., op. cit., 1990, p. 9 e ss., MELO FILHO, Álvaro., op. cit., 1995, p. 41-49.

⁴³ No ordenamento jurídico português, assinala Manuel Meirim, O segmento Todos têm direito à actividade física e desportiva consagra a universalidade do direito, ao mesmo tempo que – embora afastando-se da semântica constitucional – precipita o conteúdo do n.º 1 do artigo 79.º (Todos têm direito à cultura física e ao desporto). MEIRIM, José Manuel. Lei de bases da actividade física e do desporto: estudos, notas e comentários. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 125.

⁴⁴ A respeito da autonomia desportiva, MELO FILHO, Álvaro., op. cit., 1990, p. 22-26, 45 e ss. MELO FILHO, Álvaro., op. cit., 1995, p. 34 e ss., MELO FILHO, Álvaro et al. Direito desportivo. Campinas-SP: Mizuno, 2000, p. 171 e ss., MELO FILHO, Álvaro. Direito desportivo no limiar do século XXI. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000, p. 31 e ss., MELO FILHO, Álvaro., op. cit., 2002, p. 63 e ss., MELO FILHO, Álvaro. Autonomia de organização e funcionamento das entidades de prática desportiva e de direção do desporto brasileiro. In: AIDAR, Carlos Miguel. Curso de direito desportivo. São Paulo: Ícone, 2003, p. 55 e ss.

⁴⁵ Existem três tipos de sistemas jurídicos desportivos no Mundo, o sistema adotado por Portugal, França, Espanha e Itália por exemplo, denominado de jus-publicista, publicista, ou ainda, intervencionista. O sistema

pontualíssimos, na atividade esportiva não-formal. Nada obstante, essa sistemática atribui às associações desportivas, mormente as entidades administrativas (federações), pessoas jurídicas de direito privado, algumas prerrogativas típicas, assemelhadas aos casos especiais dos Sindicatos e dos Partidos Políticos.

O que inexoravelmente se pretendeu com esse verbete constitucional, foi proporcionar às entidades desportivas uma administração e organização do desporto com bem menos Estado e mais iniciativa privada, viabilizando uma maior coordenação dos entes esportivos nacionais com os entes desportivos internacionais na manutenção da prática desportiva dinâmica, uniforme e transnacional, evitando quaisquer estagnações e distorções orgânico-esportivas no plano brasileiro em relação ao espaço universal das atividades desportivas.

Essa premissa do art. 217, I da CF/88, encarta o princípio da autonomia desportiva, subdivisão *sui generis*, ramificação principiológica do tronco fundamental da liberdade de associação (art. 5º, XVII a XXI da CF/88), que similarmente ao princípio da Unidade Sindical (art. 8º, II da CF/88), aos princípios da autonomia e representatividade dos Partidos Políticos (art. 14, §§ 1º e 2º da *Lex Legum*) exerce a sua autonomia, unidade e representatividade em matéria de administração desportiva.

Adicionamos, para findar, que apenas uma entidade de administração do desporto (federação desportiva) pode existir por Estado da Federação brasileira (Federação Paulista de Futebol/FPF, Federação de Futebol do Estado do Rio de Janeiro/FERJ, Federação Cearense de Futebol/FCF, etc.), sendo permitida mais uma associação administrativa-desportiva, representativa da Unidade Federada/Brasil (princípio da Unidade/Unicidade, exs.: Confederação Brasileira de Futebol/CBF, Confederação Brasileira de Futebol de Salão/CBFS, Confederação Brasileira de Voleibol/CBV, Confederação Brasileira de Basquetebol/CBB, etc.) pautadas no inc. I do art. 217, amálgama em que todas essas federações esportivas estão hierarquizadas, adstritas a um ente maior, uma federação desportiva internacional em mais alto grau, se submetendo por adesão, às suas normas e regras universais da respectiva modalidade (princípio do Monopólio, exs.: Fédération Internationale de Football Association/FIFA, Fédération Internationale de Volleyball/FIVB, Fédération Internationale de Basketball/FIBA, Fédération Internationale de l'Automobile/FIA, etc...) ⁴⁶⁻⁴⁷.

Misto, vislumbrado na Suíça e o jus-privatista (não-intervencionista), primariamente desenvolvido na Inglaterra e Alemanha, escolhido pelo nosso Constituinte. Assim nos explica o Mestre Álvaro em seu livro MELO FILHO, Álvaro. Direito desportivo: novos rumos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 8-10, 167.

⁴⁶ Tradução na ordem: Federação Internacional do Futebol Associado/FIFA, Federação Internacional de Voleibol/FIVB, Federação Internacional de Basquetebol/FIBA, Federação Internacional do Automobilismo/FIA.

⁴⁷ Acerca dessa temática, vale indicar: REI, Maria Raquel et al. Estudos de direito desportivo. Coimbra: Almedina, 2002, p. 44-45., CARRO, Miguel Cardenal; SILVERO, Emilio Garcia et al. Régimen mercantil,

5.3 DESTINAÇÃO PRIORITÁRIA DE RECURSOS PÚBLICOS (PRIORIDADE DOS RECURSOS PÚBLICOS)

No art. 217, II da CF/88, se estabelece a obrigação do Estado em priorizar a destinação de recursos públicos ao desporto educacional, restando em uma esfera inferior a verba direcionada ao esporte de alto rendimento. Nesse instante, é conveniente esclarecermos que esse postulado se refere a uma aplicação pecuniária **prioritária** dos órgãos públicos ao desporto-educação, não significando que os investimentos públicos somente possam ser enviados ao desporto educativo, pois o texto constitucional é lúcido ao proporcionar a investida de pecúnia pública no esporte de alto rendimento. Assinalamos ainda, que o radical composto da palavra **alto rendimento** exprime abrangentemente que verbas públicas poderão em algumas ocasiões serem ofertadas ao desporto-competição e a interpretativa deve ser mais além, pois a aplicabilidade pecuniária no desporto profissional também é possível, bastando ter em mente que uma atividade esportiva de alto rendimento pode ser profissional.

A melhor hermenêutica constitucional que se deve extrair da subscrição supracomentada é o entendimento extensivo da palavra desporto educacional, para que se coadune com o *caput* e inc. III do artigo 217 na consecução de incentivar financeiramente quaisquer tipologias de atividades esportivas não-formais, evidentemente, em sincronia com a realidade-possibilidade econômica estatal e necessidade social.

Com efeito, o princípio da prioridade de recursos públicos determina que, através do orçamento público específico, singular, o Estado tenha a primazia de desenvolver o esporte como objeto de transformação social, sem contudo, vilipendiar a importância de apoiar o desporto de alto rendimento (de obtenção de resultado e profissional) como peças-chaves na oferta de lazer à população.

Vale salientar, que em um espetáculo desportivo, o apoio público é fundamental para a sua realização, a logística estatal na segurança e orientação do espectador esportivo, dentre outras questões, são indissociáveis de um evento de médio a grande monta e o auxílio do Poder Público revela a sua boa intenção em promover o lazer através do esporte.

5.4 TRATAMENTO DIFERENCIADO AO DESPORTO PROFISSIONAL E NÃO-PROFISSIONAL (DIFERENCIAÇÃO)

O direito a um tratamento diferenciado, relacionado ao desporto profissional e não-profissional, consignado no art. 217, III da CF/88, firma um aprimoramento

laboral, fiscal, contable y económico del fútbol profesional. Barcelona: Deusto Jurídico, 2008, p. 20-21., MESTRE, Alexandre Miguel. Direito e jogos olímpicos. Coimbra: Almedina, 2008, p. 23-54, 59-111.

do Estado na aplicação das finanças públicas e uma organização maior na verificação das necessidades reais de cada setor da atividade esportiva.

O tão reconhecido e propalado princípio da diferenciação retrata uma verídica isonomia, igualdade em matéria desportiva, pois é sabido que igualdade/isonomia não significa “tratar todas as pessoas de forma igual, mas tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual”, ou seja, entender a realidade e a necessidade é preponderante para uma boa condução do serviço desportivo por parte do Estado.

Nesse esteio, o Poder Público não poderá padronizar o seu tratamento para todo exercício esportivo, ao anverso, deverá sempre dedicar técnicas de estudos acurados em diversos meios desportivos, prospectando as especificidades, adequabilidades, necessidades de cada particularidade setorial esportiva para aperfeiçoar o emprego de gastos públicos e otimizar a orgânica do desporto local, regional e nacional. A correta aplicação do princípio da diferenciação executa o tratamento de justa medida devido ao cidadão-desportista e às coletividades esportivas.

5.5 PROTEÇÃO E INCENTIVO ÀS MANIFESTAÇÕES ESPORTIVAS DE CRIAÇÃO NACIONAL (PROTEÇÃO E INCENTIVO DESPORTIVO NACIONAL)

O legislador constituinte ao proteger e incentivar as manifestações desportivas genuinamente nacionais visa proteger a cultura da atividade esportiva criada em nosso país, pois sabemos que esportes como o futsal e a capoeira são verdadeiros retratos consuetudinários da nossa sociedade, os valores histórico-culturais são vivos nessas atividades esportivas.⁴⁸

Desta maneira, o princípio da proteção e incentivo desportivo nacional apregoa ao Estado o dever protetivo da originalidade desportiva brasileira, ao mesmo passo que patrocina a profusão cultural-esportiva do Brasil no espaço internacional, nacionalizada nas pessoas e instituições de caráter nacional (representantes brasileiros).⁴⁹

⁴⁸ A capoeira é uma modalidade desportiva de luta que se remete a um passado colonial, onde a resistência escravagista negreira se mistura no seio de uma sociedade multiracial de ginga também polifacetada, representando não apenas os nossos ascendentes africanos, mas envolvendo a evolução da arte-macial a partir das danças e culturas européias, latinas, norte-americanas, asiáticas e até mesmo oriundas do povo da Oceânia. O futsal reproduz a paixão indimensionável de um povo pelo futebol, mas como este se originou em localidade estrangeira, a necessidade de reinventar, recriar o futebol que se caracteriza no curto espaço e estrutura de prática conjugal ao drible curto da etnia brasileira.

⁴⁹ Acerca da proteção e incentivo dos esportes de origem nacional, nos remetemos a MELO FILHO, Álvaro., op. cit., 1990, p. 30-31.

5.6 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA DESPORTIVA (ESGOTABILIDADE DA JUSTIÇA DESPORTIVA E JURISDIÇÃO PRÉVIA E TEMPORÁRIA DA JUSTIÇA DESPORTIVA)⁵⁰

O redator constitucional do artigo 217 da nossa *Lex Fundamentalis* num ineditismo, pioneirismo e inovação, *animus novandi*, previu nos §§ 1º e 2º do referido mandamento, a Justiça Desportiva com uma natureza singular, peculiar, especialíssima.

Esta é uma oportuna e breve situação para desmistificarmos, desestigmatizarmos novamente, as afirmativas indigitadas de alguns colegas que insistem em considerar a Justiça Desportiva como um ente inconstitucional ou menosprezível, afigurando-se na decisória do Superior Tribunal de Justiça⁵¹ como um vazio jurídico.

Em outras oportunidades descritas em nota de rodapé, nos empenhamos na redação relativa à previsão constitucional e à natureza da Justiça Desportiva, criticando contundentemente a aresta do STJ, portanto, nessa tarefa, a nós incumbe reafirmar que a existência da Justiça Desportiva é tão constitucional quanto quaisquer outras previsibilidades da Lei Maior brasileira, pois a *ratio fundamentalis* do constituinte foi autorizar uma Justiça do Desporto às margens do Poder Judiciário, perfazendo uma exceção, excepcionalidade veiculada pelo Poder Constituinte Originário aos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário (princípio da tutela jurisdicional ou da jurisdição una) e do juiz natural, que representam a monopolização da atividade jurisdicional do Estado. Constate-se, que por viabilidade oriunda do Poder Constituinte Originário, o constituinte autoriza, outorga a instituição de uma Justiça dotada de atipicidade jurisdicional, fora do Poder Judiciário.

Nesse modelo, há divergências acerca da natureza ampla da Justiça Desportiva brasileira, a teoria que predomina é do próprio redator do art.

⁵⁰ Permita-nos remissão a RAMOS, Rafael Teixeira. Justiça desportiva brasileira: natureza e algumas críticas estruturais. Revista aranzadi de derecho de deporte y entrenamiento. Navarra: Thomson Aranzadi, n. 20, p. 151-173, 2007., RAMOS, Rafael Teixeira. A relação da justiça desportiva com o poder judiciário e alguns métodos extrajudiciais de resolução de conflitos no Brasil. Desporto & Direito: revista jurídica do desporto. Coimbra: Coimbra Editora, n. 15, p. 467-487, mai/ago, 2008., RAMOS, Rafael Teixeira. Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o poder judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Revista Brasileira de Direito Desportivo. São Paulo: IOB, n. 13, p. 27-48, jan/jun, 2008., RAMOS, Rafael Teixeira; MAGALHÃES, Larissa Navarro Benevides de. Autonomia e independência da justiça desportiva brasileira. Revista Brasileira de Direito Desportivo. São Paulo: IOB, n. 14, p. 68-75, jul/dez, 2008.

⁵¹ STJ – Tribunal de Justiça Desportiva. Natureza Jurídica. Inocorrência de conflito. 1. Tribunal de Justiça Desportiva **não se constitui em autoridade administrativa e muito menos judiciária**, não se enquadrando a hipótese em estudo no art. 105, I, g, da CF/88 (STJ – 2ª Seção – Conflito de atribuição nº 53/SP – Rel. Min. Waldemar Zveiter, Diário da Justiça, Seção I, 3 ago. 1998, p. 66). (grifos nossos).

217, Álvaro Melo Filho que preleciona ser a Justiça do Desporto de natureza administrativa e privada, enquanto Marcilio Krieger e Paulo Schimitt se expressam vagamente a respeito do assunto, mas se inclinam para a doutrina dominante de Álvaro Melo Filho. A nossa tese constata uma natureza mista, ao sustentarmos que existe formação estrutural privada/pública e ao mesmo tempo atribuições e atividades jurídico-administrativas.

O § 1º do art. 217, apresenta a delimitação jurisdicional da Justiça do Desporto, ao circunscrever as suas matérias relativas às disciplinas e às competições desportivas (materialidade puramente, tipicamente, meramente esportivas), prevendo ainda o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva, como pressuposto processual constitucionalizado, para se demandar no Poder Judiciário.

O princípio do exaurimento/esgotabilidade da Justiça do Desporto concebe a proteção da jurisdição dessa Justiça, ao proibir que se movimente o Poder Judiciário antes de se percorrer todos os órgãos jurisdicionais desportivos.

Em seguida, no art. 217, § 2º da CF/88 se determina o prazo da jurisdição prévia da Justiça do Desporto, minudenciando o prazo máximo de sessenta dias para a Justiça Desportiva proferir decisão final, sob pena de as partes poderem ajuizar as querelas esportivas (disciplina e competições desportivas) no Poder Judiciário, antes mesmo de se exaurir as instâncias da Justiça Desportiva.

O princípio da jurisdição prévia e temporária assenta uma garantia mínima à Justiça do Desporto no exercício das suas atividades jurisdicionais outorgadas pela Constituição, protegendo a Justiça Desportiva de possíveis usurpações em sua jurisdicionalidade.

No entanto, cabe ressaltarmos, que o redator do art. 217, §§ 1º e 2º sabiamente pretendeu instaurar uma Justiça especializada, célere e dinâmica, assim como é a atividade desportiva, mas acrescentou certamente a instituição de uma via judicante doméstica para a matéria esportiva, na tentativa máxima de mediar o eterno conflito entre o desestímulo da FIFA e COI aos seus filiados de pleitear demandas estritamente desportivas no Poder Judiciário e a proibição dos Estados Democráticos de Direito de se afastar dissídios de quaisquer naturezas da apreciação dos órgãos jurisdicionais estatais.

Geralmente, os associados, membros da sistêmica desportiva nacional e internacional, preferem se conformar com as decisões do ambiente judicante desportivo, em raras exceções há descontentamentos e movimentação da máquina do Poder Judiciário, quando isso ocorre, sob fortes ameaças da FIFA ou COI, os filiados esmorecem em suas tentativas, em outros raríssimos casos, quem cede são os entes desportivos internacionais aqui citados.

5.7 INCENTIVO AO LAZER COMO FORMA DE PROMOÇÃO SOCIAL (PROMOÇÃO SOCIAL)

Em última abordagem, o § 3º do art. 217 subscreve o mencionado anteriormente nesse tema, a utilização da atividade desportiva como concretização atrial do direito ao lazer, ou a utilidade esportiva como um dos métodos mais fungíveis de praticidade do direito ao lazer à população, devido pelo Estado (art. 6º da CF/88).

Acresça-se, que o ditame em tela discorre **sobre o incentivo ao lazer como forma de promoção social**, curioso notar que não é por mero acaso que o legislador constituinte insere no art. 217, § 3º a terminologia **lazer**, leia-se também **esporte**, demonstrando-se ser este espécie da generalidade **lazer**.

Impende destacar, que o cultivo do esporte como lazer integrado às linhas assecuratórias do *caput*, incs. II, III e IV do reiterado art. 217, tem o condão de combater a violência (criminalidade) e afastar a discriminação em quaisquer gradações.⁵²⁻⁵³

Em síntese, o princípio da promoção social **tenciona elevar o esporte a uma das principais categorias de lazer**, enquadrando sistematicamente o direito ao desporto num rol de direitos sócio-fundamentais, sendo um dos vetores, canais movimentadores do desenvolvimento social.

6 ENSINO DO DIREITO DESPORTIVO/DIREITO DO DESPORTO: UMA URGÊNCIA PARA A ACADEMIA JURÍDICA CEARENSE

Ante todo o apreendido acima, acentuando que há um mercado cada vez mais ascendente no campo esportivo, sedento por especialistas, declarando ainda que o estudo do Direito Desportivo não se limita ao examinado ao longo desse

⁵² Nesse apanágio, a Constituição portuguesa foi mais explícita no combate a violência (art. 79º/2). Comentam Gomes Canotilho e Vital Moreira, Nas tarefas públicas, a Constituição destaca especialmente **a prevenção da violência no desporto** (cfr. L nº 38/98), obrigando o Estado adoptar as medidas necessárias, apropriadas e proporcionais à prevenção e punição de formas antidesportivas (violência, corrupção, dopagem, discriminação social). CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital., op. cit., 2007, p. 934. (grifos dos autores).

⁵³ No ordem jurídica espanhola, merece referência: *La Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, pretende regular en un solo texto legal todas las medidas de lucha contra tales comportamientos, partiendo de la experiencia en la lucha contra la violencia en el deporte. El modelo gira de nuevo sobre un órgano administrativo, la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, que sustituye a la Comisión Nacional para la Prevención de la Violencia en los Espectáculos Deportivos hasta ahora existente.* JORQUERA, Antónia Perelló. *La Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el deporte: organización, composición y funcionamiento.* Revista aranzadi de derecho de deporte y entrenamiento. Navarra: Thomson Aranzadi, n. 24, p. 93-106, 2008.

texto, obtendo o desporto as suas mais diversas problemáticas e sendo nítido que há um considerável clamor dos acadêmicos em pelo menos ter acesso à cognição jusdesportiva, é que pugnamos pela urgência de se implementar nas Faculdades de Direito do Ceará, uma quantidade maior de cursos, especializações e em breve a introdução da cadeira opcional de Direito Desportivo nas grades curriculares.⁵⁴

Tal urgência é pressionada pela própria sociedade, onde se verifica o exponencial surgimento de fenômenos, acontecimentos esportivos e se a academia jurídica cearense não despertar brevemente, considerar-se-á um retrocesso no ensino do Direito no Estado do Ceará.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contornos resumidos do Direito Desportivo e do Direito ao Desporto, enquanto apresentação da matéria jurídico-desportiva é um pontapé inicial referendado na Carta Fundamental, sendo extremamente precioso nesses aproximadamente vinte e um (21) anos de história da atual Constituição Federal. Em matéria estritamente jurídico-desportiva, podemos comemorar alguns avanços relativos à confirmação do direito ao esporte, todavia, admitamos que a prática demonstra um longo caminho a ser percorrido, além de ser imprescindível um maior aprofundamento na difusão e fomento da área de Direito Desportivo.

⁵⁴ Nesse contexto, é cediço que os cursos de Direito não podem continuar refratários e indiferentes à relevância do Direito Desportivo, sob pena de transformar a estrutura curricular em uma “peça jurássicamente ossificada” ou de operacionalizar um projeto pedagógico distanciado do mercado de trabalho e impermeável às mudanças.

O fato de categorizar-se o Direito Desportivo na grade curricular como matéria “obrigatória” ou “optativa”, não afeta sua importância pedagógica que decorre de exigência legal de inserção de “novos saberes” e “novos direitos” como componentes dos currículos jurídicos. Dentro dessa perspectiva, enquanto disciplina curricular, o Direito Desportivo, qualquer que seja a tipologia ou método de aula adotado, deve ser um “diálogo de aquisições recíprocas” entre professor e aluno, ou entre estes, para desenvolver o espírito lógico, o poder de persuasão, a capacidade de decisão e de reação na resposta a dar aos argumentos alheios e o respeito à opinião dos outros, possibilitando a abertura de “novos horizontes” da problemática jusdesportiva. Outrossim, ao transpor os muros das Universidades, o Direito Desportivo, como disciplina curricular, não pode olvidar as exigências múltiplas e crescentes daqueles que irão atuar na esfera jurídico-desportiva, cabendo-lhe capacitá-los a enfrentar o “dilúvio” ou “avalanche” de novas normas jurídicas com que é diariamente confrontado e prepará-los para acompanhar e interpretar as frequentes alterações infralegais e reformas legislativas no âmbito do desporto.

Assim, torna-se imperiosa e cogente a inclusão do Direito Desportivo como matéria dos currículos jurídicos, desdobrando-a, ou não, em disciplinas jurídicas. Esclareça-se que matéria não se confunde com disciplina, esta é continente e aquela conteúdo. A disciplina quando única, pode albergar toda a matéria correspondente, enquanto a matéria comporta o desdobramento em plúrimas disciplinas, quase sempre, com a mesma denominação, acrescida de algarismos romanos como símbolos distintivos. MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 17-18. (grifos nossos).

Em resumo, as alíneas mananciais foram ministradas aos alunos da Faculdade de Direito FA7 e nesse engatinhar esperamos ter contribuído o mínimo necessário para a comprovação da importância do estudo do Direito Desportivo no Estado do Ceará, subseqüentemente no Brasil.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, António Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais e o direito do desporto. In: BARBOSA, Nuno; COSTA, Ricardo. *II Congresso de direito do desporto*. Coimbra: Almedina, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 4. ed. v. I. Coimbra: Coimbra Editora.

CARRO, Miguel Cardenal; SILVERO, Emílio García *et al.* **Régimen mercantil, laboral, fiscal, contable y económico del fútbol profesional**. Barcelona: Deusto Jurídico, 2008.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. *El derecho al deporte y el derecho del deporte*. In: NAVÍA, Ricardo Frega. *Cuadernos de derecho deportivo*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

EZABELLA, Felipe Legrazie. **O direito desportivo e a imagem do atleta**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

GARDINER, Simon *et al.* **Sports Law**. 3. ed. Sydney/London: Cavendish, 2006.

LOUP, Jean. **Les sports et le droit**. Paris: Dalloz, 1930.

LYRA FILHO, João. **Introdução ao direito desportivo**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1952.

MEIRIM, José Manuel. **A federação desportiva como sujeito público do sistema desportivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. O direito do desporto em Portugal: uma realidade com história. In: BARBOSA, Nuno; COSTA, Ricardo. *I Congresso de direito do desporto*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Lei de bases do desporto anotada**. Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. **Temas de direito do desporto**. Lisboa: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Lei de bases da actividade física e do desporto: estudos, notas e comentários**. Coimbra: Coimbra, 2007.

- MELO FILHO, Álvaro. **Direito desportivo**. Fortaleza: IOCE, 1983.
- _____. **Desporto na nova constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- _____. **O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. **Novo ordenamento jurídico-desportivo**. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000.
- _____. et al. **Direito desportivo**. Campinas-SP: Mizuno, 2000.
- _____. **Direito desportivo no limiar do século XXI**. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000.
- _____. **O novo direito desportivo**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- _____. Autonomia de organização e funcionamento das entidades de prática desportiva e de direção do desporto brasileiro. In: AIDAR, Carlos Miguel. *Curso de direito desportivo*. São Paulo: Ícone, 2003.
- _____. **Direito desportivo: novos rumos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. **Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- MESTRE, Alexandre Miguel. **O desporto na constituição europeia: o fim do “dilema de hamlet”**. Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. **Direito e jogos olímpicos**. Coimbra: Almedina, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PESSANHA, Alexandra. **As federações desportivas: contributo para o estudo do ordenamento jurídico desportivo**. Lisboa: Coimbra, 2001.
- REI, Maria Raquel et al. **Estudos de direito desportivo**. Coimbra: Almedina, 2002.
- RIBEIRO, Carla. Desporto para todos – crise de identidade e desenvolvimento. In: BENTO, Jorge Olímpio; COSTANTINO, José Manuel. *Em defesa do desporto: mutações e valores em conflito*. Coimbra: Almedina, 2007.

Periódicos

- CASTRO, Luiz Roberto Martins. A natureza jurídica do direito desportivo. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. São Paulo: Editora OAB/SP, n. 1, p. 11-17, jan/jun, 2002.
- JORQUERA, Antónia Perelló. *La Comisión Estatal contra la Violência, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerância en el deporte: organización, composición y funcionamiento*. *Revista aranzadi de derecho de deporte y entrenamiento*. Navarra: Thomson Aranzadi, n. 24, p. 93-106, 2008.
- MELO FILHO, Álvaro. Direito desportivo brasileiro: retrospectiva e perspectiva. *Desporto & Direito: revista jurídica do desporto*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 8, p. 261-276, jan/abr, 2006.

_____. Da constitucionalização do desporto no Brasil. *Revista aranzadi de derecho de deporte y entrenamiento*. Navarra: Thomson Aranzadi, n. 24, p. 263-271, 2008.

PERRY, Valed. O Direito Desportivo. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. São Paulo: Editora OAB/SP, n. 1, p. 18-26, jan/jun, 2002.

RAMOS, Rafael Teixeira. Justiça desportiva brasileira: natureza e algumas críticas estruturais. *Revista aranzadi de derecho de deporte y entrenamiento*. Navarra: Thomson Aranzadi, n. 20, p. 151-173, 2007.

_____. Justiça desportiva brasileira: natureza, relação com o poder judiciário e os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. São Paulo: IOB, n. 13, p. 27-48, jan/jun, 2008.

_____. A relação da justiça desportiva com o poder judiciário e alguns métodos extrajudiciais de resolução de conflitos no Brasil. *Desporto & Direito: revista jurídica do desporto*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 15, p. 467-487, mai/ago, 2008.

_____; MAGALHÃES, Larissa Navarro Benevides de. Autonomia e independência da justiça desportiva brasileira. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. São Paulo: IOB, n. 14, p. 68-75, jul/dez, 2008.

Sítio da Internet

PERRY, Valed. Comentários à legislação desportiva brasileira. Disponível em: <<http://www.estantevirtual.com.br/buscaporautortitulo/>>. Acesso em: 29 abr. 2009.

SPORTS LAW AND THE SPORTS RIGHT IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION

Abstract: The present paper has the goal to introduce Sports Law to academics of Ceará, explaining the importance of sports to our contemporary society, describing many values of sports according to our constitutional prevision and protection.

Keywords: Sports Law. Federal Constitution. Brazil.

ALGUNAS PRECISIONES EN PUNTO AL HISTÓRICO DISTANCIAMIENTO ENTRE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y LA CIUDADANÍA: LA POSITIVA EXPERIENCIA ANGLOSAJONA

Luis Rodríguez Ennes

Professor catedrático de Direito Romano na Universidade
de Vigo (Espanha)
ennes@uvigo.es

Los barones ingleses reunidos en Merton en 1236 proclamaron una voce: “*nolumus Angliae leges Mutare, quae hueusque usitatae sunt et aprobate*”. En realidad, este estamento nobiliario no pudo medir el verdadero alcance de su declaración. Es posible que la animadversión contra el emperador, contra el Imperio y contra el Derecho romano hayan jugado en ello su papel¹. Este voto de confianza en las viejas leyes de Inglaterra fue pronunciado para rechazar en la Isla el sistema de legitimación de los hijos naturales tomado del derecho romano-canónico². Y no sólo en este aspecto de las leyes de familia, sino en los demás campos del Derecho, Inglaterra mantuvo su posición insular, separándose así del Continente por otra frontera más. Este canal de la Mancha de la ciencia jurídica hizo posible la continuidad evolutiva de la Edad Media a la Edad Moderna en el Derecho inglés, que no quedó interrumpido bruscamente –como en Europa continental- por la adopción del Derecho romano, según afirma Vinogradoff³.

¹ SHERMAN, C.H., “Salient features of the reception of Roman Law into the Common Law of England and America”, en *Boston University Law Review*, 183, 1928, p. 189.

² MAITLAND, F. W., *The Constitutions History of England*, Cambridge, 1963, p. 53, donde añade: “Both became suspiciously regarded -owing doubtless to the arrogance of the clergy- as but mere instruments to enslave the English people to popes and emperors: hence the efforts made to curtail the authoritative influence in England of the roman Laws”.

³ VINOGRADOFF, P., *Outlines of Historical Jurisprudence*, I, Oxford, 1920, p. 30.

La cultura jurídica occidental aparece dividida –como es sabido- en dos grandes esferas: los países herederos del Derecho romano y de las codificaciones realizadas a semejanza del Corpus Iuris y los países del Derecho casuístico fundamental. En los primeros, el promotor del Derecho es el legislador; mientras que en los segundos, el papel de protagonista corre a cargo de la magistratura; en unos se determina el Derecho descendiendo del principio jurídico al caso particular; en otros se asciende, por el contrario, desde el caso particular el principio jurídico general. Los países de progenie romanística instituyen el Derecho sobre la base de la ley y del espíritu de la ley; las naciones de tradición anglosajona encuentran su fundamento en la vida jurídica y en la naturaleza de cada asunto⁴.

Sin embargo, no es tanta la separación entre estas dos esferas del Derecho para que se abra un abismo entre ellas. Aunque el canal –llamado inglés por los británicos- separa la Isla del resto de Europa, sirve también de gran vía de comunicación. La nave del Derecho romano la surca incesantemente y desde hace siglos impide que se cree una fractura incurable entre estas dos magnas culturas jurídicas⁵.

Aún creyendo la existencia de un cierto espíritu común en las dos esferas del Derecho –continental europea y anglosajona- hay dos claros rasgos del sistema jurídico inglés que, al diferir de otros ordenamientos, le imprimieron su carácter distintivo. Puede afirmarse con C.K. Allen⁶ que las principales notas diferenciales del Derecho inglés son:

- 1º. - Su continuidad histórica, a la que ya se ha hecho referencia. En realidad no hay ninguna ruptura importante en el desarrollo del sistema jurídico inglés desde la conquista Normanda hasta nuestros días.
- 2º. - La importancia de la centralización, pues –desde el siglo XII- los principales tribunales ingleses han tenido su sede en Londres; y los jueces que desde aquella época recorren el país para rendir justicia, eran y siguen siendo jueces del Tribunal del Rey en Londres.
- 3º. - La posición de la magistratura, que tiene un grado extraordinario de prestigio y autoridad, no sólo por el número no muy elevado de jueces, sino también por la facultad del juez de crear el Derecho. El clásico Judge made law tiene una enorme transcendencia en el desarrollo de la ciencia jurídica inglesa.

⁴ ESCUDERO, J.A., “La Historiografía General del Derecho inglés”, en Anuario de Historia del Derecho Español, 35, 1965, p. 217 ss.

⁵ RODRÍGUEZ ENNES, L., “La recepción del Derecho romano en Inglaterra”, en Actas del I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Granada, 1995, pp. 203 ss.

⁶ ALLEN, C.K., Law in the Making, 7ª ed., Oxford, 1963, p. LXIV.

- 4º. - El elemento laico en el sistema jurídico inglés. A través del jurado, institución de trascendente importancia en Inglaterra, el elemento no profesional desempeña un decisivo papel en el proceso judicial, incidiendo de un modo patente en el lenguaje oral y gestual de todos y cada uno de los intervinientes en el litigio.

Quizá podría decirse que la característica fundamental de las señaladas por C. K. Allen es la primera, pues en realidad muchos de los rasgos del sistema jurídico inglés, e incluso del espíritu nacional, tienen su fundamento en el hecho de que en Inglaterra –a diferencia de los países del Continente europeo- la Edad Media no se separó de la moderna por un profundo corte sino que, por el contrario, se prolonga todavía en el presente. Esta permanencia de la tradición, fácil de apreciar en la vida inglesa actual, ha arraigado con fuerza en la organización judicial. Efectivamente, en aquellos países adscritos al sistema denominado “romano-germánico”, que no cabe circunscribir desde un punto de vista geográfico al Continente europeo, sino que debe extenderse a todas sus antiguas colonias que, tras la emancipación, siguen formando parte de la misma familia jurídica que sus respectivas metrópolis⁷, se observa la existencia de una judicatura incardinada plenamente en la estructura burocrática del Estado, una marginación del elemento laico en la administración de justicia y un Derecho cuya fuente normativa es básicamente la Ley. Lógico colorario de todo ello lo constituye la omnipresencia de un Derecho adjetivo escasamente flexible y, por ende, inspirador de un procedimiento lento, farragoso y redactado en un lenguaje esotérico, ininteligible para el común de los ciudadanos. Por el contrario, en los países del Common Law la judicatura goza de una independencia plena del poder político y el hecho de que, en punto a su consideración social, ocupe la cima de los honores⁸, no obsta en modo alguno para

⁷ Acerca de la progenie hispánica de los códigos de nuestras antiguas colonias americanas, vid.: RODRÍGUEZ ENNES, L., “García Goyena y la codificación iberoamericana”, en Anuario de Historia del Derecho Español, 76, 2006, pp. 705 ss.

⁸ En el Reino Unido, los miembros de la alta judicatura, esto es los jueces de la Cámara de los lores, los de la Corte de Apelación y los de la High Court, gozan de un elevadísimo nivel económico-social, en correspondencia con lo que acaece en los países del Common Law; con todo, hay que precisar que los jueces norteamericanos verdaderamente asimilables a sus colegas ingleses son los federales. A mayor abundamiento, las ventajas de los jueces ingleses no se manifiestan tan sólo en el salario, sino en las condiciones de trabajo y en el brillo social que acompaña al cargo. Como con oportunidad destaca uno de nuestros más conspicuos analistas del sistema jurídico anglosajón: “Los jueces de la High Court y de la Court of Appeal adquieren automáticamente con el empleo la condición de Knights “caballeros del reino”, que es el grado menor de la nobleza, de carácter vitalicio para el juez y su cónyuge –no transmisible hereditariamente- con dignidad de Sir delante del nombre y tratamiento de mylord. Los jueces de la “Cámara de los Lores “ tienen completa consideración de pares del reino utilizando la distinción de Lord delante del apellido, con derecho a escudo heráldico, asiento vitalicio en la Cámara, sucesión en el título, etc. Los demás jueces –incluidos los de paz- tienen el tratamiento de your honour. Cfr. AULET BARROS, J. L., Jueces, Política y Justicia en Inglaterra y España, Barcelona, 1998, pp. 438-439.

que coexista con una masiva participación popular en la administración de justicia y, en consecuencia, se constata un mayor acercamiento al ciudadano en general, tanto por lo que atañe al seguimiento de los trámites procesales como al empleo por parte de los juristas de un lenguaje llano, inteligible, sin merma en modo alguno de la exquisita cortesía que rodea todas las actuaciones procedimentales. Así las cosas, nos proponemos partir de las referencias históricas a la multisecular separación del Antiguo Régimen entre jueces y justiciables, para centrarnos en un análisis de la situación actual – que en poco ha mejorado la anterior – efectuando una comparación con la de los países que siguen el sistema del Common Law de cuya praxis judicial es factible extraer provechosas enseñanzas para un auténtico *aggiornamento* de nuestro Derecho adjetivo.

II

La monarquía juega al desarraigo de los jueces, pues como oficiales reales interesa al Rey su fidelidad a las leyes y a la autoridad de aquél, tratando de que queden incontaminados de las influencias localistas⁹. Se entiende que el ser vecinos del lugar, con anterioridad a su designación, donde van a cumplir su oficio, supone el pertenecer a círculos influyentes de la localidad, con intereses creados que debilitarían su imparcialidad como jueces. Para los gobernantes y tratadistas de la época constituía una necesidad política y un imperativo ético. Como señala Molas Ribalta: “La desvinculación entre el funcionario y la sociedad que administraba era piedra angular en todo estado absoluto”¹⁰ y apunta en otro lugar del mismo trabajo¹¹: “las ideas del monarca apuntaban hacia un ideal de funcionario desarraigado de la sociedad concreta que debía administrar para asegurar la imparcialidad de la justicia”. El criterio de requerirse el no ser natural o vecino del lugar, se acabó imponiendo cuando la soberanía real cristalizó, aunque en mayor o menor medida y con excepciones¹².

⁹ Amplia bibliografía en ROLDÁN VERDEJO R., *Los jueces de la monarquía absoluta*, La Laguna, 1989, pp. 68 ss.

¹⁰ MOLAS RIBALTA, P., *Consejos y Audiencias durante el reinado de Felipe II*, Valladolid, 1984 pp. 107 ss.

¹¹ *Ibid.*, p. 86. En esta misma línea, GARCÍA MARTÍN, A., *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Sevilla, 1976 pp. 300-301 indica que cuando se trate de oficios del rey que se envíen a ciudades y villas para representarle, no se den a los vecinos y moradores de éstos. La explicación viene de su propio peso, teniendo por un lado el riesgo de parcialidad en el desempeño de su función en que el ministro puede incurrir frente a sus convecinos. Por otra parte, los autores resaltan la dificultad con que el morador de una ciudad o villa podrá ejercer su autoridad entre gentes de su misma patria y en muchos casos vinculados a él por lazos de diversa índole. Esta última consideración parece quedar simbolizada en la frase de Mastrillo de que *cives non debent a civibus dominari*.

¹² ROLDÁN VERDEJO, R., *Los jueces de la monarquía absoluta*, cit., p. 69.

Para asegurar esa necesaria desvinculación, el magistrado, incluso foráneo, era removido al cabo de unos años de ejercicio. Los oidores y alcaldes mayores componen un personal itinerante que realiza su carrera administrativa pasando de una a otra Audiencia¹³. Este desarraigo, exigido por imperativo legal, se manifestaba de un modo especialmente preocupante en el caso de Galicia, cuya Audiencia¹³ era de las menos apetecidas y más evitadas. Alejada del polo de atracción madrileño, estaba sometida a una lejanía muy gravosa en aquellos tiempos por lo dificultoso del traslado y expuesta a los peligros de los ataques navales. Por eso poseía un Presidente militar, lo que también era motivo para no desear una plaza en ella. Contrasta abiertamente tal situación con la gran estima en que se tiene a la Audiencia de Sevilla, ubicada en una ciudad más rica, viva y alegre que A Coruña de aquellos tiempos.

A ello debemos añadir que entre los antecedentes valorados como méritos para el desempeño de cargos judiciales durante el siglo XVIII, figuraba con carácter preferente el haber sido alumno de un Colegio Mayor de las Universidades de Salamanca, Valladolid o Alcalá de Henares, reputadas como las más prestigiosas en el ámbito jurídico. Estos colegiales foráneos ocupaban luego las cátedras universitarias, los cargos judiciales y la burocracia de los Consejos¹⁴ y lo demuestra la rapidez con que avanzaban en estos ámbitos, tras la obtención de la cátedra, que les confería preferencia a la hora de ocupar vacantes en las Audiencias. Tal desarraigo, no se manifiesta sólo en la procedencia geográfica de los magistrados y en su formación académica lejos de Galicia, sino incluso en su manera de aplicar el Derecho¹⁵. Y es que los colegiales consideraban por tradición que sólo en el Derecho romano estaba la sabiduría, razón por la cual Sarmiento, con su causticidad habitual, condena abiertamente la fundación del Colegio de Bolonia porque salen juristas que vuelven a España “no a ser maestros, sino a gozar de pingües beneficios”¹⁶ y añade: “¿no ay en España derecho divino, natural y

¹³ MOLAS RIBALTA, P., *Consejos y Audiencias*, cit, p. 107. En la misma línea cfr. EIRAS ROEL, A., *Sobre los orígenes de la Audiencia de Galicia y sobre su función de gobierno en la época de la monarquía absoluta*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54, 1984, p. 362.

¹⁴ PESSET REIG, M., “Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45, 1975, p. 312.

¹⁵ Acerca de este peculiar *modus operandi*, vid.: RODRÍGUEZ ENNES L., “La ruptura del monopolio de la enseñanza del Derecho romano en las universidades españolas del siglo XVIII”, en *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 43, Bruselas, 1996, pp. 345 ss. Traemos a colación por lo mucho que tiene de ilustrativo el testimonio de LANZ DE CASAFONDA, M.,: “Lo peor -escribe- es que para sentenciar los pleitos recurren antes al Digesto que a las Leyes de Fuero Juzgo, Partidas, Estilo, Ordenamiento y Recopilación, no teniendo los más Ministros colegiales todas estas colecciones, y muchas de ellos ni aún noticia, ni se cuidan de ello, mirándolas siempre con horror por haber sido su estudio en los colegios sobre las ápices y sutilezas del derecho civil, con que toda su vida viven preocupados”. (Cfr. *Diálogos de Chindulza*, ed. Aguilar Piñal, Oviedo, 1972, p. 126).

¹⁶ Cfr. SARMIENTO, Fr. M., *Obra de Seiscientos Sesenta pliegos*, v. 5, fol. 242 r., Colección Dávila, B. N. Ms. 20. 392.

patrio? Cómo, pues, podrán faltar jurisperitos?”¹⁷, concluyendo en otro lugar: “Los comentadores españoles de leyes extrañas pudieron haberlo excusado y se debían emplear en comentar nuestras leyes patrias, utilizando los materiales que ay en los Concilios, en las leyes antiguas y en los Fueros Municipales¹⁸.”

Por las razones expuestas, el lógico corolario de todo ello es que salte a la vista la escasa participación de naturales de Galicia en el elenco de magistrados que ha llegado hasta nosotros, merced a la paciente labor investigadora de Fernández Vega¹⁹. La tendencia, tanto para la Chancillería como para las Audiencias fue teóricamente, al menos, evitar “naturales”. La Provisión de 6 de enero de 1588, dada para la Cámara de Castilla, decía que se excusara buenamente “quanto se pudiere que para la Chancillería de Valladolid no se me propongan los naturales de aquel distrito, ni para la de Granada el suyo, sino por el contrario; y lo mismo se guardará en lo que toca a las Audiencias de Galicia y Sevilla, y a los corregidores y otros oficios de justicia”²⁰. Claro que la orden no era taxativa y reconociendo las dificultades que podía ofrecer su rígida aplicación, hablaba sólo de “quanto se pudiere” y, efectivamente, no impidió que en los tribunales colegiados hubiesen jueces naturales del lugar. Pero esto no quiere decir que la regla de Felipe II se olvidase. La consulta de la Cámara de 6 de febrero de 1617, a propósito del nombramiento para la Audiencia de Galicia del gallego Arias Noguero, señaló el problema y Arias no fue nombrado; con todo, el 12 de julio de 1563 fue también propuesto y designado el también gallego Suaces²¹. En las listas de magistrados destinados en Galicia se columbran muy pocos apellidos gallegos²². Con todo, en el siglo XVIII, la preferencia que se da, por encima de otras razones, a la capacidad técnica de los aspirantes fue haciendo caer en el olvido el impedimento de la vecindad²³.

¹⁷ Ibid., fol. 256 r. En fol. 247 r. Afirma: “Así, dirán los émulos de España, que a lo menos lograron el que los españoles hayan abandonado sus leyes patrias; para que entre ellos reine la confusión, el chisme y la discordia, con tantas leyes hermafroditas y extrañas. La que no avía, cuando sólo se juzgaba, por las solas leyes españolas, por más de mil años, asta que vino la peste de comentadores. Dirán que estos ilustran nuestras leyes patrias, con las preciosidades de Bártolo y de Baldo ¿U porqué no se ilustran nuestras leyes con otras leyes nuestras? ¿con hechos históricos nuestros? ¿Con erudición española? ¿Con señalar el origen, motivo y causa que ocasionó nuestra ley? ¿Y con una metódica análisis de toda ella? Más tiene que comentar una ley nuestra que una ley romana o imperial. Sobre estas leyes extrañas, ay millones de volúmenes corpulentísimos. Y la mayor chusma es de autores alemanes y los más clásicos son herejotazos, porque las miran como leyes propias”.

¹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ VEGA, L., La Real Audiencia de Galicia órgano de gobierno en el Antiguo Régimen, III, A Coruña, 1982, pp. 419-443.

¹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ VEGA, L., La Real Audiencia de Galicia órgano de gobierno en el Antiguo Régimen, III, A Coruña, 1982, pp. 419-443..

²⁰ Nov. Recop. 4,4,1.

²¹ FERNÁNDEZ VEGA, L., La Real Audiencia, cit., I, p. 221.

²² Vid. La nt. 19.

²³ Acerca de la flexibilización en el siglo XVIII del principio de que los magistrados no sean naturales del mismo reino, cfr.: ARVIZU, F., “El fiscal de la Audiencia indiana y su homónimo castellano”, en Actas

En punto a la presencia de magistrados oriundos de Galicia en las Chancillerías y Audiencias de la monarquía durante el Siglo de las Luces, Eiras Roel, cotejando los datos relativos a la Audiencia de Aragón y a la Chancillería de Valladolid -únicos disponibles- encuentra numerosos nombres gallegos²⁴. Para el ilustre profesor compostelano, los juristas gallegos seguían la carrera de la magistratura hasta sus cimas más altas, pero su proporción es inferior a la que debía corresponderles. Una decena de unos trescientos Consejeros de Castilla (el tres por ciento) equivaliendo la población de Galicia al dieciocho por ciento de la de Castilla y al doce por ciento de la de España. La mayoría de los magistrados han iniciado su carrera en algunos de los Colegios de Salamanca, Valladolid o Alcalá. Al romperse el monopolio de los seis grandes Colegios Mayores tradicionales, la situación mejora; pero en conjunto, el papel de la toga gallega es marginal y secundario dentro de los cuadros más elevados de la monarquía absoluta, a diferencia de lo que ocurrirá en la monarquía liberal del siglo XIX.

Otro de los factores de desarraigo de la magistratura en Galicia lo constituye, sin duda, el marcado carácter de Audiencia de entrada y, por tanto, de paso que, desde sus orígenes, reviste la de A Coruña. Los ya mentados inconvenientes derivados de la peligrosa ubicación de la ciudad, continuamente expuesta a las destrucciones y los expolios de los ataques navales, motivan que las vacantes sean cubiertas por jueces de nuevo ingreso que no han pasado previamente por otras Audiencias. Incluso no son infrecuentes las excusas de los nombrados para no aceptar el cargo en espera de mejor destino. En casi dos siglos -XVII y XVIII- de unos doscientos veinticinco nombrados para Galicia, sólo unos diecisiete proceden de otras Audiencias²⁵. Incluso son varios los nombrados alcaldes mayores que no se hallan muy conformes con el destino, por entenderlo incluso como un demérito. Como dice Fernández Vega: “se dan casos en que los designados renuncian a ocupar sus puestos, suplican que no se les envíe a el y no es infrecuente que los nombramientos queden sin efecto y haya que sustituirlos por sujetos más

del VI Simposium del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Valladolid; BERMÚDEZ, A., “Las funciones del Presidente de la Audiencia en Indias”, en Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano (México, 1976) pp. 85-96; GARCÍA GALLO, A., “Las Audiencias de Indias” cit. p. 361 ss.; KAGAN, R., “Pleitos y poder real. La Chancillería de Valladolid, 1500-1700”, en Cuadernos de Investigación Histórica, 2ª ed., 1978, pp. 291-316., 1978, pp. 291-316; LALINDE, E., “La jurisdicción real inferior en Cataluña, Barcelona, 1966; MOLAS RIBALTA, P., “Las Audiencias borbónicas en la Corona de Aragón”, en Historia social de la Administración española. Estudios sobre los siglos XVII y XVIII (Barcelona, 1980) p. 117-164; PÉREZ SAMPER, M. A., “La formación de la nueva Real Audiencia de Cataluña (1715-1718), en *ibid.* pp. 183-246; PESET, M., “La creación de la Chancillería de Valencia y su reducción a Audiencia en los años de la Nueva Planta, en Estudios de Historia de Valencia (Valencia, 1978) pp. 309-334; TUERO BERTRAND, F., La creación de la Real Audiencia en la Asturias de su tiempo (siglos XVII y XVIII) Oviedo, 1979.

²⁵ EIRAS ROEL, A., “Prólogo” a Baudilio Barreiro, La jurisdicción de Xallas en el siglo XVIII, población, sociedad y economía, Santiago de Compostela, 1977, pp. 11-14.

conformistas o menos influyentes”, y continúa esta autora, al hablar de los casos excepcionales de traslado desde otra Audiencia más prestigiosa: “casi todos los destinos de Sevilla a Galicia traen un sello de castigo”²⁶.

El deseo del legislador de que el juez estuviese por encima de toda sospecha de parcialidad en el desempeño del oficio llevó a aquel a invadir esferas más íntimas de su vida privada y de relación social. Se pensaba, en primer lugar, que todo arraigo en la localidad era un elemento de peligro para la integridad del juez, por los intereses creados en torno a él que podían desarrollarse. Y de ahí la prevención contra el nombramiento de “naturales”, que en su momento analizamos. Pero también había prevención contra los casamientos con mujeres del lugar de destino e, incluso, con los matrimonios que pudieran celebrar los hijos del magistrado con personas de la localidad de desempeño de sus funciones²⁷. Con todo, cumple constatar que tal prohibición no existía en Galicia²⁸, al contrario de lo que acaecía en otras Audiencias de lugares pequeños o aislados cuyas Ordenanzas les vetaban el casamiento en el lugar²⁹. Pero la vigilancia en torno a la vida social de los magistrados iba más allá de la mera fiscalización de los lazos matrimoniales. Las leyes fomentaban un “apartheid” social, prohibiéndoles mezclarse con la población en fiestas y diversiones, o incluso imponiendo una rigurosa abstención de visitas a personajes de la ciudad que por su cargo político o por su potencia económica pudieran, de tener litigio en la Audiencia, poner en cuestión la imparcialidad de su labor judicial. Se llegaba a los extremos de prohibir a los jueces la asistencia a espectáculos teatrales, quizás por pensar que la falta de sobriedad que concurría en ellos pudiera hacer parecer frívola la figura del magistrado, rebajando su prestancia profesional³⁰. Con todo, debían ser

²⁵ Datos tomados de FERNÁNDEZ VEGA, La Real Audiencia, cit., I, pp. 213 ss.

²⁶ Ibidem, donde cita varios casos puntuales.

²⁷ ROLDÁN VERDEJO, R., Los jueces de la monarquía absoluta, cit., p. 323.

²⁸ FERNÁNDEZ VEGA, L., La Real Audiencia, cit., I, p. 226.

²⁹ Tal ocurría en Canarias (Ordenanzas de Peralta, 2,3,31) y, en general, en las Audiencias americanas, al estimarse muy necesario “que estén libres de parientes y deudos en aquellas partes, para que sin afición hagan y exerzan lo que es a su cargo” (Leyes de Indias, 2,16,82).

³⁰ CASTILLO DE BOVADILLA, J., admite que el Corregidor y sus auxiliares puedan, sobre todo en los pueblos donde no hay bandos y parcialidades, tener amistad entre el vecindario, pero recela y restringe el trato frecuente con sus súbditos. Según este autor “para evitar las imparciales, querría que nuestro Corregidor evitase la mucha familiaridad y conversación con los súbditos”. Con suma prudencia CASTILLO aconseja al Corregidor que “no comidase a comer a nadie de los de su gobernación, ni fuese dellos comidado, pues mayor familiaridad se contrae de comer en una mesa que en sola la conversación”. Y es también del parecer de que el Corregidor “no visitase ninguno de sus súbditos... sino fuese algún titulado o persona con quien se deba cumplir... y esto muy raras veces”. Admite, sin embargo, aunque siempre con cautela, la asistencia a ciertos festejos usuales, como “quando se junta el común” o en la comida “que suelen dar los Procuradores de Cortes quando son elegidos o los Regidores quando son admitidos”, así como la asistencia a entierros de personas de calidad, cuando se le pide [Cfr. Política para Corregidores y señores de vasallos II, Amberes, 1750 pp. 204-205]. CASTILLO mantiene, en suma, una postura que poco se diferencia de la rigidez normativa.

aficionados a las comedias los Alcaldes Mayores de Galicia, pues en las resultas de la visita de Muñoz se les reprende por haber ido, y en forma de Acuerdo, a las representaciones en el Convento de Santo Domingo³¹.

También se prohibía la asistencia a bodas, bautizos y otras fiestas puramente familiares³². En este orden de cosas, las Ordenanzas de la Real Audiencia del Reyno de Galicia establecían que “Los Alcaldes Mayores... no han de visitar a ningunas personas particulares ni asistir a entierros, bodas y bautismos”³³. A la vista de tamaño apartamiento social, no debe extrañarnos que en las Memorias del Arzobispado de Santiago, redactadas por el canónigo visitador Jerónimo del Hoyo se contenga una opinión muy dura sobre la gente de la Audiencia: “Tratan las cosas desde reyno con demasiada soberanía e ymperio y así se azen temer y adorar no sólo de la gente pebleya, sino de la nobleza, que con ser tan grande la deste reyno, la estiman en poco; y junto de la gente desta Audiencia con la que ay de guerra y los pleiteantes que van y vienen, y los oficiales y ministros, causa miedo a los habitantes más que si ubiera diez mil soldados en la ciudad”³⁴.

Otro factor a tener en cuenta lo constituye la hiperinflación de las obras de los comentaristas del *ius commune* que, con su lenguaje farragoso y esotérico acrecentaron el divorcio entre la Universidad, la praxis forense y, lo que es peor, la sociedad³⁵. Ello explica que el siglo XVIII no cese de acumular escritos y peticiones de reforma, de muy diversa entidad y alcance, que no logran penetrar de todo en los densos muros universitarios. Se darán algunos pasos, siempre insuficientes para acercar la Universidad al conjunto de preocupaciones, saberes y demandas académicas de la ciudadanía. Estas mentes claras iluminadas por las “luces de la razón”, no se limitaron a criticar lo caduco, sino que pretendieron reformar el sistema jurídico por el que se regía la sociedad. Como ha apuntado Tomás y Valiente, lo que intentaban conseguir era una sociedad estamental racionalizada

³¹ Ordenanzas de la Real Audiencia del Reyno de Galicia, en lo sucesivo ORA, La Coruña, 1679, fol. 318.

³² Los visitantes achacan a los magistrados de la Real Chancillería de Valladolid diversidad de distracciones que se consideran impropias; asistir en las plazas a cañas y toros; ir las mujeres a las ventanas en la fiesta del Corpus e incluso “merendando en sus ventanas con la anfitriona”. Y, en general, la asidua visita a los vecinos de la ciudad “y muchas veces a personas de oficios o de calidad, o condición, de que se ha causado notable escándalo”. (Cfr. Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid, fol. 243 r.). La constante conculcación de lo ordenado demuestra que estas prohibiciones de relaciones sociales –que hoy nos parecen ingenuas- no tuvo demasiado éxito.

³³ ORA, 1,1,31.

³⁴ HOYO, J., Memorias del Arzobispado de Santiago, ed. Rodríguez González y Varela Jácome, Santiago s.f., p. XIV. Para SAAVEDRA, P., “el comentario del canónigo de la Iglesia de Santiago encierra un cierto reproche, originado quizás por los enfrentamientos entre los oidores y el obispo compostelano” [Cfr. “Administración y sociedad en la Galicia del Antiguo Régimen”, en Historia da Administración Pública, en lo sucesivo HAP. Santiago, 1993, p. 140).

³⁵ Acerca de las exageraciones de una enseñanza excesivamente teórica, vid.: RODRÍGUEZ ENNES, L., “Estilo de la Real Audiencia de Galicia”, en Anuario de Historia del Derecho Español, 69, 1999, pp. 485-496.

y progresiva y un Derecho adecuado a la misma, para lo cual pensaban que éste debía ser racional, uniforme y emanado de la autoridad soberana, del rey absoluto³⁶. No es extraño, por tanto, que la doctrina, basada en el *ius commune* que había constituido desde el siglo XIII el fundamento común del quehacer de los juristas y la tradición culta de la que éstos se nutrían, fuese combatida desde distintos ángulos de vista en el “Siglo de las Luces”³⁷.

En la Ciencia del Derecho, el siglo XVIII consagra el triunfo de la doctrina del Derecho natural. Visto el papel que esta doctrina ha jugado en la Europa de las Luces, en lo que concierne a la formación de una nueva actitud con respecto al Derecho romano y sus prolongaciones en el pensamiento y en la práctica judicial, parece útil consagrarle algunas notas. Que el Derecho romano fue combatido con rigor creciente a medida que el racionalismo crítico de la ilustración se difundió entre nosotros, está fuera de toda duda. Los juristas ilustrados tomaron aversión a unas leyes que comienzan a ser calificadas como “bárbaras” y a ser desdeñadas desde las elevadas alturas de un racionalismo seguro de su propia capacidad innovadora. Esta corriente antirromanista enlazaba con la idea del derecho popular –propia del *iusnaturalismo*- al exigir a las leyes una claridad y sencillez tales, que pudieran ser comprendidas por todos, sin necesidad de la intervención de los juristas³⁸.

Podría multiplicar los textos de autores dieciochescos que destilan críticas acerbas al tremendo amasijo de comentarios, escritos de propósito en un lenguaje ríspido, que obnubilan la verdadera solución de las cuestiones prácticas abriendo, por ende, un abismo insondable entre los juristas y el común de los ciudadanos³⁹. Las críticas al Derecho romano se entrecruzan con otras

³⁶ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, 2º ed., Madrid, 1980, p. 383.

³⁷ WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1º ed., I, Göttingen, 1952, pp. 313 ss.=*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. esp. Fernández Jardón, Madrid, 1957, pp. 197 ss.; THOMANN, J., “Influence del philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l’Encyclopédie et la pensée politique et juridique du XVIIIe siècle français”, en *Archives de Philosophie du droit*, 13, 1968, pp. 234 ss., con la literatura citada en la p. 235; COING, H., “Die juristische Fakultäten der Aufklärungszeit. Geschichte einer Studienreform”, en *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1970, pp. 34 ss.; ID., “L’insegnamento Della giurisprudenza nell’epoca dell’Illuminismo”, en *L’Educazione giuridica. Il profili storici*, Perugia, 1979, pp. 104 ss.

³⁸ FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón*, Roma-Madrid, 1970, p. 18.

³⁹ Baste, a título de ejemplo, con traer a colación dos sendas opiniones muy esclarecedoras al respecto: Así Mora y Jaraba, aún cuando ataque al Derecho romano, sabe que no hay posibilidad de prescindir de sus libros: “Lo mismo debe entenderse de los papeles en Derecho y de los informes que se hacen en los Tribunales, donde se citan las leyes romanas con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio. Cuyo abuso pudieran los jueves reformarlo fácilmente obligando a los abogados a que diesen juntamente la razón de los textos que citan; que yo aseguro que no se citarán tantos en los informes y papeles, no siendo dado a todos penetrar la razón de las Leyes Civiles, aquellas digo que están bien fundadas” (Cfr. MORA Y JARABA, P., *Tratado crítico. Los errores del Derecho y abusos de la Jurisprudencia*, Madrid, 1748, p. 221). En 1765 sale la primera edición de Juan Francisco de Castro, *Discursos criticos sobre las leyes y sus intérpretes*, donde el A. condena sin ambages al exceso en el Derecho romano como uno de

relativas a la “imperfección” del sistema romanístico -sobre todo en su aspecto justiniano- calificado de demasiado oscuro, lagunoso, en muchos aspectos contradictorio, cuando no indescifrable o ambiguo, frente a la imagen clara, racional, perfecta, completa de un ordenamiento jurídico fundado sobre principios jurídicos elaborados por juristas, humanistas, racionalistas, iusnaturalistas. Ya Montesquieu, en su *Esprit des lois* formuló esta exigencia⁴⁰, reiterada entre nosotros por su riguroso contemporáneo Sarmiento⁴¹. El pensamiento de estos autores –que podemos considerar arquetípico de la época- revela una profunda desconfianza hacia el juez formado en la sutilezas romanísticas y un evidente deseo de prescindir de él⁴². Era necesario crear un nuevo sistema jurídico perfecto. Este sistema ideal, debería suprimir toda antinomia y toda controversia mientras que, por el contrario, el Derecho romano y sobre todo las fuentes justinianas y el *usus modernus pandectarum*, dejaban el campo libre a las opiniones contradictorias y a las concepciones divergentes.

Otro factor contrario a la doctrina del viejo *ius commune* era intrínseco a la misma y consistía en su propia rutina. Falta de renovación, la doctrina romanista permanecía lastrada por su rancio e irreversible envejecimiento. No es de extrañar, en consecuencia, que a mediados de siglo se posea conciencia clara de que los tesoros de la interpretación jurídica se habían tornado en gruesa capa para los juristas. Los libros de los intérpretes son áridos, dificultosos de leer; las glosas o los tratados sobre una materia –en la que se entrelazan otras muchas- las decisiones

los enemigos capitales de la práctica forense: “Entre la inmensidad de leyes civiles y canónicas, entre el inexplicable número e inagotable fluxión de buenos y malos libros nacionales o extranjeros, opiniones del mismo dictado y patria, escritas y no escritas costumbres, sumergida toda humana capacidad, le han detestar una profesión en que nda hay apenas cierto y seguro, y en que el que más alcanza sólo llega, después de encontrarse en los últimos períodos de su vida, destruida su salud con tantas y tan penosas tareas, a poder más que otros por propia experiencia certificar esta verdad y asegurar lo inextricable de este laberinto” (Cfr. DE CASTRO, J. F., Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, I, Madrid, 1829, pp. III ss. Cito por esta segunda edición).

⁴⁰ “Les lois ne doivent point être subtiles: elles sont faites pour des gens de médiocre entendement; elles ne sont pas un art de logique, mais la raison simple d’un père de famille” (Cit. Por GENY, F., “La technique législative dans la codification civile moderne”, en *Livre dun Centenaire*, II, París, 1904, p. 1006).

⁴¹ Sarmiento define a la ley: “... conforme a Régla; norma justa y equi, breve, concisa, clara, en idioma vulgar, útil, necesaria, que induzca y obligue in bonum, que retraiga del mal moral; constante, perpetua e inalterable”. (Cfr. Obra de Seiscientos Sesenta Pliegos, cit, 5, fol. 288: Sobre el pensamiento jurídico de Fray Martín Sarmiento, vid., nuestro Fray Martín Sarmiento y el mundo del Derecho, discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Santiago de Compostela, 2005).

⁴² El propio Sarmiento apunta: “Los Castellanos Antiguos tenían pocas leyes; y todos eran interesados en que se observasen; y así no tenían tanta infinidad de Hombres de Pluma, ni había tantos Pleytos” (Ibid. Fol. 2725.). También hace profesión de fe del pensamiento ciceroniano de que *simplicitas legum amica*: un letrado no tiene que servir para la inteligencia de la ley “pues si como es ley y justicia, que esa ley está en vulgar, clarísima, y que pueden entender todos, qualquiera la entenderá. Esto se palpa en los Bandos, cuyo contexto después de Pregonado, se fixa en las esquinas. Y que son leyes, sino unos Bandos de larga duración” (Ibid. Fol. 266 v.). Los subrayados del texto son del A.

o consejos explican oscuramente las cosas e introducen no pocos errores por la variedad de opiniones que traen; otros incluyen grandes listas de doctores para aumentar la confusión... Es un mundo extensísimo, farragoso y complicado⁴³. Montesquieu denominaba a la compilación justiniana “El Indigesto”⁴⁴. Verri escribía a propósito del *ius romanum*: Este amasijo de leyes, monumento de una obra mal ejecutada, puede parangonarse a las ruinas de un grande e informe palacio”⁴⁵. Filangiari –siguiendo a Leibniz- aconsejaba que fuesen quemados todos los farragosos volúmenes de estos intérpretes cuyo fanatismo “nell’illustrazione delle leggi romane inventarono tante limitazioni, eccezioni ed amplificación, che diedero a magistrati il mezzo d’eludere il vero senso di queste leggi”⁴⁶. Ya en los albores del XIX, el eximio iushistoriador Martínez Marina, escribía: “Quinientos años de experiencia nos han hecho ver claramente la imposibilidad de que los jóvenes educados en los principios del Derecho romano y familiarizados con las doctrinas de sus glosadores e intérpretes lleguen a aficionarse y mirar con gusto y menos a comprender nuestra jurisprudencia, inconciliable muchas veces con aquellos principios. Luego es necesario desterrar de los estudios generales hasta el nombre de Justiniano”⁴⁷ y ello prueba que el combate fue largo y que –del mismo modo- no emergió un claro vencedor.

III

Al observador externo siempre le ha llamado poderosamente la atención, para bien o para mal, el fuerte contenido litúrgico de que se ha rodeado desde antiguo el mundo de los tribunales para desarrollar su cometido de dispensador de la justicia. Y aunque en naciones muy próximas a la nuestra también podamos encontrar ejemplos de mundos judiciales dotados de espectaculares símbolos

⁴³ PESET REIG, M., Derecho romano y Derecho real, cit., p. 287.

⁴⁴ MONTESQUIEU, C. S., “Remarques sus certaines objections que m’a faites un homme qui m’a traduit mes Romains en Angleterre”, en Mélanges inédits de Montesquieu, Burdeos-París, 1892, p. 205: “Il pourroit citer contre moi une infinité des lois du Code, de l’Indigeste” ¿Factura de Montesquieu o de uno de sus secretarios? Según BARCKHAUSEN, H., Montesquieu, considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence, ed. rev. y ajustada por ... París, 1990, p. VI fue “un secrétaire des plus ignorants, auquel Montesquieu a dicté les Remarques”.

⁴⁵ VERRI, P., “Il café”, vol. XV, en Il iluminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici a cura di Pl. Comanduci, Bolonia, 1978, p. 121, donde añade: “Comenzaron primero Imerio, después Acursio, Bártolo y Baldo y tantos célebres ignorantes a inundar Italia con gruesos volúmenes y, rodeados de libros de jurisprudencia nos quedamos sin leyes”. Y –concluye- “Se il codice e chiaro, i commenti sono inutili o sono un abuso; s’egli e oscuro, i commenti sono tutt’al piú un remedio parziale: conviene rifonderlo, o abolirlo”.

⁴⁶ FILANGIERI, C., “Riflessioni politiche sull’ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione Della giustizia”, en La scienza della legislazione e gli Opuscoli scelti, V, Livorno 1826-1827, pp. 305 ss.

⁴⁷ MARTÍNEZ MARINA, F., cit. Por Tomás y Valiente, F., Manual, cit., p. 392.

litúrgicos (Francia, por ejemplo), han sido precisamente los tribunales británicos los que más han destacado, por su singularidad, en estas manifestaciones formadas del ejercicio de la labor jurisdiccional⁴⁸.

No se trata tan sólo de las togas, las pelucas, la sencilla belleza de sus salas de audiencia, llena de evocaciones sugerentes, sino también de sus ritos, la venerable edad de sus jueces, la atmósfera intimista y relajada, lo que separa este mundo de los otros que conocemos en el Continente. Con todo, debemos pensar que no es la toga forense o la altura de los estrados, lo que separa a los jueces y demás operadores jurídicos del justiciable sino la actitud personal de aquellos. Como en cierto modo venía sucediendo con la monarquía británica, los jueces ingleses combinan sabiamente la lejanía física y simbólica y la proximidad humana con los justiciables. Por el contrario en los países continentales el carácter de simple funcionario del juez –lejos de facilitar la comunicación con el ciudadano– es proclive al mantenimiento de ciertas connotaciones grandilocuentes⁴⁹. En España, los juzgados y tribunales pasaron de ser unos lugares de nulos valores estéticos –salvo quizás el Tribunal Supremo– incluso en numerosas ocasiones merecedores del calificativo de *sórdidos*, hasta los modelos simples y funcionales de las nuevas construcciones. Goodrich ve en el ambiente una trasposición juicio-eucaristía porque dice: “al igual que en el sacramento eucarístico el oficiante, el sacerdote investido por Dios con poderes especialísimos para materializar el cuerpo divino en una pieza de pan y en un cáliz de vino; el juez y sus acólitos, los abogados, poseedores de un conocimiento esotérico, materializan lo que es un bien superior, la justicia, poseído por muy pocos entendidos⁵⁰. Pero no es tan malo que la gente vea la representación de la *auctoritas* en los tribunales de justicia y sus símbolos. Más vale eso que no vean nada. Lo indeseable, en todo caso, es que no confíe en las instituciones, o que lo que contemple, cuando avada a una sala de audiencia, sea el rostro frío e inexpresivo de la burocracia.

La reinstauración del Tribunal del Jurado va a ocasionar un notable impacto sobre la situación real de la Justicia penal española y ello por razones de índole estructural dado que tenderá a reforzar la presencia del principio contradictorio y de las fases del procedimiento de estructura dialogal, de tal modo que, a largo plazo, colocará sobre el tapete la cuestión de la reforma profunda de la estructura misma del proceso penal. En todo caso, y a corto plazo, lo que sí cambiará y profundamente, es el procedimiento realmente existente, porque ante el Jurado primará la vista oral,

⁴⁸ AULET BARROS; J. L., Jueces, política, cit., pp. 337-338.

⁴⁹ BLANCO RODRÍGUEZ, L., “El empleo del lenguaje común y gestual en la justicia inglesa. Un análisis comparativo con el utilizado por la justicia española tras la instauración del jurado” en Revista Jurídica da FA7, IV, 1, abril, Fortaleza-Brasil, 2007, p. 107.

⁵⁰ GOODRICH, P., Lenguajes of Law. From Logies of Memory to Nomadic Masks. The Legal System in Ferment, I, Oxford, 1989, p. 5.

que pasará a ser lo que legalmente es: el centro del proceso⁵¹. A su vez, el jurado dará mayor relevancia a la prueba y a su práctica en la fase oral.

Pero el Tribunal del Jurado tendrá, también, un considerable impacto sobre los usos de la Curia, por la sencilla razón de que implica una ruptura del monopolio de los profesionales del Derecho sobre el proceso penal y ello obligará a la progresiva mutación del comportamiento de fiscales, jueces y letrados, así como a una simplificación y clarificación radical del lenguaje empleado en los Tribunales⁵². Estos cambios de lenguaje en el campo judicial han sido objeto de estudio, especialmente en los últimos quince años⁵³. Genéricamente, el estudio del lenguaje pretende una mejor comprensión del proceso judicial, no siendo prácticamente un fin en sí mismo sino un instrumento de canalización. No en vano es el vehículo por el que la Ley se transmite, se interpreta y se aplica. A modo de recapitulación final sobre todo lo anteriormente expuesto, quisiera que el mundo judicial fuera consciente de los profundos cambios que se han efectuado en el lenguaje forense, motivado por la introducción del jurado. Este elemento laico, no profesional de la Administración de Justicia requiere el empleo, por parte de los letrados, fiscales y jueces, de una expresión verbal llana y sencilla, en las antípodas de los discursos esotéricos que todavía se escuchan en las Salas de Audiencia y que, a veces incluso, son de difícil comprensión para los expertos en Derecho. Claridad y comprensión constituyen, pues, los ejes en torno a los que debe gravitar toda su actuación ante el Jurado.

Otra manifestación positiva del acercamiento de la ciudadanía a los órganos jurisdiccionales, surgida al socaire de la Ley del Jurado, lo constituye sin duda, la novedosa ubicación del justiciable en las Salas de Audiencia. En efecto, a tenor del apartado 2º del artículo 42 de la Ley del Jurado de 22 de mayo de 1995: “El acusado o acusador se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores”. Especial reconocimiento merece, por su indiscutible acierto, este precepto, carente de todo precedente concreto en nuestra legislación procesal, y que representa un importante incremento de las garantías del derecho constitucional de defensa efectiva, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, estando en línea tanto con la letra o el espíritu

⁵¹ Acerca del jurado, vid., entre otros: AAVV., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, A. Lorca Navarrete (ed.), Valladolid, 2000; ESCRIVÁ, D., El Tribunal del Jurado. Reflexiones acerca de su desarrollo constitucional, Madrid, 1988; GARCIA-GALÁN PÉREZ, A., -GARCÍA-GALÁN MOLINA, A., Formularios y comentarios de procesos civiles. Adaptados a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2001; HASTIE, R., La institución del jurado en los Estados Unidos: sus intimidades, Madrid, 1986; MONTERO AROCA, J., -GÓMEZ OLOMER, J. L., El nuevo proceso civil. Ley 1/2000, Madrid, 2001; MORENO CATENA, V., La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, IV, Madrid, 2001; SOBRAL-ARCE, G., La Psicología social en la Sala de Justicia. El jurado y el testimonio, Barcelona, 1990.

⁵² RODRÍGUEZ ENNES, L., “El discurso ante el jurado”, en Controversia. Revista Xurídica Xeral, 4, Orense, 2003, p. 27.

⁵³ Vid., por todos, LEVI, A., Language in the Judicial Process, Nueva York, 1990.

de las garantías recogidas en el artículo 14.3 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, con el artículo 6.3 del Convenio de Roma y con la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 1988, respecto a sus derechos “a defenderse por sí mismo y a comunicar con el defensor de su elección. Pero todavía hay algo más y que dentro de este marco de garantías constituye otra de las conquistas que la reinstauración del jurado trae a nuestro sistema de administración de justicia penal: “*La muerte del banquillo*”. Con su supresión, de forma práctica y tangible y no meramente declarativa y programática, se verifica que el inculpado debe ser tenido por “inocente” al menos hasta que se declare su culpabilidad en virtud de sentencia firme, al punto de que –en abierto contraste con la situación anterior en que aparecía como ya condenado, sentado en el banquillo, muchas veces hasta esposado-, y ahora toma asiento en una silla digna, similar a la de su Letrado y junto a él, para poder comunicarse y consultarle, en la medida que su defensa e intereses legítimos lo requieran; asimismo en coherencia con los postulados del artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Lástima es tener que constar que tamaño progreso haya quedado constreñido a los juicios con jurado, desaprovechando una vez más el magnífico ejemplo que –a este respecto- nos ofrece la experiencia judicial anglosajona.

Y ya para finalizar, quisiera referirme a la infrautilización que tiene lugar en España del otro elemento participativo del común de los ciudadanos en la Administración de Justicia: los jueces legos. Frente a una justicia de paz como la inglesa, que supone una amplísima intervención del elemento lego en los órganos jurisdiccionales, la justicia de paz continental o bien aparece como algo insignificante, o, simplemente, no existe en absoluto. La competencia en materia criminal de los juzgados de paz ingleses es siempre de primera instancia, y para valorar su peso en el sistema criminal baste decir que en ellos se juzga entre el 96 y el 98% de la totalidad de los juicios criminales del país⁵⁴. En cualquier caso, todos los juicios criminales han de empezar en el juzgado de paz, puesto que no existiendo en Inglaterra nada equivalente a la instrucción criminal, era necesario dotar al sistema de un control judicial que impidiese llevar a juicio a una persona sin contar con una mínima base probatoria. Los jueces de paz gozan de poderes amplios y flexibles en materia criminal. Pueden condenar a penas de privación de libertad hasta seis meses (y si juzgan de delitos conexos, hasta doce meses en total) e imponer multas de hasta cinco mil libras. En España, por el contrario, aunque la justicia de paz sobrevivirá al período constituyente, bien que reducida

⁵⁴ AULET BARROS, J. L., Jueces, política, cit., pp. 551-552.

como en las últimas décadas a la “mínima expresión”; expresión que cabe calificar sin ambages de puramente simbólica: faltas nimias en el ámbito punitivo y pleitos civiles de cuantía irrisoria. Como consecuencia, y a pesar de posibles entusiasmos que pueda generar la presencia de jueces legos en la administración de justicia española por la apariencia democratizadora que da al sistema⁵⁵, mucho nos tememos que nada aportan en su actual configuración a la democracia y popularidad del sistema político.

⁵⁵ Con todo, cabe poner de manifiesto la existencia en España, dentro de sectores de la judicatura y de la doctrina procesalista, de defensores de lo que denominan “justicia de proximidad” y que trata de incorporar a nuestro ordenamiento la experiencia jurídica anglosajona. Vid., por todos, BANDRÉS, J. M., “El desafío democrático de la justicia de proximidad”, en *Jueces para la Democracia*, 48, 2003, pp. 88-

**UNIDADE DE CONSERVAÇÃO E PLANO
DIRETOR: A PRECEDÊNCIA DO DIREITO
FUNDAMENTAL DO (E AO) MEIO AMBIENTE
SOBRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE E DE
CONSTRUIR. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE
DO PROJETO DE LEI QUE INSTITUI,
EM FORTALEZA, A ÁREA DE RELEVANTE
INTERESSE ECOLÓGICO “DUNAS DO COCÓ”**

José de Albuquerque Rocha

Pós-doutor pelas universidades de Paris II e de Londres. Professor da Universidade de Fortaleza.

João Alfredo Telles Melo

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Ambiental da FA7. Advogado.

Rodrigo de Medeiros Silva

Advogado.

joaoalfredotellesmelo@gmail.com

Sumário: Introdução. 1) Dos fundamentos legais do PL 60/2009. 2) Da Fundamentação Constitucional da ARIE das “Dunas do Cocó”. 3) Da compatibilidade do Projeto de Lei nº 60/2009 com o Ordenamento Jurídico Municipal. 4) Da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica. 5) Do direito de propriedade limitado pela ordem urbanística. 6) Da função socioambiental como constitutiva do direito à propriedade no Estado Socioambiental de Direito. Conclusão.

A propriedade é, assim, ao mesmo tempo, um direito pessoal e uma responsabilidade social. Quem se apropria, por exemplo, de uma terra, assume a responsabilidade de utilizá-la para o seu próprio bem e para o bem dos outros [...] (ÁVILA, Fernando Bastos. Propriedade. In: **Pequena Enciclopédia da Doutrina Social da Igreja**. São Paulo: Loyola, 1991, p.371)

Resumo: Fundamentação jurídica da ARIE “Dunas do Cocó”. O presente artigo – ao analisar a constitucionalidade e legalidade do Projeto de Lei nº 60/2009, de autoria do Vereador João Alfredo Telles Melo (Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, da Câmara Municipal de Fortaleza), co-autor deste texto, que cria a Área de Relevante Interesse Ecológico “Dunas do Cocó” – pretende apreciar sua fundamentação jurídica, sob os aspectos da doutrina e da jurisprudência,

sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente, especialmente no que concerne ao novo Plano Diretor da cidade de Fortaleza, a partir da compreensão de que o Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem precedência sobre os direitos de propriedade e de construir.

Palavras-chave: Proteção do Meio Ambiente, Área de Relevante Interesse Ecológico, Plano Diretor, Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, Função Socioambiental da Propriedade.

INTRODUÇÃO: O PROJETO DE LEI Nº 60/2009

O projeto de lei n.º 60/2009 — de autoria do vereador João Alfredo Telles Melo (Partido Socialismo e Liberdade) da Câmara Municipal de 2009 — que dispõe sobre a criação da **Área de Relevante Interesse Ecológico (ARIE) “Dunas do Cocó”** e dá outras providências, estabelece que:

Artigo 1º. Fica criada, por esta Lei, com fundamento nos arts. 16, 22 e demais disposições da Lei Federal n. 9.985, de 18 de julho de 2008 — que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) — bem ainda na Resolução n. 12, de 14 de setembro de 1989, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), a **Área de Relevante Interesse Ecológico (ARIE) “Dunas do Cocó”**, situada no Bairro do Cocó, a leste de Fortaleza, com a finalidade de manter o ecossistema e o geossistema de importância local que ali ocorrem, bem como regular o uso admissível dessa área, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza, e com os objetivos especiais de:

- I — Conservar o sistema natural existente no Bairro do Cocó, caracterizado pela ocorrência de dunas fixas, vegetação fixadora de areias e áreas alagadas associadas (lagoa interdunar e olhos d’água), visando a manutenção do equilíbrio hidrológico e climático de nossa cidade, especialmente do seu segmento leste;
- II — Preservar, em especial, as dunas do bairro do Cocó — do tipo parabólicas “harpin” —, remanescentes do expressivo campo dunar outrora existente em Fortaleza, que têm características naturais extraordinárias, por apresentarem processo evolutivo milenar que jamais voltará a ocorrer novamente na cidade, representando portanto um sítio geomorfológico de interesse especial;
- III — Garantir a existência do campo de dunas fixas do Cocó como elemento de preservação e manutenção da riqueza do sistema fluvial adjacente — o Rio Cocó, situado no Parque Ecológico do Cocó -, do qual representa área de transição e tamponamento em relação aos impactos impostos pela completa urbanização do seu entorno;
- IV — Mitigar o processo de desmatamento descontrolado que fez com que a cidade, em menos de 30 anos, tenha perdido quase 60% de sua cobertura vegetal, com impactos tanto sobre o clima urbano, com a formação de ilhas de calor e aumento das temperaturas médias diurnas, quanto sobre a qualidade de vida da população.

V – Prover a população de Fortaleza de um espaço de área verde para o lazer, a contemplação e o contato com a Natureza.

Artigo 2º. A ARIE “Dunas do Cocó” tem a seguinte área e delimitações:

Partindo do ponto P1, ponto inicial do perímetro localizado na Avenida Padre Antônio Tomás com ângulo interno de 92°7'32” com distância de 140,28 m, chega-se ao ponto P2 deste, com ângulo interno de 193°52'48” com distância de 179,87 m, chega-se ao ponto P3 deste, com ângulo interno de 74°20'1” com distância de 550,00 m, chega-se ao ponto P4 deste, com ângulo interno de 83°50'4” com distância de 184,09 m, chega-se ao ponto P5 deste, com ângulo interno de 185°2'50” com distância de 104,30 m, chega-se ao ponto P6 deste, com ângulo interno de 181°46'45” com distância de 102,80 m, chega-se ao ponto P7 deste, com ângulo interno de 163°0'2” com distância de 42,07 m, chega-se ao ponto P8 deste, com ângulo interno de 244°50'18” com distância de 134,28 m, chega-se ao ponto P9 deste, com ângulo interno de 81°30'23” com distância de 102,88 m, chega-se ao ponto P10 deste, com ângulo interno de 98°55'28” com distância de 82,60 m, chega-se ao ponto P11 deste, com ângulo interno de 276°28'19” com distância de 117,20 m, chega-se novamente ao ponto P1 ponto inicial do perímetro, que apresenta uma **área de 15,2559 ha** e um **perímetro de 1.774,8996 m**. As confrontações são: NORTE: do ponto P1 ao P3, com a Avenida Padre Antônio Tomás. SUL: do ponto P4 ao P9 com área de proteção do Rio Cocó. LESTE: do ponto P3 ao P4, com Rua Magistrado Pompeu. OESTE: do ponto P9 ao P10, com a Avenida Sebastião de Abreu; do ponto P10 ao P11 com a Rua sem denominação e ponto P11 com o ponto 1 com a Rua S (conforme Planta e Memorial Descritivo apenso que integram, juntamente com o “Parecer Técnico Ambiental Sobre Terreno de Dunas no Bairro do Cocó, Fortaleza, Ceará” de autoria da Professora Doutora Vanda Claudino Sales, este projeto de lei).

Artigo 3º. Na ARIE “Dunas do Cocó”, ficam proibidos usos, ocupações e atividades que impliquem em destruição de suas características naturais, tais como construções de vias, edifícios, equipamentos urbanos e outras estruturas inadequadas que possam por em risco a conservação do ecossistema e do geossistema, a proteção especial dos corpos hídricos e da biota, localmente rara, e a harmonia da paisagem natural (cf. Art. 1º. da Resolução CONAMA 12/89).

Artigo 4º. São permitidos na ARIE “Dunas do Cocó”, as atividades voltadas para o uso sustentável da área – que serão definidas em seu Plano de Manejo -, de forma que sua exploração garanta a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos geomorfológicos, hídricos, sedimentológicos e ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos naturais, de forma socialmente justa e economicamente viável (art. 2º., XI, da Lei 9985/2000).

§ 1º. Tais usos podem compreender o turismo ecológico, o lazer sustentável, o esporte de baixo impacto ambiental e a atividade contemplativa, bem como ainda a colheita limitada de produtos naturais, desde que devidamente controlados pelos órgãos supervisores e fiscalizadores.

§ 2º. O Plano de Manejo deve abranger toda a área da ARIE e de sua zona de amortecimento, devendo ser assegurada a mais ampla participação popular quando de sua elaboração, atualização e implementação.

Artigo 5º. Quando da implantação e gestão da ARIE “Dunas do Cocó”, serão adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

- I – elaboração do zoneamento ecológico-econômico, definindo as atividades a serem permitidas ou incentivadas em cada zona e as que deverão ser restringidas e proibidas;
- II – utilização dos instrumentos legais e dos incentivos financeiros governamentais para assegurar a proteção da biota, a recuperação dos corpos hídricos o uso racional do solo, e outras medidas referentes à salvaguarda dos recursos ambientais da ARIE “Dunas do Cocó”;
- III – aplicação de medidas legais destinadas a impedir ou evitar o exercício de atividades causadoras de degradação da qualidade ambiental;
- IV – divulgação das medidas previstas nesta Lei, objetivando o esclarecimento da comunidade local sobre a ARIE e suas finalidades;
- V – promoção de programas específicos de educação ambiental;

Artigo 6º. A ARIE “Dunas do Cocó” disporá de um Conselho Gestor de composição paritária, com representação dos entes federados, das universidades e da sociedade civil organizada, para apoiar a implementação das atividades de administração e a elaboração do zoneamento ecológico-econômico e do plano de manejo.

Artigo 7º. Até a completa implementação da ARIE “Dunas do Cocó”, o Poder Público Municipal decretará limitações administrativas provisórias ao exercício de ocupações, atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental em toda a sua área, em conformidade com o disposto no art. 3º desta lei.

Parágrafo único. Havendo incompatibilidade entre os objetivos da ARIE e as atividades privadas ou não havendo aquiescência do proprietário às limitações administrativas e às condições impostas por esta Lei e pelo Poder Público Municipal, quando da regulamentação, deverá a área ser desapropriada, de acordo com o que dispõe a legislação vigente.

Art. 8º. Essa lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O projeto, portanto, visa a preservar dunas fixas e áreas alagáveis da região. São fontes d’água, lagoa interdunar e dunas do tipo parabólicas hairpin. Pretende-se, assim, garantir, com a preservação deste campo de dunas, a preservação e manutenção da riqueza do sistema fluvial adjacente ao Rio Cocó, situado no Parque Ecológico do Cocó (art. 1º, I, II e III, do projeto de Lei nº 60/2009). Laudo Técnico do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis- IBAMA, Fortaleza-CE, constata a importância desta área para a bacia de inundação do Rio Cocó:

Estas áreas estão inseridas em uma parcela remanescente de significativo valor ambiental, da bacia de inundação do Rio Cocó e do campo de dunas do extremo norte da cidade de Fortaleza. (fls. 5)

Da mesma forma, mitigar o processo de desmatamento que a cidade vem sofrendo. Levantamento realizado pelo Inventário Ambiental de Fortaleza, realizado pela Prefeitura de Fortaleza, constatou que, em 1968, o percentual de cobertura verde era de 66%, aproximadamente, passando para pouco mais de 7% em 2003. O Projeto, então, propicia à população do Município um espaço de área verde para o lazer, o esporte, a contemplação e o turismo ecológico (arts. 1º, IV e V, e 4º. do Projeto de Lei nº 60/2009).

O Parecer Técnico-ambiental sobre o Terreno de Dunas no Bairro do Cocó, Fortaleza-CE, constatou a necessidade de preservação do local e fundamentou o supramencionado Projeto de Lei. Foi o Parecer confeccionado por autoridade no assunto, a Prof^a. Dra. Vanda Claudino¹, que assim se expressou:

Avaliamos ainda que a área, ao ser preservada em prol da qualidade do meio ambiente da cidade de Fortaleza, deveria ao mesmo tempo ser ofertada à população como um espaço possível de convivência com a natureza e com ambientes de menor grau de mineralização. Assim, deverão ser vedados usos e ocupações que impliquem em destruição das características naturais (como construções de edifícios, vias, equipamentos urbanos e outras estruturas inadequadas ao objetivo precípuo da preservação), mas deverão ser possíveis usos voltados para o lazer sustentável e contemplativo, passíveis de serem obtidos através de instalação de equipamentos simples, tais como mesas para piqueniques, bancos em espaços arborizados para leitura e contemplação, pavimentos adaptados ao ambiente para caminhadas, e outros que o futuro plano de manejo da UC, a ser definido de acordo com a legislação, possam indicar. (fls. 23)

O mesmo atesta outro parecer, desta feita elaborado conjuntamente pela Secretaria do Meio Ambiente e Controle Urbano- SEMAM, a Superintendência Estadual do Meio Ambiente- SEMACE e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis- IBAMA, no Processo nº 1595/02, in verbis:

Com base no levantamento efetuado e de acordo com a legislação ambiental vigente, podemos concluir que: a quase totalidade do imóvel, conforme demonstra a planta em anexo ao presente Parecer, é recoberta por área de preservação permanente, composta basicamente por dunas fixas, semifixas, móveis e paleodunas, superpostas em alguns trechos por área de preservação dos recursos hídricos.(fls.4)

¹ Professora-adjunta do Departamento de Geografia, da Universidade do Ceará, e do Departamento de Geologia, da Universidade da Flórida (EUA). É especialista em Geologia Marinha pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e em Gerenciamento Costeiro pela Universidade Federal do Ceará; mestra em Geografia Física pela Universidade de São Paulo; doutora em Geografia Ambiental pela Universidade de Sorbonne (França); pós-doutora em Geomorfologia Costeira pela Universidade da Flórida.

Como se percebe, o supracitado Projeto de Lei vai ao encontro do ordenamento jurídico, posto que determina a preservação da biodiversidade, estabelecendo, para tanto, a criação de unidades de conservação. A propósito, observe-se o ensinamento de Juliana Santilli:

Entre as estratégias para a conservação da biodiversidade, a criação de unidades de conservação ambiental tem especial importância. Conforme já foi mencionado, está prevista na Convenção sobre Diversidade Biológica e na lei que institui a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81) entre os instrumentos voltados para a conservação in situ de ecossistemas e habitats naturais e para a manutenção de espécies em seu meio natural. A conservação in situ tem prioridade sobre a conservação ex situ, que é a conservação de componentes da diversidade biológica fora de seus habitats naturais[...] (SANTILLI, Juliana, 2005, p.106)

1 DOS FUNDAMENTOS LEGAIS DO PL 60/2009

A Lei Federal 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. O SNUC tem como objetivos (art. 4º): contribuir para a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais; proteger as espécies ameaçadas de extinção no âmbito regional e nacional; contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais; promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais; promover a utilização dos princípios e práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento; proteger paisagens naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica; proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural; proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos; recuperar ou restaurar ecossistemas degradados; proporcionar meios e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental; valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica; favorecer condições e promover a educação e interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico; proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente.

Ao se deparar com a Lei Orgânica do Município, constata-se que esta procura guardar coerência com os objetivos acima, que nada mais são do que a realização da garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, já disposto na Constituição Federal (art. 225). Assim, compete ao Município de Fortaleza, conforme a sua Lei Orgânica, promover a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural (art. 8º, X). A Lei

Orgânica encontra-se, portanto, dentro da sua competência suplementar, de acordo com a legislação federal, haja vista as determinações de “proteger”, “preservar” e “recuperar” o meio ambiente; determinações postas na chamada Lei do SNUC. Nenhuma outra norma municipal poderá ir de encontro a essas determinações da Lei Orgânica, até mesmo por ser uma determinação Constitucional.

A ARIE, prevista no Projeto de Lei, é uma Unidade de Conservação de Uso Sustentável (art. 7º, II, e 14, II, da Lei do SNUC), que tem como objetivo compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais (art. 7º, §2º, da Lei do SNUC). A chamada ARIE, conforme conceito legal, é uma área, em geral, de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza (art. 16 da Lei do SNUC). Essa Unidade de Conservação pode ser em terras públicas ou privadas, podendo trazer restrições à utilização da propriedade privada (art. 16, §§1º e 2º, da Lei do SNUC).

Por sua vez, a Resolução 12/89, de lavra do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), determina a vedação de atividades nas ARIES que possam prejudicar o meio ambiente (art. 1º). Esse dispositivo encontra sistematicidade no ordenamento jurídico, pois encontra fundamento na Constituição Federal (art. 225, da CF) e coerência com a Lei do SNUC (art. 4º) e com a Lei Orgânica do Município (art. 8º, X). Entre as atividades não predatórias permitidas, a Resolução cita, exemplificativamente, o exercício do pastoreio equilibrado e a colheita limitada de produtos naturais (art. 2º).

2 DA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ARIE DAS “DUNAS DO COCÓ”

Como já dito, está claro o fundamento constitucional deste Projeto, ao se verificar o disposto no art. 225, da CF. É diretriz, assim, para todo o ordenamento jurídico, a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desta forma, nenhuma lei, seja complementar ou ordinária, de qualquer esfera da Federação; decreto, portaria ou ato administrativo, como licenças, podem ir de encontro a este princípio. Com este entendimento, foi que a Procuradoria da República no Estado do Ceará emitiu recomendação à SEMAM para se abster de conceder licenças ambientais, versando acerca da implantação de empreendimentos no local proposto para a ARIE das “Dunas do Cocó” (Recomendação nº 76/2008).

O Município de Fortaleza, por meio de sua Câmara Municipal, ao criar esta ARIE, efetiva o disposto nos incisos I, II, III e VII do §1º, do art.225, que

determina, ao Poder Público, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, disposto no *caput* daquele artigo, *in verbis*:

- I. Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II. Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III. Definir, em todas as áreas da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (grifou-se);
- VII. Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

A Lei do SNUC, como o Projeto de Lei Municipal, encontra seu fundamento na Constituição Federal. Não há norma que atinja este bem jurídico, sem que atinja o Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF), sem que atinja o objetivo da República Federativa, qual seja uma sociedade solidária (art. 3º, I, da CF). Não há solidariedade às futuras gerações, se for esgotado o meio ambiente. Não há solidariedade com os municípios, se forem atendidos interesses econômicos, interesses particulares, em detrimento do bem comum, do bem de todos (art. 3º, IV, da CF). Neste sentido, o Projeto de Lei nº 60/2009, da Câmara Municipal de Fortaleza, atende determinação constitucional, quanto à política de desenvolvimento urbano, pois realiza a função social da cidade, garantindo o bem-estar de seus habitantes (art. 182, da CF).

A hermenêutica contemporânea mais avançada já compreende a ordem constitucional brasileira como instauradora de um verdadeiro “Estado de Direito Ambiental”, que, por sua vez, nas palavras de Antonio Hermann Benjamin, instituiu uma “ordem pública ambiental”. Em suas próprias palavras:

O ponto focal do Direito Ambiental e da ordem pública ambiental não é o amparo à propriedade individual, mas a proteção do meio ambiente para todos, os de hoje (= gerações presentes) e os de amanhã (gerações futuras). (grifos originais) (BENJAMIN, 2008, p. 121 a 124)

Cumprirá, então, o Município de Fortaleza, a sua competência comum, por determinação Constitucional, para a proteção do meio ambiente:

- Art. 23- É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
- VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
 - VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

A proteção ambiental é, inclusive, tratada, ao se falar de Direito Municipal:

A proteção ambiental visa à preservação da Natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das nações civilizadas, que em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar. (grifo original) (MEIRELLES, 2001, p. 538)

Pode-se entender, então, que a não criação da ARIE das “Dunas do Cocó” faria com que o Poder Público Municipal descumprisse a Constituição. No mesmo sentido, o mau uso da área, para agrandar a anseios de construtoras, também atinge a Constituição Federal. Nas palavras abalizadas de Paulo Affonso Leme Machado:

O Poder Público e a coletividade deverão defender e preservar o *meio ambiente desejado pela Constituição*, e não qualquer meio ambiente. O meio ambiente a ser defendido e preservado é aquele ecologicamente equilibrado. Portanto, descumprem a Constituição tanto o Poder Público como a coletividade quando permitem ou possibilitam o desequilíbrio do meio ambiente. (MACHADO, 2006, p. 123)

Ademais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem maior, ligado ao direito à vida. Sendo assim, coloca-se de forma preponderante aos demais, como direito ao desenvolvimento, o direito de propriedade, por exemplo:

As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as de iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela de qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*. (grifo original) (SILVA, 2005, p. 846/847)

Da mesma forma, coloca-se a jurisprudência do STJ (Suspensão Liminar de Sentença nº 1.033- MA 2009/0051712-6), que poderia ser utilizada para o caso das Dunas do Cocó, haja vista tratar-se de situação de conflito de interesse de empresas em construir em Áreas de Preservação Permanente (dunas recobertas por vegetação), e o interesse de toda a coletividade, em preservar o meio ambiente:

A situação descrita nos autos revela nitidamente a existência de um confronto entre o interesse privado e o interesse público. Discute-se se o empreendimento imobiliário denominado “Residencial Casa do Morro” encontra-se em área de proteção permanente e se implica a supressão de vegetação, com destruição da restinga e da paisagem das praias de São Luís.

Entendo, por isso, haver na hipótese grave risco de lesão à ordem pública com a possibilidade de consolidação de uma situação irreversível e irreparável. Com efeito, após concluída a edificação das duas torres residenciais nada, ou pouco, será possível fazer em relação às dunas e à formação vegetação nativa que devam, eventualmente, ser preservadas hoje.

Ademais, a decisão agravada está consubstanciada na grave lesão à ordem administrativa, ou verdadeira ‘ordem ambiental’, como definiu o órgão ministerial. Não há como se definir, nesta via processual, se o empreendimento efetivamente causará dano ambiental irreversível, ou se com absoluta certeza será mutilada área de preservação ambiental, pois, como dito, trata-se de matéria que demanda análise probatória. O que se verifica é a existência da probabilidade de que esses danos possam vir a ocorrer.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão Liminar de Sentença n.º 001033, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, DF em 07 de abril de 2009 Relator: Ministro César Asfor Rocha, 2009. Diário de Justiça 15 abr. 2009.)

3 DA COMPATIBILIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 60/2009 COM O ORDENAMENTO JURÍDICO MUNICIPAL

Basta, para se considerar a constitucionalidade e a legalidade do Projeto, o seu fundamento com a Constituição Federal. Haja vista, nenhuma norma poder contrariar o que está ali disposto. Todavia, por exercício da melhor técnica jurídica, percebe-se a compatibilidade do Projeto com a Lei Orgânica do Município, norma esta que nenhuma outra Lei Municipal poderá contrariar, seja Complementar ou Ordinária.

Em sede de competência legislativa, preceitua a Carta Magna, em seu art. 30, que compete aos municípios: “legislar sobre assuntos de interesse local”(I) e “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”(II). Interessante observar que o vocábulo “suplementar” é o mesmo utilizado para os Estados-membros, quando a CF estabelece as regras da competência legislativa concorrente para União e Estados. Portanto, naquilo que couber, ou seja, no que se refere ao “interesse local”, podem os municípios legislar sobre matéria ambiental.

Sobre a competência suplementar dos municípios para legislar sobre assunto municipal, Heleni Silvini Ferreira observa que, além da própria Carta Magna, é amparada para legislação federal infraconstitucional. Diz a autora:

É o caso, por exemplo, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual estabelece

que os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente. (FERREIRA, 2008, p. 214).

Celso Antonio Pacheco Fiorilo destaca, a partir da autonomia alcançada pela Carta de 1988, que alçou os municípios à condição de ente federativo, sua importância para a proteção ambiental. Em suas palavras:

Isso (a autonomia municipal) possibilita uma tutela mais efetiva da sadia qualidade de vida, porquanto é no município que nascemos, trabalhamos, nos relacionamos, ou seja, é nele que efetivamente vivemos. Na verdade, é o Município que passa a reunir efetivas condições de atender de modo imediato às necessidades locais, em especial em um país como o Brasil, de proporções continentais e cultura diversificada (FIORELO, 2009, p. 132-133).

O que há, portanto, é um verdadeiro “municipalismo ambiental”, posto que, além da competência legislativa acima exposta, existe a competência material, anteriormente já aduzida, que estabelece ser dever do Município preservar o meio ambiente. Assim já é estabelecido pela Lei Orgânica de Fortaleza (art. 8º, X). Portanto, a organização do Município tem como princípio a defesa e preservação do meio ambiente (art. 10, X). Da mesma forma que a Constituição Federal, como não poderia ser de outra forma, o Município de Fortaleza, conforme a sua Lei Orgânica, deve garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para o bem de uso comum do povo, para as presentes e futuras gerações (art. 11, I). A Política de Desenvolvimento Urbano de Fortaleza, para garantir as funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes, tem como diretriz, em seu planejamento e organização espacial da população e das atividades econômicas, evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos sobre o meio ambiente (art. 190, IV, da LOM). Enfim, a política de desenvolvimento urbano deve assegurar a preservação do meio ambiente (art. 191, II, da LOM).

A Lei Orgânica do Município de Fortaleza, sem prejuízo de todos os dispositivos acima citados, possui ainda um capítulo, específico, intitulado “Do Meio Ambiente”. Ao se fazer uma simples leitura de seu primeiro artigo, percebe-se que a criação da ARIE das “Dunas do Cocó”, está ali resguardada:

Art. 244. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público, através de seus órgãos de Administração Direta e das entidades da Administração Indireta, assim como à coletividade:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas, de forma a garantir a preservação da natureza e a melhoria da qualidade de vida das populações;

[....]

VI – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade;

[....]

VIII – estimular e promover o reflorestamento ecológico em áreas degradadas, objetivando especialmente a proteção dos recursos hídricos, bem como a consecução de índices mínimos de cobertura vegetal;

[....]

XVII – criar parques, reservas ecológicas, áreas de proteção ambiental e outras unidades de conservação, mantê-los sob especial proteção e dotá-los da infraestrutura indispensável às suas finalidades;

[....]

XX – recuperar a vegetação em áreas urbanas, segundo critérios definidos por lei.

Especificamente sobre a fauna, veja-se o que diz o Parecer, antes mencionado, da Prof^a. Dra. Vanda Claudino:

Quanto à fauna, há que se considerar que em contexto urbano semelhante ao de Fortaleza, os animais já pereceram ou migraram para áreas mais propícias à sobrevivência diária. Tal fato é verdadeiro também para os terrenos com dunas do Cocó. Aí, a descaracterização da biodiversidade acha-se com efeito bastante avançada, **mas ainda ocorre fauna própria, caracterizada sobretudo pela ocorrência de pássaros, répteis de pequeno porte (camaleões inclusive), sagüins e raposas. Peixes de pequena dimensão estão igualmente presentes nas coleções de águas superficiais.** (fls 18) (grifou-se)

Este capítulo da Lei Orgânica Municipal determina que a Lei de Uso e Ocupação do Solo, o Plano Diretor e o Código de Posturas terão como diretrizes o equilíbrio do meio ambiente, a preservação ecológica e a defesa da qualidade de vida (art. 249). Destarte, qualquer determinação destas leis que fira a preservação do meio ambiente, estará em desacordo, além da Constituição Federal, com a Lei Orgânica do Município.

A área onde se encontra a Unidade de Conservação proposta pelo Projeto de Lei em questão, encontra-se dentro de uma Macrozona de Proteção Ambiental, prevista no novo Plano Diretor de Fortaleza (Lei Complementar 062/2009). Os objetivos das Macrozonas de Proteção Ambiental encontram sistematicidade com todo o ordenamento jurídico aqui apresentado:

Art. 60. São objetivos da macrozona de proteção ambiental:

I – proteger os sistemas ambientais existentes;

[....]

III – regular usos, ocupação e desenvolvimento de atividades sustentáveis, conter atividades incompatíveis com a conservação de ecossistemas, recursos naturais e atributos relevantes a paisagem.

IV – IV - garantir a preservação de ambientes litorâneos;

[....]

VI – limitar a expansão urbana nos limites da macrozona ambiental;

[....]

VIII – promover a qualidade ambiental, garantindo a qualidade de vida da população.

As Macrozonas de Proteção Ambiental, conforme Plano Diretor, subdividem-se em Zona de Preservação Ambiental, Zona de Recuperação Ambiental e Zona de Interesse Ambiental. A proposta de ARIE das “Dunas do Cocó” encontra-se numa Zona de Interesse Ambiental-ZIA, na chamada Zona do Cocó (art. 72, I). De acordo com o art. 72 do Plano Diretor, a ZIA corresponde às áreas originalmente impróprias a ocupação, áreas com incidência de atributos ambientais significativos.

Ao se analisarem os objetivos da ZIA, percebe-se que eles se efetivam na criação desta ARIE:

Art. 73- São objetivos da Zona de Interesse Ambiental- ZIA:

- I – compatibilizar a conservação dos sistemas ambientais com o uso sustentável dos recursos naturais;
- II – qualificar os assentamentos existentes, de forma a minimizar os impactos decorrentes d ocupação indevida do território, elevando os níveis da qualidade ambiental;
- III – Disciplinar o processo de uso e ocupação do solo;
- IV – Assegurar a sustentabilidade dos recursos naturais;
- V – Regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizar com os objetivos de conservação da natureza;

Nestes dispositivos do Plano Diretor, bem como os já citados da Lei Orgânica Municipal, realiza-se o dever do Município de proteção ambiental:

No tocante à proteção ambiental a ação do Município limita-se espacialmente ao seu território, mas materialmente estende-se a tudo quanto possa afetar seus habitantes e particularmente a população urbana. Para tanto, sua atuação nesse campo deve promover a proteção ambiental. (grifo original) (MEIRELLES, 2001, p.541)

Ao se ler os objetivos da ARIE das “Dunas do Cocó”, percebe-se que o Projeto cumpre o dever de preservação do meio ambiente, do Poder Público Municipal. Continuando Hely Lopes Meireles (2001, p. 546):

No âmbito municipal essa preservação da Natureza é restrita aos elementos que interessem preponderantemente à comunidade local em especial à vida urbana, tais como as fontes e mananciais que abastecem a cidade, os recantos naturais de lazer, as áreas com vegetação nativa próprias para parques turísticos ou reservas da flora e da fauna em extinção, e outros sítios com peculiaridades locais.

Este dever, que se materializa na criação da unidade de conservação, está previsto na Constituição e na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), conforme se depreende da lição de Juliana Santilli (2005, p. 109):

A criação de espaços territoriais protegidos pelo poder público está prevista entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecidos pela Lei nº 6.938/81, e no próprio texto constitucional, que enumera, entre as incumbências do poder público, a definição, em todas as unidades da federação, de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente por lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade de atributos que justifiquem sua proteção (art. 225, parágrafo 1º, III, da CF).

Contudo, ao se verificarem os parâmetros de construção postos para a ZIA do Cocó, no Plano Diretor de Fortaleza, constata-se a existência de uma contradição insanável em seu texto.

Verifica-se que há total incompatibilidade com o disposto nos artigos 72 e 73 daquele diploma legal, além de estar em desacordo com o previsto na Lei Orgânica do Município, conforme já visto. Isso tudo leva à inconstitucionalidade, como se depreende dos arts. 23, I, 182 e 225 da CF, pois não trata da preservação do meio ambiente, ao contrário da ARIE. É fora da razoabilidade se pensar preservar o meio ambiente e estabelecer que a taxa de permeabilidade é de apenas 50% e de que se pode construir até 15 m, por exemplo em um terreno quase que totalmente ocupado — repita-se — por áreas de preservação permanente. A taxa de permeabilidade é a área que fica fora de qualquer construção, o que quer dizer que a metade do terreno poderá ser construída:

É um percentual expresso pela relação entre a área do lote sem pavimentação impermeável e sem construção no subsolo e a área total do terreno. (Associação dos Engenheiros e Arquitetos de Piracicaba, *on line*, 2009).

O dispositivo que trata dos parâmetros da ZIA do Cocó fere as diretrizes ambientais, para qualquer Plano Diretor, como previsto no Estatuto da Cidade (art. 2º, I, IV, VI, VIII e XII, da Lei 10.257/2001). No ensinamento de Paulo de Leme Affonso Machado (2006, p. 380), mais uma vez:

O Município não planejará olhando somente para a sua realidade política, social e econômica, mas haverá de ter em conta o ecossistema em que está inserido, principalmente, a bacia e sub-bacia hidrográfica de que faz parte.

Alexandre de Moraes Rosa, professor universitário e juiz de Direito em Santa Catarina, ao analisar caso análogo ao de Fortaleza, trata bem da prevalência

da preservação do meio ambiente, no caso de ocorrerem incongruências e inconstitucionalidades no Plano Diretor, enquadrando a regra municipal em desacordo com os princípios do Direito Ambiental como “abuso de poder”:

[...] apesar de existir uma regra jurídica autorizando (Plano Diretor) a construção de um prédio de 15 andares na faixa de praia de uma cidade litorânea, tal regra viola o princípio maior de *preservação do meio ambiente* e da *solidariedade*, por implicar no efetivo prejuízo dos demais indivíduos em utilizar convenientemente o bem público = praia. Isto porque, por mais que exista autonomia municipal para regulamentar o gabarito dos prédios, essa autonomia não pode violar o princípio da solidariedade e da ampla preservação do meio ambiente sadio (CF, art. 225). De sorte que a regra municipal pode ser enquadrada como *abuso de direito* desde que, no cotejo com os *princípios*, posto que os princípios informadores do direito de propriedade, como visto, cedem quando em tensão com os princípios de *Direito Fundamental*. (grifos originais)(ROSA, *on line*, 2009).

O Poder Judiciário, tanto no âmbito estadual, como no federal, já barrou as pretensões degradadoras de proprietários da região da proposta da ARIE das “Dunas do Cocó”, baseadas em dispositivos inconstitucionais, que ferem o direito à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O Município de Fortaleza, na Ação Civil Pública, que corre na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza (Proc. Nº 2009.002.4975-5), afirma, acertadamente, que não há direito adquirido do loteador fundamentado em legislação anterior à década de 80, e que, se for realizada no momento, ferirá princípio da Constituição Federal (1988):

O caso em tela envolve bem mais que o exercício do direito de propriedade ou o suposto direito adquirido dos autores, respeita ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que, por sua vez, foi constitucionalmente consagrado devido a sua essencial inter relação com o direito a vida, a existência não só da espécie humana, mas de tudo que conhecemos (CEARÁ. Tribunal de Justiça. 2ª Vara da fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Ação Civil Pública nº 2009.002.4975-5 Fortaleza-CE, 2009, fls. 350).

Na Justiça Federal, em mandado de segurança impetrado pelas construtoras interessadas em realizar obras que levariam à destruição do meio ambiente no local proposto para ARIE das “Dunas do Cocó”, a sentença não conferiu razão ao pedido feito na exordial, afirmando que não há ofensa ao direito de propriedade impedir tais obras, por parte do poder público. Afirma também que a autorização dada pela Prefeitura de Fortaleza, há trinta anos – e que já caducou - deve ser revista à luz do “Estado de Direito Ambiental”, com supremacia do valor da proteção do meio ambiente:

Desta forma, não há como deixar de ponderar o direito de exclusividade típico

do direito de propriedade com reflexos ambientais dele decorrentes, sendo certo que a propriedade de área de dunas, em região central de Fortaleza, não pode ser utilizada livremente, impondo-se os condicionamentos necessários para a preservação ambiental. (CEARÁ. 5ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Ceará . Mandado de Segurança número N° 2009.00.001985-8, juiz João Luís Nogueira Matias)

Neste mesmo mandado de segurança, a Procuradoria da República manifestou-se dizendo que “a vegetação no local é protegida como Área de Preservação Permanente (APP), devendo a legislação municipal respeitar os princípio e limites do Código Florestal”(fls. 144). Este Código determina como APP, dentre outras áreas:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

[....]

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais;
c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados “olhos d’água”, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

[....]

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

[....]

b) a fixar as dunas;

[....]

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

[....]

h) a assegurar condições de bem-estar público.

Atente-se para o que dispõe o parágrafo único do art. 2º. do Código Florestal, *in verbis*:

No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo (grifou-se).

Paulo de Bessa Antunes (2008, p. 520) preleciona:

O parágrafo acima mencionado foi amplamente recepcionado pelo art. 30 da CF. O respeito aos limites e princípios estabelecidos pelo Código Florestal deve ser interpretado como a impossibilidade legal de que os municípios tornem mais flexíveis os parâmetros estabelecidos na lei federal (grifou-se).

A Resolução 303/2002, do CONAMA, reforça a determinação de duna como APP, em seu art. 3º, XI.

Válido também ressaltar o valor científico das dunas do Cocó, pois nunca mais se desenvolverão na zona litorânea de Fortaleza, como explica a Profª Vanda Claudino em seu parecer aqui já citado:

As dunas parabólicas hairpin jamais voltarão a se desenvolver na zona litorânea de Fortaleza, em função da presente limitação de espaço natural, dado o elevado grau de urbanização que a cidade apresenta. Na realidade, levando-se em conta o atual ritmo e, sobretudo, a atual forma de ocupação do litoral cearense, com grandes complexos turísticos e construções diversas realizadas sem critérios ambientais e preservacionais, avaliamos que tal consideração coloca-se como verdadeira para o conjunto do litoral cearense. Além do impedimento, portanto, da modelagem natural futura desse tipo de feição, existe risco iminente de destruição de todos os demais exemplares desses tipos de dunas no conjunto da zona costeira do Ceará.

Assim, o terreno de dunas do bairro Cocó representa os últimos remanescentes de um amplo campo de dunas milenar, formado de processo bastante singular- de transformação de feições costeiras- representando etapa final, madura, desse processo evolutivo. Essas dunas, ou os seus resquícios (figuras 13 e 14), expressam ainda a existência pretérita de condições ambientais diversas, testemunhando assim contexto climáticos diferentes dos atuais (com fase seca mudando para fase úmida, seguida de nova fase seca) na zona costeira do Ceará e de Fortaleza. Tal situação coloca esses terrenos em condições de preciosidade natural e ambiental. (fls 14)

4 DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA

Discute-se que a atividade econômica de construtoras, naquela área, não pode ser prejudicada. Todavia, há parâmetros constitucionais e também dispostos na Lei Orgânica do Município de Fortaleza, que devem ser observados. Primeiramente, de ordem urbanística:

As limitações urbanísticas, como as administrativas, embasam-se no ar. 170, III, da CF, que condiciona a utilização da propriedade à sua função social. São, portanto, limitações de uso da propriedade, e não da propriedade em sua

substância; são limitações ao exercício de direitos individuais, e não aos direitos em si mesmos.(grifos originais) (MEIRELLES, 2001, p.488)

Esta é a determinação da Política Nacional do Meio Ambiente, ainda citando Hely Lopes Meirelles (2001, p.540):

O objetivo fundamental da Política Nacional do Meio Ambiente é a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, conforme o art. 4º, I, da Lei 6.938, de 1981- norma essa, que deve servir de parâmetros para a interpretação das limitações administrativas de proteção ambiental

A ordem econômica deve primar pela defesa do meio ambiente e não estar a serviço de interesses de particulares, em detrimento do bem comum, do interesse de toda a coletividade, como estabelece a Constituição da República:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[....]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

A chamada ordem econômica, então, deve estar condicionada à preservação do meio ambiente, valor constitucional, que norteia todo o ordenamento jurídico. Realiza, assim, o Princípio da Solidariedade. As obras, em área de preservação, devem estar de acordo com a proteção especial. Assim, já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE

PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada,

no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4o do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI MC nº 3540 ADI 3540 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 01/09/2005)

Plauto Faraco de Azevedo (2008, p. 94-95), em comentário atualíssimo, repugna o atual modelo de desenvolvimento, pautado em uma ética e em uma lógica destrutivas, e clama também por uma “ética da solidariedade”. Em suas próprias palavras:

A situação atual do ambiente demonstra a insuficiência da ética vigente, antropocêntrica, individualista, incapaz de perceber a íntima ligação entre todos os organismos vivos em interconexão entre eles e com o meio inorgânico, cujos recursos são euxaríveis, razão porque sua utilização tem de ser prudente e orientada por uma ética da solidariedade, em que sobressa a responsabilidade intergeracional. Só assim poder-se-á preservar e assegurar a vida e presentes gerações e àquelas que venham a sucedê-la

5 DO DIREITO DE PROPRIEDADE LIMITADO PELA ORDEM URBANÍSTICA

A ARIE não vai retirar o direito de propriedade de quem o possuir, naquele local. Contudo, deverá ter o exercício da propriedade limitado. Isto não é novidade no ordenamento jurídico, já pacificado jurisprudencial e doutrinariamente, até porque isto é uma determinação legal, constitucional. Hely Lopes Meirelles (2001, p.484) explana de forma clara, ao falar de Urbanismo, que existem limitações à propriedade:

Isto porque o Urbanismo é feito de limitações de ordem pública ao *uso* da propriedade particular e ao exercício de atividades individuais, que afetam a coexistência social.

.....
Mas, como o egoísmo é da natureza humana, necessário se torna que um poder superior aos indivíduos- o Poder Público- intervenha imparcialmente na repartição dos encargos, impondo a todos, indistintamente, as restrições reclamadas pelo interesse da comunidade.

Da mesma forma, trata Paulo Affonso Leme Machado (2006, p. 377-378):

Ordem urbanística é o conjunto de normas de ordem pública e a de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos.

A ordem urbanística deve significar a institucionalização do justo na cidade. Não é uma “ordem urbanística” como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários ou especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística gerada pela injustiça.

Essa situação comentada pelo doutrinador acima é justamente a que está acontecendo na área englobada pelo projeto de lei em comento. Até mesmo por ações judiciais, em vão, como já se viu, vêm os proprietários demandando o uso sem limitações de suas propriedades, naquela região. Isto não pode, conforme a determinação constitucional de preservação do meio ambiente.

Ainda tratando das limitações urbanísticas, melhor explica Hely Lopes Meirelles (p.2001, p. 486):

As limitações urbanísticas são preceitos de ordem pública. Derivam do poder de polícia, que é inerente e indissociável da Administração. Exteriorizam-se as limitações de uso da propriedade ou de outros direitos individuais [...]

Com a criação da ARIE e a formulação do plano de manejo, o Poder Público exerce sua função, compatível com moderno entendimento sobre o direito à propriedade:

O Poder Público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais- das águas e da fauna-, mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convicentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a melhor informar, a alargar a participação da sociedade civil na gestão dos bens ambientais e a ter de prestar contas sobre a utilização dos bens “de uso comum do povo”, concretizando um “Estado Democrático e Ecológico de Direito” (arts. 1º, 170 e 225). (MEIRELLES, 2006, p. 120)

Enfim, não se pode entender a propriedade de forma absoluta, como bem coloca José Afonso da Silva (2002, p.280):

Restrições à propriedade são, pois, condicionamentos a essas faculdades do seu caráter absoluto. Porque existem essas restrições é que se costuma dizer que não existe mais o direito absoluto à propriedade.

6 DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL COMO CONSTITUTIVA DO DIREITO À PROPRIEDADE NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

Não só o conceito de propriedade, mas, também, a concepção de função social tem se modificado ao longo da história, tendo como pano de fundo a própria configuração jurídico-política do Estado de Direito, que evoluiu da visão clássica do Estado Liberal para adotar a fórmula do Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado Social. Hoje a doutrina contemporânea já propugna, como já referido, pela existência de um Estado Ambiental de Direito ou mesmo Estado Socioambiental de Direito.

A função social da propriedade não se confunde com as limitações urbanísticas. Na verdade, a função social é elemento constitutivo da propriedade. Se não for observada a função social, não se constitui o direito à propriedade:

Não se pode confundir a função social da propriedade, que diz respeito à própria estrutura do direito, como as limitações, que são restrições ao direito do proprietário. No fundo, ambos unem-se para dar limitação e o contorno do direito analisado. (OLIVEIRA, 2002, p. 19)

Essa é a posição da melhor doutrina:

[...] constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo (SILVA, 2005, p. 283)

Luiz Edson Fachin (2003, p. 311-312), citando Gustavo Tepedino, leciona que a Constituição muda os poderes do proprietário, por causa da função social da propriedade:

Tepedino parte de seu estudo criticando a omissão clássica dos “manuais” a propósito desse fenômeno da “constitucionalização”, que não reconhecem a força transformadora de determinados preceitos constitucionais. Acrescenta que a Constituição muda, por exemplo, a noção dos poderes clássicos do proprietário pela noção de função social

Por isso, o atual Código Civil já traz o direito de propriedade permeado pela visão Constitucional:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Na área englobada pelo projeto de lei em questão, a propriedade, para observar sua função social, deve preservar o meio ambiente e não degradá-lo. Os interesses econômicos privados não podem ficar acima do bem comum, da preservação do meio ambiente. A função social é determinação constitucional:

Art. 5º- [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Já no artigo 170 da Carta Magna, a “função social da propriedade” (inciso III) é colocada dentre os princípios da ordem econômica, ao lado da “defesa do meio ambiente” (inciso VI), o que anima a muitos doutrinadores a falar de que, com a presença desse componente ambiental, o conceito mais adequado seria o de uma função socioambiental. Veja-se o que diz, mais uma vez, Antônio Hermann Benjamin (2008, p. 72):

A ecologização da Constituição, portanto, teve o intuito de, a um só tempo, instituir um regime de exploração limitada e condicionada (= sustentável) da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental.

Isabella Franco Guerra e Flávia C. Limmer (2001, p. 580), que adotam a visão de função socioambiental da propriedade, afirmam sobre este instituto que:

[...] determina que o uso deve atender ao interesse público, respeitando os preceitos de ordem pública, isto é, a propriedade não pode ser utilizada de modo a acarretar um prejuízo social

Assim é que a propriedade urbana cumpre a sua função social — ou socioambiental —, quando atende às exigências fundamentais da cidade, dispostas no Plano Diretor (art. 182, §2º). Isso significa a preservação do meio ambiente (arts. 60, 72 e 73, do atual Plano Diretor). Qualquer dispositivo que não siga este norte, no Plano Diretor, deve ser desconsiderado, haja vista ser ilegal, frente à Lei Orgânica do Município, e inconstitucional.

Compreender que, hoje, a propriedade incorpora uma função socioambiental significa, no entendimento de Germana Parente Neiva Belchior e João Luis Nogueira Matias, que este princípio — ao atender ao novo paradigma do Estado de Direito Ambiental — traz uma dupla dimensão, não cingida à visão tradicional de mera limitação ao exercício daquele direito. *In verbis*:

Ao impor que o proprietário não pode prejudicar terceiros e a qualidade ambiental, visualiza-se o aspecto negativo. Com o viés positivo, a função social e ambiental garante que a propriedade seja efetivamente exercida para beneficiar a coletividade e o meio ambiente equilibrado (*on line*, 2009)

Portanto, não se pode mais entender o Direito Civil, como na época do Código Napoleônico. No Estado Democrático de Direito, as normas encontram fundamento na Constituição Federal. Não é diferente com o Direito de Propriedade.

Qualquer dispositivo permissivo ao Direito de Propriedade que degradar o meio ambiente carece de validade. Não encontra fundamento na Constituição, que traz a função socioambiental como constituinte do Direito de Propriedade, e a defesa do meio ambiente, como valor maior. A Constituição norteia os demais direitos, inclusive, a ordem econômica: Assim visto por Hans Kelsen:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, que dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. (2006, p. 222)

E mais adiante:

[...] pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar como estando em harmonia com uma norma de escalão superior. (KELSEN, 2006, p. 222-232)

O Direito de Propriedade, agora, é composto pelas normas de cunho constitucional, não pode ser mais visto como um direito individual, nem muito menos, absoluto:

As normas de cunho constitucional compõem o figurino do direito de propriedade. Isso revela que não pode ser ela vista como direito individual.

A matriz aponta no sentido de que deve ela ter cunho eminentemente social. O que, historicamente, poderia ser visto como direito exclusivo e absoluto de usar, gozar e dispor da coisa, passa a ser instrumento de pacificação social, de harmonia entre os direitos, de restrições de vizinhança e de sujeição a interesses coletivos públicos. (OLIVEIRA, 2002, p. 17)

Não se admite, com os princípios postos na Constituição, que se entenda que a propriedade apenas beneficie a poucos, em detrimento da sociedade:

As regras jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, contudo, tanto as relacionadas com a terra rural, como as relacionadas com a terra urbana, tentam dar sustentação, pelo menos procedimental, à possibilidade jurídica de a “conservação” ou até a ampliação garantidas ao direito de propriedade sobre terra, não equivaler a um poder jurídico de tal forma alheio ao encontro geográfico e social, que o único beneficiado com ele seja o proprietário ou, pior, a única prejudicada com isso seja a sociedade. (grifo original) (ALFONSIN, 2003, p.200).

É o novo paradigma do Estado Socioambiental de Direito e, como corolário deste, o princípio da função socioambiental da propriedade, com seus limites e obrigações positivas, quem deve informar o hermenêuta na apreciação da legislação vigente. É esta interpretação que deve prevalecer na análise do Projeto de Lei que criou a Área de Relevante Interesse Ecológico Dunas do Cocó.

CONCLUSÃO

Por todo o acima exposto, conclui-se que o Projeto de Lei nº 60/2009, da Câmara Municipal de Fortaleza, encontra seu fundamento na Constituição Federal. Realiza o valor da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput e § 1º, da CF) e de uma sociedade justa e solidária (art.3º, I) e concretiza os princípios da solidariedade e da função socioambiental da propriedade.

O projeto ainda se encontra compatível com a Legislação Municipal, de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 8º, X, 10, X e 11, I, da LOM). Da mesma forma, com o Plano Diretor, que reproduz, como não poderia deixar de ser, os valores Constitucionais de preservação do meio ambiente (art. 60, 72 e 73, do Plano Diretor)

Se há algum dispositivo, na legislação complementar municipal, que vá de encontro à preservação do meio ambiente, deve ser desconsiderado, por inconstitucional. Fica incoerente com o texto do Plano Diretor, como um todo, e não encontra fundamento nem na Lei Orgânica Municipal, nem na Constituição Federal.

A proposta de ARIE das “Dunas do Cocó” não atinge o direito de propriedade, mas o coloca em conformidade com a sua função socioambiental

(art. 5º XXIII e 170, III, da CF). Torna-se válido lembrar que a ordem econômica tem como princípio a preservação do meio ambiente.

A aprovação desta unidade de conservação trará um ganho de qualidade de vida para a população de Fortaleza, pois visa o bem comum. Trata-se de uma área importante para o equilíbrio do ecossistema do Rio Cocó, além de ser uma formação remanescente de dunas único, que nunca mais terá possibilidade de se constituir no Município de Fortaleza.

Pelo que se constatou, não há qualquer contradição entre o PL 60/2009 — que cria a ARIE Dunas do Cocó — e o Plano Diretor de Fortaleza. Isto porque a criação de uma unidade de conservação, como já foi afirmado antes, obedece a uma lei federal, no caso da Lei 9985/2000 (do Sistema Nacional de Unidades de Conservação - SNUC), a partir da competência municipal de legislar sobre assunto de interesse local, suplementando a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II da Constituição Federal). Por outro lado, o Plano Diretor — que criou a Zona de Interesse Ambiental (ZIA) do Cocó, na área objeto do Projeto de Lei — estabeleceu, como objetivos desta ZIA, a compatibilização da conservação dos recursos naturais com uso sustentável dos recursos naturais; a sustentabilidade dos recursos naturais e o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizar com os objetivos de conservação da natureza (art. 73, I, IV e V).

Atente-se, ainda, para o fato de que a quase totalidade do local em questão constitui-se em área de preservação permanente (que pode ser suprimida apenas em casos de utilidade pública e interesse social, que não é o caso, repita-se) e que a construção naquela área (como pretendem construtores), além de ser insustentável, fere a legislação federal e municipal. Assim, a criação de uma unidade de conservação é perfeitamente compatível com os objetivos da ZIA Cocó, já acima descritos. Portanto, não há necessidade do PL 60/2009 - que, repita-se, é um projeto de criação de unidade de conservação - ser uma lei complementar.

Importante, nessa linha de raciocínio, aduzir que não podem as construções pretendidas, e previstas para toda a ZIA, serem realizadas sem que levem a destruição do meio ambiente à área que se quer proteger através da ARIE. Pois, conforme atesta o parecer conjunto da Secretaria Municipal do Meio Ambiente e Controle Urbano (SEMAM), da Superintendência Estadual do Meio Ambiente (SEMACE) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), já referido, um imóvel estabelecido em área de preservação permanente, como esta, composta basicamente por dunas fixas, semi-fixas, móveis e paleodunas, superpostas em alguns trechos por área de preservação dos recursos hídricos. Aduza-se, por oportuno, que foi a posição unânime dos órgãos federal, estadual e municipal que têm impedido, até agora, a construção naquela área, uma vez que não concederam licença ambiental para os empreendedores.

Ocorrendo, pois, como de fato ocorre, a existência de áreas de preservação permanente (APPs) naquele território (onde se expressa o conflito da construção

versus preservação), não pode o Plano Diretor permitir a sua supressão. Isto porque a Lei 4771/65, que instituiu o Código Florestal, em seu art. 2º, parágrafo único, estabeleceu, de forma peremptória, que, no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. Conforme visto, os órgãos ambientais já reconheceram que, praticamente, toda aquela área é composta de áreas de preservação permanente. Acresça-se que a supressão de vegetação em APPs é considerada pelo Código Florestal (art. 4º) uma exceção, que só será autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento próprio, o que não é o caso de empreendimento que se pretende construir no local;

Finalmente, reafirme-se que o direito de construir e o direito de propriedade não podem se sobrepor ao Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que “a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção do meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica. Ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, deve estar subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente (Cf, art. 170, VI)’” (ADI 3540 MC/DF - Relator: Ministro Celso de Melo, já citado anteriormente).

Por tudo o que foi exposto e consoante a melhor doutrina e a mais reconhecida jurisprudência, é que se entende ser o projeto de Lei nº 60/2009 constitucional, encontrando-se em conformidade com todo o ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ÁVILA, Fernando Bastos. Propriedade. In: **Pequena Enciclopédia da Doutrina Social da Igreja**. São Paulo: Loyola, 1991.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: Ambiente e direito no limiar da vida 2**. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização**

da Constituição Brasileira. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

BRASIL. 5ª Vara Federal, da Seção Judiciária do Ceará. Mandado de Segurança número N° 2009.00.001985-8, juiz: João Luís Nogueira Matias

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, SENADO, 1988.

_____. Resolução nº 12 de 14 de setembro de 2009. **Diário Oficial da União**. CONAMA, Brasília, DF, p.23405, 18 dez. 1989, Seção I.

_____. Resolução nº 303 de 20 de março de 2002. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. **Diário Oficial da União**. CONAMA, Brasília, DF, 13 mai. 2002.

_____. Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965. **Código Florestal**. Brasília, DF. Diário Oficial da União. 19 set. 1965.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI MC nº 3540 ADI 3540 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 01/09/2005

CEARÁ. Tribunal de Justiça. 2ª Vara da fazenda Pública da Comarca de Fortaleza. Ação Civil Pública nº 2009.002.4975-5 Fortaleza-CE, 2009, fls. 350

CORTIANO, Eroulths Junior. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil. À luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Helena Silvini. “Competências Ambientais” In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

FIORILO, C.A.P. **Curso de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FORTALEZA. **Lei Orgânica do Município de Fortaleza**. Fortaleza-CE, 2006.

_____. **Lei Complementar no 062**, de 2 de fevereiro de 2009 (institui o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza. Fortaleza-CE, 2009.

GUERRA, Isabella Franco, LIMMER, Flávia C. Princípios Constitucionais Informadores do Direito Ambiental. In PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001).

- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos** – Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis. 2005;
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ASSOCIAÇÃO DE ENGENHEIROS E ARQUITETOS DE PIRACICABA. GLOSSÁRIO. Disponível em: www.aeap.org.br/documentos/ANEXO1.doc. Acesso em: 09. jun. 09.
- BENJAMIM, Antônio Herman V. Desapropriação, reserva florestal e áreas de preservação permanente. disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/8691/1/Desapropria%C3%A7%C3%A3o_Reserva_Florestal.pdf Acesso em: 10. jun. 09.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MATIAS, João Luis Nogueira. **A Função Ambiental da Propriedade**, trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, in http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/07_216.pdf. Acesso em: 10 jun. 2009.
- ROSA, Alexandre de Moraes. Princípios Ambientais, Direitos Fundamentais, Propriedade e Abuso de Direito: Por uma leitura a partir do Garantismo Jurídico (Ferrajoli) Disponível em: advocacia.pasold.adv.br/artigos/arquivos/principiosdedireitoambiental.doc – Acesso em: 10. jun. 09.

RATIONALE OF ARIE “DUNES OF COCÓ”

Abstract: This article examines the constitutionality and legality of the Project of Law No. 60/2009, by city councilman João Alfredo Telles Melo (Socialism and Freedom Party - PSOL, the City of Fortaleza), co-author of this text, which creates the Area of Relevant Ecological Interest “Dunes of Coco”. The article assesses the legal basis of the project, under the aspects of the doctrine and case law, its compatibility with the existing law, especially concerning the new Master Plan of the city of Fortaleza. It concludes that the right to ecologically balanced environment takes precedence over the rights of property and real estate exploitation.

Keywords: Protection of Environment. Area of Relevant Ecological Interest. Master Plan. Right to ecologically balanced environment. Social and environmental function of property.

ASPECTOS ANÔMALOS DA RECLAMAÇÃO PERANTE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Paulo Ricardo Cavalcante de Siqueira

Especialista em Direito Público pela Universidade Vale do Acaraú.
Advogado.

paulinhosiqueira@terra.com.br

Sumário: Introdução. 1) Exposição preliminar e caracteres da reclamação. 2) A reclamação ante às legislações ordinárias e constitucional. Considerações finais.

Resumo: A reclamação é um instituto que tende a funcionar como remédio inespecífico e supletivo. Apesar da existência de divergências pontuais, a reclamação é pacífica quanto à sua relevância para a efetividade do processo. Ela tem previsão legal nos Regimentos Internos dos Tribunais brasileiros. A reclamação assume características visíveis de anomalia, frente à sistemática processual civil brasileira. A carência, e por vezes inexatidão, de regulamentação faz com que seu entendimento se torne comprometido. Reclamação é remédio judiciário de caráter correccional que objetiva impugnar atos ou omissões de juízes de primeiro grau de jurisdição que por natureza seriam irrecuráveis.

Palavras-chave: Reclamação. Regimento Interno. Recurso.

INTRODUÇÃO

Há uma tendência, sob aplausos de tribunais brasileiros, para erigir a reclamação à categoria de recurso especial, distinto dos demais, funcionando como remédio inespecífico e supletivo.

A inclinação que comporta ponderáveis exceções assume características visíveis de anomalia, frente à sistemática processual civil brasileira, mais objetivamente se observado o sistema recursal.

Talvez o apego aos princípios tradicionais consolidados no elastério sempre dominante da variedade de formas de como recorrer na legislação pretérita, tenha determinado o emprego da reclamação além de suas fronteiras naturais, atingindo limites vedados pela Carta Magna do país.

Diante da incerteza que a reclamação atravessa em nosso direito para cristalizar-se, nada está assentado, teoricamente, sobre a sua verdadeira e definitiva posição jurídica no campo processual.

Motivo de constante dúvida, a reclamação é por poucos conhecida, o que por si só é ensejadora de uma explanação.

A escolha da reclamação como tema para discussão se justifica pela escassa referência que a ela dedica, de modo direto, a bibliografia jurídica, quando pela diária aplicação do remédio na lide forense, carece de uma atuação precisa e fora de vacilações.

Abortada, mais freqüentemente, sob o foco constitucional, a reclamação necessita de explicações relativas à sua utilização no âmbito dos Tribunais de Justiça.

É preciso que se trace com precisão o roteiro por onde a reclamação haverá de caminhar decisivamente.

A razão para este trabalho é que as questões relativas à reclamação pouco têm sido objeto de discussões e estudos, e apesar disso apresenta profundas divergências. O correto e completo entendimento do tema possibilitará a visualização dos aspectos que envolvem a natureza e a forma da reclamação perante o sistema jurídico.

Tem-se, então, como objetivo geral, analisar o instituto da reclamação, diante do Código de Processo Civil com base nos fundamentos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos.

Os objetivos específicos são: abordar o posicionamento do direito positivo brasileiro frente ao instituto da reclamação; verificar como pode se dar a reclamação no âmbito dos Tribunais de Justiça; analisar a natureza da reclamação.

Em traços gerais, deixando à margem as decisões que revestem cunho extraprocessual civil, para observar as que manifestam finalidades que se equiparam, na prática, a verdadeiros recursos, como suplemento dos que existem hoje, cabe o presente estudo capaz de, purificando as linhas doutrinárias, explicar os aspectos de anomalia que a reclamação apresenta.

Com a explicação, quer parecer introduzido o tema, particularmente ligado à processualística e integrado no dia-a-dia dos operadores do Direito.

1 EXPOSIÇÃO PRELIMINAR E CARACTERES DA RECLAMAÇÃO

A reclamação, prevista nos Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça de alguns Estados, assume características de anomalia perante o Código de Processo Civil, funcionando como remédio inespecífico e supletivo, com resultados práticos similares aos dos recursos.

Diz José da Silva Pacheco (1989, p. 12), depois de catalogar os recursos vigentes no CPC, que: além desses recursos específicos, torna-se cada dia mais em uso a reclamação, cogitada pela generalidade das leis de organização judiciária.

Realidades forenses, portanto, atuando na esfera do direito codificado, sob pretexto de que os juízes agem ao influxo de atribuição construtiva, impulsionaram

o Judiciário a um papel legislativo inadequado à sua condição estrutural, diante dos exageros que repontam, por vezes, da singular criação.

O instituto, que teima em fixar raízes transcendentais aos definidos intuitos do legislador federal ordinário é, assim, nesse raio de ação extensivo, dependente de regulamentação apropriada.

1.1 ETIMOLOGIA E ACEPÇÕES DO TERMO RECLAMAÇÃO

O vocábulo reclamação se traduz por reclamar + ação, do latim *reclamatione*, ou como afirma Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2007, p. 487): ato ou efeito de reclamar; queixa; opor-se; fazer impugnação ou protesto (verbal ou por escrito).

Esse é o sentido comum.

Na linguagem jurídica não foge ao significado de inconformação.

É, ainda aí, um protesto, uma oposição, até mesmo no sentido extensivo, um meio de reivindicar direitos.

Traz Guillermo Cabanellas De Torres (2006, p. 406), em seu *Diccionario Juridico Elemental o verbete: Reclamación - la oposición que de escrito o de palabra se hace contra alguna cosa no consintiéndola o considerándola injusta. La reclamación puede ejercerse en forma privada o judicialmente, y puede tener por causa un acto jurídico o una disposición legal.*

O conteúdo da palavra, na terminologia especializada, assume um caráter restrito que comporta duas idéias principais.

Primeiro, pode traduzir, em princípio, um modo para defesa de um direito, inclusive para significar ação (sentido jurídico lato sensu).

Segundo, mais particularmente, quer dizer veículo de manifestação de um desagrado, que parece ao reclamante merecedor de correção por parte da autoridade judiciária de grau superior (sentido jurídico stricto sensu).

No entendimento jurídico amplo está por demais difundido o termo reclamação como sinônimo de ação no Processo do Trabalho sob a forma de dissídio individual, conforme os artigos 837 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ao lado dessa compreensão figura o sentido jurídico estrito em que expressa remédio judiciário de caráter correccional e, às vezes, por hipertrofia, o significado de recurso, embora impróprio, tanto no setor processual civil, como no ramo do Direito Penal.

1.2 INCLINAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

A jurisprudência não pode se sobrepor à lei. Existe um conjunto de regras por onde deve caminhar a jurisprudência, podendo transitar dentro dos limites sem porém ultrapassá-los, sob pena de se aventurar na inconstitucionalidade.

A ninguém é dado, entretanto, desconhecer ou obstacular o seu sentido construtivo fazendo da norma legal instrumento vivo de realização do direito.

A Justiça não pode ser indiferente às novas formas com que o presente procura modificar o futuro. A capacidade de construção jurídica foi sempre um dos atributos das grandes jurisprudências. Elas, em muitos casos, se anteciparam no tempo, propondo para hoje os ideais de justiça somente imagináveis com uma lenta evolução doutrinária.

Porém, as construções da jurisprudência por sua atividade restrita, no tocante ao ponto que se está examinando, desempenhando um papel importantíssimo, traduzem tendências que nem mesmo conseguiram um sentido uniforme.

Muito natural é essa disparidade jurisprudencial, porque, se os julgadores não se abrigam debaixo de um só pensamento quando é unitária a lei a aplicar, quando estão diversificados os princípios que informam o seu modo de agir ocorrerá divergência ainda mais asseverada.

Simultaneamente à vocação correcional, sobressai na multiplicidade dos acórdãos outra propensão, hipertrófica, de índole inovadora, procurando fazer da reclamação um recurso para quando não haja uma modalidade específica no quadro regular.

Debaixo desse aspecto, apenas em uma breve busca na jurisprudência brasileira, colhem-se alguns Julgados esclarecedores.

Segue a ementa do agravo regimental n. 22/03 do Juizado Especial Cível da Comarca de Balneário Camboriú:

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A DESERÇÃO RECURSAL - DECISUM PROFERIDO POR COLEGIADO E NÃO MEDIANTE DESPACHO DO PRESIDENTE OU DO RELATOR - INTELIGÊNCIA DO ART. 27, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO - NÃO CONHECIMENTO. **RECLAMAÇÃO**, NO MESMO RECURSO, QUANTO AO FATO DE NÃO HAVER CONSTADO DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL DE JULGAMENTO, A APELAÇÃO CÍVEL JULGADA DESERTA - ERRO IN PROCEDENDO DA SECRETARIA, RECONHECIDO - INFRAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 51 DO REGIMENTO INTERNO DAS TURMAS DE RECURSO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - JULGAMENTO ANULADO - INCONFORMIDADES EM RELAÇÃO À DESERÇÃO, JULGADAS PREJUDICADAS. (grifo nosso)

E isso para não se falar em outras variações que conduzem a fim idêntico, como se pode observar na Reclamação n. 2007.700431-2, de Balneário Camboriú - DJE n. 229, de 20/06/2007:

RECLAMAÇÃO - JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - CONTINÊNCIA NÃO EVIDENCIADA ENTRE AS DEMANDAS - POSSIBILIDADE DE

DECISÕES CONTRADITÓRIAS INEXISTENTE - EXEGESE DO ARTIGO 104 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - DECISÃO CASSADA.

Certas decisões dão restrição à admissibilidade da forma reclamatória, exigindo, além da ausência do recurso específico, que haja decisão que contenha erro ou abuso, que importe inversão da ordem legal. Como na Reclamação n. 2007.701870-3, de Itajaí - DJE n. 271, de 17/08/2007:

Os requisitos necessários para acolhimento do pedido de Reclamação encontram-se normatizados no artigo 126 do Regimento Interno das Turmas de Recursos: “Caberá reclamação de decisão que contenha erro ou abuso, que importe da inversão da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso específico”.

Não falta na variação de opiniões o combate aberto à reclamação, em uma tendência incontida de repulsa formal ao remédio, por parte de alguns juízes.

É verdade que sobre o assunto não é uniforme a jurisprudência dos Tribunais do País.

Se muitos consideram inadmissível a reclamação como recurso, vários outros a consideram meio hábil, na falta de recurso específico, para evitar ofensa ao direito da parte ou à ordem processual.

Em tão contraditório modo de entender, a palavra dos Tribunais constitui, no assunto, como em muitos outros, uma palpável interrogação.

A compreensão dispar não acarretaria desfecho ao sentido de dúvida ainda existente quanto à reclamação, apesar de já haver sido chamada de recurso instituído pela jurisprudência.

1.3 INCLINAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Diante da incerteza que a reclamação atravessa para cristalizar-se, nada está assentado teoricamente sobre a sua verdadeira e definitiva posição jurídica no campo processual.

Trata-se de uma medida que enseja, na sua conceituação, problemas oriundos da falta de precisão do roteiro por que haverá de caminhar decisivamente.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 196) a reclamação é tida por sua natureza jurídica como remédio processual sem natureza recursal.

Francesco Carnelutti (*apud* DINAMARCO, 2003, p. 09) esclarece a respeito dos remédios processuais:

A reclamação enquadra-se comodamente na categoria dos *remédios processuais*, que é muito ampla e abriga em si todas as medidas as quais, de algum modo, se afasta a

eficácia de um ato judicial viciado, se retifica o ato ou se produz sua adequação aos requisitos da conveniência ou da justiça (Carnelutti). (grifos do autor).

Ainda, segundo Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 09) o vocábulo reclamação: Ora é empregado como sinônimo de correição parcial, designando remédio processual destinado a impugnar atos ou omissões do juiz do primeiro grau de jurisdição, insuscetíveis do recurso de agravo; ora designa o meio mediante o qual se leva ao STF [....].

A natureza recursal da reclamação, não obstante defendida por alguns, não encontra respaldo no ordenamento jurídico processual atual.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos (Reclamação n. 831 – DF RTJ 56/539-50) a reclamação tem natureza de recurso, e estabeleceu como pressupostos:

a) a existência de uma relação processual em curso; b) um ato que se ponha contra a competência do Supremo Tribunal ou que contrarie decisão deste, proferida nessa relação processual ou em relação processual que daquela seja dependente.

Apesar de defendida, esta corrente não pode vingar. Certo é que a reclamação se assemelha na prática aos recursos, porém conferir-lhe natureza recursal é ultrapassar o limite do aceitável. Isto porque, os recursos são elencados expressamente em lei, não havendo qualquer dispositivo legal que lhe atribua referida natureza. Tê-lo como tal implicaria em afronta ao princípio da taxatividade.

Arrazoa Rui Portanova (2005, p.269):

Em virtude do princípio da taxatividade, só podem servir como recurso os instrumentos especificamente previstos em lei federal, quer seja via Código de Processo Civil, quer seja por outra lei de mesma hierarquia. A enumeração legal não é exemplificativa, mas taxativa. A interpretação neste caso é restritiva, e não ampliativa.

Nelson Nery Júnior (2004, p. 85) faz alusão à reclamação em duas passagens de sua obra. Na primeira delas equipara a expressão à correição parcial, para concluir tratar-se de medida administrativa. Em um segundo momento, aborda a reclamação prevista na CF, de competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Nestas hipóteses o autor não alude à natureza administrativa da medida, mas afasta a sua natureza recursal.

Digno de nota é o que observa Ada Pellegrini Grinover (2002, p.79-80), no sentido de que a reclamação constitui simples exercício do direito de petição, não se caracterizando como recurso, ação ou incidente processual:

A meu ver, a providência em questão constitui uma garantia especial que pode ser subsumida na cláusula constitucional que assegura “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou abuso de poder” (CF, art. 5º, XXXIV, a). (grifos do autor)

Este posicionamento é o acatado pelo STF, como visto no julgamento da ADIn 2.212-1-CE, onde o Supremo analisava em sede de controle concentrado a constitucionalidade de artigo da Constituição do Estado do Ceará, que previa o cabimento da reclamação para o Tribunal de Justiça do Estado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA J DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA.

1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em inversão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF).

2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local.

3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais.

4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

(STF – ADIn 2.212/CE. Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 14.11.2003 – p. 00011).

A referida norma fora impugnada dada sua natureza processual sendo, por isso, vedada sua previsão em lei estadual, face ao disposto no art. 22, I da CF. No entanto o STF ao afastar a natureza de ação e classificar a reclamação como simples exercício do direito de petição, julgou constitucional a norma, afastando a ofensa ao citado artigo.

Não é, contudo, a opinião de José da Silva Pacheco (1989, p. 30), que confere à reclamação natureza de ação, afirmando tratar-se de:

Ação fundada no direito de que a resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a decisão já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos ou se elidam os estorvos que se antepõem, se põem ou se pospõem à plena eficácia da decisão ou a competência para decidir.

Para Leonardo L. Moreato (2005, p. 174), este instituto tem a ver, antes de tudo, com a efetividade do processo, porque não se pode falar em processo efetivo sem que se garanta a autoridade das decisões judiciais; e, finalmente, com a sobrevivência e a efetividade do nosso sistema, com o Estado Democrático de Direito.

É certamente o mais arrazoado, tratando-se, em última análise, de mais um meio para se poder alcançar a tão almejada justiça.

1.4 OBJETO E REQUISITOS

A reclamação tem um objetivo definido, que não é para desprezar, dada a utilidade de seu emprego.

Na verificação desse fim é de mister fixar os conceitos oriundos dos princípios gerais consagrados pela jurisprudência e os assentos concebidos pela legislação dos Estados, e as disposições dos Regimentos de Tribunais, de par com a incipiente doutrina que se vem formando à sua margem.

Não resta dúvida de que ela é um remédio de disciplina judiciária com a finalidade de corrigir situações tumultuadas criadas no processo, quando para o caso inexistente recurso específico.

No dizer de José da Silva Pacheco (1989, p. 865): é a invocação do Tribunal ou do Conselho de Justiça do Tribunal para o acertamento do processo, quando o juiz estiver, na direção do feito, praticando atos que importem na inversão tumultuária da ordem processual.

Esse é o seu real propósito, não importando que, por hipertrofia, a reclamação seja entendida mais elasticamente.

Se assim o quiser, ou seja, ampliar o seu campo de atuação, deve-se vislumbrá-la no seu significado à equiparação integral aos recursos, almejando a proteção de direitos violados, pura e simplesmente quando os recursos normais se apresentassem insuficientes.

No verdadeiro intento, com o caráter disciplinar, os requisitos que se mostram podem ser assim expressados: a) que do despacho reclamado não caiba recurso ordinário; b) que encerre o mesmo despacho, erro ou abuso, que importe a inversão tumultuária da ordem legal do processo.

Logo, os elementos da medida reclamatória estão consubstanciados na inexistência de recurso específico para o caso e na necessidade de chamar o processo à ordem, por erro ou abuso de poder que tragam a sua perturbação.

Impõem-se tais requisitos de parilha com os outros que dizem respeito à sua interposição e processo.

Admitida com a função de recurso, de certo que desnecessário seria o implemento de condições além da simples falta de uma modalidade prevista em lei, para recorrer, guardados os naturais, pouco importando o tumulto processual porventura existente.

1.5 INTERPOSIÇÃO, PRAZO E OUTRAS PECULIARIDADES DE PROCESSAMENTO

Com funcionalidade de recurso a reclamação deveria ser interposta por quem sofresse o gravame.

Competiria a interposição tanto a parte propriamente dita como ao Ministério Público, ao figurar como interessado na lide e, por extensão, também ao terceiro interessado.

Na reclamação correcional, pela letra das disposições vigorantes, a faculdade de interpor cabe aos interessados.

As Leis de Organização Judiciária e os Regimentos dos Tribunais ora aludem às partes, ora aos interessados, e alguns, mais categoricamente, aos interessados ou ao Ministério Público.

No Distrito Federal, por exemplo, a reclamação compete ao interessado ou ao Procurador Geral, enquanto é conferida em São Paulo aos interessados ou ao Ministério Público e, em Alagoas ou no Ceará, às partes.

Há regimentos, como o do Pará, que silenciam a respeito.

Em matéria de prazo existe certa uniformidade de entendimento nos preceitos estabelecidos.

Assim é que as regras expressas sempre se atêm a um período de cinco dias a contar de quando o interessado conheceu do ato a reclamar.

Tem prevalecido no direito positivo brasileiro, razoavelmente, o critério de prazo mais curto nas situações de menor repercussão, reservado um maior tempo para que sejam formulados recursos mais importantes.

Daí o prazo da apelação ser maior em cinco dias do que o tempo de propositura de um agravo. O legislador vislumbra, ao que tudo indica, o alto significado da apelação e as naturais dificuldades para ser intentada, envolvendo quase sempre, matéria mais complexa e elástica.

Nesse tocante o assunto sugere uma apreciação que demonstra o aspecto incoerente, revelador da inconsistência da reclamação tal como está amparada regionalmente.

A conseqüência inicial da formulação de recurso é impedir a produção normal dos efeitos da sentença, isto é, que as interlocutórias não assumam caráter preclusivo e nem as definitivas, o de coisa julgada.

Fosse a reclamação havida por recurso, fatalmente ensejaria um desses resultados.

Porém, se existe um prazo predeterminado para que seja interposta, como não é amparada por lei federal unificada, a falta de propositura do remédio, diante do cunho extralegal em apreço, deixa de determinar preclusão e, muito menos, pode fazer coisa julgada, diferentemente do que ocorre com a falta de formulação de agravo no caso de cerceamento de defesa, por exemplo.

Quanto ao rito empregado, a reclamação, excepcionalmente, permite a avocação dos autos da questão principal, sendo o comum o seu conhecimento através de peças extraídas daquele processo.

O modo de proceder traz vantagens indiscutíveis, mormente se entendido, conforme Egas Moniz de Aragão (1969, p.107-108) que a reclamação não é um recurso e, portanto, sem força para obstacular o seguimento do processo, paralisando-o, tal como se comportasse efeito suspensivo:

Não parece admissível dizer que a reclamação seja, em verdade, um recurso. [...] A reclamação não tem por finalidade remover o gravame que incidiu sobre a parte através de despacho judicial errôneo ou prejudicial, nem o seu cabimento está sujeito a prazo ou à existência ou inexistência de recurso.

Ainda hipertrofiada, para servir de recurso, a formação do instrumento mostra vantagens. Realmente, por esse intermédio é levado ao julgador ad quem o material de que carece no exame a proceder e, sem prejudicar a marcha processual, ao mesmo tempo que permite pronta solução às irregularidades reclamadas, atende aos princípios da celeridade e economia preconizados na melhor doutrina.

A reclamação precisa formar-se indispensavelmente com o traslado das peças que evidenciem o ato atacado, a época em que o reclamante dele conheceu a procuração e elementos outros que instruem o julgador a respeito das realidades do tumulto no processo.

É de se observar ainda, se há ou não necessidade de um pedido de reconsideração a ser feito pelo reclamante ao juiz do ato atacado, objeto da reclamação.

Prefere-se, por ser de melhor política, a fórmula do CPC ao permitir ao juiz a reforma ou a manutenção do decisório agravado.

Bem se sabe, é de bom senso, pelo menos, se dar sempre ao julgador a possibilidade de emendar um erro, de corrigir a situação tumultuária do processo, ganhando-se tempo precioso com o possível reconhecimento da irregularidade.

Nesse apanhado do que é peculiar à reclamação tem seu destaque o ponto relacionado com o preparo dos autos. Como ocorre aos recursos, a reclamação será considerada deserta se não for preparada no tempo devido.

2 A RECLAMAÇÃO ANTE AS LEGISLAÇÕES ORDINÁRIAS E CONSTITUCIONAL

A legislação vigente tem sido omissa quanto à reclamação como recurso autônomo e normal. Desta feita busca-se observar como a reclamação se apresenta frente à legislação no Brasil.

Rebuscando as leis da fase colonial, do período de transição do sistema legislativo lusitano para o brasileiro e mesmo do ciclo da legislação própria, não se encontra um recurso de reclamação com essa designação específica.

Diferente, é bem verdade, o sentido processual moderno em que a expressão vem sendo utilizada na sua acepção jurídica estrita.

Em retrospecto, a fim de se apreciar o conteúdo das Ordenações do Reino nota-se pela leitura a seguir do parágrafo 5º da Compilação Filipina, datada de 1603, seus caracteres de outrora, nos seguintes termos:

E quando o arbitramento for feito pelos arbitadores aprovados pelas partes, e ajuramentados, se alguma dellas se sentir agravada, e pedir que seja reduzido ao arbítrio e bom juízo dos juizes, como dito he, podêl-o-há fazer do dia, que o arbitramento for feito, ate hum anno cumprido, queixando-se a elles do arbitramento injustamente feito, ou reclamando perante outro qualquer Julgador, stando em outra parte, e tirando disso instrumento público. E não se queixando, nem reclamando no dito anno, dahi em diante o não poderá mais contradizer, mas ficará para sempre firme, como se já secundariamente fosse aprovado pelos juizes.

A alusão invocada a título de curiosidade pelo uso já então feito da providência não guarda analogia com os aspectos principais da reclamatória de hoje, mas deixa entrever primórdios da atual reclamação.

2.1 NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Através do significativo trabalho que vem aprimorar o nosso Direito Processual Civil, adaptando-o aos reclamos de processualística mais adiantada, sem abandonar, no entanto, princípios tradicionais das legislações anteriores, a construção de 73 padronizou os recursos, de modo a evitar tumultos, prolongações e confusão no curso do processo, fixando-os, nos termos do art. 496, em apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Fazendo essa rápida enumeração, nota-se a exclusão de um recurso reclamatório no direito positivo em vigor, sem a necessidade de se analisar o conceito dessas importantes formas, alheias ao nosso estudo, queremos dizer que elas pouco se aproximam estruturalmente da aludida construção jurisprudencial que aparece, constantemente, nos julgados.

Não se distanciaria a reclamação, totalmente, dos recursos em vigor, dadas as suas características, por certo, se se fizesse vista larga da sua origem legislativa.

Mas, pouco apresenta de comum com eles, numa compreensão mais exata, porque, se todos estão engastados num campo definido e certo, a reclamatória tem um raio de ação acessório, inespecificado, ou com melhor propriedade, restrita à disciplina, à correição do foro.

A maioria absoluta dos comentadores do Código de 73, como não poderia deixar de acontecer, anotam os mesmos recursos.

Alguns falam em reclamação, mas em maior número, para combatê-la.

A reclamação, nem por isso ficou desamparada plenamente, sendo possível vislumbrá-la em estudos doutrinários, acórdãos, e nos Regimentos Internos de Tribunais.

Não há dúvida, entretanto, que a transigência é bem significativa.

2.2 NAS LEIS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Não há legislação federal sobre processo civil no Brasil, tal como está evidenciado, um recurso de reclamação.

Buscam-se, portanto, as suas características, a fim de ser entendido o espírito da jurisprudência que a vem adotando, nas legislações regionais, com a denominação de Leis de Organização Judiciária, bem assim nas disposições que constam nos Regimentos Internos elaborados pelos Tribunais.

O sentido criador da lei orgânica da justiça ultrapassa a sua órbita natural se pretender alcançar diretamente o processo, e menos atuação ainda pode ter o Regimento Interno, desde que, segundo Castro Nunes (1943, p. 117-118) neste se estabelecem as normas a seguir ao influxo dos trabalhos do Tribunal e demais disposições atinentes aos serviços da sua economia interna, apesar de ser costume consolidar no seu texto as normas constitucionais e legais respeitantes à organização do Tribunal e ao processo na parte aplicável à instância superior.

De modo geral, esses estatutos cuidam das reclamações se bem que, em alguns, sob feição administrativa.

Há os que avançam mais, todavia, dando-lhe destaque permissivo de interpretações elásticas e os que consideram o assunto em reserva.

Redigido em termos mais restritos que os presentes nos Regimentos Internos dos Tribunais de outros estados, o Regimento por que se regula o Tribunal de Justiça do Ceará, dedicando um capítulo à reclamação, fixa no art. 238 o seu conceito:

Contra despacho irrecorrível, poderão as partes, desde que haja necessidade de chamar o processo à ordem, para correção de erros, ou emendas de abusos, que importem em inversão tumultuária dos atos e fórmulas de ordenamento processual, reclamar dos atos judiciais praticados por Juiz de 1º. grau, dentro do prazo de cinco dias de sua ciência.

A redação do dispositivo não se limita a uma atitude de simples correção, como poderia ser entendido.

Na conceituação legal o legislador permitiu a interpretação ampla. Depois de dizer que cabe reclamação “para correção de erros”, inseriu a palavra ou, tradutora de uma condição alternativa, para concluir o pensamento “emendas de abusos, que importem em inversão tumultuária dos atos e fórmulas de ordenamento processual”.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará cogita reclamar de atos dos juízes, fixando seu conceito no art. 210. Mais notória está ali a sua aproximação dos recursos em a definindo quando, para o caso, não houver recurso específico.

A competência do Conselho Superior da Magistratura é prevista no art. 217, na seguinte hipótese: se o caso comportar penalidade disciplinar, a turma julgadora determinará a remessa dos autos ao Conselho Superior da Magistratura, para as providências pertinentes.

O Regimento Interno citado estabelece o modo de interposição e processamento das reclamationárias do art. 210 ao art. 217.

2.3 A reclamação perante a Constituição Federal

Longe o desejo de se proclamar a reclamação como um recurso e ainda mais distante o intuito de querer divisar essa autêntica exorbitância de poder como expressão de reconhecimento definido.

Nessa etapa de construção, num terreno de instabilidade, quando os exageros podem conduzir a adoção de um sentido contrário ao espírito do CPC e da própria Constituição, quer-se firmar posição oposta à hipertrofia de que se tratou até agora, significando a anomalia da reclamação, frente à Carta Magna, ao ser transformada em recurso.

Para isso, tem-se de invocar, como argumento decisivo, a letra mesma da Constituição.

O seu art. 22 dispõe: Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Ora, é defeso ao Estado legislar em referência a processo, porque, no art. 25, parágrafo 1º a Constituição reserva aos Estados tão somente as competências que não lhes sejam, implícita ou explicitamente, vedadas.

Desde que a Carta Constitucional inadmitte sequer a legislação estadual supletiva ou complementar, está eliminada qualquer dúvida a respeito. Aos Estados não resta base constitucional para feitura de leis que impliquem na invasão do campo reservado à União.

Estamos diante de uma situação incontroversa porque é a Constituição Federal que dá e ao mesmo tempo restringe a competência dos Estados.

A reunião de princípios disciplinares nas regras estabelecidas pelos poderes estaduais como matéria de direito orgânico da Justiça, não enseja uma inquinação qualquer de impropriedade legislativa, de falta de obediência ao preceito constitucional mas, a compreensão ampliada com a adoção de um recurso estranho ao CPC, conduz, inegavelmente, a um resultado que contraria a determinação da Lei Fundamental.

De fato, se como medida disciplinar a reclamatória nada objetiva de anormal quando figura em Regimentos Internos dos Tribunais, anormalmente teria sua inclusão como recurso fora da codificação processual brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reclamação, entendida como remédio judiciário *sui generis*, excepcional, mostra aspectos interessantes.

No conteúdo de sua acepção jurídica exprimindo correição, ou no sentido hipertrofiado de recurso, reveste feições diferenciadas.

E se a jurisprudência tem levado a caminhos que põem em evidência esse conflito, provocado pelos litigantes, entre a sistematização do CPC, feito sob amparo da permissão constitucional, e uma tendência criadora, apoiada em frágil arrimo, em normas descentralizadas e hierarquicamente inferiores, também aí, a mesma duplicidade de entendimento se oferece para dar autoridade legal incontestada às correições parciais, quando funcionam como remédio disciplinar e não, quando exorbitam do verdadeiro sentido, arvoradas em recurso.

Possível é justificar a substância da correição parcial, da reclamação com finalidade disciplinar, em face de sua utilidade, do serviço assinalado que presta no intento de manter a ordem indispensável à boa administração da justiça e aos regulares trâmites do processo.

E se a reclamação-recurso pode desempenhar papel importante na defesa do direito da parte como suplemento de uma catalogação, e se mesmo é possível admitir um recurso inespecífico quando, como no nosso sistema de recursos, o legislador fez enumeração taxativa, não se encontra a reclamatória fixada em nosso direito positivo com o alicerce de que carece para ser aplicada, tal como se fora uma legítima forma de recorrer.

Nem mesmo o precedente histórico abrandaria essa positiva irregularidade.

É intuitivo que a reclamação disciplinar, correcional, nesse quadro do direito brasileiro atual tem lugar assegurado no sistema que separa as competências para legislar entre a União e os Estados, enquanto a outra reclamatória (reclamação-recurso) magoa as regras essenciais, foge do tipo normal mostrando nítido aspecto de anomalia.

Partindo do ponto central, da Constituição, torna-se imperativa a conclusão de que marginalmente ao Estatuto Básico não pode prosperar um corpo de regras contrárias aos fundamentos ou à formalização que impõe.

E nesse caso, o CPC é o único veículo legítimo, pela sua redação inicial ou pelas normas federais que a ele se vierem incorporar sem caráter derogatório, para a criação de recursos e dar a medida de seu comportamento no direito positivo brasileiro.

A própria regra elaborada pelo povo brasileiro, por seus representantes em Assembléia Constituinte, sabedora de que ficou aos Estados apenas o direito de organizar sua justiça e, mais particularmente aos Tribunais, a faculdade de ditarem suas regras regimentais, dispôs:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Bastaria o citado preceito ao destaque da feição anômala que escolhemos quanto à reclamação e quanto à reclamação-recurso. Ele, por si, teria força para arrastar com a letra pura da lei essa tentativa hipertrófica a um desalentador e irremediável resultado negativo. Contudo, o espírito, o sentido lógico dado ao artigo, em combinação com os intuítos que presidiram a elaboração de nosso CPC, corroboram fortemente à conclusão enunciada.

Na verdade, os antigos argumentos em favor de direito processual único para todo o território nacional revivem, agora, a fim de que não se admita, de novo, um modo diferente de aplicar o direito nas várias porções territoriais do organismo político do Estado Brasileiro, conforme o número variado de Regimentos Internos, único em cada Estado.

Não seriam as legislações esparsas, regionais, capazes de alterar a lei de atuação nacional.

A Constituição é clara ao reservar ao Legislativo Federal o direito de estabelecer leis processuais.

E a legislação orgânica dos Estados, bem assim os Regimentos Internos de Tribunais, incorporados às máximas por que se regem ao Judiciário, tem significação reduzida sem que possam imprimir reflexo maior nas linhas mestras do processo normalmente criado.

Entender por outro modo é desvirtuar o sentido da hierarquia das leis que ficamos em manter inviolável.

Que os Estados estabeleçam, como ocorre, a reclamação para fins disciplinares estará correto; mas que a estendam aos domínios da lei processual criando recurso novo, não previsto no CPC, é dar rumo duvidoso, injustificável e sem valia.

Não será ilícito, senão por outra lei federal, na estruturação de nosso sistema legislativo, no regime de prévia ordenação legal em que vivemos aceitar novos meios de recorrer. Por isso mesmo, sendo a reclamação, como recurso, um remédio que se não coaduna com a lei vigente, quer na sua manifestação constitucional, seja no seu revestimento e conteúdo ordinário, embora tendo encontrado apoio na jurisprudência e utilização forense pela atuação das partes, é, no sentido legal, medida essencialmente anômala.

REFERÊNCIAS

Livros:

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Ordenações Filipinas**. Rio de Janeiro: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **A correição parcial**. Curitiba: Imprensa da Universidade Federal do Paraná, 1969.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Anotações sobre a teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Guillermo Cabanellas De. **Diccionario Juridico Elemental**. 4. ed. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 2006.

Documentos Jurídicos:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei n.º 5.869/73, de 11 de Janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 03 fev. 2009.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452/43, de 01 de Maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 03 fev. 2009.

CEARÁ. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/institucional/pdf/regimento_interno_tjce.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2009.

PARÁ. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, Disponível em: <<http://www.tj.pa.gov.br/legislacao/pdf/RegimentoInterno2008.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2009.

Periódicos:

DINAMARCO, Candido Rangel. A Reclamação no processo civil brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 9-16, mar./abr. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da reclamação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 75-83, abr./jun. 2002.

MOREATO, Leonardo L. A Reclamação constitucional e a sua importância para o Estado democrático de direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 171-187, abr./jun. 2005.

PACHECO, José da Silva. A “reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 78, n. 646, ago. 1989.

ANOMALOUS ASPECTS OF THE CLAIM BEFORE
BRAZIL'S CIVIL PROCEDURAL LAW

Abstract: The claim is an institute that tends to function as non specific and supplementary remedy. Despite the existence of prompt divergences, the claim concept is pacific in terms of relevance for the effectiveness of the process. It has legal prevision in the internal regulations of the Brazilian Courts. The claim assumes visible characteristics of anomaly, before Brazil's civilian procedural systematics. It is a judiciary remedy of correctional character that aims to repeal acts or omissions by judges of first degree of jurisdiction, when, by their very nature, such acts or omissions would be unappealable.

Keywords: Claim. Internal Regulations. Appeal.

DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A FORMAÇÃO DO DIREITO MODERNO NA ANTIGUIDADE E NO MEDIEVO

Eneas Romero de Vasconcelos

Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Professor de Filosofia do Direito e de Direito da Criança e do Adolescente. Promotor de Justiça.

eneasromero@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) Desenvolvimento dos direitos humanos no Ocidente. 2) Há direitos humanos no mundo antigo e medieval? Conclusão.

Resumo: Os direitos humanos fazem parte hoje do cotidiano das democracias contemporâneas, mas eles têm uma história muito mais longa. A compreensão da história dos direitos humanos é muito importante para que se compreenda o seu significado para o Estado e para a sociedade moderna. O estudo das origens medievais dos direitos humanos costuma ser negligenciado, mas o significado atual dos direitos humanos na sociedade moderna apenas adquiriu sua importância baseadas na filosofia grega, no direito romano e no Cristianismo que tornaram possível a construção da teoria e da prática dos direitos humanos na sociedade moderna até hoje.

Palavras-chave: História do direito. Direitos humanos. Antiguidade e medievo.

INTRODUÇÃO: A ATUALIDADE DA HISTÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos estão em todos os lugares. O cidadão preso pede liberdade provisória afirmando que o Direito impede, salvo em casos excepcionais, a prisão cautelar durante a instrução processual; o motorista, ao ser parado por agente estatal para realizar um teste de bafômetro para verificar o índice de álcool em seu corpo, considera que pode se negar a fazer o exame, eventualmente até mesmo sem sanções jurídicas, pois a Constituição garante que ninguém será forçado a prestar provas contra si mesmo; a tortura contra um cidadão suspeito é inadmissível; imposto novo só se for criado por lei anterior; “não há crime sem

lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal e ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” São as promessas feitas pelo art. 5º I, II, XXXIX, LVII e LXIII e art. 150, I e III, b da Constituição Federal, que esperamos sejam cumpridas.

Hoje, todo mundo pensa que tem direitos que estão acima da lei e tem mesmo: são os direitos fundamentais do cidadão, protegidos pela Constituição, mas, nem sempre, foi assim e, na verdade, muitos destes direitos são bem recentes. A tortura como técnica de interrogatório e obtenção de confissão era corriqueira nos processos penais; a liberdade religiosa, por séculos, não passava de uma miragem; as mulheres, até recentemente, não votavam, nem poderiam ser eleitas; o homossexualismo era crime; os filhos gerados fora do casamento não tinham direitos e um negro, só mesmo em sonho, poderia querer ser Presidente da República.

No Estado Democrático de Direito, a igualdade entre as raças e os gêneros, entre os filhos legítimos e ‘ilegítimos’, a liberdade religiosa e a vedação incondicional à tortura são direitos humanos reconhecidos e protegidos; hoje, todo cidadão sabe que, se for preso, não poderá ser torturado; toda mulher sabe que, se ficar grávida, seu filho terá direito a alimentos a serem prestados pelo genitor, pouco importando se o pai for solteiro, viúvo ou casado.

Os direitos humanos fazem parte do nosso cotidiano e são tão importantes que sem direitos humanos não há sequer paz, como expressa BOBBIO, em feliz síntese: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.” (1992, p.1).

Na guerra, acontecimentos trágicos, como a morte e a fome, fazem parte do próprio jogo pelo poder, a ser conquistado através da força, e o século XX foi pródigo em demonstrações dos desastres humanitários que acompanharam as guerras, conforme demonstra JUDT (2008, p. 31-32).

As guerras do século XXI, externas ou internas, com os milhares de mortos do Iraque e do Sudão, ou da Geórgia, não nos deixam esquecer a incompatibilidade entre as guerras e os direitos humanos, mas uma sociedade que não respeita, sistematicamente, os direitos humanos, como no Sudão ou no Zimbábue hoje, os conflitos acabam encontrando solução através do uso da força, da violência e, em última análise, resultam na guerra civil.

Mas se a paz é necessária para um respeito mínimo aos direitos humanos, o respeito aos direitos do homem é igualmente importante em tempos de paz; até mesmo os países mais ricos e desenvolvidos enfrentam graves problemas para garantir o respeito aos direitos do homem, como demonstra o problema da imigração (e dos direitos dos imigrantes na Comunidade Européia e nos EUA), da tolerância religiosa, da eutanásia e da liberdade de expressão.

Os direitos do homem impõem, portanto, obrigações para países ricos e para países pobres, desenvolvidos e subdesenvolvidos, em tempos de guerra (conforme previsto pela Convenção de Genebra) ou de paz; e devem ser respeitados até mesmo por países não democráticos signatários da Declaração Universal de Direitos do Homem e demais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conforme leciona CANÇADO TRINDADE (2002, p. 649-650):

[...] ao ratificarem os tratados de direitos humanos os Estados Partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também *obrigações gerais* da maior importância, consignadas daqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e *assegurar o respeito* dos direitos protegidos – o que requer medidas positivas por parte dos Estado – e outra é de *adequar o ordenamento jurídico interno* à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção - tal como requerido pelos tratados de direitos humanos.

Se, por um lado, há amplo consenso sobre muitos dos direitos humanos que se deve preservar, levando BOBBIO a afirmar que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*” (1992, p. 24), ainda há um amplo dissenso em relação a parte dos direitos humanos que geram acaloradas controvérsias e estão longe de encontrar um consenso: o aborto e a eutanásia, por exemplo, demonstram claramente esta divergência. Afinal, uma pessoa, acometida de doença grave, incurável e dolorosa, tem o Direito a finalizar com a própria vida com auxílio médico para tornar o processo indolor? Uma mulher, grávida de um feto com grave deformidade física incapacitante, anencefalia, por exemplo, tem o direito a abortar o feto nos primeiros meses de gestação?

Em ambos os casos, o que se decidirá é se, no sistema de princípios, o direito à liberdade compreende a liberdade de antecipar o fim da própria vida de modo indolor e se o direito à liberdade da mulher abrange a possibilidade de interromper a gravidez de um feto com grave deformidade física incapacitante. Embora o direito à liberdade, um dos direitos humanos ‘clássicos’, seja um dos direitos controvertidos neste caso, a resposta para a questão é mais complexa e implica em uma abrangente reconstrução do significado da liberdade, da dignidade e dos próprios direitos fundamentais nos sistemas jurídicos democráticos.

Esta reconstrução, aparentemente clarividente, implica na necessidade de se compreender como os direitos humanos se constituíram ao longo da história e quais as leituras e releituras possíveis para cada direito hoje: o que retorna na discussão é o que sempre esteve em questão, a construção do significado da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, mas o significado atual

da igualdade e da liberdade é tão diferente do significado passado que corremos, sempre, o risco de equiparar situações diferentes, recaindo no paradoxo da faca de Lichtenberg: “mudou o cabo e botou uma lâmina nova, e porque gravou nela o mesmo nome espera que seja considerada como instrumento original.”

Por isso, a interpretação dos direitos humanos hoje implica na necessidade de reconstrução do constitucionalismo, como demonstram JACKON & TUSHNET (2006, p. 243), que resultou na construção da própria idéia de direitos humanos, conceito submetido à permanente transformação e à graves desafios, que colocam em risco os próprios direitos humanos, como bem demonstrou a polarização ideológica do início do século XX e as Guerras Mundiais com os resultados desastrosos e trágicos conhecidos: a história, do mundo antigo ao contemporâneo, ensina que a civilização é uma conquista, que para ser mantida precisa ser permanente cultivada para que seja preservada, como demonstra NEMO (2002, p. 3).

Não podemos esquecer, portanto, que os direitos humanos foram resultado de um consenso lentamente conquistado durante a história a custo de muito sangue e sofrimento em uma luta sem fim que continua, mesmo no *Estado de Direito*, em permanente renovação e reconstrução: precisamos sempre relembrar os limites até onde o Estado pode ir e re-definir os direitos humanos.

O terrorismo internacional, notadamente depois do atentado de 11 de setembro, propõe novos desafios aos direitos humanos, que devem ser respeitados em um momento de tensão entre Estado e cidadão: Estado que, no mundo contemporâneo, precisa ser cada dia mais poderoso (para combater o terrorismo e evitar tragédias humanitárias, distribuir recursos sociais e garantir segurança pública) para respeitar os direitos do cidadão, sempre com o risco de, em razão do poder excessivo, tornar-se o agente maior da opressão.

A questão central do Estado Democrático de Direito é, portanto, saber como conciliar o ideal de Justiça, representado por Têmis, e o poder expansivo do Estado, representado por Leviatã. A expressão é de MARCELO NEVES:

O problema do Estado Democrático de Direito é exatamente o de como conciliar poder eficiente como direito legitimador. Na tradição ocidental, Leviatã apresenta-se como símbolo do poder expansivo do Estado. Têmis, antes de tudo, representa a justiça abstrata. O Estado Democrático de Direito caracteriza-se precisamente por ser uma tentativa de construir uma relação sólida e fecunda entre Têmis e Leviatã – portanto, de superar a contradição tradicional entre justiça divina e poder terreno (um paradoxo); uma tentativa no sentido de que a justiça deveria perder sua dimensão transcendente e o poder não mais ser considerado mera facticidade: o Estado Democrático de Direito como invenção da modernidade. Nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar a sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna. Não se trata apenas de uma fórmula para

‘domesticar’ ou ‘domar’ o Leviatã. Antes, o problema consiste em estabelecer, apesar das tensões e conflitos, uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã, de tal maneira que o direito não se mantenha como uma mera abstração e o poder político não se torne impotente por sua hipertrófica ou falta de referência legitimadora (2006, p. XVIII e XIX).

No constitucionalismo, o Estado passa a existir para garantir os direitos do homem, mas corre o risco de ser o principal agente de desrespeito aos direitos que deveria ter como função preservar.

O que, no Estado Democrático de Direito, deve ser preservado por estar de acordo com os direitos humanos e o que deve rejeitado por incompatível? O Estado pode, para combater a criminalidade ou o terrorismo, prender um cidadão sem acusação formal, ou com uma acusação precária, para evitar um mal maior e garantir a liberdade de outros cidadãos?

Reconstruir o longo trajeto (desde o mundo Antigo e Medieval até Contemporâneo, com ênfase nas Revoluções da época Moderna que resultaram no surgimento das primeiras declarações de direito e na universalização dos direitos humanos internacionais e na proteção dos direitos fundamentais das Constituições dos Estados Nacionais) é o caminho mais apropriado para se responder a qualquer pergunta sobre o significado dos direitos humanos e fundamentais no Estado Democrático de Direito e “o que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”, de acordo com a lição de COMPARATO (2004, p. 1). Mas quando, afinal, passamos a ser considerados iguais e livres?

1 DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO OCIDENTE

Quando surgem os direitos humanos? Na democracia grega? No direito romano? Nos ensinamentos do Rei Salomão? Com o surgimento de Cristo?

A primeira questão que se coloca ao se analisar o desenvolvimento histórico dos direitos humanos é estabelecer até quando devemos retroceder na história, o que implica identificar em que momento passou-se a reconhecer os direitos humanos, garantindo-se a cada indivíduo a reivindicação de tratamento igualitário: a partir de quando toda pessoa passou a ser tratada com igual respeito e consideração? Havia direitos humanos nas *sociedades sem Estado* ou nas *Monarquias Sagradas do Oriente Próximo*? E, em Jerusalém, Roma e Atenas, nas capitais espirituais do Ocidente, havia direitos humanos? Ou os direitos humanos apareceram, então,

na Idade Média? Ou somente na Idade Moderna? Os direitos humanos são, então, os filhos da Revolução Francesa?

Identificar o momento em que passamos a ter direitos humanos protegidos e reconhecidos é um problema muito mais complexo do que imagina nossa filosofia: em primeiro lugar porque a identificação do ‘DNA’ dos direitos humanos não pode ser encontrado em apenas um momento, em uma época, mas provêm de uma longa tradição histórica; em segundo lugar, porquanto os direitos humanos se constituem a partir da sucessiva adoção de diferentes idéias de diversos períodos históricos, que, lidas e relidas, passam a garantir a todo ser humano a reivindicação de igualdade, liberdade e dignidade; em terceiro lugar, porque qualquer estudo histórico é antes de tudo um estudo marcado pelas escolhas do autor do estudo, pois “como disse Friederich Nietzsche, nada que tenha história pode definir-se. Não obstante, um autor que não escreva obras de ficção tem o dever de revelar desde o começo alguns de seus prejuízos.”, segundo BERMAN (1996, p. 12): gostemos, ou não, os nosso preconceitos são determinantes para estabelecer quando os direitos humanos surgiram, pois “os preconceitos de um indivíduo são, muito mais do que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.”, conforme leciona GADAMER (2002, p. 416).

É só no Ocidente que há direitos humanos? Por acaso, não haveria direitos humanos na milenar China, Índia, Japão ou Irã? A resposta é: não. Os direitos humanos são filhos tardios da tradição jurídica ocidental e somente neste contexto podem ser conhecidos, pois foi na **tradição jurídica do Ocidente** (e de suas revoluções papal, luterana, gloriosa, americana, francesa e russa) que os direitos humanos surgiram e se desenvolveram, segundo BERMAN (1996, p. 3-29).

Portanto, quando começamos a contar a história dos direitos humanos, precisamos lembrar, com GADAMER, que “não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos” (2002, p. 415), pois, antes mesmo de nascermos, a história dos direitos humanos já havia sido contada aos nossos antepassados e nossa formação se dá a partir destas noções pressupostas que se transmitem pela própria linguagem que nós é legada (2002, p. 176): a escravidão, desde a infância, é ensinada como má por tratar de modo desigual as pessoas; as mulheres não são mais criadas para serem donas de casa, mas apenas para, eventualmente, escolherem dedicar suas vidas aos filhos e à família.

Nos séculos XIX e XX, a escravidão tornou-se universalmente ilícita por contrariar a dignidade da pessoa humana; a liberdade da mulher, porém, ainda encontra graves mitigações no mundo atual: no Irã, no Paquistão ou na Arábia Saudita a mulher não tem, nem de longe, a mesma liberdade da mulher ocidental e, mesmo no outro lado do mundo, elas continuam sendo as vítimas ‘privilegiadas’ da violência masculina, o que justificou, no Brasil, a criação de uma lei específica para enfrentar o problema.

Historicamente, contudo, o tratamento desigual entre as pessoas com base na raça ou no gênero era ‘normal’. Muitas das idéias que hoje parecem tão consensuais são tão recentes que nós esquecemos quão difíceis, sofridas, sangrentas, foram as lutas para se chegar a noção de que toda pessoa humana é igual em dignidade e deve ser tratada com igual respeito e consideração. Muitos erros, recentes inclusive, ocorreram durante esta história e ainda há hoje locais em que a intrínseca igualdade entre as pessoas ainda não é aceita: os direitos humanos, posto que universais, são filhos tardios do Ocidente e sua positivação é uma aquisição evolutiva da sociedade moderna

Estudar a construção desta tradição é indispensável para decidirmos o que faremos, a partir de agora, com os direitos humanos que herdamos? Qual o significado da dignidade hoje e quais as leituras possíveis para o amanhã? Os terroristas, ou os criminosos violentos, são, em razão da crueldade de seus atos, menos dignos do que os outros seres humanos?

Construir o significado atual e os desdobramentos futuros dos direitos humanos é a tarefa de cada geração e, de acordo com WARAT, “É impossível desconhecer que só se pode ler a história do direito como a história dos direitos humanos.” (1997, p. 17). Tarefa que deve ser feita com a consciência de nossos prejuízos e pré-conceitos, no sentido empregado por GADAMER (2002, p. 415-416), para que possamos re-contar, do melhor modo, a história dos direitos humanos para resolver hoje, pensando no amanhã, quais direitos devem ser preservados e qual o significado de cada direito fundamental.

Esta questão, sempre atual, para ser compreendida adequadamente deve ser situada na reconstrução da tradição jurídica ocidental: a igualdade, a liberdade e a dignidade de cada indivíduo pertencem à tradição jurídica do Ocidente e somente a sua reconstrução, como reconhece BERMAN conduzirá a uma compreensão adequada do significado dos direitos humanos hoje, pois “Como expôs Goethe, a tradição não se herda: tem-se que conquistá-la.” (1996, p. 16).

Portanto, para manter viva a tradição dos direitos humanos, é preciso reconquistá-la, mas só se pode conquistar algo que conhecemos. É necessário, então, que conheçamos um pouco melhor a tradição que tornou possível, como afirma COMPARATO, “o reconhecimento universal de que [...] nenhum indivíduo, gênero, etnia classe social grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.” (1004, p. 1).

A história dos direitos humanos conta como cada pessoa individualmente passou a ser reconhecida pelo direito como igual em dignidade e, em razão desta igualdade, cada homem passou a ter o direito de decidir autonomamente e livremente o melhor destino para si mesmo: o nascimento deixa de ser o fator determinante para o nosso destino.

2 HÁ DIREITOS HUMANOS NO MUNDO ANTIGO E MEDIEVAL?

Na história do homem, as pessoas eram, inicialmente, reconhecidas como intrinsecamente diferentes: os Faraós, por exemplo, eram divindades na terra, superiores, por natureza, aos outros homens, como afirma NEMO (2002, p. 13); na república romana a sociedade era cindida entre cidadãos romanos do sexo masculino que falavam latim e os outros, segundo GORDON (2002, p. 30); o Papa, no final da idade média, era o representante de Deus na Terra, sendo, portanto, superior, aos homens comuns; o poder, nas Monarquias, era transmitido pela hereditariedade, sendo o nascimento o fator determinante para estabelecer o papel político da pessoa na sociedade e no Estado.

Neste contexto, não se pode falar em direitos inerentes ao homem enquanto homem, pois os homens eram tratados como naturalmente desiguais e dignos de tratamento diferente de acordo com o seu papel na sociedade. Com efeito, nas *sociedades sem Estado* ou nas *Monarquias Sagradas do Oriente Próximo* não havia direitos humanos porque as pessoas eram tratadas como naturalmente diferentes. Portanto, nem sempre houve direitos humanos, e é necessário identificar a partir de que momento os homens passaram a ser considerados como iguais e livres.

Frequentemente, Israel, Grécia e Roma são citadas, por NEMO, como as grandes precursoras do direito moderno construídos sob a égide da democracia grega, do direito romano e da teologia cristã (2002, p. 1-23): a partir da igualdade e da liberdade dos cidadãos da democracia atenienses e da igualdade dos filhos do Deus Pai, mediadas pelo direito romano, é que se construiu a noção moderna de igualdade dos direitos humanos.

Gregos, porém, segundo FERRY (2007, P. 78-79), não eram tão livres ou iguais quanto costumamos pensar: Sócrates foi condenado ao suicídio pela Justiça por introduzir novos deuses e corromper a juventude e Aristóteles e terminou a vida como exilado, fugindo de Atenas para evitar que a cidade pecasse pela terceira vez contra a filosofia, como ensina MARÍAS (2006, p. 66). Cristãos tampouco eram iguais apesar de igualmente filhos de Deus: no mundo medieval, nobres e camponeses, mesmo sendo todos filhos de Deus, recebiam um tratamento completamente diferente desde o nascimento; servos e camponeses estavam determinados a permanecer na condição social em que nasceram.

Em que sentido, então, uma democracia excludente que retirava o direito ao voto das minorias (mulheres, escravos e estrangeiros) que constituíam a maioria da população pode ser considerada responsável pela criação da noção de igualdade e liberdade entre os homens? Por que uma sociedade composta de servos e Reis pode ser considerada precursora no tratamento igualitário entre os homens, os filhos de Deus?

Na verdade, no sentido atribuído atualmente à igualdade e à liberdade as pessoas em Atenas, Roma ou em Jerusalém não poderiam ser consideradas como

iguais ou livres, pois elas não tinham a liberdade de decidir plenamente sobre os seus destinos e eram tratadas de modo diferente de acordo com o papel social que ocupavam, mas isso não torna menos relevante a radical contribuição destas civilizações para a construção do sentido hodierno dos direitos humanos. A própria crítica à desigualdade (e. g. das mulheres, dos escravos) entre as pessoas naquela época já se trata de anacronismo: não podemos julgar uma sociedade antiga com os valores atuais; a escravidão, por exemplo, que sofreu duras e justas críticas na modernidade, era o modo de produção de toda economia antiga: sem ela a economia não funcionaria, o que explica, sem justificar, que ela fosse tratada, pelos pensadores da época, como natural.

Neste contexto, Aristóteles defendia que os homens livres devem dominar os escravos, inclusive para o próprio bem destes, pois Aristóteles reconhece a existência de escravos por natureza, afirmando que “pertence também ao desígnio da natureza que comande quem pode, por sua inteligência, tudo prover e, pelo contrário, que obedeça quem não possa contribuir para a prosperidade comum a não ser pelo trabalho de seu corpo. Esta partilha é salutar para o senhor e para o escravo.” (1998, p. 2).

A história do homem, e dos seus direitos, não pode ser compreendida como seqüência permanente de conquistas que resultaram na sucessiva ampliação do respeito ao outro. Antes, ela se enreda em uma complexa teia em que grandes conquistas da civilização são desafiadas por rupturas que colocam em risco todas as lições lentamente adquiridas.

Atenas pereceu; Roma não resistiu às invasões bárbaras e Israel continua sendo um território de instabilidade e incerteza. A filosofia grega, embora abalada, sobreviveu ao colapso da Grécia e permaneceu viva no Império Romano e no Medievo; o direito romano, concorrendo com o direito bárbaro, influenciou o direito medieval e foi determinante para a construção do direito moderno; a religião cristã, proscrita do Império Romano, acabou por conquistá-lo e sobreviveu a ele para servir como base religiosa para os tempos difíceis do início da Idade Média e como fundamento do poder político da Igreja na segunda metade da Idade Média.

A filosofia grega, o direito romano e a religião cristã foram severamente desafiados pela crise das civilizações que os criaram, mas, nos tempos difíceis da queda e no processo de aprendizado para a (re)conquista da civilização, transformaram-se na base do pensamento que tornou possível o surgimento do Estado Moderno e dos direitos humanos.

O colapso dos impérios não representou a extinção das idéias construídas pelas civilizações e, na medida em que a estabilidade retornou, as idéias, mantidas de modo mais ou menos precário depois da derrocada, serviram de base para a construção de uma civilização que procurou nas idéias do passado a base para a re-elaboração de um novo sentido para a vida, como informa WIEACKER:

A assimilação civilizacional significa simultaneamente uma educação espiritual que desperta uma nova força criadora; à educação externa acaba por se seguir um renascimento da pré-cultura a partir do novo sentido da vida, ao qual desde logo faziam falta a experiência anímica e espiritual para exprimir a própria existência com os meios da pré-cultura. Entre a adoção dos antigos valores civilizados e o posterior renascimento decorre, na maior parte dos casos, um longo trabalhoso processo de maturação, com uma grande insegurança dos próprios meios de expressão. Isto aplica-se, também, para a cultura da alta Idade Média [...]

A filosofia européia encontra-se mais cedo com Boécio, com Dionísio de Areopagita, com Isidoro de Sevilha do que com Aristóteles, com Platão, e finalmente, com os pré-socráticos; as artes plásticas, primeiro com as formas da antiguidade tardia e bizantinas, depois com as helenístico-romanas, só mais tarde com as greco-clássicas e, por fim, com os seus precursores arcaicos.

Esta matriz fundamental domina também o ritmo da evolução jurídica européia, que constitui uma progressiva apropriação do patrimônio romanístico em desenvolvimento até aos nossos dias. Primeiramente, foram recebidos os elementos materiais e técnicos do direito vulgar. A transição para o séc. XII assiste ao encontro, sempre aberto e provisório, com a grande jurisprudência romana na versão do classicismo justiniano, encontro acompanhado pela recepção da teoria jurídica e política de Aristóteles que produziu, na Suma de S. Tomás, o primeiro sistema europeu de direito natural. Só com o humanismo se iniciam as tentativas de arrancar ao Corpus Iuris justiniano o autêntico direito romano clássico, tentativas que, mais tarde, a Escola Histórica de novo retomou e que a moderna romanística concluiu de forma metódica. (2004, p. 23-24).

O direito moderno, e os direitos humanos, são filhos tardios deste feliz encontro da teologia cristã, da filosofia grega e do direito romano, que se transforma para servir à formação do direito comum medieval a partir do qual se constrói o direito moderno:

Os primórdios dos ordenamentos jurídicos europeus encontram-se nas formas básicas de vida das sociedades romano-germânicas da alta Idade Média e nos três grandes poderes ordenadores que a antiguidade tardia tinha deixado: os restos da organização do império romano do ocidente, a igreja romana e a tradição escolar da antiguidade tardia, restos que os novos povos e tribos assentes no antigo corpo do império e no centro da Europa e de que se acabaram por apropriar. Cada um destes elementos trouxe à cultura jurídica européia e, assim, também a história do direito privado, contributos que a influenciaram ao longo dos tempos. Depois de longa maturação e muitos retrocessos, foi deste processo de apropriação que resultou a ciência jurídica da alta Idade Média. (2004, p. 15-16).

Na Idade Média encontram-se o direito romano, com a universalização do direito e o aumento da complexidade na solução de conflitos, a filosofia grega, com sua filosofia racionalista e complexa, e a religião cristã, com a reivindicação de uma nova noção de igualdade, de liberdade e de dignidade da pessoa humana, para formar o direito comum medieval que se funda na filosofia cristã, o que só é

possível em decorrência das idéias herdadas pela Grécia Antiga, pelo Cristianismo de Israel e pelo Direito do Império Romano, que foram apropriadas e re-construídas na Europa Medieval e Moderna, tornado-se a base para o pensamento ocidental moderno e contemporâneo.

Para se compreender como se constitui a civilização, mais do que uma remissão às origens do ocidente, é necessário fazer-se uma breve reconstrução das idéias que fazem da Grécia, de Roma e de Israel, apesar do seu desmoronamento, tão especiais para a formação do ocidente.

Mas na própria sociedade grega já existia uma idéia totalmente nova: as pessoas, apesar das graves diferenças no tratamento jurídico e político, passaram a ser reconhecidas como iguais na medida em que detentoras de razão e submetidas a uma mesma lei (*nomos*), o que permitiu que, já naquela época, começasse a haver divergências sobre o significado da igualdade, levando Platão, na República, a reivindicar uma sociedade de filósofos em que todos teriam iguais oportunidades para que os mais talentosos pudessem alcançar a condição de filósofo e pudessem decidir as coisas do Estado.

Já na religião judaica, na tradição do Velho Testamento, o homem é elevado ao patamar de filho de Deus, feito à Sua imagem e semelhança. Na filosofia cristã, a reivindicação de igualdade se torna muito mais abrangente, pois o próprio Deus é representado passa a existir na pessoa de um homem, JESUS CRISTO: Deus é um homem e cada homem é feito à imagem e semelhança de Deus e pode alcançar o Reino dos Céus, independente de sua origem ou classe social, a salvação se dá pela fé.

No Cristianismo, os homens passam a ser considerados iguais, já que todos igualmente filhos do Deus, que se apresentou ao mundo na pessoa de Jesus Cristo, e o bom exercício do livre arbítrio é quem vai determinar se a pessoa vai obter a salvação: a pobreza, a riqueza ou a nobreza tornam-se secundárias diante de Deus, segundo FERRY (200, p. 92-93).

No mundo das idéias, o cristianismo rompe com a desigualdade natural das sociedades antigas e o reconhecimento da igualdade dos filhos de Deus, na história do pensamento, um caminho sem volta a partir do qual se erguerão os direitos humanos e o Direito e o Estado Moderno.

Embora desde Santo Agostinho a Filosofia tenha sido colocado a filosofia à serviço da religião cristã, na busca por conferir a profundidade teórica da filosofia para a religião cristã, a contribuição da religião sobre a Igualdade dos filhos de Deus será a base para a posterior democratização do conhecimento e dos projetos de vida.

Já em Santo Agostinho encontra-se justificada uma mudança na situação entre os filhos de Deus que somente podem ser salvos através da fé em Deus Cristo: a salvação é acessível a todos, ricos ou pobres, os mais humildes são os mais dignos de salvação (2007, p. 60). Neste contexto, o Direito Temporal, o direito que existe na Cidade dos Homens, no mundo dos ímpios, vai procurar no Direito Eterno o fundamento para a elaboração de um direito mais justo através

do Direito Natural, cognoscível pelo através da inscrição da vontade divina em nossos corações, estampada em nossa alma a partir da vontade de Deus como um carimbo que reproduz no papel uma imagem moldada a partir de um modelo.

A fé se torna o único caminho para a salvação e o homem deve procurar, no seu íntimo, livrar-se do pecado para encontrar salvação na vida eterna e consolo na vida humana, nos difíceis tempos que acompanharam a queda do Império Romano.

A Igreja Cristã, concorrendo com religiões rivais, consolida-se ao longo da alta Idade Média, como a religião que dará conforto aos homens nos tempos difíceis. Com o desenvolvimento político, social e econômico ao longo da Idade Média a Igreja consegue adquirir papel de Proeminência e nos Séculos XI e XII, durante a querela da investidura, após vencer uma guerra, a Igreja Católica consegue afirmar-se como o principal poder Terreno para os novos tempos.

A Igreja, ao consolidar-se como Poder Temporal, reestrutura-se, instituindo Séc. XI e XII, fazendo uma verdadeira revolução na organização política e social da Idade Média, adotando a institucionalizadas da- penitência e da confissão: o representante da Igreja passa a decretar a remissão dos pecados no confessionários declarando *Ego absolvo te*. Surgem as autoridades jurídicas eclesiásticas e retornam os juristas profissionais, o papa Gregório VI institui a supremacia política e legal do papado sobre toda igreja e estabelece a perseguição aos padres casados.

Acompanhando estas mudanças, e o incremento na elaboração do pensamento, surgem as primeiras universidades no Século XIII, e a filosofia Escolástica procura respostas mais acuradas para justificar a autoridade da Igreja Cristã, o que resulta na reivindicação de uma fé que encontra um fundamento racional para sua autoridade, cujo maior representa é Santo Tomás de Aquino que, a partir das categorias da Metafísica Aristotélicas, passa a apresentar a justificativa racional para a fé, inclusive para a existência de Deus.

Em Santo Tomás de Aquino, o Direito passa a encontrar, também, um fundamento racional subordinado à fé e construído através de três categorias: 1) *Lex aeterna*, a razão divina, que governa o mundo, não cognoscível pelo homem; 2) *Lex naturalis*, lei divina que pode ser conhecida diretamente pelo homem por meio da razão, já que se trata de uma Grandeza Objetiva que pode ser alcançada pelo homem dotado de razão, conferida por Deus, que o fez a sua imagem e semelhança; 3) *Lex Humana*, que se manifesta através de aplicações particulares da lei natural: por silogismo ou por especificação.

Na Idade Média, o Direito Positivo tem fundamento no Direito Natural Divino. Na Idade Moderna, o Direito Natural passa a ser laico, mas é a partir das categorias filosóficas da Idade Média, que resultaram do encontro entre a filosofia grega, o direito romano e a religião cristã, que a modernidade vai construir-se.

CONCLUSÃO

A filosofia grega e o direito romano sofreram um longo período de descontinuidade e ruptura e parte das idéias construídas durante a Idade Antiga perdeu-se. Com o desenvolvimento do cristianismo, das universidades, das escolas de direito e da Igreja Católica no medievo, foi possível reconstruir um novo mundo partindo de idéias que se encontravam esquecidas ou negligenciadas, o que tornou possível o advento da modernidade.

A construção deste novo mundo, porém, é o resultado das escolhas feitas na história a partir de idéias que precisaram ser cultivadas para se manterem vivas e transformadas para se adequarem a nova realidade. Sem elas, porém, o caminho teria sido muito mais longo e difícil. Remontar à antiguidade e ao medievo e valorizar estas idéias significa manter viva a tradição que permitiu a construção dos direitos humanos em sua história efetual.

Afinal, agora somos responsáveis por escolher o que deverá ser cultivado e mantido e o que deve ser excluído ou rejeitado. Estas decisões são muito mais difíceis do que parecem e a compreensão do desenvolvimento do direito na idade antiga e no medievo pode ajudar a compreender melhor a radical transformação que o surgimento dos direitos humanos ocasionou na sociedade e no Estado lançando luzes sobre o caminho a ser perseguido aqui e agora.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A Política**. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de Occidente**. Trad. Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DUMONT, Louis. **Homos Hierarchicus**. O sistema de castas e suas implicações. 2. ed. Trad. Carlos Alberto da Fonseca. São Paulo: Edusp, 1997.
- FERRY, Luc. **Aprendendo a viver. Filosofia para os novos tempos**. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GORDON, Scott. **Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today.** Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University, 2002.

JACKSON, Vicki C. & TUSHNET, Mark. **Comparative Constitutional Law.** 2. ed. New York: Foundation Press and Thomson West, 2006.

JUDT, Tony. **Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945.** Trad. José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

MARÍAS, Julián. **História da Filosofia.** Trad.. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEMO, Philippe. **Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains.** Paris: PUF, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PINTO, Cristiano Paixão de Araújo. **Modernidade, tempo e direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAINT AUGUSTINE. **The Confessions.** Chicago: Encyclopaedia Britannica, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001).** Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. vol. 2.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito III.** O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 3. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FROM HUMAN RIGHTS TO FUNDAMENTAL RIGHTS: MODERN LAW BASIS IN ANCIENT AND MEDIEVAL TIMES

Abstract: Human rights are part of citizen's everyday life in contemporary democracies, but they have a very long history. The understanding of human rights history is very important to understand its meaning in modern state and society. The study of ancient and medieval origins of human rights is usually neglected but the actual meaning of human rights in modern society only acquired its importance based upon the Greek philosophy, roman law and Christianity which allowed human rights theory and practice to be built in modern society.

Keywords: Law history. Human rights. Antiquity and medieval.

A LEI Nº 9.099/95 E SUAS INCONGRUÊNCIAS: BREVE ANÁLISE

Thiago Pinho de Andrade

Especialista em Direito Processual pela FA7. Advogado.
thiagokusandrade@gmail.com

Sumário: Introdução. 1) Princípios orientadores. 2) Incongruências e dissonâncias. Conclusão.

Resumo: Este estudo surgiu da necessidade de se promover atividade cognitiva acerca das inobservâncias no âmbito de atuação da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais). Objetiva-se fazer uma análise perfunctória da referida lei, abordando, sobretudo, seus princípios orientadores explicitados nesta espécie normativa, vez que se trata de uma lei eminentemente de cunho principiológico. Desse modo, tentar-se-á abordar de forma objetiva tais princípios norteadores, ocasião em que ficará latente o escopo desta Justiça Especializada, para depois traçar breve e sutil paralelo com as interpretações e praxes flexibilizadoras que se vêm imprimindo àquela. Desta feita, poder-se-á observar que estão se desvirtuando os comandos contidos na lei em análise, promovendo um afastamento de seu real objetivo, que é em primeira instância a conciliação e resolução simples, informal, econômica, célere, das demandas que pousam sobre este instrumento descomplicador. Portanto, percebe-se que é indispensável que haja um esforço mútuo para descomplicar tal lei, para assim, fomentar seu coerente manejo.

Palavras-chave: Juizados Especiais. Princípios Orientadores. Interpretação. Praxes. Coerente manejo.

INTRODUÇÃO

Transcorridas mais de duas décadas da Carta Maior, percebe-se o latente discurso e razoáveis tentativas de se implementar, com tom significativo de ascendência, o tão desejado ideal de acesso à Justiça de forma ampla. Cada vez mais, busca-se elastecer tal foco com o objetivo de conferir o máximo de eficácia e efetividade à tutela jurisdicional ao cidadão, tentando-se observar os notáveis parâmetros, em tese, do Estado Democrático de Direito.

Incontestavelmente, o acesso à Justiça foi uma das grandes preocupações da Constituição Federal de 1988, uma vez que o instituto ora em análise (tomando-o

como exemplo isolado) obteve status constitucional vindo a integrar o art. 98, I, o qual prevê a obrigatoriedade dos Juizados Especiais. Ademais, como exige a nova hermenêutica constitucional, não basta proclamar direitos, é preciso efetivá-los.

Desse modo, partindo da amplitude daquele postulado, bem como observando o grau máximo desejado para a concretização da tutela ao cidadão, criou-se, ou melhor, aperfeiçoou-se a respeitável idéia de uma nova justiça (para alguns) e/ou um novo procedimento (para outros) com o escopo de simplificar tal acesso e como maneira de aproximar o cidadão da Justiça.

O instrumento inovador ora mencionado foi criado inicialmente pela Lei 7.244/84, a qual estabelecia e regulava a criação e funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, os quais tinham competência o julgamento das causas de até vinte salários mínimos. Posteriormente, ante a grande procura desta “Justiça simplificada”, o legislador infraconstitucional resolveu aprimorar tal procedimento com a Lei 9.099/95, a qual dispõe, de forma mais detalhada, acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Nesse diapasão, tendo em vista o intuito primeiro deste instituto – simplificar a tutela jurisdicional, aproximando mais o cidadão do Judiciário – percebe-se, sob uma ótica crítica, que tal objetivo foi atingido de maneira comedida, porém deixa transparecer alguns pontos conturbados que merecem ser revistos e, quiçá, modificados.

1 PRINCÍPIOS ORIENTADORES

A Lei nº. 9.099/95 é eminentemente processual de cunho principiológico (transcende o caráter meramente regulamentar e sistemático), reunindo em seus comandos normativos iniciais os parâmetros e diretrizes norteadores deste “novo procedimento” implementador de um maior acesso à Justiça.

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INTRÍNSECOS

É evidente que, por detrás dos princípios específicos da Lei 9.009/95, existe uma grande influência, direta e indiretamente, de vários princípios constitucionais, os quais não poderão ser abordados completamente ante a natureza sucinta deste artigo. Todavia, salientar-se-ão dois princípios assaz significativos e que, com toda certeza, guardam relação frontal com o cerne da problemática a ser enfrentada, a saber: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Devido Processo Legal.

1.1.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana deve ser o valor máximo a ser preservado e buscado por este novel sistema, pois, caso contrário, o objetivo deste, aproximar

o cidadão do Judiciário, seria de ordem inatingível. Os direitos e garantias fundamentais devem ser incansavelmente observados, para assim, não afastar o mínimo legal de dignidade do cidadão.

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana. Logo, pelo simples fato de ser humana, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica.

Ademais, é de bom alvedrio mencionar que a Constituição Federal de 1988, foi a primeira constituição brasileira que explicitamente embasou toda a ordem legal com tal princípio fundamental. A dignidade da pessoa humana tem lugar privilegiado entre os princípios fundamentais da federação brasileira, enquanto Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88).

Desse modo, é necessário ressaltar que, com foco nesta homenageada dignidade, deve-se buscar, de forma eficiente, o pleno acesso do cidadão à Justiça, de maneira sensível à necessidade do jurisdicionado que busca sua tutela no caso concreto.

1.1.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não se pode inovar de forma desregrada, nem tampouco olvidar os princípios constitucionais basilares da sistemática processual pátria. Desse modo, calha aduzir que o princípio do devido processo legal deve ser estritamente observado de forma que esse novo procedimento não se transforme em uma justiça arbitrária sob a vã justificativa de estar se seguindo a linha principiológica da Lei 9.099/95.

Desta feita, o devido processo legal (art. 5º, *caput*, LIV, CF/88) como forma de garantia de observância das regras processuais vigentes, de forma integral, é um postulado efetivador da correta aplicação do rito procedimental previsto em cada caso concreto.

Tal postulado demonstra-se tão importante que, os demais regramentos processuais previstos na Constituição Federal, são tidos, doutrinariamente, como desdobramentos do devido processo legal. Corroborando esta assertiva, Nelson Nery Junior:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º, seriam absolutamente despididos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas pela administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações (2002, p.42).

Nesse ponto, o princípio em tela não pode deixar de ser um justo processo legal, uma vez que não só a decisão que concretiza o direito substancial da parte

deve ser justa, mais ainda, a condução do procedimento (seja ele qual for, de acordo com o caso concreto) até seu exaurimento deve seguir um caminho de justiça.

Justiça essa que jamais poderá tornar-se injustiça em nome de um injustificável culto à forma, ocasião em que deve haver um convívio saudável entre esta e aquela.

Portanto, os magistrados deste inovador “braço” da justiça deve redimensionar a principiologia da Lei nº 9.099/95 de acordo com os macrovalores constitucionais, de forma a fortalecer a prestação jurisdicional e o exercício da cidadania, para assim começarmos a efetivar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

1.2 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS

Os artigos introdutórios da Lei 9.099/95 explicitam os princípios orientadores dos Juizados Especiais, os quais, como já dito alhures, sempre visa atingir o maior números de jurisdicionados necessitados, tendo como norte perene a busca pela conciliação entre as partes.

Vale ressaltar, por oportuno, que se deve sempre observar tais regramentos da Lei nº 9.099/95, todavia, nos casos em que há omissão desta, pode-se utilizar supletivamente o Código de Processo Civil, porém, de forma assaz consciente e correlata.

1.2.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Tem como objetivo concentrar os atos processuais e o seu desenrolar na forma oral. A forma escrita, em sede de Juizados Especiais, só é obrigatória quando prevista em lei. Segundo Chiovenda (1998, p. 61-67), para que seja outorgado o timbre da oralidade a um determinado processo, impõem-se as seguintes regras:

[...] prevalência da palavra como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação; imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve apreciar; identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa; concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas (princípio da concentração); e, finalmente, irrecorribilidade em separado das interlocutórias.

Desse modo, tal princípio, como se pode perceber, propicia uma maior aproximação das partes de seu juiz natural, como também torna menos longa e burocrática a caminhada processual. Logo, há uma prevalência pela busca da verdade material em detrimento da verdade formal, para assim combater o formalismo exagerado e ineficiente.

Nesse espeque, a dita oralidade e sua manifestação mais significativa é a realização da audiência de instrução e julgamento, ato mais importante deste procedimento, a qual deve ser única (quando possível) de modo a não se perder as vantagens da imediatidade do contato entre juiz e as provas.

1.2.2 PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE E DA INFORMALIDADE

A simplicidade tem em seu bojo uma perspectiva de efetiva descomplicação do procedimento. A informalidade tem como escopo o máximo afastamento de fórmulas procedimentais que tornam o processo inacessível e incompreensível.

Independentemente da forma adotada, os atos processuais são considerados válidos sempre que atingirem suas finalidades (art. 13 da Lei 9099/95). Parafraseando Cristina Tereza Gaulia, “processo é meio e não fim, razão pela qual nenhuma nulidade é reconhecida sem a demonstração do prejuízo (art. 13, § 1º).”

Nesse contexto, pode-se asseverar com veemência que a simplicidade fundida à informalidade resulta no princípio “maior” da instrumentalidade das formas, o qual valida o ato processual que preencher sua finalidade para que foi realizado, observando os critérios do art. 2º da Lei nº 9.099/95.

1.2.3 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

A economia processual está intimamente ligada à celeridade e à simplicidade e informalidade. A desburocratização dos atos processuais, a busca pela simplicidade destes, a implementação de agilidade, entre outros, são vertentes do princípio da economia processual.

Tal princípio que visa, cada vez mais, buscar atingir a simplicidade e descomplicar o procedimento, deve ser efetivado, sobretudo, pelos servidores judiciais que muitas vezes inviabilizam a prestação jurisdicional pelo apego excessivo ao formalismo.

Desse modo, a economia processual sinaliza para a estrutura e operacionalização processual, deixando um pouco de lado a matéria jurídica propriamente dita e a ser discutida, sempre buscando a qualidade total dos atos processuais e, por conseguinte, a instrumentalização dos atos e formas processuais.

1.2.4 PRINCÍPIO DA CELERIDADE

O princípio da celeridade está relacionado ao fator tempo, o qual observa o processo e a chegada da ação na esfera judicial desde o momento de seu protocolo até o momento em que se tem a efetiva solução do conflito. Deve-se, no âmbito dos JECCs, sempre observar meios que efetivem tal postulado.

Todavia, mesmo sendo tal postulado a consagração pela busca incessante pela efetividade da prestação jurisdicional, jamais pode-se olvidar ou descumprir o devido processo legal, observando vigorosamente seus inafastáveis corolários, quais sejam, ampla defesa e o contraditório.

Por derradeiro, vale salientar por oportuno que, a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou postulado (art.5º, LXXVIII, CF/88)¹ inovador no rol dos direitos e garantias fundamentais, o qual trata, justamente, da busca consciente pela celeridade, não deixando de observar a razoável duração do processo.

2 INCONGRUÊNCIAS E DISSONÂNCIAS

Hodiernamente, após mais de dez anos da Lei nº 9.099/95, e aparentemente viver-se um período de estabilidade e suposta “perfeição”, muito se discute, ainda, acerca de pontos específicos da dita lei em que há um choque entre legislação, entendimentos superiores, interpretações ou até mesmo divergências e contradições na própria lei. Desse modo, ante esse sutil aspecto de divergências e fomento à discussão, importante ressaltar algumas dissonâncias que merecem revisão para aperfeiçoar este significativo procedimento.

2.1 PROVA PERICIAL

Professores e processualistas de vasta experiência afirmam que não é possível a produção de prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais, pois há incompatibilidade daquela com os princípios orientadores deste procedimento, sobretudo o princípio da celeridade.

Entretanto, tal afirmação não é integralmente verídica ou pelo menos deve ser relativizada, senão vejamos dispositivo da Lei 9.009/95, o qual reproduz dispositivo do CPC (Art. 332, CPC):

Art. 32 - Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.

Ademais, além da prova pericial não se configurar apenas naquela perícia formal, houve profundas mudanças com o advento da lei nº 8.455/92², as quais atenuaram o rigor exacerbado e formal da demorada prova pericial original. Saliente-se, ainda, que tal lei inovadora trouxe modificação ao parágrafo segundo do art. 421 do CPC:

¹ Art. 5, LXXVIII, CF/88 – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

² Esta Lei alterou dispositivos referentes à prova pericial.

Art.421, parágrafo segundo, CPC – Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado.

Ora, tal prova não deixa de ser pericial, é a dita perícia informal (alguns intérpretes preferem chamar de prova técnica, o que não desconfigura o seu caráter pericial), a qual possibilita a oitiva do perito pelo juiz e dispensa o laudo técnico. Desse modo, calha elucidar que, mais uma vez demonstrando descompasso entre operadores do Direito e a legislação a ser observada, a Lei nº 9.099/95 prevê tal perícia informal:

Art. 35 - Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.
Parágrafo único - No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado.

Nesse contexto, corroborando ao entendimento esposado neste ensaio, compartilham os magistrados Louri Geraldo e Denise Retamero, litteris:

É a chamada perícia informal ou alternativa, mas perícia, onde se dispensa a apresentação do laudo e o Juiz apenas ouve o perito em audiência. Assim, entendemos perfeitamente cabível a prova pericial no Juizado Especial Cível; não a formal, mas a informal, com a oitiva do perito e a apresentação de parecer técnico pelas partes.³

Ademais, tem-se entendimento orientador do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) que converge com o entendimento supramencionado, vejamos:

Enunciado 12 - A perícia informal é admissível na hipótese do art. 35 da Lei 9.099/1995.

Por derradeiro, vale mencionar posicionamento afim dos juristas Nancy Andrighi e Sidnei Beneti:

Considerar incabível a prova pericial, ainda que informal, seria impedir a efetividade do processo e a busca da verdade real, princípios imperativos nos Juizados Especiais (1996, p.49).

³ Publicado pelo Instituto dos Magistrados do Brasil, n.12. Revista In Verbis, disponível em <<http://www.inverbis.com.br>>

Portanto, percebe-se a incompatibilidade da perícia formal, vez que há concentração do conjunto probatório em audiência de instrução, sem contudo prescindir a perícia informal, perfeitamente cabível em sede de Juizado. Logo, deve-se saber diferenciar uma da outra, o que a legislação poderia ter sido mais clara, para não haver indeferimento de iniciais (como se vê bastante) por não saber fazer a distinção de uma e outra.

2.2 COMPARECIMENTO PESSOAL ÀS AUDIÊNCIAS

A legislação que rege o procedimento sob análise é taxativa no tocante ao comparecimento pessoal das partes às audiências, in verbis:

Art. 9º da Lei 9.099/95 - Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

O próprio FONAJE, fórum orientador das praxes dos JECCs, consolidou e editou entendimento que converge à pessoalidade acima referida:

Enunciado 20 - O comparecimento pessoal da parte às audiências é obrigatório. A pessoa jurídica poderá ser representada por preposto.

Todavia, pecam pelo rigorismo exacerbado e esquecem que a Lei nº 9.099/95 é de cunho principiológico, ou seja, todos os seus princípios convergem para uma relativização do rigor da lei e, sobretudo, deve-se analisar o caso concreto.

Desta feita, é costumeiro se ver e presenciar absurdos jurídicos que vão de encontro aos princípios orientadores. Exemplo disso é a situação em que por motivo de força maior uma das partes falta à audiência, porém se faz representar por seu advogado ou familiar, e não se pode transigir, mesmo havendo toda uma conjuntura favorável, por apego à insensata pessoalidade trazida pela lei.

Nesse contexto, há esforços de poucos para relativizar tal regramento “absoluto” que desvirtua o intuito do instituto em análise. Desta feita, a Turma Recursal do Estado do Rio Grande do Sul, vem flexibilizando a referida representação pessoal:

EMENTA: RÉ NÃO CITADA PESSOALMENTE E RESIDENTE EM SALVADOR/BA. CIÊNCIA INDIRETA DA EXISTÊNCIA DO FEITO E OUTORGA DE PROCURAÇÃO AO SEU IRMÃO PARA REPRESENTÁ-LA NO PROCESSO, INCLUSIVE COM PODERES PARA ACORDAR. A regra que exige o comparecimento pessoal das partes pressupõe situações normais,

em que ambas as partes residem na mesma comarca. Tal exigência pode ser afastada, quando uma das partes reside em lugar muito distante. Revelia indevidamente decretada. Recurso provido para cassar a sentença.⁴

Além de desrespeitar os princípios trazidos no art. 2º da Lei 9.099/95, inobserva princípio maior desta justiça especializada, qual seja, a busca prioritária pela conciliação.

Exemplo outro é a presença de uma das partes na pessoa de seu advogado, e mais uma vez a impossibilidade de presença pessoal do autor por motivo de força maior. Porém, ocorre o não comparecimento da parte demandada, o que, em tese ensejaria a decretação da revelia e a consumação de seus efeitos, ocasião em que mesmo diante desta omissão tal audiência acaba por ser adiada, inviabilizando a referida garantia processual e, sobretudo, ferindo, mais uma vez, a principiologia do procedimento em tela.

Nesse diapasão, calha asseverar que o art. 51, I da Lei nº 9.099/95⁵, apenas prevê a extinção do processo quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo. Porém, não há vedação para que o autor compareça às audiências por meio de representante legalmente constituído. Há, tão-somente, a vedação de não se ausentar daquele ato processual (audiência).

Portanto, conclui-se que não há previsão constitucional para a vedação supramencionada, afinal, essa vedação constitui inequívoca restrição ao direito constitucional de acesso à Justiça, promovida pela determinação da presença física da parte às audiências.

2.3 VALOR DA CAUSA

Outra dissonância entre intérpretes e a lei trazida à baila, é a que diz respeito à competência dos JECCs sobre o critério do valor atribuído à causa. Como é de palmar sabença, a competência para processamento da ação, em sede de Juizados Especiais, não pode exceder o valor de quarenta salários mínimos:

Art. 3º da Lei 9.099/95 - O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo;

⁴ BRASIL, Terceira Turma Recursal do Estado do Rio Grande Do Sul, Recurso Cível Nº 71000616912, Recorrente Marga Luiza Franke Boff, Recorrido Elizabet Teresinha Paulo, Porto Alegre/RS, 15/03/2005.

⁵ Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

Para não tornar tal regramento algo absoluto, tornando-o compatível com a Lei 9.099/95, admite-se uma flexibilização a tal critério, qual seja, a renúncia ao crédito que exceder o valor de referência admitido neste procedimento, *litteris*:

Art 3º, § 3º, Lei 9.099/95 - A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

Ora, percebe-se claramente que se deve observar o limite do valor da causa há pouco referido, como também transigir em causas de valores que excedam tal parâmetro, porém com a consciente disposição que a renúncia ao valor excedente é imprescindível e obrigatória.

Desta feita, contrário ao que se dispõe tal lei, o Superior Tribunal de Justiça⁶, vem dando entendimento mais amplo a tal dispositivo, o que parece não ser coerente ao escopo da Lei dos Juizados Especiais.

Juizados especiais podem julgar ações com valor superior a 40 salários mínimos. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que as ações em juizados especiais podem ter valor maior que 40 salários mínimos. Segundo explicou a ministra Nancy Andrichi, o valor da causa é um dos critérios para a definição da competência do juizado, sendo, porém, admissível que às vezes esse teto seja ultrapassado. Ao suspender decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a matéria, Nancy Andrichi observou que, na definição da competência dos juizados, foram utilizados dois critérios distintos – quantitativo e qualitativo – para definir o que são causas cíveis de menor complexidade. Segundo ela, exige-se, de regra, a presença de apenas um desses dois requisitos e não a sua cumulação. A exceção, conforme a ministra, fica para as ações de posse de bens imóveis. Como o processo sobre a competência do Juizado Especial foi determinada com base num acidente de trânsito na cidade de Lages, os ministros consideraram admissível que o pedido excedesse o limite de 40 salários mínimos.

Ademais, a Lei nº 9.099/95 é assaz taxativa ao valor da causa e seu excedente, o que não se pode admitir tal interpretação sob pena de se abrir precedentes a uma absoluta flexibilização daquela, tornando-a inviável e usurpando sua credibilidade para com o jurisdicionado, pois ficaria este, caso tentasse enveredar pelo posicionamento do Tribunal Superior, à mercê do entendimento do magistrado.

Logo, deve-se deixar claro o que a lei autoriza e o que a jurisprudência e entendimentos outros ampliam tal campo de legalidade daquela espécie normativa.

⁶ Sala de Notícias. Juizados Especiais podem julgar ações com valor superior a 40 salários mínimos. www.stj.jus.br

Corre-se o sério e iminente risco do cidadão, sem jurídica representação, ficar sem saber o que fazer e o que pedir.

2.4 CITAÇÃO POR EDITAL

Ponto outro controverso é a citação por edital, a qual ainda traz divergência de pensamentos, inclusive jurisprudencial, no que tange ao seu cabimento ou não. Para ser mais objetivo, a Lei 9.099/95 veda expressamente a possibilidade de realização de tal expediente, *in verbis*:

Art. 18, da Lei nº 9099/95 - A citação far-se-á: I - por correspondência, com aviso de recebimento em mão própria; II - tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado; III - sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória. § 2º - Não se fará citação por edital.

Contudo, mesmo diante de tal vedação explícita, o Fórum Nacional dos Juizados Especiais, editou enunciado que vai de encontro com tal disposição normativa, causando, novamente, instabilidade à Lei ora em análise, *litteris*:

Enunciado 37 - Em exegese ao art. 53, § 4º, da Lei nº 9.099/1995, não se aplica ao processo de execução o disposto no art. 18, § 2º, da referida lei, sendo autorizados o arresto e a citação editalícia quando não encontrado o devedor, observados, no que couber, os arts. 653 e 654 do Código de Processo Civil. (Nova Redação aprovada no XXI Encontro - Vitória/ES).

Nesse contexto, calha asseverar, o que não podia ser diferente, que há total descompasso entre tal enunciado e a Lei nº 9.099/95, tornando- a, mais uma vez, de difícil compreensão para o cidadão que esbarra em um ato processual relativizado como esse.

CONCLUSÃO

Desse modo, com recorrência se presenciam divergências entre a Lei nº 9.099/95 e seus intérpretes, jurisprudência, doutrina, o que não pode acontecer. Em ocasiões como essas, o bom senso manda debater e amadurecer tais idéias dissonantes, para depois tentar reformular o texto legal, principalmente quando se trata de uma lei como essa que tem amplo alcance e, muitas vezes, é manipulada por pessoas que não detêm conhecimentos jurídicos (o cidadão comum).

Nesse contexto, além de interpretações prematuras e que não condizem com o procedimento em análise, desrespeitam os princípios orientadores que

a regulam, como também promove uma relativização desmedida do que está disposto em tal espécie normativa.

Nesse ponto, situação outra não acontece a não ser amargurar os efeitos destas divergências, no principal destinatário do procedimento simplificado dos JECCs, que é, em primeira e última instância, o cidadão que busca sua efetiva tutela jurisdicional.

Portanto, urge a premente necessidade de haver uma convergência entre as fontes do direito de maneira que haja uma promoção para uma efetiva publicidade “descomplicadora”, sempre observando os postulados trazidos no bojo da Lei nº 9.099/95, para assim, fomentar o coerente manejo deste procedimento.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy e BENETI, Sidnei. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. Código Civil e legislação civil em vigor / Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. – 25. ed. atual. Até 6 de janeiro de 2006. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 3, 1. ed., Campinas: Bookseller, 1998.

FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS –FONAJE. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br>>. Acesso em: 13 jul. 2009

GAULIA, Cristina Tereza. **Juizados Especiais Cíveis: o espaço do cidadão no Poder Judiciário**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL, Revista In Verbis, n.12, disponível em <<http://www.inverbis.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2009

NERY Junior, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: banco de dados. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2009

- ____. Lei Federal n 9.099, de 26 de setembro de 1995.
____. Lei Federal n 8.455, de 24 de agosto de 1992
____. Lei Federal n 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

ISSUES REGARDING BRAZIL'S FEDERAL
LAW N. 9.099/95

Abstract: This study focuses on Brazil's Law of Special Courts. As it is guided mainly by principles, it is shown here that the law has been drifting away from its original objectives, which are conciliation and swift problem resolution.

Keywords: Special Courts. Guiding principles. Interpretation. Practices. Consistent management.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS HOJE DISPONÍVEIS NA DEFESA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Jordete se Oliveira Franco Gomes

Especialista em Direito Processual pela FA7. Advogada e engenheira-civil.
jordetefg@gmail.com

Sumário: Introdução. 1) A evolução da estrutura processual brasileira. 2) A Ação Civil Pública. 3) O Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, conjuntamente aplicados na tutela dos direitos transindividuais 4) Crítica ao sistema adotado. Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho objetiva discorrer sobre os instrumentos processuais disponíveis visando à solução dos conflitos transindividuais, sua aplicabilidade e principais dificuldades processuais inerentes à própria complexidade do bem tutelado, onde se insere o enfrentamento da questão ambiental. A lei, para atender, deve ser apreendida e aplicada como uma proposição cujo sentido se modifica à medida em que também as demandas, as contingências históricas, sociais e ideológicas são modificadas. Este trabalho procura demonstrar que a constante formulação de novas atitudes e práticas são o caminho para aproximar a sociedade da justiça.

Palavras-chave: Direitos coletivos. Direitos transindividuais. Meio ambiente. Estatuto da Cidade. Agenda 21.

INTRODUÇÃO

A cada dia é mais atuante a defesa dos interesses/direitos transindividuais no Brasil, entendidos, para o desenvolvimento deste trabalho, como os interesses fora dos individualmente considerados, quais sejam os interesses difusos e coletivos, em razão de sua indivisibilidade. Embora não haja ainda um regramento processual específico e adequado sobre execuções coletivas, o que se justifica em face do recente o movimento de coletivização do direito processual, já se pode contar com uma boa produção doutrinária, jurisprudencial e, o mais importante, um projeto

de lei hoje em trâmite no Congresso Nacional a estabelecer o Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Essas novas demandas, não necessariamente relacionadas ao número de sujeitos lesados e sim à gravidade que representam para o tecido social, são resultantes dos conflitos nascidos a partir de concentrações urbanas sem controle, da incontínência da produção e do consumo, das mudanças climáticas e suas conseqüências imprevisíveis, apenas para citar as mais recorrentes (ROCHA, 2001, p. 5). Os crescentes riscos para a biodiversidade representam problemas de grande monta que ameaçam não somente o homem, mas todo o ecossistema do planeta. Proteger o meio ambiente é uma prioridade a lançar desafios às instituições jurídicas clássicas, sobretudo perante o processo civil. A Constituição define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e lhe dá natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Também impõe a co-responsabilidade do cidadão e do Poder Público pela sua defesa e preservação (art. 225, caput) É um direito que não pertence nem ao Estado, nem ao indivíduo isoladamente considerado, por isso, depende tanto da existência de mecanismos processuais adequados aos conflitos, quanto da atuação dos seus aplicadores ao interpretar e adaptar esses novos instrumentos às demandas. Segundo Gómez (2001, p. 3), essas normas jurídicas, compostas em legislação especial, representam verdadeiros instrumentos de engenharia social que o Estado utiliza para fazer valer concretamente a justiça e proteger determinados interesses sociais.

A título de exemplo, o Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 10 de julho de 2001, veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Traça as diretrizes gerais para o ordenamento urbano com grande ênfase ao planejamento municipal, ao equilíbrio ambiental, numa preocupação constante com a necessidade de preservar a natureza, corrigir os erros e inconseqüências com a maior brevidade, enfrentando novas realidades e novos problemas jurídicos. Seu art. 41 obriga municípios com mais de vinte mil habitantes, cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, as integrantes de áreas de especial interesse turístico e as inseridas na área de influência de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de caráter regional ou nacional a terem seus Planos Diretores participativos.

Os instrumentos da política urbana contidos nesse estatuto, segundo Silva (2006, p. 69), lhe dão características de uma Lei Geral de Direito Urbanístico quando disponibilizam ao poder municipal, através de seus Planos Diretores Participativos, condições de, poder público e sociedade atuando juntos, proporem à cidade melhores formas de desenvolvimento e expansão urbana ordenada, melhor administração das reservas fundiárias do município e dos terrenos desapropriados. Tais mecanismos são importantes para regular o mercado imobiliário, facilitar o desenho e execução do planejamento urbano, além da utilização adequada do solo urbano.

No mesmo caminho está a Agenda 21, um dos documentos mais importantes produzidos na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento-ECO-92, a propor transformações significativas nos valores e na cultura que fundamentam a vida na sociedade capitalista, estimulando mudanças em seus modos de produção e consumo, estes reconhecidamente insustentáveis. Tem como fundamento uma série de reflexões e propostas que tratam de temas nas áreas ambiental, social, econômica e política, constituindo-se, desta forma, em um importante instrumento para a implementação de um novo modelo de desenvolvimento econômico e social, que seja verdadeiramente sustentável e garanta, não somente a qualidade do meio ambiente, mas também a qualidade de vida dos que nele habitam. Nesse sentido, a Agenda 21, mais que um simples documento, é o resultado de um compromisso, um programa de ação contínua de todas as nações e povos, em prol de um desenvolvimento que tenha como objetivo a promoção do bem comum, o respeito e a responsabilidade social com o presente e o futuro.

Esses dois dispositivos, o Plano Diretor e a Agenda 21, têm em comum a participação popular como elemento indispensável para suas formações. Precisam também de ações descentralizadas, inserções de suas pautas nos programas de governo em todos os níveis e responsabilidades para que, a longo prazo, as abordagens e propostas sejam internalizadas por todos os setores da sociedade e promovam transformações sociais eficazes. Já não se admite mais, em uma administração municipal, atos que sejam contrários aos interesses da sociedade organizada.

Em resposta à evolução do papel assumido pela sociedade, o Judiciário percebeu a necessidade de garantir respostas adequadas às crescentes demandas coletivas, em relação à satisfação de uma pretensão comum e fez surgir instrumentos jurídicos para tutelar direitos difusos e coletivos, dentre eles, a ação popular e o mandado de segurança coletivo (MENDES, 2008, p. 1).

Negreiros (2007, p. 187), que toma como referência J. M. Othon Sidou, discorre que, historicamente, a construção jurídica latina, apesar de deus peculiar individualismo, sempre concedeu espaço a causas pro populo, em nome alheio, pela liberdade.

No caminho desses interesses difusos, houve dois momentos definitivos. Primeiro, a edição da Lei 7.347 de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública - LACP e do Código de Defesa do Consumidor-CDC, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, ambas responsáveis pelo maior desenvolvimento e suporte à defesa dos interesses coletivos.

Sabe-se do longo trabalho a ser realizado na superação das divergências naturais, diante de conceitos tão diferentes das relações intersubjetivas, que balizam o ordenamento processual civil tradicional, mas é assim que o Direito se faz vivo.

1 A EVOLUÇÃO DA ESTRUTURA PROCESSUAL BRASILEIRA

O homem é a meta para onde se conduzem todos os ramos da ciência jurídica e à medida que ele se insere no meio social, fica evidente a fragilidade da regra do limite subjetivo dos efeitos da sentença, herança do direito romano. Os atos jurídicos podem, sim, ultrapassar os limites entre as partes envolvidas na questão judicial e atingir, ainda que de forma menos direta, terceiros alheios ao processo, porém ligados ao objeto material da disputa judicial. Esse reconhecimento tem exigido do Direito a rápida evolução nesse caminho para dar respostas a essas demandas (REGO, 2006, p. 2).

A evolução da estrutura processual que trata de direitos coletivos no Brasil pode ser dividida em duas fases. A primeira trouxe:

- a introdução de novos mecanismos com a finalidade de dar curso às demandas coletivas via ação civil pública, ação popular e ações de improbidade;
- a tutela de direitos e interesses transindividuais com a definição legal desses direitos e interesses e
- a tutela de forma abstrata à ordem jurídica pela ampliação do controle abstrato de constitucionalidade.

A segunda fase veio aperfeiçoar e ampliar os mecanismos já existentes pela reformulação de todo o processo civil visando à obtenção de maior efetividade na prestação jurisdicional por intermédio dos seguintes dispositivos:

- alterações na estrutura dos recursos;
- nova sistemática na execução e
- unificação das tutelas de urgência por antecipação.

O novo e atual sistema processual tem hoje três caminhos:

- tutela de direitos individuais por meio de tutela individual ou coletiva, com substituição processual;
- tutela de direitos transindividuais por meio de ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa;
- tutela de ordem jurídica pelos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Essa evolução se encontra materializada numa sequência de leis, consideradas a partir da Lei 7.347/1985 que incorporou a ação civil pública ao vocabulário jurídico, a saber:

Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989 – dispõe sobre a ação civil pública em apoio às pessoas portadoras de deficiência (arts. 3º a 7º).

Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 – dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 209 a 224).

Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor (arts. 91 a 100).

Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso (art. 74).

Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade (art. 52).

Tais mudanças têm promovido um movimento de renovação do processo civil no sentido de buscar maior efetividade às demandas nascidas no seio da dinâmica social.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Antes da lei 7.347/1985, o ordenamento jurídico já dispunha de um mecanismo processual de defesa de interesses coletivos: a ação popular. Existe, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, onde seu artigo 1º já considerava os direitos difusos e previa a condição de um único cidadão poder ingressar em juízo para solicitar a intervenção da justiça.

Posteriormente, com a Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, a responsabilidade civil para a reparação do dano ambiental passou a ser objetiva, dispensando a comprovação de culpa do poluidor do meio ambiente.

A Constituição de 1988 contempla, em seu art. 5º, LXXIII a defesa do patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural. Há também no mesmo diploma, art. 5º, LXX, o mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Excepcionalmente, pode uma associação com menos de um ano de constituição impetrar ação, desde que se trate de matéria relevante. O que não se permite é a criação de entidade com o fim exclusivo de impetrar uma ação. É peculiar, por ser um direito atribuído a entes públicos e privados para a tutela de interesses não-individuais.

O final do século XX trouxe um novo modelo econômico-social marcado pela crescente urbanização, concentração de capital e pela forma imprevisível, imensurável e indeterminada dos danos causados, em especial, ao meio ambiente. O dano ambiental, sabe-se, é de difícil reparação e ainda mais difícil sua valoração. Por isso, o meio ambiente é reconhecido como bem jurídico e sua degradação entendida como elemento de interferência direta na dinâmica social, econômica e política, capaz de atingir todos os seres vivos indistintamente. Temas como a proteção do meio ambiente, os contratos de massa e as relações sociais passaram a exigir do direito a criação de instrumentos mais eficientes e capazes de garantir uma tutela jurisdicional efetiva.

Assim, a Lei 7.347/1985 apresenta-se como um instrumento mais aperfeiçoado e adequado à proteção dos direitos difusos ao contemplar em seu bojo a legitimação para a defesa em juízo dos direitos coletivos, a ampliação dos efeitos subjetivos da coisa julgada e a previsão e regulamentação de meios de tutela preventiva dos direitos coletivos. Estes mecanismos encontram adequação quando utilizados na defesa contra condutas causadoras de danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (MENDES, 2008, p. 02). No entanto, tal instituto deve ser usado com cautela para não se tornar um instrumento de vingança, em razão da inversão da polaridade ativa e passiva.

A Constituição Federal, posteriormente, reconheceu expressamente a existência de interesses difusos e garantiu, no art. 129, III, a inclusão da ação civil pública às funções institucionais do Ministério Público que teve seu campo de atuação ampliado não só para a proteção do patrimônio público, social e do meio ambiente, mas também para a guarda de outros interesses difusos e coletivos. Assim, de acordo com o art. 5º da Lei 7.347/1985, são legitimados para propor a ação principal e a ação cautelar o Ministério Público, a Defensoria Pública, as pessoas jurídicas da Administração Indireta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as pessoas jurídicas da Administração Pública e as associações que estejam constituídas há pelo menos um ano e que tenham em seus fins institucionais a previsão do objeto a ser tutelado em juízo (FREITAS FILHO, 2007, p. 3).

A titularidade do Ministério Público atualmente é bastante ampla e, com a criação da Advocacia Geral da União (AGU), passou a ter plena independência para demandar instrumentos de tutela coletiva. Ao cidadão cabe uma titularidade restrita, considerando que a ação popular somente pode ter por objeto a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou à entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

2.1 TUTELA INIBITÓRIA E TUTELA REPARATÓRIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública pode atuar preventivamente ao dano como se vê nos artigos da Lei 7.347/1985, conforme Pilati (2008, p. 3-5):

- a) Art. 3º - possibilidade de condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.
- b) Art. 11 – possibilidade de o juiz determinar o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer através de prestação ou cessação de atividade, sob pena de execução específica ou cominação de multa, independente de requerimento do autor
- c) Art. 12 – possibilidade de o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Também no Código de Processo Civil-CPC, através dos artigos:

- a) Art. 287 – no pedido, o autor poderá requerer a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela.
- b) Art. 461, §4º - pode o juiz impor multa diária ao réu, independente do pedido do autor, se for compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo

Ainda no artigo 84 do CDC, em ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz pode conceder a tutela específica da obrigação ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Todos eles assinalam para a obrigação de fazer ou não fazer, com mandado liminar, prevenindo a ocorrência do dano ou ainda para a ação repressiva, após o evento danoso, com o intuito de ressarcir-lo.

A tutela inibitória *lato sensu* é aplicável a situações em que se verifica o ilícito, sem ocorrência de dano. Tem como fundamento os princípios da prevenção e da precaução. Para o princípio da precaução há de se estabelecer a prioridade que deve ser dada a medidas que evitem o nascimento de riscos ou impactos ao ambiente para reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade. Também inibitória, a precaução é um estágio além da prevenção e se destina a gerir riscos ou impactos ainda desconhecidos e/ou incertos, abstratos. Este princípio tem outra relevante consequência, qual seja a de impor ao degradador o ônus de provar que a atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora, invertendo o ônus da prova. Assim, a precaução tende a não se realizar e, havendo risco de dano irreversível, a prevenção busca, ao menos em um primeiro momento, a compatibilização entre a atividade e a proteção ambiental. A sua efetivação pode se dar através da tutela inibitória ou tutela de remoção do ilícito (MILARÉ, 2007, p. 765-769). É inibitória quando objetiva impedir a prática ou continuação do ilícito. Neste caso, sem que haja configuração de dano, impõe-se ao agente medida coercitiva de fazer ou não fazer pela aplicação de multa. Essa multa deve ser aferida na sua realidade, variando entre o mínimo vital e o confisco. A realização da tutela inibitória encontra grandes dificuldades na sua produção de provas, pois de que forma é possível provar, de forma idônea e capaz, um temor diante da possibilidade concreta de ocorrência do ilícito, e ainda comprovar sua contrariedade à lei? Por conta disso, se aceita a verossimilhança.

A tutela de remoção de ilícito atua num segundo estágio, entre a ocorrência do ilícito (arts. 186 *usque* 188 Código Civil-CC) e a constatação do dano, determinando-se o cumprimento da obrigação por terceiro e à expensa do causador do ilícito.

A tutela reparatória destina-se à reparação do dano já ocorrido. Quando produzido o dano e configurado o prejuízo é preciso buscar meios de ressarcimento e reparação dos danos causados individual e coletivamente. O causador da

poluição, por exemplo, arca com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização do dano causado, pois, aquele que lucra deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante. A responsabilidade civil, em acepção ampla, prevista no art. 927 do CC, determina que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. A responsabilidade civil prevê a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões dolosas ou culposas.

Há ainda a possibilidade de se buscar uma saída negociada para a reparação dos danos a interesses difusos e coletivos pela aplicação do “compromisso de ajustamento de conduta”, conforme art. 5º, §6º (dispositivo semelhante há também no art. 211 da lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA).

O referido instrumento possibilita à parte, a quem se imputa a ofensa dos interesses coletivos, que harmonize o seu comportamento às exigências da lei. Esses acordos visam, sobretudo, não ao interesse de “vencer” a causa e sim a obter, de modo menos oneroso e menos impactante, a melhor tutela para o conflito, entendendo que é “melhor um mau acordo que uma boa demanda” (MILARÉ, 2007, p. 976-986). Embora o compromisso reclame sempre a reparação integral do dano, há também previsão de multas pecuniárias para o caso de não cumprimento e os recursos são destinados a fundos que têm como objetivo a reparação dos danos ocasionados. Têm força de título executivo extrajudicial.

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONJUNTAMENTE APLICADOS NA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A Constituição Federal contém três artigos que tratam da proteção ao consumidor dentro da relação de consumo como direito fundamental e como princípio da ordem econômica (SMANIO, 2004, p. 4). São eles os artigos:

- a) art. 5º, XXXII – a defesa do consumidor.
- b) art. 150, §5º- esclarecimentos aos consumidores acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.
- c) art. 170, V – assegurar à ordem econômica o princípio da defesa do consumidor.

São regras de caráter obrigatório e inderrogáveis pelo interessado. Além de sua importância por si, teve ainda o condão de preencher algumas lacunas da LACP e formado junto com ela uma jurisdição civil coletiva com técnicas processuais diferentes para atender às tutelas de direitos transindividuais. Sua finalidade, expressa no art. 1º, IV, da LACP é dar flexibilidade ao texto legal, prevendo as rápidas mudanças de modo a permitir sua adaptação às novas situações concretas ainda não imaginadas pelo legislador, mas que se encaixem nos parâmetros

da coletividade, que são os fundamentos da ação civil pública. Esses dois diplomas foram visceralmente integrados pelo art. 21 da LACP, com redação dada pelo art. 117 do CDC, o que tornou a Ação Civil Pública um instrumento eficaz na defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (ALMEIDA, 2004. p. 02).

Na verdade, o CDC não regula todo o processo coletivo, seu objetivo maior é outro, mas, em seu texto os conceitos uniformizados e capazes de integrar ao regime jurídico-processual esses novos direitos (MENDES, 2008, p.03).

Outra importante contribuição do CDC foi ter apresentado a conceituação de interesses difusos (art. 81, I), coletivos, assim entendidos os transindividuais (art. 81, II) e os individuais homogêneos (art. 81, III). O vocábulo difuso, segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, significa disseminado, divulgado, prolixo, redundante. No plano do Direito, como conceituado no CDC, a expressão difuso, no sentido de direito ou interesse, significa espécie de direito de dimensão coletiva pertencente a uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis, mas que é de um e de todos ao mesmo tempo. É caracterizado pela pulverização de vítimas, mesmo que certos aspectos de sua danosidade possam atingir, de forma individual, certos sujeitos. Afinal, a quem pertence a titularidade do ar que respiramos? É óbvio, pertence a cada um e a todos ao mesmo tempo, daí a circunstância fática, absoluta, da sua indivisibilidade (ROCHA, 20019, p.09-14).

Nos direitos ou interesses difusos não existe prévia relação jurídica, pois as pessoas estão ligadas por meras circunstâncias fáticas, ao passo que, nos coletivos, em sentido estrito, torna-se importante a existência de uma prévia relação jurídica entre os membros da categoria, classe ou grupo de pessoas ou entre essas pessoas e a parte contrária. Portanto, é considerado direito difuso o direito de respirar ar puro, de não ser alvo de publicidade enganosa e abusiva, o direito da comunidade sobre a integralidade do patrimônio cultural, moral, ecológico, o direito a ter os serviços essenciais com solução de continuidade, e tantos outros.

Observa-se o art. 5º, § 2º da CRFB:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime democrático e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O dispositivo acima deixa claro que a relação dos direitos difusos apresentados expressamente na Constituição é meramente exemplificativa. Podem ser extraídos outros direitos difusos do seu próprio espírito e de outras normas jurídicas compatíveis com o Estado Democrático de Direito e em vigência no Brasil. Adequa-se aqui o princípio da não-taxatividade do direito coletivo.

A partir desses conceitos legais é possível haver um acoplamento entre a estrutura processual tradicional e esse novo atuar dirigido aos interesses transindividuais, muito embora seja desejável a construção de uma estrutura própria.

Ressalte-se que o Título III do CDC não é o único local em que se pode buscar fundamento para as tutelas coletivas. Outras regras processuais se encontram no mesmo diploma, tais como:

- a) Art. 5º, I – assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente;
- b) Art. 6º, VI e VIII – prevenção e tratamento diferenciado possibilitando a inversão do ônus da prova, este disposto no art. 333 do Código de Processo Civil-CPC, que se dá por convencimento do juiz;
- c) Art. 43, § 4º – acesso a informações (*habeas data*);
- d) Art. 117 – aplicação das normas processuais do Título III à tutela de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;
- e) Arts. 109 *usque* 117 – ampliação do âmbito de atuação da Lei 7347/1985 com incidência das regras do CDC.

De fato, o CDC e a LACP são diplomas irmãos que promoveram um movimento de renovação do processo civil, ao tratar de interesses não mais considerados individualmente, mas em sua acepção coletiva e difusa. Todos os dispositivos que garantem direitos processuais no CDC também estão incluídos na ação civil pública, pois o espírito da norma é fazer a com que as inovações processuais trazidas pelo CDC também alcancem a LACP (PILATI, 2008, p. 6).

4 CRÍTICA AO SISTEMA ADOTADO

O sistema brasileiro, no contexto da tutela jurisdicional dos direitos coletivos, é considerado um dos mais avançados do mundo. Consagra amplamente os valores da tutela jurídica material coletiva, quando os insere no bojo dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, art. 5º, da CRFB de 1988), garantindo o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXXV), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a proposição da ação popular (art. 5º, LXXIII), a ponto de tornar-se imprescindível também a concepção de um direito processual coletivo.

Contrariamente à legitimação adotada nas ações civis públicas consagradas na regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americana. Não há na LACP a figura do *ideological plaintiff* (autor ideológico), muito embora possamos tê-la presente na Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, ao legitimar qualquer cidadão a pleitear anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. O argumento utilizado por alguns defensores baseia-se no risco da utilização da ação popular como instrumento político de pressão, sobretudo no que diz respeito a questões que tratem de moralidade administrativa. Na verdade, se cabe ação popular, independentemente de somente um cidadão impetrá-la, há interesse público na defesa da moralidade administrativa. Daí a

irrenunciabilidade da ação popular, prevista no art. 9º da Lei 4717/1965, que dispõe a interveniência do Ministério Público em caso de desistência por parte do autor da ação. Esta vinculação jurídica mitiga a intenção de pressões contrárias exercidas pelo réu com o objetivo de desestimular ou oferecer vantagens pessoais em troca da desistência da ação. Portanto, não se trata de argumento capaz de justificar tal limitação (AGUILAR, 2000, p. 5).

Sabe-se que nenhum regramento nasce completo. É sua aplicação, com erros e acertos, que o tornará efetivamente um instrumento em favor do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto formal do direito processual coletivo é composto pelo conjunto de princípios, garantias e regras processuais que disciplinam o exercício da ação coletiva, da jurisdição coletiva, do processo coletivo, da defesa no processo coletivo e da coisa julgada coletiva. Além das disposições constitucionais consagradoras de princípios, garantias e regras processuais próprias, o objeto formal do direito processual coletivo ainda se compõe das seguintes leis:

- a) Código de Defesa do Consumidor — Lei 8.078/90 — Título III, art. 90;
- b) Lei da Ação Civil Pública — 7.347/85, art. 21;
- c) Lei 9.868/90 – processo e julgamento de ADIN e ADC pelo STF;
- d) Lei 9.882/90 - processo e julgamento de ADPF.

O CPC integra o objeto formal do direito processual coletivo, mas de forma subsidiária, limitada e também provisória. Ainda que a Constituição Federal garanta o acesso para apreciação de violações a interesses transindividuais, espera-se que, num tempo breve, se concretize um sistema mais completo, capaz de romper de vez com todas as amarras individualistas do CPC. Esse é um dos grandes desafios do movimento pela codificação do direito processual coletivo brasileiro, na busca de tornar mais uniforme e mais visível o objeto formal do direito processual coletivo, o que só será adequado quando respeitadas as diretrizes constitucionais consagradoras do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual brasileiro.

Espera-se que essa proposta de codificação, com técnicas legislativas atualizadas, consiga expressar a complexidade social, econômica e política da vida contemporânea e traduzir as mudanças e transformações dos valores e princípios que caracterizam a atual organização social.

REFERÊNCIAS

Agenda 21. Disponível em: <http://www.ecolnews.com.br/agenda21/index.htm>. Acesso em: 07 set. 2009.

AGUILAR, Rafael Pinheiro. **Por uma legitimação individual nas ações coletivas.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n.48, dez. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=349>. Acesso em: 26 out. 2008.

ALMEIDA, Renato Franco de; GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. **A competência nas ações coletivas do CDC.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.245, 9 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4826>. Acesso em: 03 nov. 2008.

Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versão24_02_2006.pdf Acesso em: 07 set. 2009.

BRASIL. Estatuto da Cidade: **guia para implementação pelos municípios e cidadãos.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

_____. **Federal Rules of Civil Procedure.** Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frep>> Acesso em: 07 set. 2009.

FREITAS FILHO, João Bosco Won Held Gonçalves de. **Os modelos de representação dos interesses transindividuais apresentados por Mauro Capelletti. A solução pluralista do direito processual coletivo brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1512, 22 ago. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10311>. Acesso em: 22 out.2008.

GÓMEZ, J. Miguel Lobato. **Código Civil e Estatuto da Cidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 247, 11 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4933>. Acesso em:28 jun. 200915.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como *custus legis*.** São Paulo: Método, 2007.

MENDES, Thays Cristina Ferreira. **A ação civil pública e a tutela aos interesses difusos e coletivos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n.1713,10 mar. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11023>. Acesso em: 03 nov. 2008.

MILARÉ, ÉDIS (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PILATI, Luciana Cardoso. **O sistema brasileiro de ações coletivas e a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n.1790, 26 maio 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11295>. Acesso em: 04 nov.2008.

REGO, Andréa de Fátima de Oliveira. **O processo e a sentença coletiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.1235, 18 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9185>. Acesso em: 23 out. 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A tutela constitucional dos interesses difusos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.438, 18 set. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5710>. Acesso em: 23 out. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PROCESSIONAL ISSUES REGARDING TRANSINDIVIDUAL RIGHTS

Abstract: The main purpose of the present article is to consider the main ways of prosecution and coercion resources to face collective questions, the application of these procedures and main difficulties in order to assure the effective tutorship, where the environmental question can be addressed. The law, to be considered, needs to be understood and applied as a proposal where the meaning modifies itself along by facing the changes in demands and historical, social and ideological facts. This work tries to show that these constant searches for new attitudes and practices are the best way to approach society and justice.

Keywords: Environmental Law. Procedural questions. Innovation.

A LEI DO ANTITERRORISMO NA FRANÇA E A ANTÍTESE ENTRE A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E A PERMISSÃO AOS ABUSOS CONTRA ELES

Antônia Morgana Coelho Ferreira

Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Curso Prof. Jorge Hélio. Advogada.
delegada_uniforx@hotmail.com

Saulo Nunes de Carvalho Almeida

Pós-graduando em Direito do Trabalho, Tributário e Previdenciário pela Faculdade Ateneu.
saulonunes@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) A França como berço dos direitos humanos e os avanços nessa seara na óptica internacional. 2) O ataque a Paris em 2004 e o terrorismo sob uma nova perspectiva na França. 3) Legislação francesa: combate ao terrorismo ou aos direitos fundamentais? 4) Uma análise jurídico-penal da legislação francesa de combate ao terrorismo e dos princípios por ela violados. 5) O combate ao terrorismo no Brasil: anteprojetos

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar a Legislação de antiterrorismo existente na França, traçando um paralelo entre essa legislação e os princípios fundamentais por ela violados, levando em consideração o fato de ser a França considerada o berço dos direitos humanos mundiais. Tentar-se-á explicar como uma civilização tão desenvolvida, que possui entre suas maiores contribuições mundiais a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, pôde desenvolver uma legislação de antiterrorismo que agride sobremaneira esses mesmos direitos humanos, tão defendidos e difundidos ao longo dos anos. Por outro lado, será traçado um panorama comparativo entre a lei de antiterrorismo francesa e a legislação existente no Brasil.

Palavras-chave: Lei de Antiterrorismo Francesa. Direitos Humanos. Legislação de Antiterrorismo Brasileira.

INTRODUÇÃO

O corrente ano de 2009 é o ano da França no Brasil, em respeito ao ano de 2005, ano do Brasil na França, em uma política de amizade entre esses países, ambos árduos defensores dos direitos humanos no Mundo. A França com sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e o Brasil com a Constituição Federal de 1988, considerada uma das mais democráticas do mundo.

Portanto, imperativo se faz um estudo sobre a França no Brasil e não apenas isso, mas sobre essa civilização em todo o mundo, explorando de forma peculiar os avanços que ela empreendeu, já durante a Revolução Francesa, no que concerne à proteção dos direitos humanos e a influência que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão teve em todo o mundo.

Para isso será analisada a Lei de Antiterrorismo francesa, considerada uma das mais severas do mundo, no que pertine à desobediência dos direitos humanos, que esse país tanto defende, e os abusos que se permite cometer para enfrentar o terrorismo, mazela que atinge diversos países do mundo, principalmente aqueles mais desenvolvidos.

O terrorismo, ao contrário da ideia equivocada de alguns, não se trata de um fenômeno contemporâneo mundial. Atividades ligadas a ele estiveram presentes em diversos Estados durante todo o século XX. No entanto, foi apenas no século XXI que o nível de preocupação dos Chefes de Estado, quanto à busca efetiva de combate a esse fenômeno, se desenvolveu consideravelmente.

Uma das principais motivações por trás de atos terroristas se refere à instalação do medo e insegurança na população, como forma de desestabilizar um governo, para que venha a realizar ou deixar de realizar algum ato ou série de atos específicos, seja no âmbito econômico, político, militar ou social.

Esse fenômeno passou a ser visto mundialmente de forma diferente após o dia 11/09/2001, marcado por uma série de ataques terroristas contra os Estados Unidos da América¹ tornando essa data como um marco da história contemporânea do século XXI. Esse marco se deu não apenas pela magnitude dos ataques, nem por terem sido cometidos contra os EUA (país que sempre considerou como prioridade as defesas nacionais) e sim pelos alvos que foram escolhidos pelos terroristas. Eles representavam o centro financeiro do capitalismo e da inteligência militar. Esses ataques colocaram diversos países ocidentais capitalistas em alerta.

A preocupação, devido à ofensividade dos ataques cometidos, levou diversos países a refletirem sobre o presente nível de combate a possíveis ameaças terroristas futuras. Preocupações, essas, que acarretaram diversas medidas de

¹ Os pontos atacados foram o World Trade Center e o Pentágono.

retaliação proporcionais, por parte dos Estados. Entre tais medidas, destacam-se as novas legislações de combate ao terrorismo que passaram a ser implantadas em diversos países do mundo, principalmente da Europa. Legislações, que em certos casos (como o da França), conforme aqui será estudado, tendem a violar princípios fundamentais de proteção às pessoas humanas.

Nos EUA, por exemplo, a segurança se tornou quase que uma obsessão da população, tendo sido promulgado, logo após os ataques de 11 de setembro, o Patriot Act². Essa legislação Americana aumentou significativamente o controle exercido pelo país nas fronteiras, instituindo novos programas que buscam o levantamento de informações pessoais, além de permitir um maior controle, das autoridades policiais, durante os interrogatórios de suspeitos.

Para os Franceses, a preocupação com a segurança também se tornou uma questão de grande relevância, tendo sido um dos principais temas abordados durante a corrida presidencial de 2002, ocasião em que o então presidente Nicola Sarkozy foi eleito, usando um discurso totalmente voltado para a segurança. A população Francesa passou a exigir a implantação de políticas efetivas de combate ao terrorismo, na busca de amenizar o crescente nível de insegurança que se desenvolvia no país.

Defensores de uma legislação mais rígida aproveitaram esse momento de insegurança para desenvolver as suas teses e argumentações de que Estados Democráticos possuem, devido a sua própria natureza, maiores dificuldades para implantar políticas eficientes de combate ao terrorismo, por se tratar de Estados garantidores de um vasto leque de direitos considerados fundamentais. Nessa óptica, Estados que possuem muitas garantias tenderiam a facilitar a execução de ações relacionadas ao terrorismo.

Entre esses direitos fundamentais que, supostamente, facilitariam a manifestação de atos terroristas, deve-se destacar o direito de livre movimentação dentro do país (facilitando a entrada de possíveis grupos terroristas), o direito à liberdade de expressão (podendo ser utilizado como meio de disseminação de propagandas de ideias terroristas, principalmente através da Internet), o direito de reuniões (por facilitar a organização de tais associações) e o direito à vida privada (dificultando o monitoramento de certos grupos suspeitos pelas autoridades).

Sob essa óptica, será analisado o contexto histórico francês que levou à criação da lei antiterrorismo e porque ela é tão severa no combate ao terrorismo

² Promulgado em 26 de Outubro de 2001.

dentro do território francês, aproveitando para fazer uma análise dessa legislação com princípios fundamentais de proteção a garantias individuais. Bem com analisar em que passo se encontra o Brasil quanto à defesa do território no que pertine a ameaças terroristas.

1 A FRANÇA COMO BERÇO DOS DIREITOS HUMANOS E OS AVANÇOS NESTA SEARA NA ÓPTICA INTERNACIONAL

É sabido que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão surgiu na França, elevando esse país a berço dos direitos humanos mundiais, com uma legislação ampla e particular. A Declaração estabelece uma abrangência desses direitos fundamentais para o mundo, quais as prerrogativas, direitos e deveres dos homens e dos cidadãos, não apenas lá, mas em todos os países, em uma defesa direta contra os abusos cometidos durante os vários séculos que antecederam a essa declaração.

Tentativa bem sucedida de estabelecer padrões globais para as várias civilizações, fruto de um estudo detalhado e das várias discussões sobre o tema. Renderam não apenas a Declaração, mas a própria noção de direitos humanos, qual a abrangência deles em todos os países e a abordagem que deveriam ter para que tal legislação pudesse fazer efeito e o homem pudesse ser respeitado por essa condição, a de ser humano, respeitando-se, assim, o direito natural, de onde todos os demais se originaram.

Porém, há que se fazer justiça. Antes de a Declaração entrar em vigor, ou sequer estar nos planos dos seus criadores, outras nações já possuíam textos de declarações traçando rumos para se tratar sobre os direitos humanos, tais como a da Inglaterra, precursora dos direitos individuais civis e políticos, quando o Rei João Sem Terra instituiu a Magna Carta, de 1215, e outros textos menores estabelecendo liberdades fundamentais do ser humano e posteriormente os Estados Unidos, com a sua Declaração de Independência, de 1776, imperando o individualismo do pensamento das Luzes, movimento ocorrido na França, antecessor da Declaração, onde imperava a liberdade em todas as suas formas.

Dessa forma, considerando-se o terreno fértil que a Declaração preparou em todo o mundo para a difusão desses direitos humanos, imprescindível uma abordagem histórica sobre ela.

1.1 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

As origens da Declaração remontam ao judaísmo, considerado raiz cristã, trazendo a noção de pessoa, quando o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, seguindo-se os preceitos de religiosidade e das leis supremas. Também

a noção de direito e jurisprudência e um racionalismo jurídico, com exigência de interpretação da lei de modo a possibilitar o exercício das liberdades, dentro da seara cristã de defesa da vida, defendida pela Bíblia.

O berço das civilizações modernas se originou do Cristianismo, da noção de Deus como Ser Supremo, sendo, inclusive, citado no preâmbulo da Declaração, marcando a ruptura com o cristianismo e, ao mesmo tempo, uma certa espiritualidade, reconhecendo-se, outrossim, o valor sagrado da pessoa humana, sendo a dignidade da pessoa humana eterna como o próprio Deus e, de outra monta, a igualdade entre todos os cidadãos. Ora, se todos são a imagem de Deus, então todos serão iguais aos olhos dele e de todas as nações.

Logo após essa explanação, mais religiosa que propriamente histórica, cabe uma sucinta explicação sobre as fontes da Declaração, que remontam à filosofia imperante na época, com as obras de Montesquieu (*O espírito das Leis* – 1748) e Rousseau (*Do Contrato Social* – 1762), e suas modernas teorias sobre a separação dos poderes e a lei como expressão da vontade geral.

Para Rousseau a idéia fundamental é a de igualdade, onde os homens nascem livres e iguais, não havendo liberdade sem igualdade, e pela vontade geral se estabelecem os limites dessa igualdade, defendendo-se a lei como balizamento da sociedade.

Se os homens concordaram em deixar o estado de natureza, é porque eles pensavam encontrar na organização social vantagens superiores: a associação de todos os indivíduos em um corpo (o contrato social) garante melhor manutenção e melhor defesa contra as forças hostis da natureza. (ISRAEL, 2005, p. 74).

A partir do momento em que os homens resolvem se estabelecer em sociedade, é porque chegou o momento de dividirem as responsabilidades, não é apenas um ser humano tentando sobreviver e sim vários querendo delimitar seu espaço e buscando sua sobrevivência e a de sua família, tornando as leis e regras imprescindíveis a que se estabeleça uma convivência harmoniosa entre esses seres.

Já Montesquieu, com sua teoria da separação dos poderes, onde imperava uma desconfiança com relação ao executivo, tornando necessário separarem-se as esferas de governo para possibilitar uma maior liberdade ao cidadão, inclusive de eleger representantes de seus interesses. Afirmava que sem separação de poderes não haveria constituição forte o bastante para controlar o rumo da vida social.

Uma constituição entendida como o objetivo de proteção da liberdade pressupõe duas condições: a separação dos poderes e a garantia dos direitos. A garantia dos direitos pressupõe a existência de uma hierarquia das normas, o que, na França, se realiza no âmbito constitucional, pelo guardião da Constituição que é, hoje, o Conselho Constitucional.

[...] Garantia dos direitos e separação dos poderes são as condições de existência da Constituição. (ISRAEL, 2005, p. 79).

Dessa forma, foram plantadas as bases do maior compêndio de proteção aos direitos humanos previstos até hoje, o primeiro texto geral de direito positivo relativo às liberdades, imposto em 26 de agosto de 1789, respeitado por todas as nações do mundo e adotada pela Assembléia Geral da ONU, em forma de resolução em 16 de dezembro de 1966. Compêndio esse que deu origem a tantas outras declarações no mesmo aspecto, ao redor do mundo.

Trata-se de uma declaração que é um ato recognitivo, sendo os direitos nela constantes declarados, ou seja, constatados ou reconhecidos e aceitos como tal. É também um ato positivo que deve convencer e não apenas enunciar, impondo uma obediência intrínseca a esse texto, declarando direitos naturais do ser humano.

O próprio preâmbulo da Declaração reconhece os direitos humanos como essenciais a essa qualidade, afirmando-se a existência de direitos individuais anteriores e superiores ao Estado:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Conclui-se que a Declaração, no seu início reconhece o ser humano em sua essência e todas as regras que ela enuncia a partir daí tem o mesmo claro objetivo, respeitar o cidadão, dar a ele liberdade de agir e igualá-lo em todas as suas condições humanas.

Cabe aqui mencionar o art. 9º, da Declaração, enunciando: “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”. Ou seja, a lei protege aquele que é condenado de maus tratos e defende que deve existir um julgamento justo para que se prive a liberdade do ser humano.

A Declaração tem por características: a universalidade, o individualismo e a abstração, sendo características dos direitos naturais o fato de serem sagrados (aqui se evocando novamente a religiosidade), invioláveis e imprescritíveis (ou seja, não desaparecem e nem se invalidam pelo decurso de tempo).

O estopim dessa Declaração acontece com o advento das respectivas Constituições de 1946 e 1958, com a reafirmação dos princípios insculpidos no texto de proteção aos direitos humanos, nesta última constando em esparsos momentos do texto da Lei Maior.

Certo é que, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão outras tantas declarações surgiram, sendo a mais importante a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos:

Esse período será marcado simultaneamente pela extensão do reconhecimento dos direitos do homem (direitos de 1789, posteriormente a extensão a direitos novos) e pela contestação teórica e prática da concepção clássica (contestação do direito natural pelos positivistas: contestação marxista pelos regimes totalitários). (ISRAEL, 2005, p. 103).

Desse modo, não se pode falar em direitos humanos sem remeter à França e sua célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Imprescindível essa análise histórica para que se entenda como uma nação tão preocupada com os direitos humanos é capaz de instituir uma lei agressora desses mesmo direitos como o é a Lei Antiterrorismo que visa combater esse tipo de infração, e quais as razões históricas que levaram a implantação dessa lei.

2 O ATAQUE A PARIS EM 2004 E O TERRORISMO SOB UMA NOVA PERSPECTIVA NA FRANÇA

A explosão em Paris, no ano de 2004, próximo à embaixada da Indonésia, foi o primeiro ataque terrorista contra a França durante o interregno de oito anos. Esse ataque fez com que, ainda no ano de 2004, o terrorismo ganhasse maior destaque no país. O seu status foi elevado ao chamado *chantier national*, acarretando a priorização de esforços nacionais para que ataques como o ocorrido em Paris não viessem a se repetir. Esse novo *status* obrigou todos os órgãos do governo a buscarem medidas efetivas a serem alcançadas, de combate ao terrorismo.

Uma dessas novas medidas desenvolvidas pela França, de combate a atividades terroristas, ocorreu através da criação de um novo sistema, de âmbito nacional, intitulado *Vigipirate*. Esse sistema consiste em um programa de alerta

de segurança nacional, atuando por meio do desenvolvimento de novas medidas preventivas de combate ao terrorismo. Essas medidas se dão na forma da edição de normas de segurança a serem adotadas em metrô, praças e outros locais públicos, bem como em áreas territoriais fronteiriças com outros países.

Outra medida encontrada, após os ataques de 2004, foi a melhoria na troca de informações entre órgãos e agências do governo competentes para combater o terrorismo. A legislação francesa, em seu vigente modelo, prevê que diversos órgãos, agindo de forma hierárquica, busquem a garantia de um ou mais objetivos. No âmbito de combate ao terrorismo, diversos são os órgãos que possuem alguma competência: DST (Polícia Federal), RG (Serviço Geral de Inteligência), DNAT (Divisão Nacional Anti-Terrorismo) e o DSGE (Serviço Externo de Inteligência) sendo este uma agência ligada ao Ministério de Defesa, possuindo, assim como os demais institutos mencionados, certo nível de competência.

No entanto, a problemática que existia não era quanto à busca de agências suficientes para combater o terrorismo, pois, conforme pôde-se notar, já se tratava de uma quantidade significativa. A dificuldade, na verdade, existia na coordenação de tais órgãos, que tinham dificuldades de trocar informações entre si. Assim, necessária era uma mudança, para que todas as agências competentes pudessem passar a atuar em conjunto, na busca de se atingir eficientemente um bem comum.

Essa mudança veio com a criação de um órgão intitulado UCLAT (Unidade de Coordenação Operacional Anti-Terrorismo), que teria a competência unicamente de coordenar todas as ações e coletas de informações dos demais institutos.

3 LEGISLAÇÃO FRANCESA: COMBATE AO TERRORISMO OU AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

O sistema central Francês de combate ao terrorismo foi desenvolvido no ano de 1986, por meio da Lei 86-1020, de 9 de Setembro daquele ano. Foi por esse novo sistema que se introduziu a figura de um Tribunal competente³ para lidar com os processos específicos englobando todos os casos de terrorismo do país.

Porém, foi em 23 de Janeiro de 2006, por meio da Lei 2006-64⁴, que diversas das previsões criminais ligadas ao terrorismo, previstas na legislação Francesa, foram severamente difundidas. Entre essas previsões, destaca-se a duplicação da penalidade, contida no art. 421-2-1 do Código Penal Francês, para aqueles que são considerados culpados de participação em grupos ou associações que visem desenvolver qualquer tipo de atividade considerada terrorista, que passou de 10

³ Popularmente conhecido como “14^a Seção”, localizado na cidade de Paris.

⁴ Popularmente conhecida como “Lei Sarkozy”.

para 20 anos de reclusão. Aumentou-se, também, a punição daqueles considerados “líderes” de tais grupos, de 20 para 30 anos de reclusão.

Diversas são as críticas que vem sendo realizadas por entidades protetoras dos Direitos Humanos quanto às previsões contidas na vigente legislação Francesa de combate ao terrorismo. Entre as principais previsões criticadas, deve-se destacar:

- Suspeitos podem ficar sob custódia da polícia por 4 dias, ou em certos casos até 6 dias, antes de serem oficialmente colocados sob investigação judicial (através da instauração de processo) ou liberados;
- Os suspeitos somente podem ter acesso a um advogado após estarem em custódia por 3 dias. Quando o acesso finalmente é permitido, o tempo máximo da visita limita-se à 30 minutos;
- Aos advogados, no momento da visita a seu cliente, são disponibilizadas pouquíssimas informações sobre o caso, não tendo acesso a qualquer pasta ou arquivo sobre o mesmo;
- Suspeitos têm sido vítimas de interrogatórios constantes, muitas vezes de forma opressiva, e sem a presença de advogado;
- Os policiais não têm a obrigação legal, em caso de suspeitos de associação ao terrorismo, de informar ao suspeito o seu direito de permanecer em silêncio.

Um dos maiores problemas, da vigente lei Francesa Anti-Terrorismo, estaria na ampla definição de *association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste*. Inicialmente tipificado como conduta criminosa em 1996, essa tipificação prevê que, após se verificar a existência de alguma possível associação do indivíduo com atividades terroristas, as autoridades podem agir de forma preventiva, através da utilização de diversos atos severos, conforme já mencionado, na busca de um combate eficaz ao terrorismo, antes que venha a se concretizar.

Outrossim, o problema reside no fato de que a atual abrangência, prevista na lei, permite que uma pessoa seja detida sem ter realizado qualquer tipo de ato visando o planejamento de terror, mas que, devido à ampla possibilidade de interpretação da lei, o mesmo poderá ser enquadrado no crime de *association de malfaiteurs*⁵.

Importante esclarecer, também, o motivo da intensa severidade contida na discutida legislação Francesa de Anti-Terrorismo (Lei 2006-64). A lei foi elaborada após o atentado terrorista de Londres em 2005, ou seja, em tempos nos quais a Europa, principalmente a França, encontrava-se em um período de grande receio e a população clamava por segurança e punição àqueles envolvidos.

⁵ Previsão introduzida no Ordenamento Jurídico Francês pela Lei 96-647, de 22 de Julho de 1996.

Assim, na França tem sido, constantemente, utilizado a vaga expressão de “ofensa por associação ao terrorismo” de forma abusiva, detendo um grande número de pessoas de forma arbitrária, com poucas provas de qualquer possível envolvimento da pessoa em tais ações. Devido a uma ausência de delimitação por parte da legislação, pessoas inocentes são constantemente enquadradas nessa previsão. Comprovando essa predominância de pessoas detidas, um estudo intitulado *Preempting Justice: Counterterrorism Laws and Procedures in France da Organização Human Rights Watch (2008, on line)* afirma que:

The vast majority of terrorism suspects are detained and prosecuted on this charge. According to government statistics, 300 of the 358 individuals in prison for terrorism offenses in September 2005 – both convicted and those awaiting trial – had been charged with association de malfaiteurs in relation to a terrorist undertaking.

Oficiais Franceses defendem a presença da flexibilidade dada pela legislação, sob o argumento de que o atual modelo permite aos oficiais atuar de uma forma mais efetiva quanto ao combate ao terrorismo. Sabe-se, porém, que um excesso de flexibilidade na interpretação de normas, em qualquer Ordenamento Jurídico, é o primeiro passo rumo a futuras injustiças e arbitrariedades.

Outro problema do atual sistema ocorre pelo fato de que muitas informações levadas em consideração em processos, contra suspeitos de association de malfaiteurs, são fruto de investigações conduzidas em outros países. Países, esses, que, muitas vezes, possuem poucas experiências ou pouco material humano para conduzir investigações precisas sobre o tema. Inclusive, existem alegações de que informações podem ser levadas em consideração, pelas autoridades Francesas, apesar de terem sido conseguidas em outros países pela prática de tortura. O mesmo estudo da Organização Human Rights Watch (2008, on line) apregoa:

The use of evidence obtained from third countries where torture and ill-treatment are routine raises particular concerns, including about the nature of cooperation between intelligence services in France and those countries. Some defendants in France who credibly allege they were tortured in third countries into confessing have successfully had the confessions excluded as evidence.

Observa-se, assim, uma grande incoerência na França, um país ativo no plano internacional quanto a busca pela concretização dos Direitos Fundamentais, em aceitar tal espécie de prova.

Afinal, a legislação Francesa de combate ao terrorismo deveria coadunar com as leis e tratados internacionais, assinados pelo país, de proteção aos Direitos Humanos, algo que se torna visualmente inexistente no atual modelo. Essa abrangência, quanto à interpretação contida na legislação, tem acarretado violações aos direitos dos acusados de terem um julgamento justo. A possibilidade de interpretação da *association de malfaiteurs* permite que pessoas consideradas suspeitas sejam detidas com poucas, ou até nenhuma, prova concreta de associação

com atividades terroristas. Inclusive, na prática, uma técnica que vem sendo utilizada pelas autoridades é a de deter grandes quantidades de pessoas, na espera de que alguns deles possam vir a ter, ou vir a conhecer alguém que tenha, alguma informação considerada relevante para comprovar uma possível ligação de um terceiro com atividades terroristas.

Portanto, a ausência de uma definição precisa do termo *association de malfaiteurs* permite que pessoas sejam nela enquadradas e, posteriormente, até condenadas, apesar de poucas evidências comprovarem sua associação com atividades terroristas. Percebe-se que, na prática, basta que uma pessoa conheça outra ou dividam interesses similares, sejam esses interesses políticos ou religiosos, para que possam vir a ser considerados como suspeitos de associação ao terrorismo.

4 UMA ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DA LEGISLAÇÃO FRANCESA DE COMBATE AO TERRORISMO E DOS PRINCÍPIOS POR ELA VIOLADOS

Em uma incessante busca para conseguir formas eficientes de combate ao terrorismo, a França tem realizado prisões e processado pessoas por estarem enquadradas na abrangente previsão de suspeitos de associação ao terrorismo, indo diretamente de encontro aos procedimentos internacionais e princípios basilares do sistema criminal e da garantia dos direitos fundamentais.

Dessa forma, imperioso iniciar destacando a violação ao princípio da presunção de inocência⁶. Esse princípio tem o seu marco histórico durante o Iluminismo, quando surgiu a necessidade de medidas prevendo a possibilidade de resistência ao sistema penal inquisitório existente, visando uma eficaz proteção do cidadão pelo Estado contra as possíveis arbitrariedades que tendiam a acontecer, em uma época onde se presumia a culpabilidade. Sua positivação nasce, ironicamente, durante a Revolução Francesa, merecendo previsão expressa no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁷, de 1789: “Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Portanto, observa-se ser um princípio que permite ao acusado ser tratado com a máxima dignidade possível, bem como ter respeitado seu direito à liberdade de locomoção. Sobre o tema, Eugênio Pacelli (2006, p. 32) afirma que:

⁶ Atualmente, esse princípio também tem sido referido, pelos doutrinadores, como Princípio do Estado de Inocência.

⁷ Tendo sido posteriormente reiterado no art. 26, da Declaração Americana de Direitos e Deveres, bem como no art. 11, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

[...] situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do inter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação.

[...]

No que lhe refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo, no campo da prisão provisória, isso é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de “liberdade provisória”.

Concordando com essa visão previamente destacada, Fernando Capez (2006, p. 44) vai mais longe, dividindo o Princípio da Presunção de Inocência em três aspectos, relevantes em qualquer tipo de prisão:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal.

Verifica-se que, conforme a visão apontada pelo doutrinador, a legislação Francesa Antiterrorismo vai de encontro às duas primeiras fases, tanto no momento da instrução processual, ao deter indivíduos sem embasamentos justificáveis, quanto no momento da análise de provas, que será melhor avaliado a seguir, na forma de princípio próprio.

Outro princípio fundamental que vai de encontro à legislação de combate ao terrorismo, da França, é o princípio da humanidade da pena. Ele proíbe a prática de quaisquer atos de tortura, ou de tratamento desumano, na busca de uma eficaz defesa à integridade física do cidadão. Sua base internacional vem do art. V, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”.

Coadunando com esse entendimento, de que o acusado deve ser sempre tratado como pessoa humana, destaca-se a visão de Jescheck (*apud* GOMES *et al*, 2007, p. 550) que afirma:

O princípio impõe que todas as relações humanas que o Direito Penal faz surgir no mais amplo sentido se regulem sobre a base de uma vinculação recíproca, de uma responsabilidade social frente ao delinquente, de uma livre disposição à ajuda e assistência sociais e de uma decidida vontade de recuperação do condenado [...] dentro dessas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade.

⁸ Princípio previsto também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 10.1 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art.5º.

Observa-se que, conforme esse princípio, o Direito Penal deve se pautar pela benevolência, na busca de alcançar o bem estar, tanto da coletividade quanto dos acusados e condenados. A relevância desse princípio deve-se a sua nítida violação ao permitir formas de interrogatórios desumanas, conforme a previsão da legislação Francesa, permitindo que o suspeito fique sob custódia policial por até 3 dias antes de ter acesso a um advogado. Indivíduos relatam terem sido vítimas de tratamento de tortura durante as investigações, normalmente ocorrendo por meio da privação do sono, quando são feitos longos interrogatórios com duração de várias horas, impedindo, assim, o descanso do suspeito.

Outro relevante princípio violado é o da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Esse princípio, fundado na necessidade de reconhecimento da proteção dos direitos humanos, serve, fundamentalmente, como um meio de proteção do jurisdicionando contra possíveis arbitrariedades que podem vir a ser cometidas pelo Poder Público.

Portanto, conforme esse princípio, é expressamente vedado, em um Estado Democrático de Direito, a aceitação de provas obtidas através de formas ilegais. Quanto a esse tema, Fernando Capez (2006, p. 33) ainda esclarece ser inadmissível tanto provas conseguidas por meios ilícitos quanto ilegítimos. No caso específico de provas conseguidas por meio de práticas de tortura (de maior relevância para o presente estudo) devem, tais provas, ser consideradas ilícitas, por se originarem de uma violação ao direito material:

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Podemos citar como exemplos: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite: **a confissão obtida mediante tortura.** (grifou-se)

Observa-se que, tanto as provas consideradas ilícitas quanto as ilegítimas, devem ser processualmente vedadas, não podendo ser levadas em consideração como base para qualquer julgamento. Dessa forma, tanto o atual sistema de interrogatório Francês (contra os suspeitos de *association de malfaiteurs*) como a aceitação de provas obtidas em outros países, sem que haja uma avaliação de como essas provas foram obtidas, violam o princípio da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente.

Por fim, e talvez de mais nítida relevância ao tema central, o Princípio da Taxatividade. Esse princípio especifica que as condutas que o legislador acredita serem merecedoras de punição devem estar especificamente claras e suficientemente bem elaboradas no texto da lei, não podendo restar nenhuma dúvida, por parte daquele ao qual a norma se destina, quanto a sua interpretação.

Portanto, para que a lei possa obter sucesso no desempenho de sua função de motivar o comportamento humano, imprescindível que ela esteja disposta com clareza. René Ariel Dotti (2005, p. 60) esclarece:

A doutrina esclarece que enquanto o princípio da anterioridade da lei penal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, *taxativamente*, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. (grifo original).

Para Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 72) é vedada a elaboração de tipos penais que contenham expressões vagas ou ambíguas, podendo resultar em contraste de entendimentos:

A construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos. Alias, não fossem os tipos taxativos – limitativos, restritivos, precisos – de nada adiantaria adotar o princípio da legalidade ou da reserva legal. Este é um princípio decorrente, nitidamente, da legalidade.

Dessa forma, é óbvia a violação ao Princípio da Taxatividade na atual previsão Francesa de *association de malfaiteurs*, por não estar concretamente estabelecido em lei o que seria considerado uma violação a ela, o que tem levado a um significativo número (conforme apontado) de pessoas detidas sobre essa acusação. Uma disposição legal que contenha previsão de um crime de associação ao terrorismo deveria estar devidamente tipificada, de forma clara, sendo possível sua identificação por todos, pois somente dessa forma a lei poderá alcançar a sua função pedagógica de combater efetivamente o terrorismo.

5 O COMBATE AO TERRORISMO NO BRASIL: ANTEPROJETOS DE LEI E SUAS PARTICULARIDADES

O Brasil é considerado um país tranquilo quando o assunto em pauta é o terrorismo. Não há registros de crimes de terrorismo dentro do território nacional, ou que sejam essencial e eminentemente atentados terroristas, não aqueles que se conhecem como terrorismo puro e sim formas mais alheias ao clássico conhecido, mas não menos perigosas.

Fala-se de atentados como: a invasão do Congresso Nacional pelo MLST, a destruição do Horto Florestal da Aracruz Celulose pela Via Campesina, os incêndios de ônibus no Rio e em São Paulo pelo crime organizado - Primeiro Comando da Capital (PCC) e Comando Vermelho (CV) -, a invasão da sede do Incra em Maceió pelo MST e a destruição do guichê da TAM por passageiros indignados com a crise do “apagão aéreo”. Também o seqüestro do ônibus 174 no Rio, em 2000, e manifestações de apoio ao terrorista islâmico Osama Bin Laden, na visita de Bush a Brasília em 2005, podem ser considerados como atos terroristas, dependendo do ponto de vista.

Em 12 de março de 2007, o Gabinete de Segurança Institucional entregou ao Ministério da Justiça um anteprojeto de lei que trata dos crimes terroristas e de seu financiamento. No entanto, esse anteprojeto não define o terrorismo, tarefa difícil até para a Organização das Nações Unidas – ONU, mas trata de definir quais seriam as práticas consideradas como de terrorismo, tendentes a serem enquadradas pela lei, deixando a cargo do Juiz, quando da apreciação do caso concreto dizer se tal prática se enquadra ou não nos ditames da lei.

O anteprojeto diz ainda quais seriam as práticas que ensejariam o enquadramento na futura lei: atentado à bomba, atentados nuclear ou radioativo, bioterrorismo, terrorismo químico, crimes contra pessoa e patrimônio, crimes contra pessoas internacionalmente protegidas (chefes de Estado, diplomatas e funcionários internacionais), financiamento ao terrorismo, crimes contra a segurança de aeronaves, embarcações e veículos de transporte coletivo, crimes contra a segurança de portos, aeroportos e estações de transporte coletivo, crimes contra a segurança de plataformas fixas (exploração de petróleo e gás), colaboração com o terrorismo, apologia ao terrorismo.

Se o anteprojeto virasse lei poderia ter sido utilizada para as práticas já anteriormente citadas, sendo que nenhuma delas representou, de fato, uma atitude terrorista, mas sim uma ameaça à nação como um todo. Algo que agride o Estado e as pessoas que dele fazem parte, pondo medo na população que sai às ruas já pensando que o pior pode acontecer. Se se pensar assim, a violência explícita dos grandes centros urbanos também é uma forma de terrorismo, porque, como diz o anteprojeto, a intenção da lei é punir crimes que tenham por finalidade infundir estado de pânico ou insegurança na sociedade, intimidar o Estado, organização internacional ou pessoa jurídica.

Dessa forma, não há que se falar na criação de uma lei antiterrorista no Brasil, posto que a legislação brasileira apta a combater tais práticas que seriam consideradas de terror é bastante ampla e aplicada para cada caso. Seria tornar o Brasil um alvo quando ele não o é, já que, como citado anteriormente, não há indícios de práticas terroristas no território nacional, pelo menos não como aquelas que se observa em países como Estados Unidos, França ou Inglaterra.

O que se tem no país é uma guerra entre Estado e Violência, onde impera o receio, mas não sem uma preocupação do Poder Público em punir essas práticas que trazem insegurança à população, que intimidam até as autoridades acostumadas a combater práticas violentas.

O anteprojeto virou um projeto de lei que seguiu para análise em uma das Casas do Congresso Nacional, porém, em virtude das críticas recebidas e depois de um ano de intensos estudos o projeto não foi aprovado e não virou lei, sem data para votação.

As grandes críticas em torno desse projeto são: primeiro, a desnecessidade dela para o território nacional, que não sofre ameaças terroristas; segundo, a existência de uma legislação apta a combater tais práticas e terceiro que seria considerado exagero tipificar as práticas descritas acima como terroristas.

Reside também a crítica sobre a discricionariedade de os juízes poderem decidir quais seriam os casos que se enquadrariam na lei e como seria a pena aplicada para esses crimes.

Desse modo, permanece a legislação brasileira para repudiá-lo, principalmente, no que concerne ao argumento de que uma lei como essa atingiria sobremaneira os movimentos sociais que seriam taxados de movimentos do terror sem, contudo, usarem o terrorismo para conseguir algum propósito.

Dessa forma, pode-se considerar uma decisão acertada, tendo-se em conta que o país não sofre ameaças terroristas e caso venha a sofrer a legislação já é bastante ampla para albergar esses tipos de crimes, dando liberdade para que os movimentos sociais possam continuar defendendo suas causas sem sofrer qualquer tipo de ameaça ou coação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A França é mundialmente conhecida como “berço dos direitos humanos”. Reconhecimento esse advindo de diversas conquistas históricas asseguradas por esse Estado, zelador de uma eficaz concretização dos direitos fundamentais. Devido a isso, aparenta ser um grande passo para trás sua vigente legislação de combate ao terrorismo.

Portanto, acredita-se que, para a França fazes jus ao seu reconhecimento internacional, deve-se questionar a legitimidade de sua lei antiterrorismo, refletindo-se sobre suas atuais previsões.

Entre suas previsões, que precisam ser repensadas, destaca-se o reconhecimento da necessidade de que os suspeitos detidos possam ter acesso a um advogado a partir do momento de sua detenção, e não apenas 3 dias após o início dos interrogatórios, devendo também permitir a presença de seu representante legal no decorrer das investigações. Imprescindível, também, garantir a qualquer informação conseguida em outro país, principalmente naqueles onde a prática de tortura policial é corriqueira, que sua fundamentação seja devidamente analisada pela polícia Francesa, não devendo tais informações serem o suficiente para o enquadramento do cidadão como suspeito de associação ao terrorismo.

Por último, e talvez o ponto que mais clama por mudança, deve-se positivar um rol taxativo de atitudes que possam levar alguém a ser judicialmente acusado de *association de malfaiteurs*, sendo todas as atitudes, que estejam tipificadas na lei, apenas levadas em consideração com a presença de provas sólidas comprovando o envolvimento do indivíduo nas práticas terroristas. Essa necessidade reside no fato de que a não tipificação de tais atitudes pode levar, sobre o pretexto de um combate ao terrorismo, uma série de afrontas aos direitos e liberdades fundamentais nos quais o próprio Ordenamento Jurídico Francês se baseia.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio et al. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ISRAEL, Jean-Jacques [Tradução: Carlos Sousa]. **Direito das Liberdades Fundamentais**. São Paulo: Manole, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Del Rey, 2006.

PREEMPTING Justice: Counterterrorism Laws and Procedures in France. **Human Rights Watch**. Nova York, jul. 2008. Disponível em: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/france708_1.pdf>. Acesso em: 05 maio 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues [Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão]. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODRIGUES, Alex. Lei antiterrorismo vai permitir criminalização de movimentos sociais, acusa fórum de direitos humanos. **Agência Brasil**. Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/03/26/materia.2007-03-26.8657385656/view>>. Acesso em: 05 maio 2009.

_____. Anteprojeto de lei contra terrorismo só será aplicado em casos extremos, avalia comandante. **Agência Brasil**. Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/03/26/materia.2007-03-26.8657385656/view>>. Acesso em: 05 mai. 2009.

_____. Governo estuda anteprojeto de lei contra o terrorismo. **Agência Brasil**. Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/03/12/materia.2007-03-12.0924530635/view>>. Acesso em: 05 maio 2009.

_____. Juízes terão de interpretar conceito de terrorismo para aplicar futura lei. **Agência Brasil**. Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/03/12/materia.2007-03-12.0924530635/view>>. Acesso em: 05 maio 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WOLOSZYN, André Luis. O Brasil desiste da lei antiterror. **Agência Brasileira de Inteligência – Abin**. São Paulo, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/modules/articles/article.php?id=1619>>. Acesso em: 05 maio 2009.

ANTI-TERRORISM LAW IN FRANCE AND HUMAN RIGHTS

Abstract: The present paper analyses the French counter-terrorism legislation, under the perspective of the fundamental principles violated by it, also considering the fact that France is knowingly world-wide as the cradle of human rights. It also focuses on how such a developed society, which is responsible for the creation of the Declaration of Rights of the Man and the Citizen, in 1789, could have approved a counter-terrorism legislation that violates such human rights. It is also traced here a comparative perspective of the French counter-terrorism legislation with the current Brazilian legislation.

Keywords: French Anti-Terrorism Law. Human Rights. Brazilian Anti-Terrorism Legislation.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A MODERNA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Nathalie de Paula Carvalho

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e bolsista da Funcap.

nathaliedireito@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) A Análise Econômica do Direito (AED). 2) A moderna atividade empresarial. 3) O comportamento do consumidor. 4) A teoria dos custos de transação. 5) A concorrência e a defesa do consumidor nas modernas relações empresariais. Conclusão.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal analisar como se manifesta o comportamento das empresas frente ao mercado consumidor nos ditames da Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como Escola de Chicago. Verificar-se-á algumas considerações sobre a AED, passando-se ao estudo da moderna atividade empresarial, sob a ótica da teoria dos custos de transação, do mercado consumidor que a alimenta, concluindo-se pela relação direta e significativa entre o Direito Empresarial e a ordem econômica como balizadores da atuação do empresariado atual.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Empresas. Consumidor.

INTRODUÇÃO

A escola da Análise Econômica do Direito, também conhecida como Escola de Chicago, procura implementar os postulados econômicos na aplicação e interpretação de paradigmas jurídicos, com a meta de aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações econômicas, sociais e jurídicas.

Os principais pontos desta escola são condensados na rejeição da posição que analisa o Direito apartado das realidades sociais e econômicas, estimulando a utilização das idéias e métodos de outras disciplinas no estudo conjunto com a economia e a política, enaltecendo a interdisciplinariedade.

O presente artigo tem a função de definir e modelar a moderna atividade empresarial frente à Análise Econômica do Direito e a teoria dos custos de transação, direcionando principalmente para a questão da proteção do consumidor e investigar como a concorrência se materializa na atual conjuntura econômica.

1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida por Escola de Chicago, tem como principal objetivo de aplicar os postulados econômicos na interpretação de conceitos jurídicos, buscando aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações inerentes ao ordenamento jurídico. Embora no século XVIII Adam Smith já discutisse o efeito econômico da legislação mercantilista, foi apenas recentemente que se aplicou a economia para analisar atividades não diretamente relacionadas ao mercado. Ronald Coase, Richard Posner (1998) e Guido Calabresi são os principais nomes da Análise Econômica do Direito.

Posner (1998, p.26) observa que as origens da AED estão ligadas ao Common Law, cuja prevalência é pelo direito jurisprudencial, ou seja, baseado em precedentes judiciais, sendo apontado por ele como o campo por excelência da maximização da riqueza de uma sociedade. Sobre o assunto, Fernando Herren Aguillar assevera que:

Nos últimos anos, em que há um claro predomínio de políticas liberalizantes, é notável como as escolas de pensamento no Direito Econômico são progressivamente influenciadas por metodologias que prestigiam o econômico mais do que o jurídico. Assim como no século XIX se ensinava Economia Política e se tratava a medida econômica como mera questão de acerto ou erro científico, as correntes contemporâneas do Law and Economics colocam em primeiro plano a economia para a aplicar o Direito. (AGUILLAR, 2006, p.36-37).

O foco da AED é unir a Economia ao Direito para estudar as regras legais e instituições, usando o pressuposto de comportamento racional por parte dos indivíduos como principal instrumento de raciocínio: “empresas e mercados são instituições ou institutos que estão na fronteira entre o direito e a economia.” (SZTAJN, 2004, p.27).

Para isso, usa a análise econômica para prever os efeitos das leis, v.g. quais as conseqüências econômicas da responsabilidade subjetiva em comparação com a responsabilidade objetiva, além de dedicar-se a explicar o desenvolvimento das leis em termos de eficiência econômica, o que seria a AED normativa por meios dos conceitos de otimização de Vilfredo Pareto ou Kaldor-Hicks como critérios de eficiência (FORGIONI, 2005). Por este, uma mudança em que alguns indivíduos sejam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhorem de posição ganham mais do que perdem aqueles que pioram de situação. Por aquele, uma sociedade não se encontra em uma situação ótima se não houver pelo menos uma modificação capaz de melhorar a posição de alguém, sem prejudicar a de outra.

As principais obras de Coase são “*The Problems of Social Cost*” (1960) e “*The nature of the firm*” (1937), por meio das quais foca no desenvolvimento da economia dos Custos de Transação na moderna AED e na Teoria das Organizações.

Estuda-se, pois, conjuntamente, o Direito, a Economia, as instituições e as organizações, haja vista que o Direito influencia e é influenciado pela Economia, refletindo nas organizações e instituições. Nessa linha de raciocínio, Rachel Sztajn afirma que:

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos. O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. (SZTAJN, 2005, p.03).

O principal papel das instituições seria interferir diretamente na performance econômica. Com a tecnologia empregada, determinam os custos de transação. Em 1960, emerge o Teorema de Coase, na obra *“The Problems of Social Cost”*. Prega que, em um mundo hipotético, ou seja, sem custos de transação, os agentes econômicos negociariam os direitos, independentemente de uma alocação eficiente e não interfeririam no desempenho econômico.

Essa visão (a neoclássica) foi criticada por Coase, uma vez que, para ele, no mundo real os custos de transação são positivos e o impacto das instituições legais são marcantes: para realizar-se uma transação no mercado é fundamental descobrir com quem transacionar, fornecer informações, redigir um contrato e monitorar o seu cumprimento.

2 A MODERNA ATIVIDADE EMPRESARIAL

“Empresários são os propulsores da atividade econômica, são os agentes que organizam a produção”: é assim que Rachel Sztajn (2004, p.13) define o papel do empresariado à luz da Análise Econômica do Direito, valorizando-se, além da iniciativa privada, a cooperação interempresarial de modo a facilitar a organização das atividades empresariais, o que é interessante para o sistema produtivo. Assim, depreende-se que os mercados e as empresas se complementam, estão na fronteira entre o Direito e a Economia, na medida em que aqueles incentivam a produção de bens em qualidades e quantidades correspondentes à demanda existente.

Destaca-se também a importância dos contratos, da livre iniciativa, livre concorrência (art. 170 da Constituição Federal) e da propriedade privada: “contratos facilitam a circulação de propriedade; empresas organizam a produção para os mercados estes tornam eficiente a troca econômica.” (SZTAJN, 2004, p.29). Vai mais além:

Além de jurídico, o contrato é uma instituição social cuja função serve para dar segurança aos agentes econômicos nas relações patrimoniais que entre si venham a ajustar. Essa função não encontra paralelo em qualquer outro instituto jurídico, nem pode ser absorvida por qualquer deles. Seria possível, sem contratos, promover a regular e segura circulação de bens em uma dada sociedade? Sem contratos, a liberdade para dispor, livremente, dos próprios interesses ficaria prejudicada. (SZTAJN, 2005, p.29).

O conceito de empresa, segundo Francesco Galgano (1976, p.193), foi mencionado pela primeira vez no Código Francês de 1808, no século XIX. Em 1942, o Código civil italiano trata a empresa como uma atividade produtiva. A empresa, com o desenvolvimento das relações mercadológicas, passa a ser vista como “organização” e sua atuação é assim elucidada:

A intensidade do tráfico negocial imposto pela industrialização incipiente requer regras que contemplem não apenas a velocidade com que as operações são realizadas, mas, sobretudo, a repetição de padrões e a necessidade de novos instrumentos que reflitam as mudanças no processo negocial. (SZTAJN, 2004, p.22).

A empresa é uma categoria de produção, porque este processo supera o da circulação de mercadorias e a atividade vai sendo paulatinamente organizada. A importância dessa nova visão tem duas razões: a primeira é o aspecto socialmente útil da atividade sobre o especulativo e a segunda é a necessidade de se trabalhar com um conceito funcional para adequar-se a uma economia controlada. O empresário criava riquezas, mas dentro de um ordenamento jurídico positivado. Para Fábio Ulhôa Coelho:

Certamente, o dirigismo econômico importou a restrição da margem de livre atuação da vontade particular. A anarquia do mercado, se não podia ser de todo eliminada, como pretendido pelo fracassado ideal socialista de planificação estatal da economia, devia ser pelo menos controlada, e isto, no plano jurídico, representou o aumento da regulação dos interesses econômicos pela interferência da ordem positivada, externa à vontade das pessoas diretamente envolvidas. (COELHO, 2006, p.09).

O art. 966 do Código Civil brasileiro define o empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Adotou-se, pois, a Teoria da Empresa, herança do direito italiano. O legislador não se orientou, portanto, pela Teoria da firma, pela qual a entidade empresarial teria uma meta de reduzir os custos de transação por meio de contratos, visão esta que se coaduna com a escola neo-institucionalista. Essa formulação pertence a Ronald Coase, para quem as empresas são feixes de contratos.

Faz-se necessário, neste momento, apresentar-se uma explanação sobre a Teoria da Firma. Rachel Sztajn (2004, p.17) observa que as organizações econômicas visam, de forma eficiente, reduzir os custos de produção mediante a utilização de mecanismos que gerem o máximo de benefícios líquidos e, para Ronald Coase, as firmas são uma forma de desenvolvimento de atividades econômicas, superior aos mercados.

As empresas são consideradas instituições sociais, pois são organizações mediante as quais são ordenadas, providas e estruturadas para ligar os fatores de produção, bem como facilitar a coordenação das suas atividades para os mercados.

Para Rachel Sztajn (2004, p.68), as instituições “são caracterizadas pelo liame que estabelecem entre os indivíduos que as organizam, pela estrutura que as conforma, pelas regras que as definem e que elas aceitam.” Pela Teoria da Firma, a empresa é vista com uma unidade técnica de produção, em que se utilizam dos fatores de produção para a geração de bens e serviços. Segundo essa teoria, as firmas trabalham diretamente com a oferta de mercado e são de extrema importância, tendo em vista que reúnem o capital e o trabalho para realizar a produção e são as responsáveis por agregar ao valor as matérias-primas utilizadas nesse processo, por meio da tecnologia.

Outro ponto de destaque é a flexibilidade que deve existir entre as modernas relações empresariais, principalmente no cumprimento dos contratos, devendo esta atividade ser assim desempenhada:

‘Flexibilidade’ é a chave nos contratos empresariais que, aliás, precisam ser flexíveis para permitir adaptação das regras previstas pelos contratantes no início do negócio às cambiantes condições econômicas, de suprimento, demanda, concorrência, que se apresentam durante o período de execução do contrato, ou mesmo naquele interregno entre a celebração e a execução, quando diferida, evitando-se que as operações sofram e que parecia ser interessante e vantajoso se transforme em pesadelo. (SZTAJN, 2004, p.18).

Deve-se ainda mencionar quando da análise da moderna atividade empresarial a questão da responsabilidade social e ambiental das empresas, destacando-se o seu aspecto socialmente útil de modo a apontar a funcionalidade do conceito.

Amartya Sen menciona a ética empresarial (2000, p.137), ao asseverar que “a economia do bem-estar pode ser substancialmente enriquecida atentando-se mais para a ética, e que o estudo da ética também pode beneficiar-se de um contato mais estreito com a economia.” (SEN, 1999, p.105). Faz uma análise sobre o papel dos mercados no desenvolvimento do meio social, considerando que as pessoas podem interagir e dedicar-se a atividades mutuamente vantajosas, enaltecendo a complementaridade. Discorrendo sobre esse aspecto no contexto dos países em desenvolvimento, categoria em que se insere o Brasil, afirma que:

A necessidade de iniciativa da política pública na criação de oportunidades sociais tem importância crucial. Como já discutido, no passado dos atuais países ricos encontramos uma história notável de ação pública por educação, serviços de saúde, reformas agrárias, etc. O amplo compartilhamento dessas oportunidades sociais possibilitou que o grosso da população participasse diretamente do processo de expansão econômica. (SEN, 2000, p.170).

A população possui um papel fundamental no fortalecimento da responsabilidade social das empresas (OLIVEIRA, 2008), uma vez que seleciona, no ato do consumo, aqueles produtos ou serviços que foram postos à disposição de forma responsável. Segundo Andrew Savitz, a empresa sustentável é aquela que:

[...] conduz seus negócios, de modo a gerar naturalmente um flux de benefícios para todos os seus *stakeholders*, inclusive para empregados, para empregados, para os clientes, para os parceiros de negócios, para as comunidades em que opera e, obviamente, para os acionistas. (SAVITZ, 2007, p.28).

Muhammad Yunus (2008, p.31) fala em responsabilidade social corporativa, ao mencionar as empresas que exercem suas atividades de maneira sustentável, v.g. evitando a venda de bens defeituosos, sem lançar resíduos tóxicos no meio ambiente.

Atenta ainda para que os lucros de uma empresa responsável permaneçam nela mesmo e que essa atuação é uma forma de mudar o panorama empresarial (YUNUS, 2008, p.37), enaltecendo a importância da lucratividade para o seu desempenho normal. Para isso, esclarece que:

Primeiro, a empresa social criada é auto-sustentável. Não há necessidade de se injetar capital adicional nela todos os anos. É uma empresa que caminha, mantém-se e desenvolve-se por si só. Uma vez estabelecida, ela cresce por conta própria. E assim o investidor obtém mais benefícios sociais para seu dinheiro. Segundo, os investidores de uma empresa social recebem seu dinheiro de volta. Depois disso, eles podem reinvestir na empresa original ou em uma empresa social diferente. Assim, o mesmo dinheiro pode trazer mais benefícios sociais. (YUNUS, 2008, p.39).

Robert Reich (2008, p.174) faz uma leitura crítica da idéia de responsabilidade social das empresas, na medida em que a identifica com problemas relacionados à democracia, comprando referida atuação com um “algodão-doce”. A transição para o Supercapitalismo se deu a partir do momento em que as grandes empresas se tornaram mais competitivas, globais e inovadoras, passando a interferir nas decisões políticas. Confira-se o referido posicionamento:

A onda de interesse pela ‘responsabilidade social das empresas’ se relaciona com a diminuição da confiança na democracia. Hoje em dia os reformadores não raro

afirmam que é mais fácil convencer executivos de empresas do que políticos; também argumentam que podem ser mais eficazes levando grandes empresas a mudar seu estilo tentando alterar políticas públicas. (REICH, 2008, p.174).

As mudanças de paradigmas nas empresas brasileiras são objetos de pesquisas realizadas pela FIESP, demonstrando que há um crescente esforço das empresas na abertura para a coletividade. Porém, conforme tais dados, as empresas ainda não levam em conta em suas estratégias a responsabilidade social, o balanço social ainda não parece estar organicamente inserido em um processo de planejamento estratégico e de desenvolvimento progressivo das práticas de responsabilidade social empresarial.

3 O COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR

Parte-se do pressuposto de que o consumidor elenca suas preferências e conseqüentemente, suas escolhas através do medidor “função utilidade”, apreendendo-se o seu nível de satisfação. A restrição orçamentária também está presente nessa análise, haja vista que cada consumidor dispõe de determinado montante para alocar na compra de uma “cesta de consumo”. Sobre o assunto, veja-se o que afirma Fábio Ulhôa Coelho:

Nas relações de consumo, a interpretação jurisprudencial das normas jurídico-consumeiristas pode identificar uma margem maior de atuação da autonomia privada, mas permanecerão vigentes normas de coibição a práticas comerciais abusivas, e assim por diante. O ramo jurídico mais sensível a esse processo de mudanças será, claro, o da disciplina das atividades econômicas. Dependendo das nuances das relações sociais, talvez se inverta a tendência antiprivativista que marcou o pensamento jurídico ao longo do século, e o direito comercial deixe de ser cada vez mais direito econômico. (COELHO, 2006, p.07).

O Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90) define no seu art. 2º que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, equiparando-se a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. No art. 3º, versa que o fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O consumidor contemporâneo é bem-informado, consciente, exigente e está acostumado a solicitar alta qualidade nos serviços que lhe são prestados e produtos oferecidos. Sobre os reflexos do comportamento do consumidor na determinação de atividades de uma empresa, registra-se que:

Esse tipo de comportamento é fruto da mescla de valores sociais aos individuais, acabando por conformá-los, de sorte que as manifestações das partes que levam ao processo decisório refletem muito das instituições e normas sociais que o grupo preza. Preocupadas com a avaliação social das pessoas com quem convive, nem sempre as decisões individuais vão no sentido de maximizar o resultado econômico próprio, o lucro, mas visam muitas vezes, a maximizar ou a não diminuir a estima que os membros da comunidade conferem ou estendem aquele agente. (SZTAJN, 2004, p.15).

Paulo Sandroni (2008, p. 182) menciona a “soberania do consumidor”, ao afirmar que esta é a peça-chave do mercado, ou seja, identifica o consumidor como um elemento orientador da produção, quantidade. Registra que essa soberania existiria relacionada à concorrência. Fábio Ulhôa Coelho (2006, p.11), raciocinando nesta mesma linha, considera que os principais atores que se relacionam com a atividade empresarial não se encontram no mercado em igualdade de condições, e, assim, a ordem jurídica, reinterpretando o princípio da isonomia, tem criado mecanismos de desigualdade formal entre os agentes econômicos, de modo a atenuar as diferenças sociais.

4 A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A teoria Neoclássica estuda a empresa pela tecnologia que utiliza para transformar o trabalho, o capital e os insumos em bens e serviços. A principal função do mercado, neste contexto, é fixar preços, sendo este o principal elemento utilizado pelos agentes econômicos para tomar suas decisões sobre consumo e produção. Por seu turno, a teoria Neo-institucionalista define as empresas pelas transações que são realizadas no seu interior, sendo o medidor dos feixes de contratos movimentados em determinada atividade o custo relativo de transacionar hierarquicamente, dentro de uma empresa ou por intermédio do mercado.

O mercado, nesta oportunidade, deve ser entendido como uma instituição que facilita as trocas entre os agentes econômicos, reduzindo os custos de busca, informação, negociação, garantia do cumprimento dos contratos. Para Ronald Coase (1988, p.08), para se realizar uma transação mercadológica faz-se necessário descobrir com quem se quer relacionar, informar aos entes com sobre os termos segundo os quais se deseja negociar, redigir um contrato, cujo conteúdo reflete essa vontade e monitorar o seu cumprimento.

Mas o que são custos de transação? Paulo Sandroni apresenta a seguinte definição:

Conceito relacionado com os custos necessários para a realização de contratos de compra e venda de fatores num mercado composto por agentes formalmente independentes. Esses custos são comparados com aqueles necessários à internalização dessas atividades no âmbito da própria empresa e constituem um

critério importante na tomada de decisão nas empresas modernas. O conceito tem relevância também nas teorias desenvolvidas por Ronald Coase que, mediante suas formulações, denominadas Teorema de Coase, estabeleceu que as externalidades (economias externas) não determinam uma alocação imperfeita de recursos desde que os custos de transação sejam nulos. (SANDRONI, 2008, p.218).

Embora seja um conceito que comporta as mais variadas visões, pode-se afirmar que os custos de transação são as atividades e custos necessários para a concretização de uma negociação, a saber: a busca pela informação por partes dos agentes econômicos das circunstâncias em que operam; a atividade de negociação, as quais determinarão as verdadeiras intenções dos compradores e vendedores; a realização e a formalização dos contratos de acordo com o Direito vigente, bem como o monitoramento do cumprimento e, por fim, a correta aplicação desses contratos, de forma a garantir a cobrança de indenização por prejuízos às partes que não seguirem as obrigações pactuadas. (PINHEIRO, SADDI, 2006, p.62). Sobre o assunto, Rachel Sztajn considera que:

As relações são socioeconômicas, devendo-se reconhecer não só a presença da economia, como também o espaço por ela ocupado no desenvolvimento de novas relações, de estruturas sociais, de negócios predispostos para atender às novas exigências das pessoas. (SZTAJN, 2004, p.11).

A teoria dos custos de transação (TCT) trabalha com o conceito de racionalidade limitada ou imperfeita, segundo a qual as pessoas tentam maximizar as suas utilidades, pontuadas pelos limites impostos e pela capacidade de absorver e processar informações. Sobre essa aplicação, Jairo Saddi e Armando Castelar Pinheiro asseveram que:

Na TCT, o comportamento humano é marcado pelo oportunismo, definido como uma maneira mais forte de buscar o interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear e roubar. Em especial, o oportunismo pode levar as pessoas a esconder ou distorcer informações, para enganar os outros em benefício próprio. Um agente econômico oportunista só respeita as regras do jogo se isso lhe convier. (PINHEIRO, SADDI, 2006, p.65).

Assim, a principal meta da Teoria dos Custos de Transação é entender como as leis e o Poder Judiciário vão ser balizadores para uma melhor alocação dos recursos, pois a capacidade de economizar os custos de transação dentro de uma determinada empresa é decisiva para aferir quais operações serão feitas dentro desta ou fora, via mercado.

5 A CONCORRÊNCIA E A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS MODERNAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

O maior interesse do empresariado é maximizar o lucro com uma alocação de recursos eficiente. Para o consumidor é busca do menor preço possível. Nesse sentido, “a competição reflete a disputa entre as empresas pela possibilidade de vender seus produtos para o maior numero possível de clientes.” (PINHEIRO, SADDI, 2006, p.355). Partindo dessa constatação, as manifestações de mercado podem ser agrupadas em três categorias principais: concorrência, monopólio e oligopólio.

Em primeiro lugar, tem-se que a concorrência é a disputa entre produtores de um mesmo bem ou serviço com vistas a angariar a maior parcela do mercado possível, a disputa que se pauta pelo preço, pela qualidade do produto, pela disponibilidade nos pontos de venda e a imagem de que o produto goza junto aos consumidores; as atividades relacionadas à imagem do produto; a publicidade; a programação visual, etc.

O pressuposto para a configuração da concorrência é a existência de grande número de produtores atuando livremente no mercado de um mesmo bem ou serviço, de modo que tanto a oferta quanto a procura se originem em condições de razoável equidade, sem influência ilegítima principalmente sobre o preço do produto. Esta é a concorrência positiva, quando se processa dentro do respeito às regras jurídicas e aos direitos do consumidor, promovendo a qualidade do produto e às vezes influi na baixa dos preços. Além disso, não se deve olvidar o aperfeiçoamento tecnológico e a produtividade, que são incrementados pela concorrência.

A concorrência pode ser: perfeita ou pura, imperfeita ou impura, predatória e monopolista.

A concorrência perfeita, que não existe na prática, é aquela pautada pela enorme quantidade de vendedores, todos em uma mesma condição econômica, a informação para o consumidor é a máxima possível, quanto a preços, condições de pagamento; impossibilidade de qualquer vendedor dominar os mercados. A concorrência imperfeita é aquela que se caracteriza pela possibilidade de os vendedores influenciarem na demanda e nos preços, sendo a situação intermediária entre a concorrência perfeita e o monopólio absoluto. A concorrência predatória é situação na qual as empresas entram em um tipo de concorrência cujo resultado são perdas para o conjunto de concorrentes, é uma realidade que não tem vida longa, culminando com acordos de não-agressão ou pela falência das empresas mais fracas. A concorrência monopolista se materializa quando duas ou mais empresas com produtos semelhantes, mas que não necessariamente são substitutos uns dos outros, controlam os preços ao congregar elementos tanto da concorrência perfeita quanto do monopólio.

Por sua vez, o monopólio representa, em poucas palavras, a ausência de concorrência e a existência de um único fornecedor, oportunidade em que o este

pode impor qualquer preço a suas mercadorias prevalecendo o que lhe dá maior lucro, tendo em vista a relação entre custo e produção, já que é exclusivo. Paulo Sandroni (2008, p.574) assim define os monopólios: “forma de organização de mercado, nas economias capitalistas, em que uma empresa domina a oferta de determinado produto ou serviço que não tem substituto”.

Já os oligopólios combinam as características do monopólio e da concorrência, onde há poucos fornecedores e cada um detém uma parcela grande do mercado, de forma que qualquer mudança em sua política de vendas afeta a participação de seus concorrentes e os induz a reagir. Paulo Sandroni (2008, p.574) identifica essa realidade com a concorrência imperfeita. É comum a elaboração de um “acordo de cavalheiros”, mais conhecido como cartel, de forma que fixam os mesmos preços como se fosse um monopólio, a exemplo do que ocorre com os postos de combustíveis:

Um cartel, simplificado, é um acordo entre empresas participantes de um mesmo mercado para agir conjuntamente com o objetivo de reduzir a concorrência. Quando as empresas formam um cartel, aumentam seu poder de mercado via preço ou via lucro, diminuindo, por outro lado, a eficiência alocativa e o excedente do consumidor. Um cartel é semelhante a uma fusão, mas sem a integração das atividades produtivas, de distribuição ou de marketing das empresas. (PINHEIRO, SADDI, 2008, p.360).

Para Túlio Ascarelli (1952, p.223), “a concorrência obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do seu preço de custo”. O principal objetivo da defesa da concorrência é a busca do bem-estar social, “expressão que dá idéia de comodidade, tranqüilidade, sossego e segurança publica” (SILVA, 2008, p.202), além de promover benefícios ou utilidades que serão direcionados para o uso e gozo de uma coletividade, sempre respeitando as regras balizadoras do comportamento empresarial.

A Lei no 8.884/94 regulamenta a defesa da concorrência e estabelece no seu art. 54 a chamada “regra da razão”, segundo a qual a operação é aprovada se o benefício líquido para a sociedade for positivo e reprovada em caso contrário. Confira-se o texto legal:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
- III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
- IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de

fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

Como se vê, existe regulamentação legal que tem a função de coibir práticas mercadológicas que prejudiquem a livre concorrência, sendo a atuação do CADE significativa nesse ponto. As forças do mercado, por vezes, “esquecem” a letra da lei, mas a defesa de uma ordem econômica legítima é o principal alvo.

CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito moldou com suas ferramentas a moderna atividade empresarial, coadunando-a com a proteção do consumidor e a defesa da concorrência, com a finalidade precípua de inserir a atuação do empresariado em um contexto normatizado.

Resta, desta feita, constatado que os postulados da AED são utilizados decisivamente em diversos ramos do Direito e que a moderna atividade das empresas é fortemente influenciada pelo jogo da Economia, na medida em que as diretrizes para a aplicação, formulação e interpretação das normas jurídicas têm por função precípua aumentar o grau de segurança, previsibilidade e eficiência das relações jurídicas.

Assim, as relações entre o Direito e a Economia são cada vez mais estreitas, de modo que a influência é dinâmica e recíproca. As forças do mercado são constantemente balizadas pelas normas jurídicas, que têm como principal papel normatizar e orientar as modernas práticas empresárias, focando principalmente em uma eficiente alocação dos recursos e na proteção do consumidor. Trata-se, portanto, de uma atuação mais funcional e orientada.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito nacional ao direito supranacional.** São Paulo: Atlas, 2006.

ASCARELLI, Túlio. **Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro.** Ensaios e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1952.

COASE, Ronald. **The firm, the market and the Law.** Chicago: University press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial.** 10. ed. rev. atual. v. I, São Paulo: Saraiva, 2006.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 244-247.

GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bolonha: Il mulino, 1976.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. **Empresas na sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen, 1998.

REICH, Robert. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SADDI, Jairo. PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do século XXI**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SAVITZ, Andrew W. **A empresa sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Função social do contrato e direito de empresa. **Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro**, v. 44, n. 139, jul./set., 2005, p. 29-49

_____. ZYBERSZTAJN, Decio. **Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Ática, 2008.

THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND MODERN BUSINESS ACTIVITY

Abstract: This article aims to analyse the behavior of firms facing the consumer market, as dictated by the Economic Analysis of Law (AED). There will be some considerations about the AED, through the study of modern business activity, from the viewpoint of the theory of transaction costs, the consumer market. Finally, it shows that there is a significant relationship between the Law and Business and economic order marked as the role of business today.

Keywords: Economic Analysis of Law. Companies. Consumer.

O ASSÉDIO PROCESSUAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DO TRABALHO

Antônia Morgana Coelho Ferreira

Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Curso Prof. Jorge Hélio. Advogada.
delegada_uniforx@hotmail.com

Saulo Nunes de Carvalho Almeida

Pós-graduando em Direito do Trabalho, Tributário e Previdenciário pela Faculdade Ateneu.
saulonunes@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) O assédio processual como tipo de assédio moral e suas características. 2) Como identificar o assédio processual. 3) A razoável duração do processo como garantia fundamental. Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho visa a estudar as relações trabalhistas sob a óptica judicial, tentando explicar, de forma detalhada, como o assédio processual pode interferir numa relação de trabalho ou de emprego entre empregados ou ex-empregados e seus patrões, e a dificuldade que esse tipo de situação traz ao mercado de trabalho. Sob esse aspecto, serão estudadas as relações entre o assédio processual e a Justiça do Trabalho, a razoável duração do processo, os princípios inerentes a essa situação jurídica, bem como será desenvolvido um estudo sobre como esse assédio diferenciado macula a ordem jurídica, imposta pela Constituição Federal de 1988, ao infringir princípios fundamentais dessa mesma ordem, tais como a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental e a busca do pleno emprego, como princípio inerente à ordem social vigente. O presente estudo visa também inserir o assédio processual dentro do assédio moral, possibilitando o conhecimento desse tipo de assédio diferenciado e como as relações são prejudicadas quando alguns dos litigantes fazem um uso errado desses institutos.

Palavras-chave: Assédio processual. Princípios fundamentais. Razoável duração do processo.

INTRODUÇÃO

O assédio processual é um instituto jurídico ainda pouco explorado pela doutrina, tendo sido citado pela primeira vez por uma juíza de São Paulo, em um

processo tramitando na 63ª Vara do Trabalho. Na ocasião a magistrada determinou a condenação do reclamado por assédio processual, além de aplicar a multa por litigância de má-fé, causando alvoroço e provocando uma discussão jurídica sobre a condenação.

Nesse sentido, quando o reclamado se viu obrigado a pagar tanto a multa por litigância de má-fé, como a indenização por assédio processual, encontrou-se aparato jurídico para analisar o instituto como sendo uma ramificação do assédio moral, estritamente ligado ao processo e seu razoável andamento, enquanto garantia constitucional.

De sorte que, assédio processual e litigância de má-fé são dois institutos diferentes, mas que não deixam de ter características que os aproximam, e que muitas vezes até os confundem.

Desta forma, correto o enquadramento do instituto analisado como sendo um dos ramos do assédio moral, visto que a adequação com uma forma grotesca de assédio está na própria definição do assédio processual, quando este visa claramente prejudicar a parte vencedora, impondo a ela condições humilhantes e muitas vezes infundadas.

O assédio processual, nesse passo, emerge na jurisprudência como sendo uma ramificação do assédio moral, que será capaz de colocar em ordem as condenações que não se cumprem nesse país além de trazer à tona uma discussão positiva sobre a real celeridade existente.

1 O ASSÉDIO PROCESSUAL COMO TIPO DE ASSÉDIO MORAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

A proteção contra o assédio moral surgiu na década de 1980, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, onde determina, em seu art. 5º: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Desse modo, surge para a parte um valioso instrumento de defesa contra os abusos cometidos pela parte adversa, para se ver livre de pagar um direito assegurado, além de proteger a parte vencedora de sofrer abusos, no que concerne ao uso do seu direito.

Ingressar em juízo, atualmente, é mais fácil que antigamente. Em contrapartida, aumentaram as situações em que as pessoas levam anos para finalmente usufruírem os direitos declarados pela tutela jurisdicional.

Todos fazem um mal uso do processo, objetivando o não cumprimento da prestação jurisdicional.

Miguel Reale acrescenta que o dano moral, em sua feição subjetiva, protege os direitos de personalidade, como a intimidade, a vida privada, a honra, a liberdade de pensamento, do uso do corpo, tudo o que envolve a faceta interna do indivíduo, sua visão de si para si, tudo o que pode gerar sentimento de dor, de abalo psíquico na pessoa, já que são direitos que envolvem 'o homem consigo mesmo'. (SILVESTRIN, 2003, on line)

Na visão acima, o dano moral envolve situações que abalam psiquicamente uma pessoa, que causam dor e sofrimento. Afirmar-se com isso que, assediar moralmente alguém, provocará dores e danos, muitas vezes permanentes.

Como imaginar então, que essa dor permanente será aliviada com algo menos do que a satisfação pessoal de ver seus direitos respeitados?

Qualquer cidadão normal, que acorda cedo para trabalhar, sustenta uma família inteira e ainda tem que encontrar tempo para o lazer, sofre quando se vê obrigado a ingressar com uma ação judicial e esperar anos para ter sua satisfação. Esse sofrimento é resultante não somente da morosidade da justiça, mas, sobretudo, pelo fato de ela permitir que aconteçam situações processuais vexatórias a seus protegidos.

Partindo desse pressuposto constitucional, as partes que ingressam em juízo em busca de uma solução para o seu conflito, estão relativamente protegidas contra a ocorrência de qualquer tipo de dano, sendo assegurado a todas indenização caso sofram assédio durante o período em que permanecerem como partes em uma ação judicial.

A proteção apenas relativa abre um leque extenso de possibilidades de subterfúgios, onde o mais forte economicamente acaba tendo razão, ou encontrando meios de burlar o direito da outra parte, apenas para se ver livre de cumprir uma obrigação.

Dentre os muitos ramos que o assédio moral possui, um está atualmente em evidência: o assédio processual. Não por ser algo extraordinário ou de difícil compreensão, mas pelas próprias especificidades que possui.

Infelizmente, a justiça brasileira ainda é pouco célere, tendo o Direito do Trabalho a árdua missão de conseguir uma razoável rapidez quando da apreciação de seus julgados, não permitindo que se use de artifícios protelatórios para atrasar o andamento do feito. Não obtém, contudo, em muitos dos casos, o seu intento, mas tem a clara intenção de tentar acelerar ao máximo a resolução da lide.

Desse modo, o juiz tem em mãos um poderoso instrumento para combater o uso de recursos protelatórios, usados para se evitar, o quanto possível, que o reclamante obtenha o que lhe é devido.

Trata-se de um ramo específico do assédio moral, relacionado intimamente com o processo e seu razoável andamento, sendo certo, que a vontade de todos aqueles que procuram o judiciário para a resolução de alguma controvérsia, querem

ver seu direito satisfeito e caso essa satisfação não seja alcançada, que tenha sido dado às partes todo o aparato jurídico para que tenham suas exigências examinadas.

Desta forma, trata-se de um meio jurídico hábil a que se garanta a plena satisfação do direito perseguido, sem que uma parte se veja prejudicada por outra, quando esta interpõe recursos meramente protelatórios, com o claro intuito de atrasar a satisfação pretendida.

O assédio processual tornou-se conhecido quando a juíza Mylena Pereira Ramos condenou uma grande instituição bancária a pagar indenização devido ao assédio, bem como aplicou a multa por litigância de má-fé, fazendo clara diferenciação entre os dois. Nessa ação, o reclamante era sempre obrigado a interpor ações para requerer seus direitos, já assegurados por uma sentença judicial, deixando claro que o banco sempre descumpria a ordem judicial.

Durante muitos anos o único remédio jurídico eficaz contra os recursos protelatórios era a litigância de má-fé, prevista no art. 17, do CPC, porém, com advento do assédio processual, ficou claro que existem outros meios eficazes de combate ao atraso processual.

Dessa forma, dentro desse contexto de busca por uma definição real do que significa o assédio moral, onde se enquadra o assédio processual, verificou-se o pensamento de Luiz Salvador (apud SILVESTRIN, 2003, on line):

[...] O assédio moral é caracterizado pela **degradação deliberada das condições de trabalho onde prevalecem atitudes e condutas negativas dos chefes em relação a seus subordinados, constituindo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador** e a organização. A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos pares. Assediar é submeter pois alguém, sem trégua, a pequenos ataques repetidos com insistência, cujos atos tem significado e deixam na vítima o sentimento de ter sido maltratada, desprezada, humilhada, rejeitada. É uma questão de intencionalidade. A forma de agir do perverso é desestabilizando e explorando psicologicamente a vítima. O comportamento perverso é abusivo, é uma atitude de incivilidade. Os efeitos do assédio tem estilo específico que deve ser diferenciado do estresse, da pressão, dos conflitos velados e dos desentendimentos. Quando o assédio ocorre é sempre precedido da dominação psicológica do agressor e da submissão forçada da vítima. A pessoa tomada como alvo percebe a má intenção de que é objeto, ela é ferida em seu amor próprio, sente-se atingida em sua dignidade e sente a perda súbita da autoconfiança. É um traumatismo que pode gerar uma depressão por esgotamento e doenças psicossomáticas. Nossos sistemas educativos nos ensinaram a temer os conflitos e por isso a vítima pondera as humilhações. É uma relação de dominante-dominado na qual aquele que comanda o jogo procura submeter o outro até que ele perca a identidade e fica cada vez mais difícil se defender.

A recusa de reconhecer as diferenças pessoais também é um meio de desestabilizar uma pessoa pois ao formatar os indivíduos é mais fácil controlá-los e impor a lógica do grupo.

O indivíduo que é vítima perde a confiança e tem a sensação de não saber nada. No trabalho as pessoas são desestabilizadas colocando em evidencia seus erros, colocando objetivos impossíveis de serem realizados e tarefas absurdas ou inúteis.

Não fornecer a uma pessoa conscienciosa os meio de trabalhar é uma maneira eficaz, se for feito sutilmente, de lhe passar a imagem que ela é uma nulidade e que é incompetente, abalar sem que o outro compreenda o que aconteceu. **A violência começa pela negação da própria existência do outro.** (grifou-se)

Diante disso, o assédio processual se apresenta como uma forma de prejuízo para uma das partes, quando ela se vê despida de aparatos jurídicos para combater os abusos perpetrados por aqueles que têm obrigação de fazer um bom uso do processo e não de torná-lo um calhamaço de papel sem sentido algum.

Nesse caso, não há que se falar em inserir o assédio processual dentro da litigância de má-fé, considerando que os dois são diferentes, e sim classificá-lo, tal como se apresenta, dentro do assédio moral, ligado intimamente ao processo, quando há um claro prejuízo ao andamento razoável do processo, direito esse albergado pela constituição, erigido á categoria de garantia fundamental.

O instituto ora em exame apresenta características que o distingue dos outros ramos do assédio moral, bem como da litigância de má-fé, mostrando que, dentro de suas particularidades, cada um deles têm a função de não prejudicar as partes e assegurar a solução correta e justa da lide.

Desse modo, o assédio processual apresenta-se como um meio de impedir que se instale o caos na Justiça Brasileira, já tão mitigada pelo errôneo uso de todos os aparatos que oferece para que se consiga a plena realização da justiça e que se encontre a verdade real.

2 COMO IDENTIFICAR O ASSÉDIO PROCESSUAL

Por se tratar de um novo tipo de assédio, torna-se uma tarefa complicada a sua classificação. Como um ramo de assédio moral abre diversas hipóteses de identificá-lo, porém, tem-se uma especificação que o coloca como um ramo de assédio moral: a perseguição ao empregado relacionada ao processo e os meios inescrupulosos de que as pessoas fazem uso para se eximir de pagar suas obrigações.

Mas problemas logo se apresentaram: como qualificar corretamente o novo instituto? Seria ele um tipo de litigância de má-fé, ou um novo tipo de assédio moral, ou um instituto autônomo?

Classificar um instituto é uma tarefa complicada, vez que é preciso que se tenha uma visão ampla e irrestrita de todos os seus componentes. Sendo assim, considerando que na ciência nada é completamente certo e inatacável, a jurisprudência, nas palavras primorosas da Juíza Mylena Pereira Ramos, nos autos do processo nº 02784200406302004, da 63ª Vara do Trabalho de São Paulo, no qual figuram como partes - Autor: Carlos de Abreu, Réu: Banco Itaú S.A, buscou a melhor definição para o assédio processual:

[...] procrastinação por uma das partes no andamento do processo, em qualquer uma de suas fases negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas procedendo de modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária [...].

Dessa forma, acabava de ser inserido no Ordenamento Jurídico Brasileiro um novo instituto que guarda certas semelhanças com a já conhecida e bastante divulgada litigância de má-fé. Nesse contexto, como qualificá-lo? Seria ele um tipo de litigância de má-fé?

Como já exposto anteriormente, ele está inserido dentro do assédio moral, como ramo autônomo, tendo características semelhantes à litigância. Em contrapartida, tem características muito particulares, que o colocam como uma “modalidade de assédio moral, mas restrita a atuação da parte em juízo” (PAROSKI, 2008, p. 36).

Situações já exploradas pela jurisprudência dão conta de que o assédio processual é uma categoria ainda pouco explorada, mas já muito utilizada pelos juízes em condenações que impõem à parte uma obrigação de fazer com base no uso injustificado do aparato jurídico, tais como o uso de embargos declaratórios meramente protelatórios, tema dos próximos capítulos.

Tarefa árdua, que muitas vezes leva realmente ao erro, considerando sua semelhança com a litigância de má-fé. No entanto, por serem condutas estritamente processuais, aquelas que levam a esse tipo de assédio, além de essas condutas serem formas de humilhar e ofender os litigantes, torna-se mais fácil compreender que o assédio processual resvala em condutas que prejudicam moralmente a parte que já ganhou a ação.

Trata-se de uma forma amarga de resolução de conflitos, quando a parte se vê obrigada a interpor recursos com o fito de evitar o atraso na satisfação da sua prestação, quando é exatamente a interposição de recursos que atrapalha o correto andamento do processo.

Para Francisco Xavier de Sousa Filho (2007, on line), o assédio moral é um meio criminoso de obtenção de resultados, senão vejamos:

Surge então o assédio moral no processo quando a lesão de direito ocorreu, mas, sem motivo justo nenhum para contestação, a parte nega a procedência inarredável da ação. No propósito de arranjar meios condenáveis em adiar o final da ação, usando de artifício da malandragem e criminoso para lograr ou levar ao erro o julgador, como tem acontecido, o ato ilícito aparece.

Nas palavras de Roberto Benavente Cordeiro (2005, *on line*):

Inegável o prejuízo que a injustificada morosidade no andamento processual causa ao titular do direito a ser reconhecido, mormente em âmbito juslaboral, em que o cabimento de títulos de natureza alimentar, asseguradores do mínimo necessário à subsistência do ser humano é discutido. O empregado depende essencialmente desse núcleo mínimo de direitos para sobreviver. Uma vez não concedidas tais verbas ao longo do pacto laboral, resta claramente configurada afronta à dignidade humana do obreiro, o que por si só, resulta em abalo moral.

Mário Vasni Paroski (2008, p. 38), continua sua definição de assédio processual, e muitas vezes o aproxima do conceito de litigância, mas deixa claro que os dois são diferentes:

Entende-se, em linhas gerais, que assédio desta natureza consiste no exercício abusivo de faculdades processuais, da própria garantia da ampla defesa e do contraditório, pois, a atuação da parte não tem a finalidade de fazer prevalecer um direito que se acredita existente, apesar da dificuldade em demonstrá-lo em juízo, nem se cuida de construção de teses sobre assuntos em relação aos quais reina discórdia nos tribunais, a exemplo de uma matéria de direito, de interpretação jurídica, complexa e de alta indagação.

Nada disso. O verdadeiro propósito do litigante é dissimulado, pois, sob a aparência de exercício regular das faculdades processuais, deseja um resultado ilícito ou reprovável moral e eticamente, procrastinando a tramitação dos feitos e causando prejuízos à parte que tem razão, a quem se destina a tutela jurisdicional, além de colaborar para a morosidade processual, aumentando a carga de trabalho dos órgãos judiciários e consumindo recursos públicos para a prática de atos processuais que, sabidamente, jamais produzirão os efeitos (supostamente lícitos) desejados pelo litigante assediador.

Por esses aspectos, o assédio, além de prejudicar diretamente as partes, prejudica a própria Justiça Brasileira, quando atrasa a correta solução da lide, prejudica o andamento processual, permite a interposição de recursos e mais recursos com o propósito de atrapalhar a parte em suas alegações e, finalmente, não permite à parte vencedora a plena realização de seus propósitos, nem aos juízes que encontrem para o caso a verdade real.

O que se pretende é que a Justiça seja ágil. Tal agilidade apenas será encontrada quando se fizer um uso eficaz de todo o aparato jurídico à disposição e não fazer uso desse aparato de modo temerário e abusivo, causando inúmeros e muitas vezes irremediáveis prejuízos, não apenas às partes, mas à toda a população.

Dessa forma, quando o judiciário brasileiro impõe uma condenação, se espera que ela seja efetivamente cumprida e que, assim, se encontre a plena satisfação e se faça a tão sonhada “justiça”.

3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

A Emenda Constitucional 45/2004, acrescentou ao art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o inciso LXXVIII, erigindo à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo.

Entretanto, muito antes da emenda em questão ser aprovada, o próprio artigo quinto já possuía em seu texto, incisos fazendo referência a que o Estado tem obrigação de prestar a função jurisdicional de forma rápida e eficiente, consoante o que apregoam os princípios da inafastabilidade do poder jurisdicional (art. 5º, XXXV); do devido processo legal (art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), todos asseguradores de uma prestação jurisdicional eficiente.

Por força de tais princípios, já era garantido ao cidadão o direito a um processo que lhe garantisse usufruir de todas as regalias, além de lhe conferir o direito a uma prestação eficiente, como bem apregoa o art. 37, da CF, e célere, corolário das diversas modificações impingidas pela Emenda Constitucional 45/2004.

No entanto, muito antes da própria Constituição de 1988, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, já previa em seu art. X:

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Da leitura vê-se que a declaração dos direitos humanos já havia se preocupado com a garantia de uma assistência judiciária eficiente, sendo assegurado a todos o direito à assistência por um tribunal imparcial, na defesa de seus interesse e garantias fundamentais.

Pode-se observar a preocupação do mundo com as causas sociais, visto que hoje, não se admite, principalmente em um estado democrático de direito, como o é a República Federativa do Brasil, que não sejam respeitadas as liberdades e garantias fundamentais.

Já em 1950, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, estabeleceu em seu art. 6º, § 1º, o seguinte:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Nesse sentido, a conhecida convenção albergou em seu texto que a causa deve ser examinada em tempo razoável, explicitando que as causas examinadas se constituem em uma obrigação do Estado Democrático de Direito e em um direito do cidadão de se ver assistido sendo permitido a ele gozar de suas garantias, em tempo hábil.

Também se infere do excerto acima, que o acesso à justiça deve ser apregoado em todas as situações, sem que os magistrados e todos aqueles encarregados de analisar a situação no caso concreto, dentro dos ditames da lei, se exima de prestar essa função eficientemente.

Continuando a análise histórica da razoável duração do processo, em 26.05.1992, o Congresso Nacional, mediante o Decreto 27, aprovou a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica. Com o Decreto 678, de 09.11.1992, a convenção foi promulgada, obedecendo o disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, o qual se manifesta também nesse sentido, senão vejamos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Pode-se observar, então, que a garantia da razoável duração do processo já estava inserida dentro do Ordenamento Jurídico brasileiro antes da Constituição de 1988. Antes mesmo da emenda 45/2004, que reformou o judiciário, os litigantes já gozavam de certas garantias constitucionais, insculpidas nos princípios anteriormente citados.

Algumas outras constituições no mundo, tais como a da Espanha, da Itália, de Portugal e do Canadá, já traziam em seu texto referências a que o processo deveria ser célere, justo e deveria ser deslindado em tempo razoável, a que se garantisse, inclusive que o direito não perecesse em razão do tempo demasiadamente longo a que se desse resultado a uma controvérsia.

Por fim, com o intuito de tornar mais claro o advento de tal princípio dentro do Ordenamento Jurídico, foi que a Emenda Constitucional nº 45/2004, trouxe ao texto do art. 5º, o inciso LXXVIII, o qual estabelece que:

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:

[...];

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (grifou-se).

Pela leitura, depreende-se que a razoável duração do processo é uma garantia constitucional, e como tal deve ser respeitada e, principalmente, utilizada, na solução das controvérsias e problemas que se apresentam todos os dias. Carecendo de uma solução, portanto, o processo deve ter uma duração razoável, que permita à parte usufruir de seus direitos e não tenha obstada a sua satisfação pessoal ao deslinde de cada feito.

Dentre desse contexto, se quer que o judiciário cumpra seu papel de forma eficiente, célere e com respeito à dignidade da pessoa humana, considerando que o ser humano não pode esperar anos para ver seus direitos serem observados e respeitados, como tem acontecido.

Dessa forma, considerando que o direito à razoável duração do processo está consagrado na Lei Magna como fundamental, o que se pode esperar é que o judiciário obedeça o que a *Lex Fundamentalis* apregoa, no sentido de tornar a prestação do estado de direito algo eficiente e célere.

3.1 A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COM O ASSÉDIO PROCESSUAL

Uma das mais importantes mudanças dos últimos anos, impingir ao processo uma característica de celeridade fez com que muitos litigantes fossem condenados pelo mal uso dos institutos jurídicos além de fazer surgir novos meios de combate à morosidade da justiça.

A sua importância [do art. 5º, XXXV, da CF/88], dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, é de fácil assimilação. É sabido que o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito.

A concepção de direito de ação como direito a sentença de mérito não poderia ter vida muito longa, uma vez que o julgamento do mérito somente tem importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for realizado – além de reconhecido pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.

Mas, não há como esquecer, quando se pensa no direito à efetividade em sentido lato, de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva. Antigamente, questionava-se sobre a existência de direito constitucional à tutela preventiva. Dizia-se, simplesmente, que o direito de ir ao Poder Judiciário não incluía o direito à ‘liminar’, desde que o jurisdicionado pudesse afirmar lesão ao direito e vê-la apreciada pelo juiz.

Atualmente, diante da inclusão da locução ‘ameaça a direito’ na verbalização do denominado princípio da inafastabilidade, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional capaz de impedir a violação do direito.

Na verdade, essa conclusão é pouco mais do que óbvia, especialmente em face dos direitos ditos invioláveis, alguns erigidos a direitos fundamentais pela própria Constituição.

Em outros termos, o direito à tutela inibitória está contido na própria estrutura da norma que institui algumas espécies de direitos, pois não há como conceber a existência de norma que outorgue direito inviolável sem conferir direito à inibição do ilícito.

Como se vê, o direito à inibição do ilícito está no plano do direito material, pois decorre da sanção que compõe a própria norma que outorga o direito, e não na esfera do direito processual. O processo é somente técnica para a prestação da tutela inibitória, pois essa última já é garantida pelo direito material. Porém, se o processo, diante da natureza de algumas situações de direito substancial, não estiver disposto de modo a viabilizar a outorga da tutela inibitória àquele que a ela tem direito, certamente estará negando o direito fundamental à tutela jurisdicional preventiva.

Importa, ainda, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional. O direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória, como também com a compreensão da duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do réu e do juiz. (MARINONE, 2004 apud BASTOS, 2006, on line).

Como se depreende do excerto acima e das informações anteriormente citadas, não se trata especificamente de uma inovação, mas de uma reafirmação de uma regra que já existia, mas que não era devidamente respeitada pelos operadores do direito. Essa norma traz em si um comando explícito de que o processo deve

ter uma duração que propicie ao cidadão querer ingressar na justiça para ter seus direitos assegurados, tudo dentro de um prazo razoável.

Vale lembrar que essa garantia deriva diretamente do devido processo legal, já expresso no texto constitucional (art. 5º, LIV), o que já garantia aos litigantes que a tutela jurisdicional fosse alcançada dentro de um lapso de tempo razoável.

O assédio processual, conhecido há pouco tempo do grande público, se mostra como um entrave a que se alcance esse direito, sendo um dos meios mais utilizados pelos operadores do direito na busca por prejuízos e morosidade do processo. Configura um desrespeito à norma constitucional do devido processo legal e à sua mais nova ramificação: o direito a um processo de duração razoável.

No que concerne ao assédio processual, ele se mostra como um meio abusivo, onde a parte que vence, muitas vezes em um espaço até razoável de tempo, demora o dobro desse período para ver realmente seus direitos respeitados e garantidos, já que a parte perdedora tenta de todas as formas impedir que a parte vencedora goze de seus direitos.

O litigante vencedor é obrigado a esperar muitos anos para se ver ressarcido. Se, tanto os encarregados de analisar a causa, como a parte ex-adversa entregassem tempestivamente a prestação jurisdicional seria a querela resolvida em um tempo bem menor, o que beneficiaria tanto o vencedor, como o judiciário brasileiro.

No entanto, não é o que se observa. O que se tem são processos abarrotando fóruns e tribunais, quando estes poderiam ser resolvidos se não fosse dado às partes, pelo próprio judiciário, opção de interpor quantos recursos fossem necessários para atrapalhar a feitura da justiça, pondo em risco a própria garantia do contraditório e da ampla defesa.

“A demora no processo representa a falibilidade do direito na proteção das situações concretas que sofrem deformações com o decurso do tempo” (GUERRA, 2008, *on line*) não impingindo uma celeridade real ao processo, em virtude da demora na solução de uma controvérsia muitas vezes simples e de fácil solução.

Nesse passo, o bem mais atacado pela demora na prestação da tutela jurisdicional, não é tão somente o povo, mas intimamente a dignidade da pessoa humana, enquanto corolário de defesa de todo ser humano. Portanto, a parca efetividade da justiça agride sobremaneira a dignidade do ser humano em todos os seus níveis, não deixando de ser um abuso de direito, a pessoa passar anos sem ver seus direitos respeitados e intimamente tendo sua dignidade abalada e, principalmente, atingida de forma cruel e desumana.

Algo que tem sido constante nos tribunais do país é a não observância de todos os direitos inerentes a qualidade de ser humano.

Com a necessidade de uma ordem jurídica igualitária, sentiu-se a obrigatoriedade de impedir que certos atos atrapalhassem ainda mais a entrega da satisfação pretendida. Portanto, o judiciário brasileiro, ao fazer uso da indenização por assédio processual, para proporcionar o deslinde da questão, colocou em pauta um assunto que vinha incomodando diversos ramos da sociedade.

Passou-se a analisar a situação sob a ótica do ser humano, do respeito à sua dignidade e de se conseguir a satisfação das necessidades do empregado que nunca conseguia usufruir de suas regalias.

Desse modo, colocando dentro do ordenamento jurídico, do processo em si, uma garantia ampla de se resolver o processo dentro de um prazo razoável, ela não poderia ser respeitada, quando se convivia dentro desse mesmo ordenamento com situações que deixavam margem para que se fizesse um uso errado do processo.

A condenação em assédio processual trouxe à baila, uma discussão muito antiga, sobre os meios que possibilitariam à justiça encontrar o caminho para a solução razoável e rápida de um processo, e, no tocante à necessidade primeira do ser humano, de se ver respeitado, uma forma de trazer uma satisfação pessoal.

Portanto, aceita pela jurisprudência como uma forma eficaz de resolver uma lide, o assédio processual, foi transformado em meio inequívoco a que se garanta uma prestação judicial eficiente, e se evite que uma parte se valha de meios inescrupulosos para se ver livre de pagar a sua obrigação tempestivamente e satisfatoriamente.

O tão temerário assédio deve ser imposto como um meio eficaz de resolução de controvérsias. Da forma como foi utilizado pela magistrada na condenação de uma grande instituição financeira a pagar indenização por assédio processual, quando esta estava usando o processo para mitigar as esperanças da parte vencedora.

Deve, principalmente, ser utilizado pelos magistrados, para condenarem maus litigantes, por usarem o meio hábil de resolução de conflitos para causar humilhação e descrença, de forma temerária e desrespeitosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, o processo do trabalho, utilizando-se desse instituto e o explorando ao máximo, tem condições efetivas de prestar a tutela jurisdicional à população, evitando-se que o estado e os próprios cidadãos que o compõem não se prejudiquem pela demora excessiva na resolução de uma lide e pelo mal uso dos institutos postos à disposição para atrasa-la ainda mais.

Imprescindível o enfoque desse tipo de instituto sobre a seara da dignidade humana, defendendo-se uma efetiva proteção a todos os seres humanos. Ora, o que se pode esperar de um país onde o processo demora anos para ser resolvido senão que ele está infringindo a dignidade humana, impedindo que essa pessoa tenha seus direitos respeitados.

Fundamental, então, que o próprio Judiciário, por meio de seus magistrados comece esse caminho de punições aos maus litigantes para que, em face de uma pressão, eles não se sintam à vontade para atrapalhar o processo, e sim, por mais que percam a causa, queiram vê-la resolvida, permitindo-se que o vencedor da lide possa, finalmente, gozar de seus direitos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do judiciário: uma desmi(s)tificação. **Conpedi**, Bahia, jun., 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Antonio%20Adonias%20Aguiar%20Bastos_Efetividades%20e%20Garantias%20do%20Processo.pdf>. Acesso em: 14 maio 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado 1988.

CORDEIRO, Roberto Benavente. Assédio Processual. **OAB**, São Paulo, out. 2005. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/boletim-informativo/trabalhista/edicao-03-outubro-de-2005/assedio-processual>>. Acesso em: 14 mai. 2009

GUERRA, Gustavo Rabay. O princípio constitucional da razoável duração do processo. Jus Navigandi, Teresina, abr., 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11188>>. Acesso em: 14 maio 2009.

Organização das Nações Unidas. Convenção Americana sobre os Direitos Humanos. Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992. Termo de Adesão: 25 set. 1992. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_4.htm>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos**. Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro de 1950. Brasília, DF, Senado, 1978. Disponível em: < <http://www.aprendereuropa.pt/document/ConvEuropeiaDH.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_1.htm>. Acesso em: 30 jun. 2008.

PAROSKI, Mário Vasni. Reflexões sobre a morosidade e o Assédio Processual na Justiça do Trabalho. **Revista LTR**, Rio de Janeiro, v. 72, n. 9, p. 1112-1118, set. 2006.

RAMOS, Mylena Pereira Ramos. **Processo n° 02784200406302004**. São Paulo, 2004. Autor: Carlos de Abreu. Réu: Banco Itaú S.A.

SILVESTRIN, Gisela Andréia. O dano moral no direito do trabalho. **Monografias**, Rio Grande do Sul, set/out. 2003. Disponível em: <<http://Br.monografias.com/trabalhos908/o-dano-moral.shtml>>. Acesso em: 14 maio 2009.

SOUSA FILHO, Francisco Xavier de. O assédio moral processual na Justiça por arguição de preliminares ilícitas. **Jornal Pequeno**, Maranhão, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.jornalpequeno.com.br/2007/3/11/pagina52232.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009.

PROCESSUAL HARASSMENT AND LABOUR LAW

Abstract: The present paper studies how processual harassment can interfere with a working relationship among employees or former employees and their employer. Under this view, it is focused the relation between processual harassment and the labor justice, the reasonable procedural time and the principles under this situation, as predicted by the 1988 Federal Constitution. This paper also introduces the processual harassment concept inside the moral harassment issue.

Keywords: Processual harassment. Fundamental principles. Reasonable processual time.

APLICAÇÃO DO ART. 475-J DO CPC À EXECUÇÃO TRABALHISTA

Lucas de Brandão e Mattos

Aluno do curso de Direito da FA7, orientado pelo prof. Ms. Paulo Rogério Marques de Carvalho (FA7)
lucasbmattos@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) As lacunas jurídicas e a aplicação subsidiária do CPC ao Processo do Trabalho. 2) O art. 475-J e seu papel no processo civil. 3) A visão dos tribunais e da doutrina. 4) Questões práticas da aplicação. Considerações finais.

Resumo: O estudo tem por finalidade discutir a aplicação subsidiária do art. 475-J do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. Desenvolve-se uma análise dos problemas da efetividade da execução trabalhista e dos instrumentos jurídicos da recente reforma do CPC, mais especificamente do artigo em comento e seus benefícios, como também das vozes dos tribunais e dos juristas sobre o tema. Busca-se construir uma nova concepção de aplicação do processo comum ao trabalhista, sob a luz do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Palavras-chave: Execução trabalhista. Multa do art. 475-J do CPC. Reforma do processo civil. Cumprimento da sentença.

INTRODUÇÃO

O direito processual existe como instrumento para assegurar a tutela dos direitos, que para incumbir-se de tal tarefa vai tomando diferentes feições de acordo com as exigências determinadas pelo direito material. Em um ramo jurídico como o direito do trabalho, de inegável feição ideológica, esta afirmação torna-se ainda mais importante para garantir ao trabalhador o real acesso à justiça e, em via oblíqua, a melhoria da sua condição social, mandamento da própria Constituição Federal.

Porém, no plano prático, podemos observar que o processo trabalhista virou um negócio lucrativo para os maus empregadores, que confiam nas conciliações fraudulentas e na morosidade da justiça.

Um dos principais entraves na efetivação dos direitos trabalhistas está, com certeza, na fase de execução, demorada e inefetiva, pela qual o obreiro deve passar logo após o calvário da fase cognitiva. Assim o processo trabalhista carece de instrumentos para efetivação dos direitos sociais.

A sistemática do processo trabalhista tem como previsão a aplicação subsidiária do processo comum, presente nos artigos 769 e 889 da CLT. Fazem-se presentes dois requisitos para aplicação da norma processual civil: a omissão da CLT e a compatibilidade com a principiologia que rege o processo laboral. No caso da execução impõe-se ainda ordem na aplicação subsidiária: primeiro deve-se recorrer à lei de execuções fiscais, Lei nº 6830/80, e só depois às disposições do CPC.

O Código de Processo Civil passou por mudanças desde sua implementação. Porém, as chamadas três fases da reforma de 1994 até os dias atuais trouxeram reformas profundas na própria lógica e sistemática do processo e do direito de ação. As reformas instituíram o sincretismo processual, tornando o processo dinâmico, de modo que procedimentos cognitivos, executivos e acautelatórios coexistem e vão se encaixando ao longo do processo de acordo com a necessidade de efetivação da tutela jurisdicional requerida.

Começando pela lei 8952/94, foi instituída a execução das obrigações de fazer e não fazer, nos arts. 461 e 461-A, CPC, por meio de multas pecuniárias, astreintes, garantindo ao magistrado poderes antes impensáveis para efetivação dos provimentos judiciais. As reformas foram se seguindo até culminar na L. 11.232/05, que apresentou, dentre outras inovações, o cumprimento de sentença com aplicação da multa pecuniária do art. 475-J.

Estas reformas levaram doutrinadores do renome de Luiz Guilherme Marinoni a afirmar que o CPC reformado instituída uma nova lógica ao direito de ação que, no código original, baseado nas idéias de Tullio Liebman e da escola paulista, consistia em um direito a um provimento judicial de mérito e agora consistiria em um “direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva” (2008, p.97). Tal pressupõe verdadeiro empenho do juiz em dar ao jurisdicionado o bem da vida postulado nas melhores condições possíveis e em tempo hábil, compreendendo-se quaisquer atos de natureza cognitiva, executiva ou cautelar, que garantam um processo de resultados.

1 AS LACUNAS JURÍDICAS E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

A aplicação subsidiária do CPC ao Processo do Trabalho surgiu no contexto da década de 1940, na qual o CPC de 1939 regulava um processo civil, formalista e muito pouco célere, enquanto as normas da novel CLT traziam um procedimento mais oralizado e sumário por excelência. Porém, as disposições processuais da CLT não eram de grande número e não poderiam regular todas as situações, o que demandava previsão de aplicação subsidiária do processo comum. Portanto, neste contexto, era importantíssima a regra da omissão enquanto protetora da celeridade e simplicidade do processo do trabalho. Sobre o art. 889, da CLT, e

a ordem de aplicar primeiro a Lei de Execuções Fiscais e só depois recorrer ao CPC, sempre foi dispositivo de pouca aplicação, visto que o procedimento da lei mencionada é bastante incompatível com o celetista, fato que leva a grande maioria dos intérpretes a recorrer diretamente ao CPC.

Com o advento do código Buzaid de 1973 e suas reformas já comentadas, a lógica da omissão merece revisão. Muitos institutos trouxeram mais celeridade e o entendimento da omissão como completa falta de regulamentação procedimental por parte da Consolidação compromete a lógica da própria subsidiariedade, visto que esta só pode ser entendida como proteção à celeridade e simplicidade processuais. Continuar com esta visão gerará a perpetuação de um sistema menos benéfico ao demandante, não compatível com a principiologia juslaboral.

Partindo da lição de Miguel Reale, que vê experiência jurídica em tríade fática, axiológica e lógica, Maria Helena Diniz elaborou classificação das lacunas jurídicas. As lacunas podem ser ontológicas, axiológicas e normativas, respectivamente quanto a problemas no fato, valor ou na norma. Portanto, se o requisito da omissão do art. 769, da CLT, significa lacuna jurídica, como só poderia ser, deve-se operar integração da norma sempre que esta esteja em disparidade com os fatos (lacuna ontológica), se a sua aplicação leve a injustiças (lacuna axiológica) ou na falta completa de norma (lacuna normativa) (CHAVES, 2007). No direito processual trabalhista temos muitas dessas lacunas, a exemplo do procedimento de execução proposto pelos artigos 880 e seguintes, da CLT, que diante do art. 475-J representam uma lacuna axiológica. Tal procedimento, quando aplicado, gerará injustiça, pois o sistema jurídico promete isonomia real, tratar desigualmente os desiguais, e estaria dando sistema processual mais efetivo ao demandante civil, em presumida igualdade material, que ao demandante obreiro hipossuficiente, na maioria das vezes desempregado. O papel do juiz então é fundamental no reconhecimento das lacunas e integração do direito. Empresto lição de Maria Helena Diniz sobre o tema:

[...] a função jurisdicional, quer seja ela de “subsunção” do fato à norma, quer seja de “integração” da lacuna, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão nitidamente “criadora”, uma vez que os juízes dispendem se for necessário, os tesouros da engenhosidade, para elaborar uma justificação aceitável de uma solução existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. (DINIZ, 2000, p. 295)

Diante da situação atual é necessário que a aplicação subsidiária tome a forma de um princípio, nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior:

Das duas condições fixadas no art. 769, da CLT, extrai-se um princípio, que deve servir de base para tal análise: a aplicação de normas do Código de Processo Civil no procedimento trabalhista só se justifica quando for necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista. (2006, p. 920)

Assim, com a subsidiariedade transformada em princípio é conferida a maleabilidade necessária para a aplicação das normas mais efetivas, atendendo aos reclames sociais e ao papel do Direito do Trabalho na sociedade. Pensamos que tal preceito poderia ser nomeado de princípio da norma processual mais favorável, uma versão temperada do princípio da norma mais favorável do direito material do trabalho, assim garantindo a real *mens legislatoris* daquilo constante do art. 769 da CLT. Assim diante das normas processuais comuns mais efetivas o juiz poderá aplicá-las ao processo trabalhista desde que tragam real benefício. Pensamos não trazer perigo ou subjetividade excessiva, visto que na maioria dos casos é de fácil reconhecimento qual norma é mais efetiva, obedecendo sempre uma interpretação sistemática e teleológica que preserve a natureza dos institutos.

Diante da regulamentação concorrente entre CLT e o processo comum, ambos tratando da mesma matéria de modo diverso, sendo o dispositivo do processo comum mais efetivo, caso do art. 475-J, seria cômodo declarar falta de omissão da CLT e sugerir edição de lei que estenda o benefício ao processo trabalhista. Porém, acreditamos, *data venia*, que tal posição não é sustentável, visto que há argumentos jurídicos fortes para sustentar a utilização do sistema processual comum de modo a favorecer a boa atuação jurisdicional. A possibilidade de adoção do processo comum no caso de regulamentação concorrente é adotada pelo próprio TST. É o que se conclui da Súmula 303 deste Tribunal, que estende os dispositivos do art. 475, §§ 2º e 3º, CPC, ao processo do trabalho, mesmo havendo regulação específica sobre a matéria, presente no Decreto-lei n. 779/69, que não prevê as possibilidades de dispensa da remessa obrigatória constante do instituto civil aplicado.

A aplicação das normas demanda cuidado com as peculiaridades do processo trabalhista, visto que em sua maioria são interessantes à boa prestação jurisdicional. Portanto, deve ser respeitado o núcleo intangível de normas do processo laboral. Magistral é a lição de Wolney de Macedo Cordeiro:

Essas bases principiológicas e doutrinárias são responsáveis pela construção de uma verdadeira blindagem da autonomia do direito processual do trabalho. A construção de blindagem é um processo dinâmico e contínuo, levando em conta a comparação qualitativa com os novos institutos do processo comum. De toda forma, a presença de institutos próprios e indelévels do processo do trabalho é ferramenta indispensável para a reformulação das regras de subsidiariedade. (2007, p. 40)

Deste modo a construção constante da principiologia própria, albergando princípios como o caráter protetivo e a postura inquisitiva do juiz, protege o sistema processual trabalhista como autônomo, porém dinâmico, em constante mutação ocasionada pelas interpretações evolutivas e aplicação subsidiária para supressão de lacunas de quaisquer espécies.

2 O ART. 475-J E SEU PAPEL NO PROCESSO CIVIL

O dispositivo legal em comento teve o poder de rechaçar a antiga dualidade de processo executivo e cognitivo, restaurando o princípio do direito medieval, *sententia habet paratam executionem* (CARNEIRO, 2008). Torna-se então desnecessária nova citação do réu para adimplir a sentença.

A mudança traz consigo concepção forte da efetivação dos direitos e da modificação do papel do Estado-juiz no processo. O juiz típico do estado liberal, que influenciava nosso sistema processual até as reformas citadas, tem atividade jurisdicional de poderes muito restritos embasados na própria concepção de estado garantidor da propriedade e liberdades individuais com o mínimo de intervenção possível. Porém, na era dos direitos fundamentais que exigem prestação e garantia efetiva em posição ferrenha, é cabível uma posição mais inquisitiva do juiz, principalmente na fase executória quando já havida certeza do título formado no processo cognitivo. Assim aduz enfaticamente Cássio Scarpinella Bueno, “*mais do que hora que entendamos, todos, que o juiz manda quando decide; não pede, nem faculta nada*” (apud CARNEIRO, 2008, p. 140). Portanto, “a sentença, em suma, não é um parecer, mas um “Comando” da autoridade”. (THEODORO JR., 2006 apud CARNEIRO, 2008, p. 140). Cabível ainda citar a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

Se hoje é possível a plena consciência do monopólio estatal do poder de realizar imperativamente os desígnios do direito objetivo substancial, é porque a civilização dos povos já evoluiu o suficiente para que, acima dos indivíduos, se instituisse e consolidasse a autoridade de um Estado responsável pela paz social e pelo bem comum. (2002, apud CHAVES, 2006, p. 179)

A multa de 10%, seguindo a linha mandamental e inquisitiva, tem caráter de meio executivo indireto, ou seja, tem caráter coercitivo, buscando a colaboração do réu no adimplemento da obrigação constante da sentença. Reflete deste modo tendência da reforma pelos meios executivos indiretos, já previstos nas astreintes aplicáveis às antecipações de tutela e obrigações de fazer e não fazer.

Outro ponto importante é que após o inadimplemento à execução, começando por mero requerimento do credor, seguirá já com penhora e avaliação dos bens do executado, desnecessária a antiga nomeação dos bens a penhora pelo mesmo.

Saliente-se que a reforma também acabou com a impugnação por meio dos embargos, instituindo agora a simples impugnação sem efeito suspensivo do art. 475-L, como também o procedimento de liquidação restou bastante simplificado, pois quando depender apenas de cálculos ficará a cargo do credor, cabendo questionamento pelo juiz ou réu, art. 475-B, do CPC. (ASSIS, 2009)

Importante lembrar que esta forma de execução, o cumprimento de sentença, é cabível apenas nas hipóteses de título executivo judicial, previstas no art. 475-N, CPC, ressalvadas a execução de sentenças estrangeiras, de alimentos e contra a fazenda pública, que seguem rito próprio.

3 A VISÃO DOS TRIBUNAIS E DA DOUTRINA

A aplicação das reformas do processo civil, mais especificamente do art. 475-J às execuções trabalhistas, tem gerado polêmicas muito fortes na doutrina especializada do processo trabalhista, como também na jurisprudência dos tribunais regionais, dos juízes singulares e no próprio TST. A cizânia doutrinária e jurisprudencial é reflexo das diversas concepções sobre aplicação subsidiária do processo comum, segurança jurídica, devido processo legal, hermenêutica e efetivação dos provimentos jurisdicionais.

A parcela mais conservadora da doutrina posiciona-se pela inaplicabilidade da multa de 10%, diante da sistemática incompatível do art. 880, da CLT, que manda citar o devedor para, no prazo de 48 horas, pagar ou garantir a execução sob pena de penhora. Assim acreditam não haver omissão, visto que, a CLT contém disposição clara e expressa sobre o tema. Assim, aduz Manoel Antônio Teixeira Filho que “Inexistindo omissão, nenhum intérprete estará autorizado a perquirir sobre a mencionada compatibilidade.” (2006, p. 275). Portanto, para esta parte da doutrina a omissão e compatibilidade seguem esta ordem necessária e omissão só significaria lacuna normativa, ausência completa de regulamentação pela CLT. No mesmo sentido temos a posição do prof. Estevão Mallet que afirma:

O art. 880, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se refere, porém, a nenhum acréscimo para a hipótese de não satisfação voluntária do crédito exequendo, o que leva a afastar-se a aplicação subsidiária da regra do art. 475-J, do Código de Processo Civil. Solução diversa, ainda que desejável, do ponto de vista teórico, depende de reforma legislativa. (2006, p. 670)

Portanto, vê-se que para os doutrinadores desta corrente a aplicação da multa de 10% gera efetividade e é desejável para a celeridade dos provimentos judiciais em favor dos obreiros, que buscam crédito de natureza eminentemente alimentar, necessitando da prestação jurisdicional idônea. Por outro lado também defendem que a hermenêutica do magistrado ao aplicar tal preceito seria viciada

por desatendimento ao pressuposto da omissão, devendo-se esperar por reforma legislativa, sob pena de violação ao devido processo legal e à segurança jurídica.

A jurisprudência da terceira, sexta, sétima e oitava turmas do TST tem entendimento em seus acórdãos pela não aplicabilidade com fundamento na doutrina mencionada. Colacionamos decisão a título de exemplo:

RECURSO DE REVISTA - MULTA DO ART. 475-J DO CPC INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO - REGRA PRÓPRIA COM PRAZO REDUZIDO – MEDIDA COERCITIVA NO PROCESSO TRABALHO DIFERENCIADA DO PROCESSO CIVIL.

O art. 475-J do CPC determina que o devedor que, no prazo de quinze dias, não tiver efetuado o pagamento da dívida, tenha acrescido multa de 10% sobre o valor da execução e, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. A decisão que determina a incidência de multa do art. 475-J do CPC, em processo trabalhista, viola o art. 889 da CLT, na medida em que a aplicação do processo civil, subsidiariamente, apenas é possível quando houver omissão da CLT, seguindo, primeiramente, a linha traçada pela Lei de Execução fiscal, para apenas após fazer incidir o CPC. Ainda assim, deve ser compatível a regra contida no processo civil com a norma trabalhista, nos termos do art. 769 da CLT, o que não ocorre no caso de cominação de multa no prazo de quinze dias, quando o art. 880 da CLT determina a execução em 48 horas, sob pena de penhora, não de multa. Recurso de revista conhecido e provido para afastar a multa do art. 475-J do CPC (TST-RR-668/2006-005-13-40.6, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DJ de 28/03/08).

Porém, a questão está longe de ser pacífica no egrégio tribunal até porque os tribunais regionais, em sua grande maioria, têm considerado válida a aplicação do art. 475-J à execução trabalhista. Os juízes singulares, é fato notório, também têm aplicado as disposições da norma no sentido de tornar mais efetiva, célere e simplificada a entrega da prestação jurisdicional aos trabalhadores. Citamos um acórdão para melhor ilustrar nosso posicionamento:

MULTA LEGAL. 10%. ART. 475-J DO CPC. APLICÁVEL NA SEARA LABORAL.

A multa capitulada no art. 475-J do CPC tem plena incidência na esfera laboral, por que o que se busca na execução trabalhista é verba alimentar, sendo a multa em questão mais um meio coercitivo ao pagamento da obrigação pelo devedor, que vem ao encontro do princípio da celeridade, elevado ao patamar constitucional. Assim, todo e qualquer dispositivo legal que venha a abreviar o cumprimento da decisão deve ser adotado pelo Judiciário Trabalhista, ainda mais quando a CLT, em seu art. 769 admite a aplicação subsidiária de dispositivo do Processo Civil no Direito do Trabalho (TRT 23ª Região, RO 00244.2006.005.23.00-2, Desembargadora Leila Calvo)

Estes julgadores, mais sensíveis às necessidades de evolução do processo do trabalho, aplicam o art. 475-J de acordo com a visão doutrinária que admite a compatibilidade e efetividade como ponto mais importante da aplicação subsidiária. Considerando que o processo trabalhista existe como autônomo para garantir prestação jurisdicional mais célere e simplificada ao obreiro, tendo por obrigação, em todos seus pontos, ser igualmente ou mais efetivo que o processo civil para que esteja em concordância com seus próprios princípios instituidores. Sobre o tema, lição elucidativa do mestre José Carlos Arouca:

Sendo assim, constituiria prática anti-social e discriminatória dar proteção maior ao credor civil que supostamente atua em igualdade de condições com o devedor. Quer dizer, numa ação patrimonial, o devedor nem será intimado para cumprir a decisão que o condenou a pagar uma indenização, já que conhecedor de seu débito, sofrendo, desde logo a penhora em seus bens, da qual se dará notícia a seu advogado e mais, negligenciando de seu dever por mais de quinze dias, será apenado com multa de 10% sobre o montante da condenação. No processo trabalhista, porém, ainda que a pretensão se reduza a salários, a execução não será simples etapa de um processo, mas um novo processo e o empregador ou ex-empregador, mesmo em se tratando de acordo descumprido, será citado pessoalmente para pagamento da dívida, que será singela, com juros de 1% ao mês. (2006, p. 11)

É necessário cautela ao aplicar disposições processuais civis ao processo trabalhista, visto que o segundo é instrumento de resolução de lides sociais caracterizadas pela essencialidade da celeridade e simplicidade nos procedimentos. Já o processo civil reflete uma lógica eminentemente individual, por isso a importância do requisito da compatibilidade ser verificado com cuidado.

A maioria da doutrina processual trabalhista vê-se bastante aberta às reformas do processo civil, aplicando-as ao processo laboral no cabível. Sobre a atuação do juiz trabalhista perante essas normas, assevera Jorge Luiz Souto Maior:

Quando alguém diz que foram formuladas mudanças no Código de Processo Civil, o processualista trabalhista deve indagar: - alguma das inovações traz benefício à efetividade do processo do trabalho, para fins de melhor fazer valer os direitos trabalhistas? Se a resposta for negativa, ou até o contrário, que representa a criação de uma formalidade capaz de gerar algum óbice a este propósito, deve-se concluir sem medo de estar errado: - então, não é preciso nem dizer quais foram as alterações! (2006, p. 921)

Vale salientar que o juiz do trabalho passa então por esta atividade construtiva e integradora, sem que as normas do Código de Processo Civil lhe vinculem automaticamente, visto que, passarão pelo filtro axiológico trabalhista (MAIOR, 2006, p. 920).

A utilização do CPC subsidiariamente ao processo do trabalho não causa insegurança jurídica, nem violação ao devido processo legal ante a previsão expressa da CLT neste sentido. Assim leciona o magistrado trabalhista Mauro Schiavi:

[...] o Juiz do Trabalho, aplicando o CPC, não está criando regras, está apenas aplicando uma regra processual legislada mais efetiva que a CLT e é sabido que a lei é de conhecimento geral (art. 3º, LICC). Se há regras expressas processuais no CPC que são compatíveis com os princípios do processo do trabalho, pensamos não haver violação do devido processo legal. Além disso, as regras do CPC observam o devido processo legal e também os princípios do Direito Processual do Trabalho. (2008, p. 274)

É nesta linha que se encaixa a aplicação do art. 475-J, pois ele institui um procedimento extremamente eficaz, que dispensa citação ao executado, aplica a multa coercitiva de 10% e põe fim à nomeação de bens pelo executado, medida que só gera demora e inefetividade, substituindo-a pela imediata penhora e avaliação (CHAVES, 2006, p. 59). Tal providência executiva é muito mais efetiva e perfeitamente compatível com o processo do trabalho, cujo procedimento executivo, do art. 880 e ss. da CLT, encontra-se em disparidade com as necessidades de efetivação dos direitos sociais. A utilização do art. 475-J, aliada ao depósito recursal e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, formam uma forte medida de distribuição do ônus da demora do processo, que anteriormente ficava apenas com o jurisdicionado. Dá-se força, assim, às decisões dos juízes singulares, visto que, o empregador pensará duas vezes antes de propor recursos meramente protelatórios, dados os custos da medida.

4 QUESTÕES PRÁTICAS DA APLICAÇÃO

O art. 475-J tem gerado algumas dúvidas quanto ao procedimento de aplicação. Primeiramente, a doutrina preocupou-se em indicar o dia de início da contagem do prazo 15 dias para a efetuação do pagamento pelo executado, sob pena de multa de 10%. Atualmente, a questão encontra-se resolvida pacificamente na doutrina. O dia de início será contado a partir do momento em que a decisão tornar-se exeqüível, ou seja, da ciência da decisão que condena ao pagamento, se esta for líquida ou da sentença de liquidação da mesma. Portanto, desnecessária intimação específica e muito menos citação, em decorrência do cumprimento de sentença ser mera fase processual, que já foi constituída pela citação no início da fase cognitiva (CHAVES, 2006, p. 54).

Na aplicação subsidiária surge outra problemática de adaptação. Ela consiste no prazo para pagamento, no processo civil 15 dias, uma vez que o mesmo é transposto para o processo trabalhista, se ele se modificaria ou não.

A primeira corrente adota o prazo de 48 horas para pagamento, pois este é o prazo que a CLT traz no bojo do seu art. 880, visto que, o último seria mais célere que o prazo civilista de 15 dias (MAIOR, 2006, p. 922).

A segunda corrente posiciona-se interpretando que o prazo de 15 dias tem tal extensão para coincidir com o prazo recursal da apelação. Portanto, transpondo-se a regra para o processo trabalhista, no qual o recurso ordinário tem prazo de oito dias, seria então este o prazo do executado para pagar o débito (GENEHR, 2008, p. 455).

A terceira posição tem nosso aval e interpreta como aplicável o prazo de 15 dias aduzido no art. 475-J. Tal acontece, pois não há coincidência entre o prazo para cumprimento da sentença e o prazo para apelação. Isto ocorre porque seus termos iniciais podem ser completamente distintos, pois o prazo da apelação começa da intimação da publicação da sentença e o prazo para cumprimento só correrá após líquida a mesma. Também não se deve utilizar o prazo de 48 horas da CLT, visto que aí sim o magistrado estaria por ferir o devido processo legal, pois não fez aplicação subsidiária e sim pinçou o que considerava melhor das normas do art. 475-J e do art. 880, CLT, criando terceira norma, da lavra do próprio magistrado. Na procura da norma mais favorável deve-se respeitar o caráter científico e sistemático do direito, utilizando o conjunto de regras que melhor se adapta considerando-as como um todo unitário. É o que reza a teoria do conglobamento (DELGADO, 2007, p. 200). No mesmo sentido, ensina Luciano Athayde Chaves:

Logo, é de se concluir que a opção pelo prazo estampado no dispositivo em estudo decorreu do exercício do poder político próprio do processo legislativo, e guarda proporcionalidade com os objetivos perseguidos, já que o lapso temporal concedido ao devedor é razoavelmente adequado para a satisfação da obrigação. Por tais razões, penso que o instituto em foco deve ser absorvido pelos intérpretes e aplicadores do Processo do Trabalho, acolhendo o mesmo prazo (15 dias) fixado no CPC [...]” (2006, p. 57).

Outra questão é a base de cálculo da multa de 10%. Ela incidirá, segundo melhor juízo, sobre o montante da condenação, ou seja, o principal acrescido dos juros, correção monetária, honorários advocatícios e quaisquer outros acréscimos constantes da sentença (MARINONI; ARENHART, 2007 *apud* PRATA, 2008, p. 796).

Diante do exposto acreditamos que a execução trabalhista, com aplicação do art. 475-J, deve seguir o seguinte rito: ao proferir a sentença o magistrado já faz constar em seu bojo a aplicação da multa de 10% caso o devedor não pague no prazo de 15 dias contados a partir da liquidez da mesma. A previsão da aplicação da multa faz-se apenas para fins de segurança jurídica e clareza. Assim, não pagando no prazo referido, inicia-se a execução *ex-officio*, procedendo-se a imediata penhora dos bens do executado. A partir da penhora o rito celetista deve ser observado normalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

São muitos os problemas que a jurisdição trabalhista enfrenta para buscar a entrega do bem da vida àqueles que batem às suas portas em busca de justiça. O excesso de formalismo na aplicação dos institutos processuais, longe de uma visão principiológica, transforma o direito processual em um instrumento de manipulação nas mãos dos maus empregadores e não um instrumento para assegurar direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito é papel do Judiciário a garantia dos direitos, pois é o poder para onde o cidadão recorrerá para garantir seus direitos, que não podem ser efetivados de mão própria. Assim, ao direito processual incumbe, como instrumento de efetivação, fazer-se coerente com o direito material. O processo trabalhista deve ser, nesta ótica, o garantidor dos princípios do direito do trabalho, principalmente o da proteção e da irrenunciabilidade de direitos.

O juiz do trabalho é um juiz politizado, não num sentido partidário, mas num sentido de posicionamento assumido diante da questão social (AROUCA, 2007). Investido da ideologia constitucional de concretização dos direitos sociais, ao magistrado compete a tarefa de garantidor dos mesmos e o dever de utilizar-se do instrumental jurídico, da melhor forma possível, de modo a garantir o espírito protetor que emana da seara trabalhista. Como disse César Britto: “para ter efetividade é necessário afetividade” (Informação verbal)¹. Portanto, é necessário que o jurista assuma compromisso pessoal com os direitos fundamentais, atento aos reclames da nação e à ideologia constitucional, para conseguir realmente levar ao jurisdicionado aquilo a que ele tem direito e o Estado se propôs a garantir-lhe.

É com essa visão que defendemos a aplicação do art. 475-J no processo do trabalho, com a exaustiva argumentação jurídica já exposta, como também de outros dispositivos que, garantindo o núcleo intangível do direito material e processual trabalhista, tragam progressos na materialização dos direitos subjetivos trabalhistas. Pois, o jurista que tem amor pelo direito e pela justiça não aceita as respostas simples e sim busca as mais efetivas na garantia das finalidades do Estado Democrático. Empresto as palavras de Mahatma Gandhi: “Dai-me um povo que acredita no amor e vereis a felicidade sobre a terra”. Portanto, como agentes da mudança social, cabe-nos atuar com garra e coragem na defesa dos direitos daqueles que levam a nação nas costas com seu trabalho e não desistem jamais.

¹ Palestra do prof. Raimundo César Britto Aragão intitulada: “O poder judiciário na ótica da constituição cidadã”, no 3º Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, em 14 maio. 2009.

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. Novo Processo Civil e o Velho Processo Trabalhista. **Revista LTr**, v. 71, n.5, p. 544-548, maio 2007.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da Sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O Princípio sentença habet paratam executionem e a multa do art. 475-J do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, p. 135-149, out. 2008.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. As Lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Organizador). **Direito Processual do Trabalho: Reforma e Efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de Direito Processual Comum ao Processo do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Organizador). **Direito Processual do Trabalho: Reforma e Efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GENERH, Fabiana Pacheco. A aplicação da multa do art. 475-J do CPC e seus reflexos no Processo do Trabalho – uma análise principiológica. **Revista LTr**, v. 72, n.4, p. 451-457, abr. 2008.

MALLET, Estêvão. O Processo do Trabalho e as recentes modificações no Código de Processo Civil. **Revista LTr**, v. 70, n.6, p. 668-675, jun. 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. **Revista LTr**, v. 70, n.8, p. 920-930, ago. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**, comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008.

PRATA, Marcelo Rodrigues. A multa do art. 475-J do Código de Processo Civil e sua aplicabilidade no Processo Trabalhista. **Revista LTr**, v. 72, n.7, p. 795-804, jul. 2008.

SCHIAVI, Mauro. Novas reflexões sobre a aplicação do art. 475-J do CPC ao Processo do Trabalho à luz da recente jurisprudência do TST. **Revista LTr**, v. 72, n.3, p. 271-276, mar. 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. As novas leis alterantes do Processo Civil e sua repercussão no Processo do Trabalho. **Revista LTr**, v. 70, n.3, p. 274-299, mar. 2006.

NEW ISSUES OF BRAZIL'S CIVIL PROCEDURAL LAW APPLIED TO LABOR LAW

Abstract: This study focuses on the application of recent rules of Brazil's Civil Procedural Law in the specific field of Labor Procedure. It analyses the problems related to the labor procedure enforcement and, more specifically, to the judicial decisions that impose an obligation of payment, as viewed by both courts and specialized doctrine. Under the perspective of fundamental rights and adequate jurisdiction, it is foreseen the application of a new conception about the subsidiarity of the common procedure in the labor procedure.

Keywords: Labor decision enforcement. Civil Procedural Code. Brazilian Law.

A CONVENÇÃO 158 DA OIT E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA

Edvaldo de Aguiar Portela Moita

Aluno do curso de Direito da FA7, orientado pelo prof. Ms. Paulo Rogério Marques de Carvalho (FA7).

edvaldo_apm@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1) O artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. 2) A Convenção 158 da OIT. Conclusão.

Resumo: Uma das grandes controvérsias trazidas pela luta de classes no Direito brasileiro reside na falta da instituição de norma complementar que organize e sistematize a garantia contra a dispensa arbitrária, prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal brasileira, e nas discussões constitucionais acerca da Convenção n. 158 da OIT, cuja ratificação e denúncia são alvos de ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, o presente trabalho propõe analisar essas controvérsias e verificar os argumentos jurídicos apresentados, procurando defender, com coerência e lógica, a proteção em favor do empregado.

Palavras-chave: Convenção 158 da OIT. Inconstitucionalidades. Garantia contra dispensa arbitrária.

INTRODUÇÃO

A rotatividade de emprego no Brasil, a qual é representada por uma taxa de 40% em praticamente todo o território, demonstra a alta flexibilidade encontrada no mercado de trabalho brasileiro.

Em 2007, 14,3 milhões de trabalhadores foram admitidos e 12,7 milhões foram desligados das empresas. Dos que foram desligados, 7,6 milhões foram dispensados por meio de demissões sem justa causa ou imotivada, ou seja, 59,4% dos empregados que tiveram extinta sua relação de trabalho foram demitidos arbitrariamente¹. A substituição é feita com a contratação daqueles que trabalham por salários menores em detrimento dos antigos com renda maior.

¹ Dados retirados da revista eletrônica Nota Técnica, número 61, Março de 2008. Disponível em: <<http://www.vigilantecntv.org.br/Dieese/nota%20tecnica%2061%20-%20RatificacaoConvencao158rev.pdf>>

Outro fator relevante na sociedade brasileira é a procura, cada vez mais ávida, por empregos públicos, cuja principal motivação dos interessados é a estabilidade no emprego. A título ilustrativo, em 2005, num concurso realizado pela Prefeitura do Rio de Janeiro para gari, foram inscritos mais de 385.119 pessoas², dentre as quais estavam médicos, advogados, engenheiros, todos concorrendo a 1.200 vagas, perfazendo a média de 321 candidatos por vaga, índice nem mesmo encontrado em qualquer vestibular do país.

O salário é o esteio pelo qual o trabalhador administra o planejamento da família e o sustento desta. A Constituição Federal, no seu art. 7º, IV, trata do salário mínimo como a condição material de se realizar a dignidade da pessoa humana, através do atendimento das necessidades vitais básicas do proletário e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

É nesse diapasão, que se mostra uma das maiores preocupações do brasileiro a estabilidade no mercado de trabalho, mesmo que seja em detrimento de uma melhor remuneração. A percepção qualitativa do salário, pela sua estabilidade periódica, faz-se mais importante que sua percepção quantitativa. E, tendo vistas a esse contexto, é que o presente trabalho toma por escopo a demonstração das tensões entre a classe trabalhadora e a patronal no cenário jurídico brasileiro, principalmente quanto à proteção constitucional contra a dispensa arbitrária, prevista no art. 7º, I, CF, mas dependente de legislação complementar, e às controvérsias acerca da Convenção n. 158 da OIT com suas repercussões, devido sua ratificação e denúncia intempestiva.

1 O ARTIGO 7º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É notória a prevalência econômica do empregador em face do empregado. A própria história mostra como aqueles que detêm os meios de produção têm preponderância econômica e, conseqüentemente, social e política sobre aqueles que são a força produtiva. Assim, tem-se um dos motivos pelo qual se pode justificar o surgimento do Direito Trabalho: uma tentativa de “fazer com que o trabalhador, a parte hipossuficiente na relação de emprego, situe-se no mesmo nível que o empregador através da superioridade jurídica” (RODRIGUEZ, 2004 apud SUZUKI, 2006, p. 28).

Dentro desse contexto, tomam ponto os direitos fundamentais de segunda dimensão, conhecidos como DESC (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais),

² Dados retirados do Folha Online. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u96713.shtml>>

cuja importância está na proteção da dignidade da pessoa humana focalizada no trabalhador, com uma postura positiva do Estado na sua concretização.

Objetivando uma “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I, CF), a Constituição brasileira elenca como direito fundamental a proteção do trabalhador em face da despedida arbitrária por parte do empregador. No entanto, levando em consideração a teoria da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva, poder-se-ia dizer que esse artigo é uma norma de eficácia limitada, pois, para a efetivação plena do seu preceito, é necessária uma regulamentação infraconstitucional, in casu, lei complementar. Esta, mesmo após 20 anos de Constituição, ainda não veio ao ordenamento jurídico brasileiro.

Questão intrigante é saber, tendo em vista os anseios da população brasileira pela procura de estabilidade econômica, o que foi supracitado no capítulo 1, por que não há uma implementação efetiva desse direito fundamental, já que numa democracia se pretende, numa concepção menos elaborada, mas não menos essencial, a vontade da maioria?

Vence essa batalha a iniciativa privada através do direito potestativo do empregador de demitir o empregado sem justa causa, com o pagamento de multa de 40% do FGTS (art. 10, I, ADCT), em troca da já extinguida estabilidade decenal, e em detrimento de preceito constitucional tido como direito fundamental.

1.1 O ART. 7º, I, À LUZ DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Importante é a análise do dispositivo constitucional que dá aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, § 1º, da CF. Cabe, primeiramente, perquirir o que seria aplicabilidade imediata e o que distingue, também quanto à aplicabilidade, uma norma constitucional ordinária, aqui entendida como as que não prevêem direito ou garantia fundamental, e uma norma constitucional tida como direito ou garantia fundamental.

Ao se falar em eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, necessário se faz a distinção clássica de José Afonso da Silva: normas de eficácia plena, contida e limitada. As primeiras são aquelas “que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata” (SILVA, 1998, p. 262). As segundas possuem, também, normatividade para sua imediata aplicabilidade, mas podem ter seus efeitos restringidos por legislação posterior. As últimas têm seus efeitos restringidos desde sua origem, dependendo do legislador ordinário para lhe dar eficácia plena.

A própria dicção do art. 7º, I da Constituição Federal, leva a crer ser uma norma de eficácia limitada, mais especificamente de princípio programático,

pois determina “princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (Silva, 1998, p. 138). Desse modo, sua aplicabilidade estaria adstrita a uma lei complementar posterior, mas se poderia dizer que, quanto à eficácia, essa norma tem condão de, principalmente: (a) estabelecer um modo de atuação do legislador ordinário, impedindo que o mesmo crie normas em contrário, sob pena de inconstitucionalidade; (b) servir de base para interpretação, integração e aplicação de outras normas jurídicas; e (c) dar condições de fundamentação para a atividade discricionária no âmbito da Administração Pública e do Judiciário.

Na esteira de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 251-252):

O significado essencial dessa cláusula [art. 5º, § 1º, CF/88] é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter perceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei [...] Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Assim, diferentemente das normas constitucionais ordinárias, as que definem direitos e garantias fundamentais devem ter um maior grau de eficácia e aplicabilidade, ainda que sejam caracterizadas como de eficácia limitada, visto que sua importância no ordenamento jurídico está diretamente vinculada à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, como prevê o art. 1º, III, da Carta Maior.

Portanto, a aplicabilidade imediata a que se refere o art. 5º, § 1º da CF, reservada aos direitos e garantias fundamentais, melhor seria entendida como a maximização da efetivação dessas normas constitucionais a fim de que estas sejam implementadas em todas as possibilidades fáticas de sua aplicação tanto pelo Judiciário quanto pela Administração Pública, ainda que a despeito, em se tratando de norma de eficácia limitada, de legislação complementar. Restaria, por conseguinte, perfeitamente possível a aplicação do art. 7º, I, da CF, nas relações individuais trabalhistas, impedindo a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado, e tendo os aplicadores dessa norma fundamento constitucional para tal. A melhor forma de se estipular essa aplicação pode ser sugerida a partir do entendimento da Convenção 158 da OIT.

2 A CONVENÇÃO 158 DA OIT

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou em 1982 a Convenção de número 158, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. No seu art. 4, essa convenção dispõe que “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Assim, restaria proibida a dispensa imotivada do empregado. A própria dicção desse artigo remete às causas que poderiam ser consideradas como justificativas e que poderiam dar ensejo à dispensa, sendo divididas em (a) por motivo de capacidade, (b) comportamento, ou (c) necessidade da empresa, estabelecimento ou serviço. Portanto, a justificação é requisito essencial para a despedida, sendo ônus do empregador a prova da motivação.

Poder-se-ia dizer, analogicamente, que, no direito brasileiro, a inovação da Convenção 158 da OIT estaria na motivação de todas as espécies de dispensa, já que as justificativas de comportamento já se encontram presente no art. 482 da CLT, que trata da justa causa, e as de necessidade da empresa: extinção do estabelecimento empregatício e força maior – acontecimento inevitável e imprevisível que afete a situação econômica e financeira da empresa (art. 16, § 1º, IN 25/2001 MTE). No que tange a justificativa por motivo de capacidade, “que é a aptidão do obreiro para o exercício da função ou do serviço que lhe foi determinado, compreendendo inclusive inadequação técnica a novos equipamentos, trabalho deficiente, negligente; a incapacidade do empregado para o trabalho” (MARTINS, 2008), o empregador pode demitir o empregado a seu bel prazer, sujeitando-se apenas a pagar as verbas rescisórias e a multa prevista no art. 10, I, do ADCT, isto é, 40% do FGTS, o que se mostra uma pequena monta frente a gama de conseqüências que podem beneficiar o empregador, por exemplo, impedir o avanço das lutas por melhores salários com o temor dos empregados.

2.1 A RATIFICAÇÃO, A INCONSTITUCIONALIDADE, A DENÚNCIA

No Brasil, a adoção de tratados, convenções e atos internacionais se dá por um ato subjetivamente complexo: uma decisão do Presidente da República sendo referendada pelo Congresso Nacional (art. 84, VIII, CF). A Convenção nº 158 foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16.9.92, sendo sua promulgação feita pelo Decreto nº 1.855, de 10.4.96.

Ao adentrar no ordenamento jurídico brasileiro, a Confederação Nacional do Transporte (CNT) - esta reconhecida posteriormente como parte não legítima - e a Confederação Nacional da Indústria (CNI), legitimados pelo art. 103, IX, CF, ingressam com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra essa

convenção, sendo o relator Ministro Celso de Mello. Liminarmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu:

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por votação majoritária, deferiu, parcialmente, sem redução de texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme a Constituição e até final julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator (Ministro Celso de Mello) desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção nº 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infraconstitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores. (ADI 1.480-3-DF)

Com essa decisão, o STF entendeu que a Convenção 158 da OIT não poderia ser considerada uma norma auto-aplicável, capaz de gerar direito subjetivo a ser pleiteado individualmente, pois o art. 7º, I, CF, pede lei complementar para regular matéria de garantia geral de emprego, enquanto que tratados e convenções internacionais eram recepcionados com paridade normativa das leis ordinárias - nota-se, aqui, que com a Emenda Constitucional nº 45 se tornou possível a entrada de normas internacionais como emendas constitucionais, se aprovadas com quórum qualificado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, desde que sejam tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Cabe uma distinção entre o que aborda a Convenção 158 da OIT e o que o art. 7º, I, CF, pede que seja regulamentado por lei complementar. O posicionamento de Sérgio Pinto Martins acerca do tema:

A Convenção n.º 158 da OIT não proíbe a dispensa do trabalhador, apenas garante que o trabalhador não pode sofrer dispensa sem motivação, não assegurando, portanto, estabilidade absoluta. Apenas limita o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado, exigindo que a dispensa seja justificada. Se a norma internacional proibisse a dispensa, estaria impossibilitando o exercício da livre iniciativa (art. 170 da Lei Maior) por parte do dono da empresa, que não poderia despedir nem mesmo em épocas de crise. Isso quer dizer que a empresa pode adotar as modificações que entender necessárias para adaptar-se à realidade econômica, às modificações decorrentes de planos econômicos ou da globalização. (MARTINS, 2008)

O art. 7º, I, da CF, defendendo uma “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, prevê a regulamentação de garantias de emprego, em que o trabalhador não poderá ser despedido arbitrariamente ou sem justa causa, casos de estabilidades como a do “cipeiro” e a da gestante (art. 10, II, ADCT). A Convenção 158 da OIT não trata

de dar estabilidade ao empregado, mas tão somente impor ao empregador um dever de motivação, qual seja pelos motivos de capacidade, necessidade da empresa ou comportamento. Seria uma forma de proteção do trabalhador frente à extrema arbitrariedade que possui o empregador, mas este ainda estaria munido do seu direito de dispensa, agora condicionado à justificação. Diferentemente da estabilidade provisória, em que pode haver reintegração do empregado ao trabalho caso seja demitido, a motivação da despedida não ensejaria reintegração, mas apenas indenização.

Desse modo, não se vê a inconstitucionalidade da referida convenção, já que inexistente incompatibilidade entre o que dispõe a Constituição Federal e o que trata a norma internacional. No entanto, a discussão da constitucionalidade do tema se deu interrompida pela denúncia da própria convenção, através de nota do Governo brasileiro à Organização Mundial do Trabalho, registrada pelo Decreto n.º 2.100, de 20 de dezembro de 1996, por parte do então presidente Fernando Henrique Cardoso.

Mostra-se a força, mais uma vez, da iniciativa privada do país, permanecendo a possibilidade da despedida arbitrária e sem justa causa em desfavor do proletariado, cujas perspectivas por uma estabilidade no mercado de trabalho ficam, cada vez mais, esvaziadas.

2.2 A DENÚNCIA, A INCONSTITUCIONALIDADE E UMA QUESTÃO DE DIREITO INTERNACIONAL

O item anterior demonstra que o art. 84, VII, da CF, determina que a incorporação de tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro é determinada pelo conluio de vontades do Presidente da República e do Congresso Nacional. No entanto, a mesma Carta Magna é omissa quanto à denúncia desses tratados, nascendo, daí, diversas contraposições cujas explanações serão resumidas a ADI 1.625.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) intentaram uma ADI contra o Decreto n.º 2.100 de 1996, que representa a publicidade da denúncia do governo brasileiro à OIT da dessa convenção.

O argumento defendido nessa ação remete ao art. 49, I, CF, o qual define ser de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Ora, se o ingresso de um tratado ou acordo internacional no direito brasileiro dá-se pela combinação dos arts. 84, VII, e 49, I, da CF, consubstanciando uma decisão subjetivamente complexa entre Executivo e Legislativo, a interpretação mais natural quanto à denúncia seria a de que esta deve seguir o mesmo procedimento. Eis parte do Informativo nº 323 do STF:

Prosseguindo no julgamento, o Min. Maurício Corrêa, relator, entendendo evidenciado o caráter normativo do decreto [sic] impugnado, e considerando que a derrogação de tratados e convenções internacionais, à semelhança do que ocorre para que sejam positivados, exige, para a sua concretização no âmbito interno, a manifestação conjugada dos Poderes Executivo e Legislativo, proferiu voto no sentido de julgar procedente em parte o pedido formulado na ação direta, a fim de emprestar ao Decreto impugnado, interpretação conforme ao art. 49, I, da CF, segundo a qual a denúncia formalizada pelo Presidente da República condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produzirá eficácia plena, no que foi acompanhado pelo Min. Carlos Britto.

Entretanto, a própria história jurisprudencial brasileira tenta preencher o vácuo constitucional acerca da denúncia de tratados e convenções internacionais, tendendo a aceitar ser constitucional a unilateralidade do ato. Conforme o Informativo nº 421 do STF, no que tange à continuação da discussão acerca do tema:

O Min. Nelson Jobim, presidente, em voto-vista, divergiu do voto do relator para julgar improcedente o pedido formulado, por entender que o Chefe do Poder Executivo, em razão de representar a União na ordem internacional, pode, por ato isolado e sem anuência do Congresso Nacional, denunciar tratados, convenções e atos internacionais. Ressaltou estar englobada, no ato de aprovação do tratado, pelo Congresso Nacional, a aceitação tácita da possibilidade de o Poder Executivo denunciar, salientando que, na espécie, a denúncia se fez, inclusive, com base na expressa previsão do art. 17 da própria Convenção. Esclareceu que compete privativamente ao Presidente da República, nos termos do art. 84, VIII, da CF, celebrar os tratados, convenções e atos internacionais, ou seja, assumir obrigações internacionais e que, embora caiba ao Congresso Nacional a aprovação dos mesmos (CF, art. 84, in fine e art. 49, I), por meio de decreto, sua função, nessa matéria, é de natureza negativa, eis que não detém o poder para negociar termos e cláusulas ou assinar, mas apenas evitar a aplicação interna de tais normas. Ademais, o decreto legislativo não tem o condão de, por si só, incorporar o tratado internacional no direito interno, o qual depende da ratificação posterior do Presidente da República. Com base nisso, afirmou que o princípio da harmonia entre os Poderes Executivo e Legislativo, nesse caso, confere predominância ao Chefe do Poder Executivo, porquanto somente a ele compete o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão do tratado internacional no âmbito interno.

Apesar da controvérsia do tema, a própria dicção do art. 49, I, da CF, faz parecer bastante clara a intenção do legislador constituinte de deixar sob competência do Congresso Nacional a resolução definitiva sobre acordos, convenções ou atos internacionais, desde que não acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, o que deve ser considerado no caso de denúncias dessas normas internacionais que versam sobre direitos fundamentais, como a Convenção nº 158 da OIT, representando sua não implementação no ordenamento jurídico um dano sem igual mensura.

Nota-se, ainda, quanto ao tema, o que dispõe o art. 17 dessa convenção, o qual reza que a denúncia só poderá ser feita findo o prazo de 10 anos, a partir da data da entrada em vigor. Por conseguinte, a denúncia apresentada em apenas 7 meses após a ratificação se mostra em conflito direto com o que dispõe a própria convenção. Inconcebível seria a possibilidade de denúncia unilateral pelo Presidente em desacordo com norma devidamente ratificada não somente por ele, mas também pelo Congresso Nacional. Apesar de uma sanção por descumprimento desse artigo encontrar ecos apenas no plano jurídico internacional, o raciocínio exposto vale como fundamentação lógica em prol de se considerar, também, a denúncia como um ato subjetivamente complexo, a ser referendado pelo Congresso.

Espera-se, contudo, o posicionamento do STF quando este julgar definitivamente a ADI 1.625, firmando entendimento de como será resolvida a denúncia no direito brasileiro.

CONCLUSÃO

Assim, tem-se uma verdadeira disputa no ordenamento jurídico brasileiro entre as classes de empregadores e de empregados, entre a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho.

À espera de melhores condições de trabalho e, conseqüentemente, de vida, o proletariado tenta se valer dos meios legais para vencer mais uma batalha e realizar a democracia, já que é maioria. Porém, a precariedade da estabilidade do mercado de trabalho demonstra os contornos sociais em que se molda a sociedade brasileira: a alta flexibilidade do mercado de trabalho torna aqueles que se mantêm através da venda da sua força de trabalho meros peões de um jogo cujo objetivo maior é a obtenção do lucro, a todo custo.

Apesar do legislador ordinário não proceder com o dever que lhe é de ofício, a criação de normas que visem efetivar os preceitos constitucionais, configurando, quando se trata de casos como art. 7º, I, da CF, até mesmo inconstitucionalidade por omissão, a esperança do trabalhador é o desenvolvimento do direito e a possibilidade de fazer valer o que está prescrito na Constituição como direito fundamental, através do judiciário, como guardião da Carta Magna.

“A mais descumprida das promessas democráticas consiste na comprovação de que a democracia se extingue no portão exterior da fábrica” (Norberto Bobbio).

REFERÊNCIAS

Dinheiro. Jornal Folha Online. São Paulo, 30 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u96713.shtml>>. Acesso em: 16 maio 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Dispensa Justificada do Trabalhador**. 1 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=1223>>. Acesso em: 16 maio 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOTTA, Sylvio. **Setor em Crescimento**. Disponível em: <<http://www.anpac.org.br/artigos2.php>>. Acesso em: 16 maio 2009.

Nota Técnica. Número 61. Março de 2008. DIEESE. Disponível em: <<http://www.fup.org.br/dieese9.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2009.

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 17 maio 2009.

SUZUKI, Fábio Hiroshi. “Proteção contra dispensa imotivada no direito do trabalho brasileiro: uma análise da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa.” **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 32, número 123, p. 7-52. Jul/Set 2006.

VIANA, Marco Túlio. “Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção 158 da OIT.” **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 34, número 130, p. 153-164. Abr/Jun, 2008.

ILO CONVENTION N. 158 AND ARBITRARY DISMISSAL IN BRAZIL

Abstract: This article presents a major controversy brought by the class struggle in the Brazilian law, due to the lack of additional regulation to organize and systematize the guarantee against arbitrary dismissal under article 7º, I, of the Brazilian Federal Constitution. It also focuses on the constitutional discussions about the International Labor Organization convention n. 158, where ratification and withdrawal have been targeted in judicial reviews. At last, this article seeks to support, with consistency and logic, the protection of the worker in the contractual arena.

Keywords: ILO Convention number 158. Unconstitutionality. Guarantee against arbitrary dismissal.

POSSIBILIDADE DE DIREITOS HUMANOS EM HOBBS A PARTIR DAS DIFERENTES CORRENTES INTERPRETATIVAS QUANTO AO FUNDAMENTO DA OBRIGAÇÃO POLÍTICA

Ary Salgueiro Euclides de Araújo

ary_salgueiro@hotmail.com

Lucas Romero Montenegro

lucas_lrm@hotmail.com

Alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), bolsistas de iniciação científica do PIBIC/UFC, orientados pelo prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa (UFC)

Sumário: Introdução. 1) Interpretações da teoria hobbesiana quanto ao fundamento da obrigação política e moral. 2) Direitos humanos de cunho moral em Nino – características e condições dos direitos humanos a partir de sua teoria. 3) Possibilidade de direitos humanos de cunho moral em Hobbes, conforme a teoria de Nino. Conclusão.

Resumo: Em Hobbes, há uma busca por fundamentar o Estado Civil como necessidade da sociedade para construção de condições favoráveis a seu desenvolvimento e sobrevivência, evitando a guerra de todos contra todos. A partir da idéia do Estado e da lei civil como as figuras mais importantes na teoria de Hobbes, uma tese defende que filósofo basearia seu pensamento sobre o direito somente a partir de uma perspectiva voluntarista e positivista, sem qualquer atenção a julgamentos morais alheios à vontade do soberano. Nesta ótica, não há que falar em direitos humanos, porque não haveria sequer conveniência na submissão de Estados soberanos a uma ordem supra-estatal formada por leis civis internacionais. Contudo, tendo em vista que a fundação do Estado Civil é baseada em comando de uma Lei Natural universal e que o próprio soberano e as leis civis posteriores a ela, surge a controvérsia quanto à possibilidade de direitos humanos de cunho moral em Hobbes, objeto do presente trabalho. Desta feita, obter-se-á um maior entendimento da obra de Thomas Hobbes e utilização de seu pensamento para resolução de dilemas do mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Hobbes. Direitos Humanos. Moral.

INTRODUÇÃO

A idéia deste trabalho surgiu a partir da indagação - a qual teve início nas discussões acerca da obra “Leviatã” em grupo de pesquisa - se seria possível conceber, mesmo que de forma ainda precária, direitos humanos de cunho moral na filosofia política hobbesiana. Investiga-se, assim, se Hobbes teve intenção de propor uma estrutura normativa dotada de validade para toda a humanidade e status superior frente a leis positivas.

Para tais fins, foram utilizados, como ponto de partida, as obras “Leviatã” e “De Cive”, de Thomas Hobbes, e como principais referências os livros “Ética y Derechos Humanos”, de Carlos Nino — com o qual nos baseamos para compreender como se estruturam para ele direitos humanos de cunho moral — e “O problema da Obediência em Thomas Hobbes”, da professora brasileira Thamy Pogrebinschi.

O aproveitamento da teoria de Hobbes passa por uma análise da pertinência de sua teoria frente aos modernos Direitos Humanos. Neste aspecto, a idéia de Nino de reconstrução racional¹ do conceito destes direitos mostra-se uma solução, na medida em que não descarta de pronto caracteres teóricos parciais, acolhendo-os para, em momento posterior, julgá-los em sua validade. Para o presente trabalho buscaremos em Hobbes pontos *a priori* teoricamente relevantes para a conceituação dos Direitos Humanos, ensejando um uso do autor em questões de filosofia contemporânea e, ademais, redimindo-o de longa tradição de interpretação parcial e de quase ostracismo intelectual diante dos modernos direitos e obrigações.

Também é de Nino a concepção de direitos humanos como direitos morais, ainda a ser explicitada, referencial teórico o qual serve, em nosso entender, tanto para uma boa caracterização dos direitos humanos diante das necessidades práticas da humanidade como para servir de ponte de acesso da teoria hobbesiana (baseada, como veremos, na perseguição do cumprimento de “leis naturais”, também expostas por Hobbes como “divinas” e “morais”).

É de se ressaltar, contudo, a importância do trabalho de Pogrebinschi na confecção deste artigo. Sua leitura nos possibilitou maior esclarecimento quanto aos aspectos centrais da obra de Hobbes, bem como nos pôs em contato com as diferentes interpretações feitas acerca da proposta hobbesiana de organização e fundamentação do Estado Civil, apontando os aspectos divergentes e as correntes preponderantes. Além disso, permitiu-nos uma maior aproximação quanto à proposta de interpretação teológica, por ela adotada, de fundamental relevância, pois é somente através desta que vislumbramos a possibilidade de direitos humanos de índole moral em Hobbes.

Quanto à metodologia de pesquisa adotada, recorreremos, em face do caráter

¹ Segundo Nino, a chamada reconstrução racional “se comienza com uma caracterización provisória de la noción em cuestión tomando em cuenta rasgos que se supone a priori relevantes”. NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Buenos Aires: Editora Astrea, 1989. p. 13

hermenêutico do trabalho, à pesquisa eminentemente bibliográfica, baseada no levantamento, na leitura e na elaboração de fichamentos da obra “Leviatã”, bem como na leitura dos demais livros presentes na bibliografia. Foram realizadas também discussões no Grupo de Pesquisa em Filosofia dos Direitos Humanos da UFC.

Assim sendo, o desejo de contribuir para o esclarecimento no tocante à contribuição hobbesiana na a doutrina dos direitos humanos nos motivou a produzir o presente trabalho. Podemos alegar também, nesse sentido, a busca por uma maior evidência das demais interpretações feitas da obra de Hobbes – às vezes negligenciada frente à preponderância da interpretação tradicional secularista - bem como sugerir a utilização de sua obra para elucidação de dilemas do mundo contemporâneo.

1 INTERPRETAÇÕES DA TEORIA HOBBSIANA QUANTO AO FUNDAMENTO DA OBRIGAÇÃO POLÍTICA E MORAL

Thomas Hobbes tem sido apontado por críticos e intérpretes como um autor complexo, cuja obra está permeada de ambiguidades doutrinárias e linguísticas. Essas características impõem a seus leitores maiores esforços no sentido de dar-lhe a coerência esperada. A despeito de tais considerações, a interpretação da filosofia política hobbesiana seguiu, durante quase três séculos, uma mesma linha interpretativa, apresentando algumas diferenças acidentais de acordo com intérprete, mas conservando um cerne comum.

Tal interpretação, tida por secularista, é ainda hoje a de maior aceitação, adquirindo *status* de oficial ou tradicional. Opôs-se a ela, no entanto, a interpretação teológica, proposta por A. E. Taylor em 1938, exposta em artigo cuja publicação gerou agitação na comunidade intelectual e reavivou o debate interpretativo acerca da filosofia política hobbesiana no século XX. Essa linha teológica ganhou mais força quando a tese de Taylor veio se unir as de Howard Warrender e de F. C. Hood, dando maior complexidade e profundidade àquela. Assim, o esforço da tese “Taylor-Warrender-Hood” é no sentido de questionar os pressupostos tradicionais da interpretação de Hobbes e propor uma alternativa ao problema da obrigação política. A essa interpretação foi dado o nome de teológica, pois se costuma dar maior relevo aos aspectos religiosos - aos quais Hobbes destina considerável parte de sua obra – normalmente rejeitados pelos intérpretes secularistas.

A classificação de Hobbes como um dos fundadores do pensamento político moderno e como responsável pelo rompimento da idéia de direito divino dos reis, bem como de jusnaturalismo, é oriunda das interpretações secularistas. Segundo seus seguidores, as leis naturais não constituem “propriamente leis”², senão

² A teoria se apóia em trecho do livro Leviatã: “Estos dictados de la razón suelen ser denominados leyes por los hombres; pero impropriamente, porque no son sino conclusiones o teoremas relativos a lo que conduce a la conservación y defensa de los seres humanos, mientras que la ley, propiamente, es la palabra de quien por derecho tiene mando sobre los demás”. HOBBS, Thomas. Leviatán: o la matéria, forma y poder de una república, eclesiástica y civil. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 131, Cap. XV.

meros “teoremas da razão” ou “qualidades que predis põem os homens para a paz e obediência”³. Somente são consideradas leis de fato quando positivadas pelo soberano, cabendo a ele o monopólio de sua interpretação.

Não é destinado, nas interpretações secularistas, muito espaço às referências divinas e à participação de Deus na formação estatal e na obediência política. Assim sendo, o fundamento de toda a autoridade derivaria do consenso ou pacto estabelecido entre os súditos e das leis civis criadas exclusivamente pelo soberano, ou seja, a fonte da obrigação começa com o pacto e amplia-se com a criação de leis civis.

A partir desse ponto, é possível inferir a inexistência de qualquer normatividade ou moralidade no chamado estado de natureza⁴, tendo-se em vista que os conceitos de justiça e injustiça somente surgem a partir da formação estatal. No estado de natureza é sempre justo e legítimo qualquer ação humana no sentido de conservar sua integridade física e satisfazer seus desejos. Daí resulta a negação dos aspectos jusnaturalistas na obra de Hobbes pela interpretação oficial ou tradicional.

Quanto ao fundamento da obrigação estatal, ou seja, o porquê da obediência dos súditos, encontra-se a idéia de vontade, baseada, sobretudo, em três grandes correntes: o auto-interesse, o medo da morte violenta ou o direito (relação entre proteção e obediência). O homem hobbesiano é assim movido por uma forte psicologia egoísta e, por esse motivo, busca a paz e a conservação. O caráter essencialmente utilitarista, de que a filosofia hobbesiana tem sido frequentemente classificada, fundamenta-se nessa visão, a qual propõe ser o homem capaz de erigir um Estado e uma moral (comprometida com os ditames daquele) a fim de alcançar resultados suficientes para satisfazer-lhes necessidades individuais.

Essa visão outorga ao soberano poderes absolutos, na medida em que ele não participa do pacto. Este é feito exclusivamente entre súditos, os quais apontam um soberano. Dessa forma o pacto não obriga o soberano, e não há qualquer coisa que ele possa fazer que venha a infringir tal pacto⁵. Como é o soberano o único legislador (e a própria moralidade é oriunda das leis civis), não há qualquer empecilho a seus atos, não sendo reservado aos súditos muitas vezes sequer o direito de resistência.

É esta, como se pode ver, a interpretação oficial adotada de um modo geral por escolas e universidades, qual seja, a de um Hobbes que figura entre fundadores da filosofia política moderna e do contratualismo, tido como teórico do absolutismo e pai do individualismo.

³ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. p. 219, Cap. XXVI.

⁴ Nesse sentido, POGREBINSCHI, Thamy. *O Problema da Obediência em Thomas Hobbes*. Bauru: EDUSC, 2003. p. 37, e NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. p. 96.

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. p. 143, Cap. XVIII.

A tese proposta por A. E. Taylor, em 1938, sugere uma profunda transformação na forma de entender Hobbes. Segundo ele e os intérpretes que seguem a mesma linha, os atributos que lhes costumam conferir não se coadunam com a real intenção do autor inglês. Hobbes não seria tão inovador assim. Não há que se falar em fundador da filosofia moderna, tampouco em positivismo jurídico, estando sua obra assentada em pressupostos já conhecidos em sua época. Para eles, “a compreensão do papel da religião torna o pensamento de Hobbes mais coerente, livrando-o de suas famosas ambiguidades linguísticas e doutrinárias”⁶.

Os seguidores da interpretação teológica se utilizam das leis naturais e das referências divinas para sustentar tais pontos. Segundo eles, as leis naturais possuem relevância e profundidade negligenciadas pelos intérpretes secularistas, pois são oriundas da vontade divina⁷, e não é outro o fundamento da obrigação moral e política senão a autoridade divina por meio de suas leis universais, irrenunciáveis e imutáveis. Assim, “a ‘tese’ vem a substituir a psicologia egoística que orientava predominantemente os estudos sobre Hobbes por uma deontologia”⁸.

As leis da natureza, nesse sentido, vigoram e são obrigatórias mesmo antes da formação da sociedade civil, podendo se falar em uma moralidade que abrange o dois estágios da organização humana proposto por Hobbes (estado de natureza e sociedade civil). Essa visão não despreza a importância do contrato e das leis civis, mas propõe uma instância na qual se fundamentam. O Estado seria criado porque assim o quer Deus e as leis civis serviriam para dar maior eficácia às leis naturais e conter as iniquidades perpetradas no estado de natureza. Neste sentido, as leis naturais seriam propriamente leis, comandos de Deus.

A proposta de interpretação teológica diminui as disparidades entre estado de natureza e sociedade civil, dado a obrigatoriedade das leis naturais em ambos. Mais que isso, nivela súditos e soberano num mesmo patamar, perante os olhos de Deus. Deus seria o rei dos reis, o soberano dos soberanos, tendo estes como subordinados. O soberano deixa de ser dotado de plenos poderes, seu absolutismo é limitado pela obediência divina⁹. Há alguns intérpretes que ainda acentuam essa limitação por meio do direito de resistência frente à desobediência do soberano para com as leis naturais. Assim sendo, caberia aos súditos revoltar-se contra a autoridade soberana diante da desobediência às leis naturais, pois toda ordem soberana que contradiga a vontade divina deve ser desobedecida.¹⁰

⁶ POGREBINSCHI, Thamy. Op. cit. p. 26.

⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. p. 234, Cap. XXVI; p. 291, Cap. XXX; e Cap. XXXI.

⁸ POGREBINSCHI, Thamy. Op. cit. p.89.

⁹ Mesmo um intérprete secularista (porém não “tradicional”) como Renato Janine Ribeiro reconhece, por um argumento teológico, a impossibilidade de haver absolutismo em Hobbes: “Aliás, ao afirmar que de um poder irresistível decorre direito absoluto, ele completa que tal poder é somente de Deus (...) Que lógica resta, então, aos que chama Hobbes de ateus e defensores do direito absoluto dos reis?”. RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 33-34.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. p. 484, Cap. XLIII.

Como se vê, se há alguma motivação para a obediência baseada em uma psicologia egoísta, seria a proposta por H. Warrender, segundo a qual o homem obedece por medo, mas pelo medo da morte eterna, pelo castigo divino. O que descaracteriza a deontologia por outros apresentada, mas conserva os traços teológicos.

Conclui Pogrebinski, em síntese dos caracteres principais das leis naturais, que estas são leis divinas, de fundamento teológico, que contém reciprocamente às leis civis, que ambas se fundamentam reciprocamente, que os soberanos estão obrigados às leis naturais tanto quanto os súditos e que a obediência e desobediência dos súditos está fundada também nas mesmas leis naturais, demonstrando que os súditos não renunciam a todos seus direitos naturais, mas somente alguns¹¹. São tais caracteres que viabilizam a interpretação teológica da filosofia de Hobbes.

Ocorre que nem todas as interpretações secularistas são necessariamente de caráter voluntarista ou positivista. Como caso paradigmático na filosofia brasileira, destaca-se o Prof. Dr. Renato Janine Ribeiro, pesquisador de Hobbes, contrário à idéia de que o filósofo deriva o direito de qualquer fonte divina.

Embora utilize a exclusiva onipotência divina como um dos argumentos de que Hobbes não é pensador do poder absoluto dos reis, entende que “derivar da Criação o jurídico é impensável para Hobbes”. Isto se daria porque o Hobbes diferencia Jus de Lex, ou seja, o direito natural da lei natural (que, em Hobbes, é o “dever” natural), em relação aos quais não há correspondência necessária: “O direito de natureza é tão pleno que não comporta infração”.

Conquanto a interpretação teológica tenha a qualidade de emprestar à lei natural inteira caráter de obrigatoriedade (visto derivar de uma ordem, ordem de Deus), esta tende a impor ao homem natural, ou ao homem no exercício de seu direito natural, sempre a obrigatoriedade de um dever divino. Ademais, retira do homem o elemento da vontade como formadora do Estado, reduzindo sobremaneira a importância do contrato. A idéia de que o direito natural não é regulado pelo dever natural, bastante hobbesiana, permite ao comentador brasileiro prescindir do argumento teológico para garantir, ao menos, os direitos humanos baseados na persistência do direito natural originário, o qual simplesmente não poderia ser alcançado pelo pacto.

Para este trabalho, contudo, nos contentaremos em apresentar as conseqüências principalmente das teorias teológicas do fundamento da obrigação política em Hobbes, contribuindo, deste modo, para sua divulgação e discussão, fazendo-se, contudo, a ressalva quanto a possibilidades também interessantes

¹¹ Neste sentido, Hobbes é claro: “que os homens não devem conservar o direito que têm, todos, a todas as coisas, e que alguns desses direitos devem ser transferidos, ou renunciados” HOBBS, Thomas. Do cidadão. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 39, cap. II

em meio a interpretações de cunho secularista, dentre as quais escolhemos a de Renato Janine Ribeiro, devido a sua razoabilidade e profundidade de comentários. Seguir-se-á, porém, outro rumo do estudo, agora preocupando-se na explicação acerca do caráter “moral” dos direitos humanos na teoria de Carlos Santiago Nino.

2 DIREITOS HUMANOS DE CUNHO MORAL EM NINO – CARACTERÍSTICAS E CONDIÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DE SUA TEORIA

Carlos Santiago Nino inicia seu livro “Ética e Derechos Humanos” com a seguinte afirmação: “*Es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización*”. Extrai-se daí que os direitos humanos são para ele uma invenção da modernidade, direitos “artificiais” criados pelo homem e para o homem, assim como as demais criações oriundas do desenvolvimento tecnológico, por exemplo.

No entanto, tal afirmativa não significa dizer que os direitos humanos assim se constituem quando positivados e reconhecidos por organizações estatais. Pelo contrário, a crença de que esse reconhecimento jurídico é a via mais segura para o progresso de tais direitos constitui um sério obstáculo a sua evolução e efetivação¹². Em nível nacional, isso se justifica pelo fato de que a homologação desses direitos pelo Estado pode ser facilmente superada pela violação generalizada e sua substituição por outras normas que dêem suporte a tal violação. Já em nível internacional, a celebração de tratados e convenções obedece a um denominador comum dos interesses das nações signatárias, além das restrições impostas pela idéia de soberania às investigações e sanções impostas por organismos internacionais.

Vislumbra então Nino a necessidade de uma generalização de uma consciência moral em favor dos direitos humanos, a qual se lograria através de um discurso racional nesse sentido, assim conferindo-lhes maior eficácia e longevidade. A simples consagração prática desses direitos não seria suficiente, é necessária uma fundamentação que lhe mantenha firme frente às afirmações opostas a sua necessidade e importância.

Nino busca definir a espécie de direitos humanos de que fala a partir da idéia de direito natural e das críticas a este feitas pelos seguidores do positivismo jurídico, dentre elas a suposta impossibilidade de um reconhecimento efetivo ou real do direito natural, ou seja, dos princípios fundamentais que orientam e justificam a justiça das instituições sociais e a produção normativa estatal. E assim o faz do seguinte modo:

¹² NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. p. 15

La neutralidad frente a la posición escéptica se satisface eliminando toda exigencia de que los principios aludidos por la expresión 'derechos humanos' existan o sean cognoscibles. Es importante distinguir aquí una tesis semántica de una tesis ontológica o de una tesis epistemológica: el hecho de sostener que un concepto alude a ciertas entidades o fenómenos no implica sostener que ellos existan o que sean cognoscibles, de lo contrario sería imposible interpretar las mitologías como tales¹³.

Para o trabalho de conceituação dos Direitos Humanos, portanto, a tradição do jusnaturalismo é levada em conta, tratada pelo autor como “*un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino em su justificacion intrínseca*”. Destarte, os direitos humanos teriam este mesmo caráter normativo, sendo fruto de uma moral crítica, que não demanda um reconhecimento efetivo desses direitos pela população, mas sua validade ou aceitabilidade. Igualmente, como se viu, inválido qualquer possível argumento de que tais direitos “não existem”, pois é possível conceituá-los, aceitá-los e que eles regulem relações humanas¹⁴.

Deve também a filosofia retirar do termo “direito natural” o tom pejorativo, na medida em que se reconhece que muitos autores aceitam o núcleo da tese jusnaturalista, que é o da existência de princípios ideais que provêm uma justificação final de instituições e ações.

Tratemos agora de especificar o que caracteriza tais direitos, porque teriam os direitos humanos este caráter e como estes direitos podem ser considerados “direitos”, ou seja, com pretensão de “juridicidade” e obrigatoriedade.

Para Nino, inicia-se a questão por diferenciar de qual “moral” trata a expressão “direitos morais”, dizendo que a mencionada moral crítica/ideal difere da moral positiva/vigente. O objetivo da diferença, segundo o autor¹⁵, é o de sustentar ser a moral justificada contra as teses relativistas que conectam os juízos morais a juízos meramente contingentes, variáveis entre as sociedades, assim como ao positivismo moral, segundo o qual os padrões morais são determinados pela maioria da sociedade. Embora defenda que tais juízos morais podem valer

¹³ NINO, Carlos, “Ética e Derechos Humanos”. p. 19.

¹⁴ Neste sentido: “Dado que la mayoría de los que cuestionan la categoría conceptual de los derechos morales son escépticos em matéria ética, alguien podría sostener que lo que se impugna son relaciones normativas establecidas por normas inexistentes. Pero este argumento es absurdo: el que las normas Morales fueran inexistentes haría em todo caso también inexistentes a las relaciones que ellas establecen” NINO, Carlos Santiago. Los derechos morales. Doxa, v. 7, p. 311-325, 1990. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/07927403411286081816746/cuaderno7/doxa7_11.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2009. p. 313.

¹⁵ NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. p. 92.

independentemente de serem aceitos ou não pela comunidade (o que está mesmo no núcleo de sua diferenciação com a moral vigente), resguarda Nino, entretanto, certo espaço para a correlação entre moral crítica e a moral positiva: esta sendo produto da formulação e aceitação de princípios daquela, garantindo que uma moral social deve ter a maior correlação possível com a moral ideal.

Através, portanto, de um discurso moral em que moral ideal e moral positiva estão de certo modo imbricadas, formam-se para os indivíduos deveres e direitos. Os direitos de que se fala aqui são “direitos subjetivos”, análogos àqueles dos direitos positivados.

Estes títulos, originados a partir do discurso moral, geram uma barreira lingüística: o vocábulo “direito” está ligado à idéia de “ordem jurídica positiva”, tornando a expressão “direitos morais” contraditória¹⁶. Entretanto, Nino demonstra que a discussão sobre a definição de direitos subjetivos é polêmica até mesmo no sistema normativo positivado¹⁷ e analisa as saídas teóricas até chegar a uma caracterização dos direitos subjetivos morais¹⁸, garantindo a estrutura propriamente normativa desses direitos.

Concluindo por seu caráter normativo como direitos subjetivos morais, passa-se a analisar as características distintivas dos direitos humanos, ou seja, que direitos poderiam adquirir esse título, Nino propõe inicialmente, como aspecto diferenciador, a classe de seus beneficiários. Partindo desse ponto de vista, ressalta a seguinte característica: como seu nome sugere, a classe dos beneficiários destes direitos está integrada por todos os homens e nada mais que os homens. Essa seria sua única condição de aplicação.

A partir daí surgem os primeiros problemas, como, por exemplo, o direito de liberdade de movimentos, o qual se condiciona ao fato de não ter cometido crimes que envolvam penas privativas de liberdade (circunstâncias de aplicação negativas), e o de assistência médica, condicionado ao fato de o sujeito estar doente ou velho (circunstâncias de aplicação positivas). Ao que é respondido que, no primeiro caso, pode-se distinguir uma classe especial de condições que “servem de fundamento ou razão da consequência normativa estipulada em tal princípio segundo a justificação deste”¹⁹ (tradução livre). Assim a razão porque se reconhece a o direito à liberdade de movimentos é a circunstância de ser um indivíduo

¹⁶ NINO, Carlos Santiago. *Los derechos morales*. p. 312.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. p. 25.

¹⁸ Segue a caracterização: “Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso”. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. p. 40.

¹⁹ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. p. 42.

humano e não o fato de não ter cometido crimes. Quanto ao segundo caso, afirma-se que direitos como à assistência médica são especiais ou instrumentais, estando subjacentes a direitos mais genéricos, como o direito à saúde.

Surge, no entanto, outro problema. Segundo Nino, um princípio formal do raciocínio moral é de que, se uma propriedade – no caso, o fato de ser indivíduo humano – é a única circunstância fática relevante para fundamentar a classificação normativa ou valorativa de uma determinada situação, a materialização dessa propriedade é diretamente proporcional ao seu grau de qualificação²⁰. Nesse sentido, como ser homem é a única circunstância fática que fundamenta os direitos humanos, passa-se a avaliar se a afirmação de que todos os homens são iguais seria verdadeira. Isso dependeria do caráter gradual ou não da propriedade “ser homem”, subdividindo-se e analisando-se se há tal gradação em propriedades humanas mais simples²¹ tais como a racionalidade. Convencido, porém, de precisar de novo pressuposto teórico, ao invés de concentra-se inicialmente no conceito de pessoa moral e nas propriedades que o caracterizam, ele sugere que primeiro se deve definir quais são os princípios morais de que os direitos humanos derivam, para depois extrair daí o conceito de pessoa moral, como sendo aqueles indivíduos que são capazes de reconhecer e desfrutar de tais direitos. Os princípios fundamentais se aplicariam erga omnes, a tudo e a todos. Seriam, no entanto, pessoas morais aqueles capazes de exercê-los.

Ainda não se trata aqui de resolver a questão sobre a restrição de quais direitos podem ser considerados humanos, porém reconhece-se ainda a *priori* que tais direitos são de caráter excepcional e se diferenciam de outros direitos morais por ventura válidos. Tanto é que, a despeito de reconhecer-se, pelos direitos humanos, que princípios morais devem ser observados mesmo que contra-lem, ainda assim é possível que princípio moral válido seja preterido se houver a obediência da referida lei se fundado em origem legítima, ou seja, se há um princípio moral de obediência em relevância. Assim ocorre conquanto tal obediência não prevaleça quando se trate de violação de direitos humanos, de caráter obviamente superior, porém sendo direitos excepcionais²².

Após essa resumida elucidação sobre o que significa para Nino a idéia de direitos humanos, pretendemos agora aplicar a conceituação apresentada e

²⁰ NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Cap III.

²¹ NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. p. 44.

²² É o que diz Nino: “En otros casos una norma jurídica puede tener un contenido incompatible con lo prescripto por principios morales validos y, no obstante, ser moralmente obligatoria puesto que su origen em procedimientos moralmente legítimos (como los de índole democrática) hace que prevalezcan las razones em favor de su observancia (razones fundadas en la necesidad de mantener cierto orden y paz social y de respetar aquellos procedimientos) sobre las razones em pro de desobedecerla”. NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. p. 24.

verificar sua pertinência ou não a uma análise da possibilidade de uma contribuição de Hobbes à teoria daqueles direitos através de seu jusnaturalismo, expondo a diferenciação entre a análise sob um viés secularista tradicional (predominando argumentos meramente contratualistas, voluntaristas e absolutistas) e sob um viés teológico, através de suas principais implicações.

3 POSSIBILIDADE DE DIREITOS HUMANOS DE CUNHO MORAL EM HOBBS, CONFORME A TEORIA DE NINO

A interpretação dada pelos secularistas tradicionais à filosofia política hobbesiana, tendo em vista a estruturação teórica por eles empreendida, acaba por tornar remota a possibilidade de se vislumbrar, já na obra de Hobbes, a existência de qualquer espécie de direitos humanos amparados em normas morais.

Importante representante da corrente que vê como prejudicada a utilização da filosofia hobbesiana para a caracterização dos modernos direitos humanos é Heiner Bielefeldt. Em seu “Filosofia dos Direitos Humanos”, o autor considera Hobbes como representante de um tipo de individualismo não-liberal que resulta em uma sociedade atomizada²³, baseada na precedência e preponderância do direito natural sobre a lei natural²⁴. Para o autor, Hobbes é um absolutista e as leis naturais não logram concorrer com a vontade do soberano, pois não são dotadas de obrigatoriedade, por não serem “propriamente leis”, aduzindo que “para desenvolver validade social, as leis naturais deveriam ter obrigatoriedade determinada pelo poder estatal e deveriam ser compulsórias”²⁵. Ademais, em Hobbes o soberano não seria controlado por nenhuma outra força, haja vista que está fora do alcance das leis positivas por ele mesmo instituídas: ele deteria o direito natural do estado de natureza, dele abusando.

Contribui para que assim pensemos a noção compartilhada pelos secularistas acerca das leis naturais e as consequências advindas dessa noção. Conceber as leis naturais propostas por Hobbes como sendo “teoremas da razão” ou “máximas de prudência” significa destituí-las de força normativa, elemento necessário à idéia de direitos humanos. O direito e a obrigação surgem do pacto, do consenso estabelecido entre súditos que resulta na formação do Estado. Assim sendo, a

²³ BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um ethos de liberdade universal. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000. p. 188-193.

²⁴ Em Hobbes, direito natural e lei natural diferem. Direito natural é “la libertad que cada hombre tiene de usar su próprio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida”, e vige no “estado de natureza”. Já a lei natural é “un precepto o norma general, establecida por la razón, em virtud de la cual se prohíbe a um hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los médios de conservarla”. HOBBS, Thomas. *Leviatán*. p. 100-101, Cap. XIII.

²⁵ BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos. p. 190.

pretensão de um direito que seja considerado como válido para todos os homens ou princípios fundamentais que se apliquem erga omnes – como propõe Nino – frustra-se a partir da inexistência de qualquer “norma ou princípio ético objetivo, fundado na natureza das ações humanas”²⁶.

Tal noção de leis naturais tem como consequência outros obstáculos à possibilidade de direitos humanos na obra de Hobbes. Levando-se em conta que “os direitos humanos inauguram a plenitude da perspectiva *ex parte populi*, delimitando a perspectiva *ex parte principis* e impondo restrições à discricionariedade da ‘razão do estado’ dos governantes”²⁷, sem qualquer regulação de direito. Chega-se à conclusão de que o poder absoluto outorgado ao monarca por Hobbes, segundo a teoria secularista, segue na contramão de qualquer proposta de direitos humanos.

Em oposição a este quadro, vimos que as leis naturais hobbesianas consideradas nas teorias teológicas fazem vislumbrar real obrigatoriedade de seus termos inclusive em relação ao próprio soberano e que serve como título moral suficiente para a permissão da desobediência dos súditos. Neste sentido não há que dizer em direito absoluto do soberano, haja vista que somente Deus pode ter poder absoluto e que a missão tanto do Contrato quanto de todos os pactos é a realização da lei natural, que é lei divina.

Ainda quando se fala de um princípio de obediência ao soberano, consubstanciado na lei natural que comanda que se cumpram os pactos e na renúncia/transferência de direitos do Contrato, ainda assim se resguardam os direitos morais essenciais, assim como é possível em Nino que o princípio moral de obediência prevaleça, conquanto não se trate de violação de direitos humanos. Do mesmo modo em Hobbes: não se coaduna sua filosofia com o descumprimento daquelas leis naturais essenciais, especialmente quando se fala da autopreservação do indivíduo contra a morte, mesmo que legalmente demandada, permitindo-se a desobediência, o direito de resistência do súdito.

Ademais, desfaz-se a tese de que o Estado de Natureza em que vivem os soberanos em plano internacional como situação de completa amoralidade. Muito embora seja este um clássico exemplo citado pelos contratualistas como de reprodução real do Estado Natural pela reunião dos soberanos civis (entre os quais falta um soberano comum, imparcial e superior a todos), não deveremos considerá-lo, sob a perspectiva teológica, como sem incidência da Lei Natural.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 196.

²⁷ LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: O desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio Alves (org.) *Filosofia e Direitos Humanos*, 2006, p. 14.

Interprete-se, contudo, o que nos referimos por obrigatoriedade das leis morais: assim como na teoria de Nino, Hobbes está longe de reivindicar força faticamente necessária às leis naturais. Os direitos humanos exigem uma consciência moral a favor deles, o que implica um compromisso de segui-los ainda que as leis positivas possam comandar o inverso, sob pena de, se o contrário ocorrer, inviabilizar a reivindicação de normatividade de direitos humanos onde eles são mais necessários, ou seja, onde são ignorados ou francamente violados. Embora as leis morais sejam, em Hobbes, e ainda sob a visão teológica, propriamente leis, devido a serem comandos de Deus, ainda assim não se pode compará-las em eficácia com as leis civis, pois estas estão aparelhadas com a coerção estatal, justificando que Hobbes pareça dar preferência a estas, em detrimento daquelas.

O que diferencia a teoria teológica, contudo, é que as leis naturais não são mais consideradas meros ditames da razão, mas servem também para informar e guiar o legislador civil, bem como parâmetro para a própria justiça das decisões governamentais, pois não advêm do Estado, mas da reta razão diretamente, o que, em última instância e ainda para os intérpretes “teológicos”, é vir também de Deus.

São, contudo, “propriamente leis”, porque emanam da reta razão, das escrituras ou da revelação. Daí que este comando divino lhes dota de obrigatoriedade. Esta obrigatoriedade, como visto, tem o que Bielefeldt chama de pretensão de juridicidade, ou seja, estas leis naturais disponíveis à razão humana tem o intento de institucionalizar-se, tornando-se leis civis.

Nem sempre, contudo, isto há de acontecer, não havendo como garantir que necessariamente o caminho natural da lei moral rumo a sua realização jurídica será efetuado pelo Soberano mesmo. Não deixam, contudo, as leis naturais de serem obrigatórias, necessitando, aí, o que Nino nomeia como “consciência moral” pelos direitos humanos, afinal, considera o argentino que a ausência de positividade não só não redime os homens da obrigatoriedade da lei natural como também demonstra o caráter revolucionário e radical dos direitos humanos, ou seja, sua superioridade frente à ordem positiva. A estes direitos essenciais, descabe qualquer correlação com deveres, e muito embora lhes falte conteúdo análogo ao das leis civis, ou que não sirvam de modelo às leis civis, são direitos humanos essenciais.

Neste sentido, é de se imaginar não só a extensão da Lei Natural como garantidora de direitos humanos, mas também do próprio Direito Natural, que é conceito diverso. Sendo este último a completa liberdade natural, esta se encontra de maneira residual no Estado Civil, permitindo que na consciência dos homens possa haver vontade legítima diversa da moral e da lei, quando se trata de preservar-se a si e aos bens essenciais a conservação da vida e das partes do corpo.

Não é, como já dito, exclusividade da teoria “teológica” conclusões análogas a estas. Como já exposto, o pensamento de Renato Janine Ribeiro também aceita a existência de direitos essenciais preservados contra o arbítrio do soberano, não havendo, neste comentador, qualquer traço do argumento de que Hobbes é um

absolutista, ou que toda a esfera de liberdade dos súditos esteja abrangida pela lei civil, muito embora discorde do argumento teológico.

A interpretação teológica, contudo, a qual nos preocupamos em destacar, não elimina o “direito natural”, na nomenclatura de Hobbes, mas somente o reduz em importância em relação à “lei natural”. Ampliado, o espaço da moralidade em Hobbes também beneficia os seres humanos, na medida em que o momento de fundação do “justo” não espera o Soberano Civil, mas simplesmente requer a consciência moral dos destinatários da norma, para que enxerguem que aquelas leis que a razão lhes dita, derivadas seja da razão natural, seja da revelação, seja das escrituras, são propriamente leis. Cria-se, assim, verdadeiro jusnaturalismo hobbesiano, cuja qualidade é fundar um estado baseado no princípio da obediência, sem prescindir de esferas de liberdade que moralizam a atividade estatal e, ainda, espaços de liberdade com caráter “natural”, relativa aos bens mais essenciais, como a vida, fazendo “lei” e “direito” naturais forma e conteúdo de direitos análogos ao que se pretende, hoje, chamar de “direitos humanos”.

CONCLUSÃO

A partir da visão de Carlos Santiago Nino dos direitos humanos como direitos morais e da recepção crítica de sua filosofia à tradição jusnaturalista, abre-se a oportunidade para buscar em Hobbes e em sua teorização acerca das leis naturais subsídios importantes para problemas contemporâneos. As teorias secularistas tradicionais, entretanto, defendem uma visão absolutista do filósofo inglês, baseada na total predominância do Contrato e da lei positiva sobre qualquer outro preceito, dificultando sua utilização para direitos universais, muitas vezes *contra-legendam*. Daí que as teorias teológicas, como expostas, garantem desmistificar a posição tradicionalmente deferida a Hobbes, resguardando sua contribuição teórica à formulação de direitos universalmente válidos e inalienáveis, acima inclusive do soberano, que deixa de ser absoluto. Só assim, se vê, abre-se espaço para um uso da filosofia hobbesiana para os modernos direitos humanos, sem interpretações anacrônicas.

REFERÊNCIAS

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um ethos de liberdade universal. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatán**: o la matéria, forma y poder de uma república, eclesiástica y civil. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

- _____. **Do cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: O desafio do direito a ter direitos. In: AGUIAR, Odílio Alves (org.) **Filosofia e Direitos Humanos**, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1989
- _____. Los derechos morales. *Doxa*, v. 7, p. 311-325, 1990. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/07927403411286081816746/cuaderno7/doxa7_11.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2009.
- POGREBINSCHI, Thamy. **O problema da obediência em Thomas Hobbes**. Bauru: EDUSC, 2003.
- RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

HUMAN RIGHTS ACCORDING TO HOBBS AND POLITICAL OBLIGATION

Abstract: In Hobbes, there's a search for validating the Civil State as society's need for the construction of favorable conditions for its development and survival, avoiding the war of all against all. By the idea of the State and the civil laws as the most prominent figures in Hobbes theory, a thesis defends that the philosopher bases his thinking on Law just by a voluntaristic and positivistic perspective, without any attention to moral judgments outside the sovereign's will. In this point of view, human rights are into consideration, because there would not be any convenience in submitting sovereign States under a supra-state order formed by international civil laws. However, having in mind that the foundation of Civil State is based in an universal Natural Law command and that the sovereign and the civil laws are both its successors, a controversy appears on the possibility of moral-based human rights, which is the object of this study. By this, Thomas Hobbes works can be better understood and there can also be an utilization of his thinking for solving contemporary world dilemmas.

Keywords: Hobbes. Human Rights. Moral.

DISCURSO DE POSSE DO PROF. DR. AGERSON TABOSA PINTO (FA7) NO INSTITUTO DE ESTUDOS IBÉRICOS

Ao dizer-vos, neste instante, do contentamento de que estou possuído por vossa recepção no Instituto de Estudos Ibéricos e ao agradecer-vos o gesto de confiança e fidalguia, peço-vos permissão para divagar um pouco, primeiro sobre a viagem que me trouxe à Ibéria, e, em segundo lugar, sobre os efeitos positivos decorrentes do processo de aculturação ou da globalização.

1. Foi em 1994. Estava em Xalapa, México, participando de Congresso de Direito Romano, quando o professor espanhol Gerardo Turiel de Castro nos comunicou a criação, em Oviedo, da Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, e já nos convidou, logo para 1995, a participar, em Granada, do primeiro congresso da entidade, inaugurando uma série, que, este ano, alcançará sua 13^a edição. Como professores de Direito Romano, eu e minha esposa, aqui presente, estivemos lá, quando conhecemos muitos ilustres professores espanhóis, entre os quais estava o catedrático de Direito Romano da Universidade de Vigo, Dr. Luís Rodríguez Ennes.

Os dois congressos seguintes foram em Múrcia (1996) e em León (1997).

O IV Congresso Iberoamericano de Derecho Romano foi celebrado em Ourense, em 1998, quando fomos cumulados de gentilezas pelos nossos colegas da Espanha, com destaque para os professores Luís Ennes e Maria José Bravo.

Buenos Aires (1999), Madrid (2000) e Burgos (2001) foram as cidades que sediaram os três seguintes congressos da série.

Penso que, como prêmio por minha assiduidade, pois havia comparecido a todos os congressos promovidos por nossa Associação, fui o primeiro brasileiro a ser eleito para sua Junta Directiva, como estou sendo o primeiro brasileiro a ingressar neste Instituto, como membro titular.

Em 2002, minha cidade, Fortaleza, sediou o VIII Congresso, quando tivemos o prazer não só de abraçar nossos colegas da Espanha, da Argentina e outros países da América Latina, mas também de inscrever, como associado, e de ouvir, como conferencista, o primeiro professor de Portugal, Dr. Antonio dos Santos Justo, catedrático de Direito Romano da Universidade de Coimbra. O ilustre mestre lusíada, que participou de todos os congressos subsequentes – Huelva (2003),

e Alicante – Elche (2004), empolgou-se com o nosso movimento, chegando a dirigir o Congresso de Coimbra, em 2005, e inaugurou uma nova fase – *incipit vita nova* – no relacionamento de romanistas espanhóis e portugueses.

2. Que significação tem a abertura das portas do Instituto de Estudos Ibéricos a outras regiões que não integram a Ibéria europeia continental?

Os três objetivos a que se propõe estatutariamente o Instituto – realizar e difundir estudos nas áreas do Direito e das Ciências Sociais; promover cursos, conferências, seminários e congressos nos campos dessas ciências; e editar livros e periódicos que divulguem os estudos realizados pelo Instituto – todos esses objetivos, para serem difundidos e alcançados, precisam de contatos, de interação, de intercambio e de cooperação internacional. Não é por acaso, mas por facilitar o intercambio pessoal e grupal, que cidades, desde as mais priscas eras até os dias de hoje, têm sido edificadas nas margens ou desembocaduras dos rios. Aí estão, para comprová-lo, as cidades banhadas pelo Tibre, o Tamisa, o Sena, o Danúbio, o Tejo, o Reno, o Mississipi-Missouri e o Yang-Tse-Kiang.¹

Não é por acaso, mas por favorecer a densidade dos aglomerados humanos, que, das 43 cidades mais populosas do mundo, apenas 8 estão fora da faixa entre 30 e 50 graus de latitude norte. Aí estão, dentro dessa faixa, Los Angeles, Nova Iorque, Madrid, Paris, Londres, Roma, Moscou, Pequim e Tóquio.²

A motivação para intercâmbio entre os povos pode ser de natureza econômica, mas não só e nem sempre. O professor Luís Rodriguez Ennes provou que o interesse dos romanos pelas terras ibéricas primitivas estava na riqueza de suas jazidas de ouro e de prata, estava, segundo o poeta, na *auri sacra fames*, ou seja, na execrável fome do ouro.³ Mas também é fácil provar que dos processos sociais, gerados com a exploração mineral, também os ibéricos muito se beneficiaram.⁴

Quando Horácio disse que *Graecia capta ferum victorem cepit et artes intulit agresti Latio*, ele já sabia que pelas leis que regulam o processo da aculturação, quando duas culturas se encontram, predomina, em geral a superior, mas nesta sempre ficam marcas da cultura inferior. Assim, mesmo vencida, a Grécia implantou suas artes no Lácio vitorioso. Igualmente, em razão das invasões dos godos e visigodos, o direito romano aculturado modernamente não é mais o direito romano justinianeu, do *Corpus Juris Civilis*, o direito romano genuíno, mas o direito romano-germânico, assim como os mouros, mesmo vencidos, deixaram marcas de sua cultura na cultura dos povos vencedores.

Por isso é que nós brasileiros não nos acabrunhamos com a invasão de dinheiro espanhol no Brasil. Em 1998, chegaram a 9,6 bilhões de dólares os investimentos espanhóis diretos no Brasil, o que representou 27% do total dos investimentos da Espanha, realizados no mundo.⁵ Segundo recente anúncio de Cesar Alierta, presidente mundial do grupo espanhol da Telefônica, essa empresa

já investiu, desde a privatização em 1998, R\$ 28,9 bilhões e ainda investirá, até 2010, mais R\$ 15 bilhões⁶.

Para nós brasileiros, pelo menos para os brasileiros que prezamos o estudo, mais do que saber quem primeiro chegou ao Brasil, se Pinzon ou Cabral, ou de que nacionalidade é o dinheiro que nos ajuda a crescer, a nós nos interessa mais saber as origens de nossa cultura comum, sua perfeita caracterização, pois queremos mantê-la una e integrada e queremos constantemente enriquecê-la.

Por fim, cremos com o dr. Sousa Magalhães, “que existe uma ampla convergência no sentido de que a Galícia e o Norte de Portugal podem, dentro dos seus respectivos Estados de pertença, afirmar as suas raízes comuns e tentar contribuir para que Portugal e Espanha possam acentuar esta vertente atlântica, permitindo que o tal “admirável mundo novo”, seja mais culto, tolerante e solidário”.⁷

¹ Fontoura, Afro do Amaral, *Introdução à Sociologia*, 4ª ed., Porto Alegre, Globo, 1966, p. 113.

² Tabosa, Agerson, *Sociologia Geral e Jurídica*, Fortaleza, Fa7, 2006, p. 81

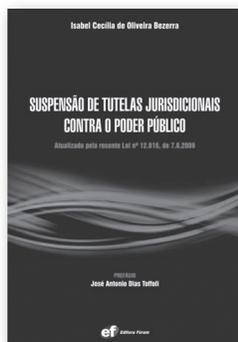
³ Virgílio, *Eneida*, Livro III, v. 57. Ennes, Luiz Rodriguez. *Las Explotaciones Mineras y la Romanización de Gallaecia*. In: Villar, Afonso Murillo (ccord.). *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito M. Reymundo Yanes*. Burgos: Universidade de Burgos, II, p. 305-327; e *Gallaecia: Romanización y Ordenación del territorio*. In Buján, Antonio Fernández de (director), *Derecho Administrativo Histórico*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2005, p. 355-392.

⁴ Horácio, *Epístolas*, II, 1

⁵ *Boletim da Sobeet*, ano III, nº 31, jan. 2005,1

⁶ *Folha de S. Paulo*, edição de 18 de janeiro de 2007, B 1

⁷ “Distinción de la Abogacia Española, concedida al Dr. Sousa Magalhães”. Discurso do agraciado, Instituto de Estudos Ibéricos, *Anuário* de 2003, p. 75



Prefácio pelo min. José Antonio Dias Toffoli ao livro **Suspensão de tutelas jurisdicionais contra o poder público** (Belo Horizonte: Fórum, 2009), de autoria de Isabel Cecília de Oliveira Bezerra, advogada da União e professora de Direito Civil e Processo Civil na FA7.

Orgulha-me muito o convite para prefaciá-la esta importante obra jurídica que representa o reconhecimento do trabalho desenvolvido pela autora e que também simboliza mais um passo no reconhecimento da Advocacia Pública Federal como instrumento de defesa do Estado.

A cada dia a Advocacia Pública Federal se consolida como função essencial à justiça. São inúmeras as iniciativas que tem trazido relevantes resultados na defesa dos interesses públicos e na concretização de direitos do cidadão, em especial no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Da mesma forma nota-se a busca pelo aprimoramento dos integrantes da advocacia pública e o conseqüente reconhecimento desses profissionais no meio acadêmico e editorial. Esse cenário é perceptível na AGU pelas constantes notícias veiculadas nas nossas páginas institucionais. Esse reconhecimento se traduz a partir de estudos e trabalhos jurídicos que vem sendo produzidos, publicados e ganhando notoriedade pela sua qualidade.

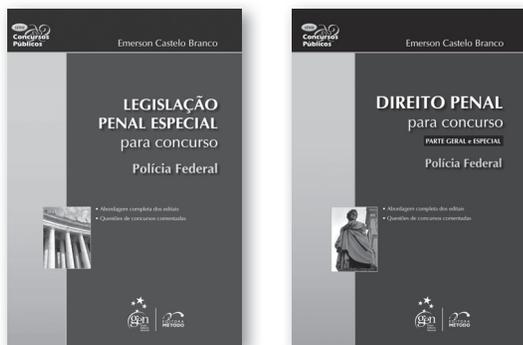
O sucesso na defesa do interesse da sociedade ganha notoriedade a cada dia e está relacionado, entre outras coisas, fundamentalmente, com a melhoria da qualificação dos quadros de advogados públicos federais em razão do processo seletivo mais rigoroso, pelo aperfeiçoamento promovido pela instituição e pelo envolvimento de seus integrantes com o mundo acadêmico.

Muito importante, também, que os estudos acadêmicos permeiem não apenas grandes discussões teóricas, mas consigam, principalmente, confrontar a teoria com as questões práticas enfrentadas quotidianamente pelos advogados públicos no poder judiciário e nas consultorias jurídicas.

A presente obra segue fielmente essa orientação ao enfrentar a questão da suspensão de concessão de medida liminar, importante instrumento do direito processual, relacionado com a atividade cotidiana da Advocacia-Geral da União.

Não há dúvidas que a presente obra trará importante contribuição para o mundo jurídico face ao primoroso estudo realizado acerca do tema, sopesando os mais destacados conceitos e entendimentos doutrinários e as mais recentes decisões dos tribunais regionais e dos tribunais superiores do país.

Em nome de toda a Advocacia Pública Federal só posso agradecer pela dedicação ao estudo do tema e por brindar a todos nós, operadores do direito, pela oportunidade de poder compartilhar o presente livro para o desempenho das atividades quotidianas de defesa do Estado, da sociedade e de cada cidadão.



Apresentação do livro **Direito Penal, série concurso Polícia Federal** (São Paulo: Método, 2009), de Emerson Castelo Branco, defensor público e professor de Direito Penal e Processo Penal na FA7.

Direito Penal Série Concurso Polícia Federal nasceu da idéia de se contemplar os assuntos recorrentemente abordados no conteúdo programático dos concursos da Polícia Federal, direcionando o estudo daqueles que almejam “um lugar ao sol” na referida carreira.

Seu mérito principal consiste em reunir, na mesma obra, a Parte Geral e a Parte Especial do Direito Penal, selecionando cuidadosamente as matérias de interesse do concurso.

Destaca-se ainda por sua linguagem didática, enfrentando todo o conteúdo com riqueza de informações, sem perder a clareza das idéias.

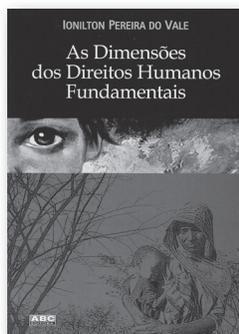
Apresenta ao leitor qualificada doutrina e jurisprudência atualizada dos tribunais superiores. Nesse aspecto, de pronto, merece ser ressaltado o seu rigor científico, não dando margem a colocações simplistas.

Incansavelmente, procurou-se exaurir toda a temática relevante de forma precisa e objetiva; inclusive, discorrendo sobre recentes alterações no ordenamento penal.

Ao final de cada capítulo, várias questões de prova são comentadas; e diversas são disponibilizadas para resolução, possibilitando a mais ampla e segura preparação.

Enfim, a obra apresentada ao público será de grande valia não apenas para os estudantes que se preparam para a Polícia Federal, sendo certo falar que pode ser utilizada para todos os concursos que abrangem o conteúdo abordado.

Boa leitura!



Apresentação da dissertação de mestrado de Ionilton Pereira do Vale, promotor de Justiça e professor da FA7, publicada sob o título **As dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais** (Fortaleza: ABC, 2006).*

O presente projeto tem como finalidade examinar, até onde possível, dentro dos limites de uma monografia em tese de mestrado, o fenômeno do aparecimento dos Direitos Humanos Fundamentais, para tanto indagando das fontes de pesquisa acerca, de todo o conjunto de dados, que justificam o seu aparecimento nas sociedades modernas. Reveste-se a importância do tema, face ao nítido predomínio das forças econômicas no mundo globalizado, frente aos direitos fundamentais, que de resto, ficaram enfraquecidos, ante a nova ordem econômica, social e política. A importância do tema, se justifica, até pela própria denominação, utilizada para definir tais direitos, ora chamados de humanos (em uma dimensão jusnaturalista) ora fundamentais (em uma dimensão positiva), o que os identifica com os anseios e ideais do próprio homem, e sua busca por justiça, vida plena, e demais atributos inerentes à sua dignidade.

A pesquisa científica tem como objetivo contribuir com o estudo dos direitos fundamentais, através do estudo de diversas posições de autores, quer na doutrina pátria, quer na doutrina estrangeira, bem como inquirir acerca da plena validade e eficácia de tais direitos, frente ao ordenamento jurídico.

Reportamo-nos igualmente acerca das dimensões ou gerações dos direitos humanos fundamentais e seu atual estágio nas sociedades contemporâneas.

Espera-se da identificação dos direitos fundamentais, a demonstração de sua parcial inaplicabilidade no Estado brasileiro, que tem como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, almejando contribuir com a sua efetiva aplicabilidade no Brasil, ante a detecção dos graves problemas sociais e políticos, que impedem a sua efetiva aplicação, inobstante o artigo 50, § 2º, da Constituição de 1988, que consagra a sua imediata aplicabilidade.

Procurou-se enfim fazer uma concatenação entre os diversos institutos que gravitam em torno dos direitos fundamentais, de molde a demonstrar a sua efetiva proteção, que vai enfraquecendo à medida que o mundo caminha a passos largos em direção à economia globalizada.

* Republicada por incorreção.

CURSO DE DIREITO
REVISTA JURÍDICA DA FA7
Normas para publicação

- I. A REVISTA JURÍDICA DA FA7 propõe-se a publicar artigos jurídicos, cujos originais serão submetidos a exame pelo Conselho Editorial.
 - a) Os textos publicados expressam a opinião de seus autores e são de sua exclusiva responsabilidade.
 - b) Os textos deverão caracterizar-se pelo uso adequado do vernáculo, pela concisão, pela precisão e pela clareza.

- II. O Conselho Editorial informará aos autores se seus textos submetidos para publicação foram ou não aprovados.
 - a) Os originais não serão devolvidos.
 - b) Pequenas alterações no texto serão feitas pelo Conselho Editorial.
 - c) Alterações substanciais serão solicitadas pela Comissão Editorial ao autor, que terá sete dias úteis, a contar da data do recebimento da solicitação, para fazê-las. Caso o autor não as faça, seu texto será desconsiderado para publicação.
 - d) Não serão aceitas modificações após o envio dos textos para a gráfica.

- III. Os originais submetidos para publicação deverão ser enviados à coordenação do curso de Direito da FA7, conforme abaixo:
 - a) em uma via impressa em papel tamanho A4, letra Arial, corpo 12, espaço 1,5 entre linhas e entre parágrafos, folhas numeradas e impressas em um só lado;
 - b) em MS Word (.doc), em versão 6.0 ou superior, gravado em disquete ou cd;
 - c) em total obediência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e do Manual de formatação de monografia jurídica, do curso de Direito da FA7, que se encontra disponível na biblioteca da faculdade e no seu sítio eletrônico;
 - d) para os textos classificados nos itens 'a' e 'b' da cláusula IV abaixo, com resumo, em português, e abstract, em inglês, com extensão de 80 a 100 palavras cada, mais três ou quatro palavras-chave (com respectivas key words);

- IV. Os originais submetidos para publicação deverão ser classificados conforme abaixo, obedecendo à respectiva extensão:

- a) Estudos teóricos/ensaios – análises de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando questionamentos de modos de pensar o Direito e a novas elaborações (extensão em torno de 6.000 palavras);
 - b) Relatos de pesquisa – investigações baseadas em dados empíricos, recorrendo a metodologia quantitativa e/ou qualitativa. Neste caso, necessário conter, no mínimo, introdução, metodologia, resultados e discussão (extensão em torno 4.000 palavras);
 - c) Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - d) Ressonâncias – resenhas, comentários complementares e réplicas a textos publicados (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - e) Resumos – de tese, dissertação ou monografia devidamente aprovada por banca examinadora de instituição de ensino superior, com identificação do professor orientador (extensão: 200 a 600 palavras).
- V. Os originais submetidos para publicação deverão ser acompanhados de termo de declaração preenchido e firmado pelo autor. O referido termo encontra-se no sítio eletrônico da FA7.
- VI. Permite-se a reprodução de textos publicados na revista, desde que seja citada a fonte.

Conselho Editorial