



FAS@JUS

e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 1, n. 2/2011 ISSN 2179-8222



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

Editor

. Msc. Richardson Xavier Brant

Organizadores

- . Msc. Raíssa Neiva Melo Franco
- . Msc. Richardson Xavier Brant
- . Msc. Vívian Cristina Maria Santos
- . Msc. Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

- . Msc. Edson Pires da Fonseca
- . Dr. Elton Dias Xavier
- . Msc. Hamilton de Almeida
- . Msc. Liz Helena Silveira do Amaral
- . Msc. Raíssa Neiva Melo Franco
- . Msc. Richardson Xavier Brant
- . Msc. Simone Rosiane Corrêa Araújo
- . Msc. Vívian Cristina Maria Santos
- . Msc. Waldir de Pinho Veloso



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Richardson Xavier Brant



**FACULDADES
SANTO AGOSTINHO**

FAS@JUS - e- Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Organizadores

Raíssa Neiva Melo Franco
Richardson Xavier Brant
Vívian Cristina Maria Santos
Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

Edson Pires da Fonseca
Elton Dias Xavier
Hamilton de Almeida
Liz Helena Silveira do Amaral
Raíssa Neiva Melo Franco
Richardson Xavier Brant
Vívian Cristina Maria Santos
Waldir de Pinho Veloso

Correção Linguística

Waldir de Pinho Veloso
Nely Rachel Veloso Lauton

Editoração Gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Capa

Adriano Magno de Freitas
Maria Rodrigues Mendes

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 1, n. 2, 2011 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2011-

v. : il. 21 x 29 cm.

Semestral
ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

Ficha catalográfica elaborada por Edmar dos Reis de Deus CRB6 2486.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
ENTREVISTA	
João Batista de Almeida Costa.....	9
ARTIGOS DO CORPO DOCENTE	
PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE: ANÁLISE DO INSTITUTO ANTE AS NOVAS POSSIBILIDADES DE DIREITO E DE FATO	
Dilson de Quadros Godinho Neto.....	13
A TRAJETÓRIA JURÍDICA DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL: das Ordenações do Reino à Lei Maria da Penha	
Janaína Silveira Castro Silvana Maria de Carvalho Mendes.....	23
DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	
Richardson Xavier Brant.....	33
ESPECIFICIDADES ACERCA DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA (IPTU)	
Waldir de Pinho Veloso.....	39
ARTIGOS DO CORPO DISCENTE	
PONDERAÇÕES INICIAIS SOBRE HERMENÊUTICA JURÍDICA	
Brunna Campos Eleutério Lucian Martins Veloso.....	53
JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA <i>INITIO LITIS</i>: A BUSCA PELA CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAL	
Camila Caroline Rocha Chaves.....	59
OS CASAIS HOMOAFETIVOS E O AMPARO À ADOÇÃO NO BRASIL	
Gabrielle Xavier Ribeiro.....	65
POR UMA EPISTEMOLOGIA EMANCIPATÓRIA DO DIREITO	
Melissa Mendes de Novais.....	75

ARTIGOS DE EGRESSOS

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO Daniela Vieira Magalhães.....	85
A TEORIA DO GARANTISMO PENAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ESTADO DE DIREITO Fabíola Barros de Queiroz.....	93
APELAÇÃO: estudo comparativo entre o atual Código de Processo Civil e o Projeto de Lei n.º 166/2010, do Senado Igor Ramos Rosa Leandro Mendes de Carvalho Leite.....	103

RESENHA

Vívia Cristina Maria Santos.....	109
----------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

Apresentar a segunda edição da Revista Eletrônica Fas@jus da Faculdade de Direito Santo Agostinho é motivo de grande júbilo para os editores e também para todos os que trouxeram a sua contribuição pessoal a esta publicação.

Os textos reunidos reafirmam o propósito da nossa primeira idealização: resgatar um diálogo crítico plural e suscitar o debate acadêmico sobre temas importantes da contemporaneidade.

Esta segunda edição expressa o nosso compromisso com a divulgação do saber, pautado nos ideais de justiça, de cidadania e, sobretudo, da ética. Assim, vamos ao conteúdo da Revista.

No texto inicial, o Doutor em Antropologia **João Batista de Almeida Costa**, em entrevista concedida à Revista, analisa a necessidade do **reconhecimento do direito à diferença** para que possamos construir uma cidadania equânime. Para tanto, faz-se necessária a compreensão de que a igualdade requer tratamento universal para todos, enquanto a equidade requer que cada um seja reconhecido como diferente e respeitado em suas particularidades.

Na seção destinada aos artigos do corpo docente, temos o artigo do Professor **Dílson de Quadros Godinho Neto**, que analisa a atual regulamentação e utilização do instituto da **presunção de paternidade ante as novas possibilidades surgidas no Direito**. Conforme o autor, o instituto da presunção de paternidade merece ser rediscutido perante as novas modalidades de família e do avanço científico em relação às recentes técnicas de procriação.

No segundo texto, as professoras **Janáina Silveira Castro** e **Silvana Maria de Carvalho Mendes** apresentam a **trajetória jurídica dos direitos da mulher no Brasil desde as Ordenações do Reino até a Lei Maria da Penha**. O texto objetiva mostrar que, apesar do reconhecimento da igualdade da mulher perante a lei, a desigualdade entre homens e mulheres ainda faz parte da cultura brasileira, tendo como consequência, muitas vezes, o tratamento discriminatório e o uso da violência contra a mulher.

Na sequência, o Professor **Richardson Xavier Brant** examina as principais características do **direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Constitui objetivo do trabalho destacar a necessidade de ponderação e harmonização de valores constitucionais: de um lado, os direitos fundamentais, que levam em conta a dignidade da vida humana e a manutenção de sua viabilidade; e de outro, os princípios que ordenam a atividade econômica.

No último artigo da seção, o Professor **Waldir de Pinho Veloso** trata das **especificidades acerca do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU)**, que é um dos tributos com os quais o contribuinte tem um contato mais direto. Segundo o autor, por ser um imposto real, que não escolhe classe ou poder econômico e independe da pessoa proprietária ou possuidora. Atingindo a um grande número de pessoas, o IPTU merece ser estudado em um texto científico.

Na coluna destinada aos artigos de discentes, temos quatro artigos. No primeiro, os Acadêmicos **Brunna Campos Eleutério e Lucian Martins Veloso**, discorrem sobre a **Hermenêutica Jurídica**, analisando sua relação com a linguagem. Os autores destacam a relevância do estudo desta temática perante a necessidade de se adequar as interpretações dos textos normativos às transformações sociais.

O segundo artigo é o da acadêmica **Camila Caroline Rocha Chaves**, que trata do **juízo de improcedência *initio litis***. Previsto no artigo 285 do Código de Processo Civil (CPC), é considerado importante instrumento para se alcançar a celeridade e a efetividade na prestação jurisdicional. Entretanto, a autora ressalta a necessidade de se resguardar os direitos fundamentais dos litigantes no processo.

A seguir, a aluna **Gabrielle Xavier Ribeiro** analisa a possibilidade de **adoção de crianças e adolescentes por casais homofetivos** no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme a autora, o estudo tem por objetivo traçar uma linha argumentativa que abranja o reconhecimento da união homoafetiva no

Brasil e exterior, a nova Lei da Adoção e a Doutrina da Proteção Integral, ressaltando a importância do reconhecimento das novas modalidades de família e de seus respectivos direitos.

No quarto artigo, a acadêmica **Melissa Mendes de Novais** trata da crise enfrentada pelo ensino jurídico, defendendo uma **epistemologia emancipatória do direito**. Na visão da autora, faz-se necessário identificar e derrubar os obstáculos que impedem que o conhecimento jurídico seja construído de modo a garantir que o direito seja fiel aos seus propósitos e respeite as diversidades da vida e a complexidade que envolve as relações humanas.

Na seção reservada aos acadêmicos egressos das Faculdades Santo Agostinho, temos a contribuição de ex-alunos do Curso de Direito, através de três artigos. Inicialmente, a egressa **Daniela Vieira Magalhães** analisa a **eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego**, como forma de reduzir os impactos causados pela Revolução Industrial e restabelecer o equilíbrio entre os direitos sociais do trabalhador e os poderes empresariais.

No segundo artigo, a egressa **Fabíola Barros de Queiroz** verifica o conteúdo da **teoria garantista e sua capacidade de legitimar o Estado de Direito** por meio de mecanismos hábeis à aproximação entre o *ser* e o *dever ser do* Direito. Para a autora, o verdadeiro garantismo penal, teoria de cunho garantidor dos direitos e garantias fundamen-

tais, só será efetivado se o Estado respeitar os desviantes como sujeitos de direitos e garantias, e os não desviantes como merecedores de segurança e liberdade.

No último artigo da seção, os advogados **Igor Ramos Rosa** e **Leandro Mendes de Carvalho Leite** analisam o **recurso de apelação** por meio de um estudo comparativo entre o atual Código de Processo Civil (CPC) e o Projeto de Lei (PL) n.º 166, de 2010, do Senado Federal. O objetivo dos autores é o de, a partir de análise comparativa, traçar considerações acerca dos princípios da celeridade e eficiência no processo.

Por fim, na seção destinada à resenha, temos a colaboração da Professora **Vívia Cristina Maria Santos**, com análise da obra *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa. Na resenha intitulada **A Magnitude de um Discurso**, a autora incentiva a leitura do discurso, destacando a atualidade do texto que “encanta não só aos estudiosos e admiradores do Direito, mas, a todos aqueles que buscam viver de acordo com princípios éticos e anseiam pela concretização da justiça.”.

Assim, resta agradecer as colaborações recebidas e desejar que esta Revista proporcione ao nosso leitor fecundos debates e proveitosa leitura. Esperamos que a nossa inspiração, que se renova a cada trabalho, contage a todos.

Os Editores

ENTREVISTA

Entrevistado: João Batista de Almeida Costa¹

1) Como está a situação da afirmação do direito à diferença na sociedade do Brasil atual?

R. Afirmer a diferença, ainda que direito constitucional, em uma sociedade que se pensa igual e cujo arcabouço jurídico foi historicamente instituído na perspectiva não da equidade de direitos (pois reconhece a igualdade a partir da diferença), mas da diferença hierárquica, onde, apenas, os do topo da hierarquia eram e conseguem se legitimar como detentores de direitos a partir de onde distribuía e distribuem favores para os das baixas camadas sociais constitui-se a questão crucial para que a aceitação da diferença como direito seja implementada no Brasil.

A não ser que a diferença seja partícipe do núcleo que usufrui do direito desde o período colonial, nesse caso, as mulheres que se tornaram sujeitos de direito pleno, por serem diferenciadas dos homens, até então únicos detentores de direito.

Em decorrência dessa herança do privilégio e do favor hierárquico, reconhecer o direito à diferença constitui-se um processo de construção de uma cidadania equânime que demandará da sociedade, como um todo, abrir mão de privilégios e de favores, para que todos possam usufruir o direito de ser o que se é, principalmente os grupos considerados minoritários que são historicamente discriminados e excluídos dos benefícios gerados pela sociedade brasileira.

“ O básico é compreender que diferença requer o reconhecimento de que somos iguais diferentemente... ”

2) Quais os principais desafios ainda a serem superados, para que o respeito à diferença seja afirmado para além do discurso oficial?

R. Vejo que ultrapassar os desafios de respeito às diferenças requer múltiplas ações, para além do discurso oficial. Em primeiro lugar, uma mudança na compreensão dos operadores do direito de que a universalidade da igualdade requer na contemporaneidade respeitar o direito à diferença, que não é igual, mas que tem que ser tratada diferenciadamente. O não-reconhecimento do direito à diferença como lei lapidar para a sociedade plural em que vivemos leva ao cerceamento, até mesmo pelos operadores do direito, do direito à diferença.

Em segundo lugar, o legislativo compreender que a sociedade brasileira não é uma em nada e, sobretudo, que o Estado é laico. E que determinados direitos que se vinculam às diferenças devem ser legislados, porque, ainda hoje, impedem que determinadas categorias possam se constituir plenamente sujeitos de direito, como posto na Constituição de 1988. Em terceiro lugar, o governo precisa atuar estruturalmente a favor de todos e não, apenas, a favor daqueles que lhe dão sustentação política. Um exemplo, a questão da busca de desmonte da homofobia nas escolas, em que o projeto de implementação de tal ação foi manipulado por bancadas de Deputados e pela mídia, enquanto homossexuais permanecem sendo agredidos e até mesmo assassinados pelas ruas das cidades do país. Ou, de outra forma, o di-

¹ Doutor em Antropologia pela Universidade de Brasília. Professor na Universidade Estadual de Montes Claros.

reito ao território coletivo dos quilombolas, cuja titulação não avança em decorrência da aliança entre o Governo e a bancada ruralista. E, por fim, para a sociedade, o exercício da tolerância. Vivemos um tempo em que cada vez mais as pessoas estão ficando intolerantes a toda e qualquer diferença. Chutam-se imagens de santos porque não se acredita neles. Bate-se em mulher, porque se acha que mulher tem que ser submetida ao homem. Matam-se homossexuais porque se acha que todos têm que ser heterossexuais. Ataca-se baiana fazedora de acarajé porque vinculado às religiões de matriz africana para instalar-se um mercado de acarajé vinculado aos evangélicos, o acarajé de Cristo. E daí prá frente.

3) A massificação da informação e a formação da opinião pública pela mídia influencia de que modo a formação de identidades?

R. Se a informação que é publicizada pela mídia fosse adequada, considerando a complexidade das questões, a influência seria positiva. Mas, dado que a mídia é situada social e politicamente no espaço social de nossa sociedade, ela só massifica a informação que lhe interessa e ao grupo a que se encontra vinculada e contribui, sobremaneira, para que sejamos cada vez mais intolerantes. A mídia, aparentemente, é defensora da diferença. Entretanto, só interessa a ela as diferenças que contribuam para produzir e reproduzir os direitos das altas camadas de nossa sociedade ou de determinado segmento religioso. Como determinadas identidades são construídas a partir de questões estruturais básicas para a defesa do direito à vida, ainda que a mídia se posicione contrária a essas diferenças, os grupos e os indivíduos que as constroem o fazem apesar de e contra as posições políticas da mídia brasileira. E mantêm-se insurgentes afirmando as diferenças de humanidades existentes entre nós, dado que não existem somente as humanidades hegemônicas.

4) A discussão sobre o direito à diferença não tem colocado na sombra, em alguma medida, o debate sobre a desigualdade?

R. Muito antes pelo contrário. Isto só ocor-

re quando se considera que a diferença é diversidade. Ver diferença como tal é escamotear a existência de diferenças em todos os aspectos de nossa vida social. Porque cada um de nós é diverso em muita coisa, como diz Stuart Hall, o sujeito moderno, unitário, não mais existe, ele se fragmentou e como tal, cada um de nós desliza entre múltiplas condições, o que nos faz diversos em nós mesmos. Mas, não necessariamente diferentes. A diferença se refere à alteridade de nós mesmos, enquanto a diversidade se refere às múltiplas facetas que cada um de nós pode assumir em sua rotina cotidiana. A partir disto, trafegamos por diversos papéis e práticas sociais ao longo de nosso dia-a-dia, mas esse trânsito não nos faz alternos a nós mesmos. O direito à diferença em uma sociedade hierárquica como a nossa, em que cada um tem seu lugar e cada lugar tem seu algum, escancara permanentemente a desigualdade, dado que navegamos por dinâmicas sociais não igualitárias, ainda que nossa constituição afirme como lei basilar que todos somos iguais perante a lei. Mas, em nossa prática social, sabemos que ninguém em nosso Brasil é igual perante a lei.

5) Em que medida, as duas questões se implicam mutuamente?

R. O básico é compreender que diferença requer o reconhecimento de que somos iguais diferentemente, e não igualitariamente. Por isto, mais que falar em igualdade, hoje os grupos que se afirmam a partir de identidades diferenciadas e os estudiosos dessas questões têm falado de equidade e não mais de igualdade. Pois a igualdade requer tratamento universal para todos, enquanto a equidade requer que cada diferença seja tratada respeitando-a em suas particularidades. Essa foi uma lição que se aprendeu duramente pelos cidadãos vivendo em países europeus e são os intelectuais de lá que mais tem colocado esta questão. Ainda que tenham sido historicamente as nações europeias que construíram a igualdade como direito universal de cada membro de cada sociedade nacional.

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE: ANÁLISE DO INSTITUTO ANTE AS NOVAS POSSIBILIDADES DE DIREITO E DE FATO

*Dilson de Quadros Godinho Neto*¹

RESUMO

O instituto da presunção de paternidade, um dos mais antigos dos ordenamentos jurídicos, serviu e serve para solucionar de forma prática os casos de indicação de filiação e paternidade no âmbito do casamento. Porém, com os avanços científicos e as novas experiências práticas a presunção de paternidade perdeu muito da sua utilidade, pois já não responde corretamente ante as novas possibilidades de filiação. Colecionou-se legislação estrangeira para verificar a normatização do instituto da presunção de paternidade em outros ordenamentos jurídicos. O presente estudo visa verificar e analisar a atual regulamentação e utilização do instituto da presunção de paternidade ante as novas possibilidades surgidas no Direito e em decorrência do avanço do conhecimento científico. A metodologia utilizada foi bibliográfica, bem como estudos de legislações estrangeiras.

Palavras-chave: Presunção, paternidade, procriação artificial, gestação em útero alheio, família homoafetiva.

PRESUMPTION OF PATERNITY: Consideration about the institute against the new possibilities of law and fact.

ABSTRACT

The presumption of paternity, one of the oldest legal systems, has served and serves in a practical way to solve the cases of indication of filiation and paternity in marriage. However, with scientific advances and new practical experiences the presumption of paternity has lost much of its usefulness, because it does not respond correctly before the new opportunities of paternity. Foreign law was collected to verify the normalization of the presumption of paternity

in other jurisdictions. This study aims to determine and analyze the current regulation and use of the presumption of paternity against the new opportunities arising in the law and due to the advancement of scientific knowledge. The methodology used was literature, and studies of foreign legislation.

Keywords: Presumption, Fatherhood, artificial procreation, surrogate mother, homo family.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa verificar e analisar a atual regulamentação e utilização do instituto da presunção de paternidade ante as novas possibilidades surgidas no Direito e em decorrência do avanço do conhecimento científico.

Os questionamentos surgidos neste trabalho não visam responder completamente ou solucionar os problemas enfrentados pelo instituto da presunção de paternidade. Entretanto, servirão de base para estudos e soluções posteriores.

Buscou-se dar um panorama geral do instituto no Brasil, bem como foram colacionadas algumas legislações do Direito comparado, além de trazer algumas novas possibilidades jurídicas e fáticas que colocam em questão a razão de ser do instituto da presunção de paternidade.

O instituto da presunção de paternidade, um dos mais antigos dos ordenamentos jurídicos, serviu e serve para solucionar de forma prática os casos de indicação de filiação e paternidade no âmbito do casamento.

Vale ressaltar que, atualmente, não se reconhece apenas o casamento como forma de família e tampouco a reprodução natural é a única forma de procriação, daí a necessidade de análise do instituto da presunção de paternidade.

¹ Advogado. Professor da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Especialista em Direito Processual pela Unimontes. Membro do IBDFAM.

1 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

1.1 CONCEITOS

Para a fiel compreensão do que se pretende estudar neste trabalho, faz-se necessário definir os conceitos que permeiam e delinham o instituto da presunção de paternidade, principalmente a definição dos termos “presunção” e “paternidade” (filiação).

A palavra presunção deriva da palavra latina *praesumptio* e significa, segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, o ato ou efeito de presumir; suposição que se tem por verdadeira até prova em contrário.

Neste mesmo sentido, a Real Academia Española, no seu Diccionario de la Lengua Española² a define como a *acción y efecto de presumir; hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado*.

Assim, terminologicamente, a palavra *presunção* diz respeito ao ato ou fato de se afirmar algo como sendo certo, mesmo que posteriormente se descubra que não o era.

O Direito, por seu turno, costuma se utilizar das presunções como forma de tornar mais práticas as relações intrapessoais, principalmente aquelas que se referem ao âmbito familiar – situação que, em grande parte das sociedades, é de vital necessidade.

Para Rodrigues Júnior e Almeida (2010, p. 384)

A regra geral das presunções, quanto à concepção natural, é de que todos os filhos havidos durante o casamento têm por pai o marido da gestante. Ela é o resultado, tradicionalmente assentado, do cruzamento dos deveres matrimoniais de coabitação e de fidelidade recíproca.

Definida a presunção, passa-se à análise da palavra paternidade (filiação). Deve-se frisar que as palavras *paternidade*, *maternidade* e *filiação* dizem respeito à mesma relação de parentesco (linha reta de primeiro grau), entretanto com diferentes referenciais – visão do pai, da mãe ou do filho.

Paternidade ou filiação, por outro lado, podem ser definidas, segundo Tartuce e Simão (2010), como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente

entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau.

Tal definição se encontra em harmonia com os artigos 1.591 e 1.594 do Código Civil brasileiro, cujas transcrições seguem abaixo.

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

[...]

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Segundo Farias e Rosenvald (2010), a filiação é a mais relevante relação de parentesco existente na ciência jurídica, pois estabelece laços entre pai/mãe e filho.

Farias e Rosenvald (2010) vão além do tecnicismo jurídico e definem a filiação como sendo a

[...] relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados.

Sem sombra de dúvidas, a principal relação de parentesco que se estabelece entre as pessoas é a relação pai/mãe e filho, pois é dela que todas as outras relações de desdobram. Daí a grande importância e relevância dada a esta matéria por grande parte dos ordenamentos jurídicos.

Assim, a presunção de paternidade é o instituto jurídico que visa dar dinamismo e garantia à prole nascida em uma família formada pelo casamento. Assim, pretende indicar para o direito que os filhos nascidos da mulher casada são do seu marido.

Ocorre que, com os avanços científicos e com as modificações sociais familiares ocorri-

² Disponível em: <http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=presunsion>. Acesso em: 21 abr. 2011.

das nos últimos dois séculos, algumas situações desconfortantes são trazidas para o instituto da presunção de paternidade. Por isso, alguns doutrinadores já falam em extirpá-la dos ordenamentos jurídicos porque já não cumpre a sua função de fixar corretamente (presumidamente) a paternidade por causa das novas experiências sociais e jurídicas.

1.2 HISTÓRICO DO INSTITUTO

Desde tempos remotos, o ser humano busca formas e alternativas para tornar a vida em sociedade mais segura e estável. Para tanto, vem editando inúmeras normas de comportamento, as quais fazem parte do estudo da ciência jurídica contemporânea.

Uma destas normas básicas de comportamento diz respeito ao modo pelo qual os pais reconhecerão os seus filhos. E desde muito tempo o ser humano procurou soluções para tais casos.

A solução mais antiga e que por mais tempo perdurou (e perdura até os dias de hoje) é a presunção de paternidade dos filhos nascidos durante o período de convivência dos companheiros (homem e mulher), especificamente em uma relação matrimonial.

Desde a antiguidade, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade. Tal fato se torna evidente quando o próprio Código de Hammurabi³, datado do ano aproximado de 1.700 a.C., já regulamentava diversas situações familiares nas quais o pai era presumido como o companheiro da mãe.

Muitos autores afirmam que presumir como pai o companheiro da mãe não é nada mais do que utilizar a lógica para resolver casos cotidianos, com base em duas premissas utilizadas desde a antiguidade: a) considera-se que os conviventes mantêm relações sexuais; b) considera-se que os conviventes (especificamente a mulher) mantêm laços de exclusividade sexual entre si.

Destarte, é fácil constatar e concluir que o filho dos conviventes somente pode ser daquele homem que vive com determinada mulher, por causa da comunhão existente entre eles.

É por isso que o antigo Direito Romano cunhou como máxima o seguinte: *Mater semper certa est et pater is est quem justae nuptiae demonstrant*.

Assim, para os romanos, a mãe sempre era certa, pois era a mulher que dava à luz a criança, e sempre mantinha relações sexuais exclusivas com o seu marido. O que carrega para o fato de não haver dúvidas quanto a paternidade do filho, uma vez que somente poderia ser do marido da mãe.

Farias e Rosendal (2010, p. 496) esclarecem que

[...] outrora, as presunções se justificavam. Além das dificuldades científicas em determinar a filiação, a história de subjugação que se impôs à mulher em nossa sociedade, não dava margem para duvidar da origem paterna do seu filho. A mulher tinha de casar virgem. Ao casar, retornava à incapacidade e era representada, em todos os atos, pelo seu marido. Não podia trabalhar, restringindo-se a cuidar do lar, do marido e da prole. Devia obediência ao marido [...] Enfim, os seus filhos, é claro, somente poderiam ser do seu marido, por absoluta impossibilidade de outra situação!

Atualmente, a presunção de paternidade se encontra definida em diversos ordenamentos jurídicos de origem romana, os quais trazem uma regulamentação semelhante e, basicamente, estruturada em uma mesma ideia – o marido da mulher casada é presumidamente o pai dos seus filhos.

2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Civil brasileiro de 2002 inovou quando disciplinou o instituto da presunção de paternidade e incorporou as hipóteses de procriação artificial como causa de aplicação do instituto.

Assim, está em vigor a seguinte norma:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial

³ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi>. Acesso em: 21 abr. 2011.

homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Percebe-se que serão presumidos os filhos concebidos na constância do casamento aqueles que advirem de uma procriação natural e também aqueles provenientes dos meios artificiais de reprodução – inseminação artificial e a fertilização na proveta (fertilização *in vitro* – FIV).

Entretanto, ao que pese a inovação trazida no novo diploma legal, muitas dúvidas e divergências surgiram quando os operadores do Direito iniciaram a aplicação do instituto. Divergências que serão analisadas neste trabalho.

3 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Por se tratar de um dos fatos mais corriqueiros da vida social, a paternidade sempre foi alvo das regulamentações jurídicas e, por causa da origem antiquíssima, muitos ordenamentos jurídicos mantêm uma regulamentação semelhante.

Para visualizar as diferentes regulamentações e suas semelhanças, colacionam-se as normas de alguns países, todas retiradas dos respectivos Códigos Civis.

3.1 COLAÇÃO DE LEGISLAÇÕES

Na Alemanha, o instituto da presunção de paternidade está disciplinado na Seção 1.592 do Código Civil alemão e possui a seguinte redação:

Section 1592 - Paternity
 The father of a child is the man
 (1) who is married to the mother of the child at the date of the birth,
 (2) who has acknowledged paternity or
 (3) whose paternity has been judicially established under section 1600d or section 182 (1) of the Act on the Procedure in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction [Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit].

Na Argentina, o instituto é regulamentado no capítulo III, artigo 243 do Código Civil argentino, cuja transcrição segue abaixo:

Capítulo III - Determinación de la paternidad matrimonial

Artículo 243.

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

Os espanhóis regulamentaram a presunção de paternidade no artigo 116 do Código Civil espanhol com a seguinte redação:

Artículo 116

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

Em Portugal, há regulamentação da presunção de paternidade no Código Civil:

Presunção de paternidade

Artigo 1826.º

(Presunção de paternidade)

1. Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio tem como pai o marido da mãe.

Por fim, a Itália assim regulamenta o instituto da presunção de paternidade no seu Código Civil:

Art. 231 Paternità del marito

Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio.

Art. 232 Presunzione di concepimento durante il matrimonio

Si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili del matrimonio.

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIFERENTES LEGISLAÇÕES

Pela leitura e análise das normas de diferentes países acima referidos, percebe-se que a ideia central é a de se presumir como pai o marido da mãe da criança.

A única diferença que se percebe entre as legislações estrangeiras é o caso alemão, pois para aquele país, o pai vai ser aquele homem que se encontrar casado com a mãe na data do nascimento, excluindo-se a regra da presunção nos trezentos dias após a dissolução do casamento.

4 NOVAS POSSIBILIDADES JURÍDICAS E DE FATO

4.1 PROCRIAÇÕES ARTIFICIAIS

Com o avanço da medicina e ciências afins, foi aberta a possibilidade de formas artificiais de reprodução, fato este que causou e causa uma revolução em alguns dos institutos jurídicos, pois eles devem se adaptar às novas mudanças, sob pena de serem extirpados dos ordenamentos jurídicos.

Neste sentido, atualmente existem basicamente duas formas de procriação artificial: inseminação artificial e a fertilização na proveta (fertilização *in vitro* – FIV).

Farias e Rosenvald (2010, p. 500) definem assim as duas modalidades:

Inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. [...] na fertilização na proveta a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados.

Tanto a inseminação artificial, quanto a fertilização na proveta podem acontecer com a utilização do material genético do próprio casal (homóloga) ou com auxílio de material genético estranho a eles (heteróloga).

O Código Civil brasileiro assim disciplina a matéria:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando

se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O instituto da presunção de paternidade, por causa dos avanços científicos, passou a ser aplicado nos casos de procriação artificial. Entretanto, por se tratar de uma novidade, alguns questionamentos devem ser realizados.

Os incisos III e IV do artigo 1.597 do Código Civil brasileiro regulamentam a reprodução artificial em sua forma homóloga, ou seja, o material genético utilizado é do próprio marido e de sua esposa. E o inciso V do mesmo artigo regulamenta a reprodução artificial em sua forma heteróloga.

Assim, não haverá problemas quando as pessoas forem casadas entre si e conviverem, pois aplicar-se-á perfeitamente o artigo 1.597 do Código Civil brasileiro. Surgem questões quando o marido falece ou não convive mais com a esposa – ainda sendo casado para o direito (separado de fato).

Nestes casos, o próprio instituto da presunção de paternidade, conforme regulamentado no Brasil, perde a sua razão de ser, mas ainda assim poderá ser aplicado por se tratar de instituto previsto em lei e em vigor.

No caso do marido falecido, poder-se-ia pensar na seguinte hipótese: uma mulher que com seu marido iniciou um procedimento de procriação artificial (pelo método de fertilização na proveta – fertilização *in vitro* – FIV) e, logo após a formação dos embriões, é acometida pela morte do marido.

Alguns anos mais tarde, superada a dor da perda, aquela mulher, viúva, decide que é hora de implantar os embriões no seu útero; porém, será presumido pai dos seus filhos o seu marido morto? E se esta mulher já convive (sem casamento) com uma outra pessoa? Quem será o pai da criança?

Ainda, alterando-se um pouco o exemplo, e se o marido ainda vivo, antes da implantação dos embriões se divorcia da mulher? E se os embriões somente forem implantados 300 dias após o divórcio?

Estes questionamentos são relevantes porque o instituto da presunção de paternidade foi cunhado em uma época que não existiam exceções; época em que somente existia a possibilidade de procriação natural. E tal fato facilmente se aplicava à regra da presunção.

Logo após a publicação do Código Civil brasileiro, o Conselho da Justiça Federal, por meio do seu Centro de Estudos Judiciários, promoveu Jornadas de Direito Civil com o objetivo de reunir professores e profissionais do Direito Civil para discutir e analisar as inovações e novas regulamentações trazidas pelo Código Civil brasileiro.

Nas Jornadas de Direito Civil, aqueles estudiosos emitiram alguns enunciados, os quais servem de parâmetro interpretativo para o Direito Civil. Por isso, são trazidos à colação abaixo os enunciados relativos à procriação natural:

103 – Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

104 – Art. 1.597: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

105 – Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

106 – Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Dito isto, percebe-se que o instituto da presunção de paternidade não apresenta o seu efeito jurídico esperado ante as técnicas de procriação artificial, principalmente quando o marido falece antes da implantação dos embriões ou quando ele se divorcia da sua mulher, vez que, no primeiro caso, o marido poderia ter desistido de ter filhos com aquela mulher (mas mesmo assim será o pai por presunção) e, no segundo caso, o filho será presumido do novo companheiro da mulher, fato este que fere os direitos da criança.

4.2 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é reconhecida no Brasil como a união entre o homem e a mulher que convivem de forma pública, contínua e duradoura – artigo 1.723 do Código Civil brasileiro, cuja transcrição segue abaixo:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Ainda, a própria Constituição Federal brasileira de 1988 traz o fundamento da união estável, afirmando que ela é uma das formas de família reconhecidas pelo Estado brasileiro, conforme arquivo abaixo transcrito:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[...]

Atualmente não se questiona a existência ou necessidade de se reconhecer a união estável como uma das formas de família, bem como a ideia de que todas as formas de família possuem proteção constitucional e merecem especial proteção.

E mais, a própria Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 afirmam que não é aceitável a discriminação entre os filhos, qualquer que seja a sua origem.

Segue a transcrição da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6.º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Por seu turno, o Código Civil brasileiro assim descreve:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Conforme consta da legislação brasileira, é proibido discriminar os filhos, sendo que eles terão os mesmos direitos e qualificações. Porém, em relação à presunção de paternidade, os filhos advindos de uma união estável, não possuem a proteção do instituto, pois o artigo 1.597 do Código Civil brasileiro dispõe que se presumem os filhos concebidos na constância do **casamento**.

Assim, como a presunção de paternidade é cunhada visando proteger os filhos advindos das relações de **casamento**, percebe-se que em relação aos filhos nascidos da relação de **união estável** não possuem esta garantia.

Surge então o questionamento: podem os filhos nascer com menos garantias pelo fato de os seus pais optarem por formas de famílias diferentes? Os filhos do casamento podem possuir mais direitos do que os filhos da união estável?

Mais uma vez, o instituto da presunção de paternidade tem a sua validade questionada, pois todas as formas de famílias merecem a mesma proteção do Estado e os filhos advindos destas relações (famílias) também devem receber as mesmas garantias. Porém, a presunção de paternidade somente pode ser aplicada às famílias formais (casamento) e, por questões práticas, não pode ser aplicada às famílias informais.

A doutrina brasileira traz duas sugestões sobre este questionamento: ou se retira do ordenamento a presunção de paternidade e se cria outra forma de definição presumida de filiação (por exemplo, paternidade presumida pela indicação da mãe), ou se cria um mecanismo para aplicar a presunção de paternidade para todas as formas de família.

4.3 GESTAÇÃO EM ÚTERO ALHEIO

Com o avanço da medicina e a possibilidade de diagnósticos cada vez mais detalhados e confiáveis, tornou-se muito mais seguro avaliar os riscos e possibilidade de sucesso de uma gestação humana.

Por este fato, muitos casais que se viam na difícil situação de gestar um filho por conta própria agora podem se valer de mais uma inovação contemporânea: a gestação em útero alheio.

Farias e Rosenvald (2010, p. 482) definem a gestação em útero alheio como:

[...] a técnica utilizada pela Ciência Médica para permitir que uma paciente, biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um filho – resultante de fecundação com o seu óvulo – gestado em útero de terceira pessoa.

No Brasil, a gestação em útero alheio ou maternidade por substituição é regulamentada como um procedimento médico através da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358/1992, resolução esta que dispõe também das técnicas de reprodução assistida (procriação artificial).

Segundo a Resolução n.º 1.358/1992, esta técnica somente será utilizada quando exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da mulher requerente, conforme transcrição abaixo:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

(DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora

genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Em que pese existir uma Resolução do Conselho Federal de Medicina regulamentando o tema, não existe legislação material no Brasil. Assim, uma mulher que é casada e doa o seu útero para outro, poderá, após o parto, registrar a criança em seu nome e do seu marido, mesmo que o marido não queira isso e mesmo contra a vontade daquela mulher que se utilizou do seu útero.

Desta feita, a presunção de paternidade poderá apresentar efeito não esperado, pois não estará respeitando a vontade das partes e, tampouco, os direitos da criança.

4.4 FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Um outro desafio para o instituto da presunção de paternidade diz respeito às famílias homoafetivas, uma vez que o casal poderá adotar uma criança ou utilizar as técnicas de procriação artificial (gestação em útero alheio, inseminação artificial ou fertilização na proveta, que é a fertilização *in vitro* – FIV).

Neste caso a própria filiação encontrará dificuldade, pois a maioria dos ordenamentos jurídicos regulamente a filiação usual (pai e mãe), modelo este que pode não ser aplicado às famílias homoafetivas.

E mais: como se pensar em um pai ou em sua presunção quando o casal é formado por duas mulheres? Ou até mesmo por dois homens? Qual deles será o pai? A própria construção milenar do binômio (homem/mulher e pai/mãe) deverá ser revisto.

É evidente que o instituto da presunção de paternidade não foi pensado nas famílias homoafetivas, mas é evidente também que estas famílias merecem o mesmo tratamento jurídico, ou seja, os filhos que advirem desta forma de família também poderão se valer de um instituto semelhante ao da presunção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo deixa claro que o instituto da presunção de paternidade necessita ser revisto, pois a hipótese de sua aplicação deixou de ser o fato normal e corriqueiro, na verdade a família formada pelo casamento

divide o espaço de forma um tanto isonômica com as outras famílias.

Existem situações em que a aplicação do instituto da presunção de paternidade não oferece a resposta de paternidade real (gestação em útero alheio e procriação artificial) e ainda existem hipóteses em que o instituto não será aplicado (famílias homoafetivas e união estável).

Conclui-se ainda que será muito difícil manter o instituto da presunção de paternidade da forma pela qual ele é regulamentado pela maioria dos ordenamentos jurídicos, pois com o passar dos anos novos métodos de procriação surgirão e tornarão mais árdua ainda a tarefa da utilização da presunção de paternidade.

Alguns ordenamentos jurídicos já apresentam soluções muito mais práticas e lógicas para substituírem a presunção de paternidade, sendo que a Bolívia já incluiu em sua constituição uma alternativa prática e simples: a presunção de filiação se dá pela indicação de qualquer um dos pais, conforme se verifica da redação abaixo:

Artículo 65.

En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.

A norma acima exposta é muito mais simples e ao mesmo tempo mais completa do que a presunção de paternidade, pois abrange a filiação em seu todo e se aplica aos próprios interessados, devendo aqueles que se opuserem apresentar as contestações jurídicas que entenderem.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: CJF, 2007.

ALMEIDA, Renata Barbosa, RODRIGUES JÚNIOR, Walsyr Edson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BOLÍVIA. Constitución (2009). Disponível em: <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 1.358/1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 de novembro de 1992, Seção I, p. 16.053.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FLÁVIO, Tartuce; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. v. 5. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. 6. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado*. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e responsabilidade*. Porto Alegre: IBDFAM/Magister, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008.

REALACADEMIA ESPAÑOLA. Disponível em: <http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=presunsion>. Acesso em: 13 abr. 2011.

A TRAJETÓRIA JURÍDICA DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL: das Ordenações do Reino à Lei Maria da Penha

Janaína Silveira Castro¹

Silvana Maria de Carvalho Mendes²

RESUMO

A conquista da proteção jurídica da mulher, na legislação brasileira, foi escrita em longos anos e por diversas fases pelas quais passou. Inicialmente, da condição de submissão, ora aos pais, ora aos maridos, detentores do pátrio poder ou do poder marital; de ser inferior e relativamente incapaz, desde o descobrimento do Brasil até sua mais valiosa vitória com a Lei Maria da Penha. Esse período foi entremeadado pelas progressivas conquistas, como o direito de voto em 1932; ao trabalho remunerado sem depender da autorização do marido e a condição de agente capaz com o Estatuto da Mulher Casada; a possibilidade do desfazimento do vínculo conjugal com a Lei do Divórcio; o grande marco da conquista da igualdade entre homens e mulher defendida pela Constituição Federal de 1988; o Código Civil de 2002 até a publicação da Lei n.º 11.340, Lei Maria da Penha, com o escopo de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, seja esta física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, com medidas efetivas de punição ao agressor. Este estudo analisa a trajetória jurídica dos direitos da mulher no Brasil desde as Ordenações do Reino à Lei Maria da Penha. Tem objetivo mostrar que, apesar da árdua luta pelo reconhecimento de seu direitos e a edição das várias leis referidas, ainda está culturalmente arraigada no país a desigualdade entre homens e mulheres a exemplo da diferença dos salários pagos a ambos nas mesmas funções, além da existência de, ainda hoje, homens cultivando a “autoridade masculina” no âmbito familiar e, por esta razão, sentindo-se, também, “autorizados” a empregar a violência, em todas as suas formas, contra a mulher. A metodologia utilizada foi bibliográfica, com estudos de tratados e convenções.

Palavras-chave: mulher, direitos, leis.

ABSTRACT

THE LEGAL HISTORY OF WOMEN'S RIGHT IN BRAZIL: from the Ordinances of the Kingdom to Maria da Penha Law

The conquest of the legal protection of women, in the Brazilian law, was written in many years and through several phases. Initially from the condition of submission, either by their fathers, or by their husbands, holders of parental rights or the marital power; from an inferior and relatively incapable being, since the discovery of Brazil to their most valuable victory with the Maria da Penha Law. That period was punctuated by progressive achievements such as the right to vote in 1932; the paid work irrespective of the husband's permission; the condition of a capable agent with the Statute of Married Woman; the possibility of undoing the marriage bond with the Divorce Law; the great milestone of achieving equality between men and women defended by the 1988 Federal Constitution, under the 2002 Civil Code until the publication of Law 11.340, Maria da Penha Law, aiming at restraining domestic and family violence against woman, whether physical, psychological, sexual, patrimonial or moral, with effective measures to punish the aggressor. The problem of the study was an analysis of how the legal history of women's right in Brazil from the Ordinances of the Kingdom to Maria da Penha Law occurred. The aim was to show that despite the hard struggle for the recognition of their rights and the editing of several laws, the inequality between men and women is still culturally rooted in the country, such as, the difference in the salaries paid to both in the same positions, besides the existence of, even today, men cultivating the “male authority” in the family, feeling “authorized” to use violence in all its forms against the woman. The methodology used was bibliographic, with studies of treaties and conventions.

Keywords: woman; rights, laws.

¹ Bacharela em Direito. Professora da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Especialista em Docência do Ensino Superior e Psicopedagogia Clínica e Institucional pela Faculdade Ibituruna de Montes Claros e em Direito e Processo Penal pela Universidade Gama Filho.

² Advogada. Professora da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Especialista em Direito Administrativo e Docência e Metodologia do Ensino Jurídico pelas Faculdades Santo Agostinho. Graduada em Letras – Português/Francês pela Unimontes.

1 Introdução

Este artigo se propõe a apresentar um histórico da proteção jurídica da mulher na legislação brasileira, ressaltando sua condição de submissão, de inferioridade, de pessoa relativamente incapaz, sem direito costumeiro ou positivado, desde o descobrimento do Brasil até sua mais valiosa vitória com a Lei Maria da Penha. Esse histórico apresenta-se entremeado pelas progressivas conquistas com o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. O objetivo é mostrar quão árdua foi a luta pelo reconhecimento de seus direitos e demonstrar que, mesmo com a existência de leis tutelando seus direitos, ainda está culturalmente arraigada no país a desigualdade entre homens e mulheres.

Desde a criação do mundo, a mulher nunca ocupou papel relevante em qualquer contexto, muito menos foi possuidora de direitos que tutelassem seus interesses. Seu papel sempre foi secundário e este fato fica evidente já na concepção religiosa judaica de sua origem, uma vez que é criada a partir de uma costela do homem. Foi necessária a cessão de uma pequena parte da estrutura óssea de Adão, uma costela, para que a mulher pudesse existir, ficando demonstrada a superioridade do homem e a dependência da mulher a ele.

18 O Senhor Deus disse: “não é bom que o homem esteja só; vou dar-lhe uma ajuda adequada.”

21 Então o Senhor Deus mandou ao homem um profundo sono; e enquanto ele dormia, tomou-lhe uma costela e fechou com carne o seu lugar. 22 E da costela que tinha tomado do homem, o Senhor Deus fez uma mulher, e a levou para junto do homem. (Gn 2, 18.21-22).

2 A trajetória jurídica dos direitos da mulher no Brasil

Na Antiguidade, prevalece essa situação de inferioridade, de dependência e a não existência de direitos para a mulher. Nessa época, as regras de Direito, religião e moral estavam entrelaçadas, não havia divisão entre estes institutos e o poder era centrado nas mãos dos reis e na religião. As leis eram costumeiras e só posteriormente passaram a ser escritas e, em sua grande maioria, com forte base religiosa. Nelas não há direitos para as mulheres, mas, ao contrário, deveres diversos.

A ideia de família extrapolava a questão da consanguinidade. O parentesco, segundo Cardoso (1995), era “oriundo do *totem*”, espécie de deus. Era em razão desse deus que as pessoas se mantinham unidas, criando uma família ampla e esta, por sua vez, criava suas próprias leis baseadas em suas crenças, costumes e tradições.

Aos poucos, a concepção de família foi se limitando à consanguinidade e à família formada pelo casamento, mas, nessa formação, a mulher não tinha direito de escolha, muito menos de manifestar-se.

As esposas, inicialmente, eram raptadas, depois passaram a ser efetivamente compradas. Posteriormente, as mulheres passaram a ser desposadas mediante “oferecimento” do dote, mas, em todas as formas de constituição, o marido detinha o poder sobre a mulher. Na verdade, o marido era seu tutor.

Havia também a família natural, ilegítima, originada de uma relação não advinda do casamento.

Quando do descobrimento do Brasil por Portugal, a formação familiar aqui encontrada era marcada pela poligamia. Segundo Wolkmer (2008), os caciques tinham várias mulheres e isto lhes proporcionava autoridade, prestígio e riqueza gerada pelo trabalho de suas mulheres.

Wolkmer (2008) completa que os colonizadores, através dos jesuítas, alteraram a estrutura de vida na Colônia ao procurarem incutir os valores cristãos e ao tentarem erradicar as famílias amplas, restringindo-as à consanguinidade ou às constituídas pelo casamento. As orientações dos jesuítas eram no sentido de reduzir, ao máximo, o número de famílias habitando o mesmo espaço físico, como forma de combater o adultério, a infidelidade, as relações entre parentes e as relações que não fossem advindas do casamento. As mulheres solteiras eram dirigidas e vigiadas durante o dia e trancadas à noite.

Os portugueses não só traçaram os rumos da vida na Colônia, como impuseram as leis e o Direito a serem aplicados no Brasil e, para tanto, desconsideraram os costumes indígenas, submetendo-os às leis portuguesas.

Assim, o Direito brasileiro não foi resultado da evolução gradual, decorrente das experiências do povo. Ao contrário, foi imposto pelos colonizadores que, após o fracasso do sistema de capitânicas, no qual cada donatário possuía poderes semelhantes aos senhores feudais (administrador, legislador e juiz),

começaram a aplicar as Ordenações do Reino – grandes compilações das leis gerais aplicadas em Portugal: Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521), Ordenações Filipinas (1603). Entretanto, os assuntos afetos às questões de família eram disciplinados pelo direito canônico (AMARAL, 2003, p. 127).

Do Brasil Colônia até o Império, o Direito que prevaleceu foi o das Ordenações do Reino e o Direito Canônico, este por intermediação da Igreja e com forte influência e predominância sobre a vida. O Direito Canônico “regulava a vida privada das pessoas desde o nascimento à morte, conferindo a seus atos caráter oficial.” (LÔBO, 2009, p. 22).

Mas, nas Ordenações, como afirma Azevedo (2007), prevaleciam os privilégios masculinos. O marido tinha o direito de não só aplicar castigos físicos à mulher quanto o direito de tirar-lhe a vida, como forma de punição em caso de adultério, ficando isento de qualquer punição por esse ato.

Conforme Venosa (2007), a Constituição da República Imperial de 1824 utilizou-se do instituto da *recepção* (adoção em bloco de um sistema jurídico de fora por um povo), mandando aplicar as ordenações Filipinas como Direito Positivo aplicável no Brasil, até que se tornasse possível a elaboração de um Código Civil. Mesmo diante do latente desejo de se libertar definitivamente do jugo português, abolindo o vínculo com a sua legislação e construir a própria história de forma independente, da determinação do art. 179, XVIII, de elaboração do Código Civil, até a sua efetivação, decorreram noventa e dois anos.

Cardoso (1995) enfatiza que o processo de codificação visava à unificação e uniformização das leis relativas à determinada matéria. A Lei das Sete Partidas, criada na Espanha, mas utilizada primeiramente em Portugal, marcou efetivamente o início das grandes codificações. Seu apogeu foi alcançado em 1804, com o Código Civil Francês, conhecido como Código de Napoleão, tendo como fonte o Direito Romano, o direito costumeiro e o Direito Canônico.

Em 1900, também tendo como fonte o Direito Romano, o Código Civil Alemão surge como outro grande destaque na história da codificação civil. Para Sánchez-Lauro “[...] pero sin llegar al impacto que había tenido el francés”.

[...] cada código es una única ley general, homogénea y completa, formada por un sistema de preceptos orgánicamente

interrelacionados. El código parte de unos principios generales y tiende a crear racionalmente un Derecho nuevo al regular clara y concisamente una determinada rama del Derecho (civil, mercantil, penal procesal...), dentro de una unidad de criterio y de tiempo. (SÁNCHEZ-LAURO, 2009, p. 2).

A elaboração do Código Civil brasileiro passou inicialmente pelo processo de consolidação “uniformização de leis esparsas de um Direito já existente, nem sempre uniformes e por vezes aumentadas com alguma coisa nova.” (CARDOSO, 1995, p. 453), cabendo esta missão a Teixeira de Freitas, considerado o maior jurista brasileiro.

Seu trabalho foi de tal qualidade e grandiosidade jurídica que influenciou de forma contundente não só a codificação civil do Brasil como a da Argentina, Uruguai e Chile. Freitas elaborou a Consolidação das Leis Civis (1858) e, posteriormente, o Esboço de Código Civil (1865), obras de grandes destaques e relevância para a época, e também de grande importância, nos presentes dias, para os estudiosos do Direito.

Sílvio Meira (1983), estudioso da vida e obra de Teixeira de Freitas, afirma que para Freitas, os direitos existem em função das pessoas e que o direito à liberdade deve nortear todos os demais. Ressalta o ideal de liberdade do jurista:

Seu espírito independente levou-o a um acendrado amor pela liberdade, que se revela em vários passos de sua obra, abolindo a prisão por dívidas, repelindo a morte civil, excluindo a escravidão da Consolidação para incluí-la num Código Negro, à parte. (MEIRA, 1983, p. 235)

Destaca, ainda, que Teixeira de Freitas “embora fervoroso católico bateu-se pela tolerância religiosa” (MEIRA, 1983, p. 235), defendeu a liberdade de culto ao estabelecer que não fossem aplicadas as leis estrangeiras, quando se opusessem à tolerância dos cultos. Mas, a liberdade defendida por Teixeira de Freitas não fazia ressalva aos direitos da mulher. Ao contrário, permanecia o poder marital. O marido era “o cabeça do casal”, quem detinha o poder de mando sobre a família.

Marques e Melo bem comentam a condição feminina, ressaltando que a Constituição de 1824 impedia a mulher de votar, colocando-a na mesma condição dos dementes

e dos analfabetos. E completam a linha de raciocínio dizendo que se podiam identificar no Brasil as seguintes categorias de pessoas:

[...] os homens livres, capazes de realizar atos jurídicos e gozar de direitos plenos, as mulheres livres, porém relativamente incapazes de exercer certos direitos civis se fossem casadas, e homens e mulheres escravos, desprovidos de direitos civis. Havia entre nós, portanto, seres menos humanos: os escravos e as mulheres casadas.

Do projeto inicial de Teixeira de Freitas seguiram-se vários outros até que, em 1916, foi publicada a Lei 3.071, Código Civil de 1916, originada do projeto de Clovis Beviláqua que em muito resguardou o Esboço de Teixeira de Freitas, principalmente nas limitações aos direitos da mulher.

O Brasil, como diversas outras nações, utilizou como fonte de inspiração e modelo o Código Civil Francês e em menor proporção o Código Civil Alemão.

Para Marques e Melo, o Código Civil francês

À parte de ter representado um avanço institucional importante na classificação dos direitos civis dos cidadãos, fundamentados nos princípios do liberalismo político da Revolução: liberdade, igualdade e supressão de privilégios, o código civil francês perpetuou a situação de inferioridade da mulher no casamento.

O Código Civil brasileiro de 1916 bem retratou as características e as ideias da sociedade colonial, refletindo os interesses políticos, econômicos e sociais da classe dominante.

À época, as famílias ainda eram numerosas, formadas com foco nos interesses patrimoniais, na procriação, na perpetuação e na manutenção econômica. Prevalece o patriarcalismo, o poder marital e o pátrio poder, marcando a autoridade do ascendente masculino mais velho, o patriarca, sobre o clã e, por consequência natural, do marido sobre a mulher e os filhos.

A mulher, quando não dependente do poder paterno, ficava subjugada ao poder do marido que, de acordo com o Código Civil, era quem definia o domicílio da família, administrava os bens do casal, além de ser o detentor do arbítrio da concessão ou não de autorização

para que a esposa trabalhasse fora de casa em atividade remunerada. Essa autorização, no entanto, poderia ser cassada a qualquer momento. Impedia, ainda, o Código Civil, que a mulher aceitasse ou renunciasse herança ou demandasse em juízo sem autorização do marido. Tais limitações enquadravam a mulher como pessoa relativamente incapaz (MARQUES; MELO).

Nenhuma proteção foi dada às famílias naturais ou ilegítimas, ou seja, aquelas constituídas sem a formalidade legal do casamento, mas que eram realidade no país. Essa forma de união denominada de concubinato não tinha proteção do Direito de Família e, sim, no Direito Obrigacional. Por isso, era conhecida também como Sociedade de Fato (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 443). Às mulheres, pejorativamente designadas como concubinas, restava apenas viver à margem da sociedade “legal”, efetivamente preconceituosa. Até mesmo os filhos advindos das uniões não decorrentes do casamento, chamados de filhos ilegítimos, não recebiam da lei a mesma proteção dos filhos legítimos.

Do Código Civil de 1916 até a o Estatuto da Mulher Casada, **Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962**, apesar dos movimentos em busca da liberdade e igualdade de direitos, o grande avanço efetivo para os direitos da mulher foi em 1932 com a promulgação do Código Eleitoral pelo Presidente Getúlio Vargas. O Código Eleitoral referido passou a permitir o direito de voto às mulheres alfabetizadas (MARQUES, MELO). E somente trinta anos depois desta primeira conquista é que se conhece efetivamente um marco relevante para os direitos da mulher, com o Estatuto da Mulher Casada.

O Estatuto traz ganhos consideráveis para a mulher, principalmente ao retirar dela a condição de relativamente incapaz, o que lhe permitiu a liberdade de opção para exercer atividade remunerada. Esse fato, por consequência, abre espaço para que a mulher comece a ter um papel de maior relevância no âmbito familiar, já que sua independência financeira a torna menos submissa ao marido.

Fato é que, mesmo representando grande marco de conquistas para o direito da mulher, o Estatuto da Mulher Casada não foi capaz de eliminar todas as desigualdades. O homem ainda continuou como detentor do pátrio poder, passando a mulher apenas à condição de sua colaboradora. A mulher ganha o direito à guarda dos filhos após o desquite, mesmo que tivesse

sido considerada culpada. A fixação do domicílio familiar continuou a cargo do homem, mas caso a mulher se sentisse prejudicada pela opção do marido, já podia recorrer ao Judiciário. Permitiu o Estatuto que a mulher pudesse ser usufrutuária de parte dos bens deixados pelo marido falecido, bem como o direito real de habitação.

Em 1977, a Lei 6.515 – Lei do Divórcio – foi outro avanço para os direitos da mulher porque permitiu o rompimento do vínculo conjugal e a possibilidade de constituição de novo matrimônio, já que o desquite de até então dissolvia o matrimônio, mas não o vínculo e, por essa razão, as mulheres desquitadas ou permaneciam sozinhas o resto de suas vidas ou, se formassem novas uniões, teriam que viver na condição de concubina. Com essa Lei, foi facultada à mulher a utilização ou não do patronímico do marido. Em relação aos chamados filhos ilegítimos, reconhece a eles os mesmos direitos sucessórios dos demais filhos.

Leis outras foram surgindo em defesa dos interesses e direitos da mulher, mas a Constituição Brasileira de 1988 (CF/88) foi que, definitivamente, reconheceu a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

O modelo de família patriarcal predominante da época colonial até parte do século XX perde força e os novos valores e princípios trazidos pela CF/88 jogam por terra o modelo até então vigente para apresentar a família afetiva. O novo modelo de família é retratado por Lôbo nestes termos: “Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.” (2009, p. 1).

Gonçalves (2005, p. 17) também destaca a importância do vínculo afetivo, da dignidade da pessoa humana trazidos pela Constituição de 1988, apontando que três eixos básicos geraram uma verdadeira revolução para o Direito de Família. O primeiro deles foi a admissão das várias formas de constituição da família; o segundo, a igualdade entre os filhos e a eliminação de qualquer referência discriminatória em razão de serem frutos ou não do casamento; e o terceiro eixo, que se considera ter sido a grande revolução, refere-se à igualdade entre homem e mulher.

A CF/88, no Título II – tratando dos Direitos e Garantias Fundamentais – traz no inciso I do artigo 5.º, de modo geral, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações.

Nos artigos 226 a 230 do Capítulo VII da CF/88 – tópico que cuida da “Família, da

Criança, do Adolescente e do Idoso” – encontram-se disciplinadas as relevantes alterações em relação ao sistema até então vigente. Dentre elas, o reconhecimento da entidade familiar que não tenha origem no casamento, denominando-a de União Estável (art. 226, § 3.º) e a determinação específica de que homens e mulheres terão igualmente os mesmos direitos e deveres em relação à sociedade conjugal (art. 226, § 5.º). Também contempla aos filhos, frutos ou não do casamento e aos adotados, as mesmas garantias legais, proibindo qualquer designação discriminatória a respeito da origem (art. 227, § 6.º); ratifica a igualdade entre homem e mulher na sociedade conjugal ao afirmar que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos, instituindo o poder familiar em substituição ao pátrio poder (art. 229).

Tantas e significativas foram as alterações trazidas pela Constituição de 1988 que se tornou impossível tratar de questões relativas ao Direito de Família utilizando-se apenas do Código Civil de 1916. Esse pensamento é defendido por Dias nos seguintes termos:

O Direito Civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado. Agora, qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional. Essa é a nova tábua de valores da Constituição Federal, especialmente no tocante à igualdade de tratamento dos cônjuges (DIAS, 2009, p. 36).

O Código Civil de 2002, de acordo com a grande maioria dos doutrinadores, nasceu velho porque o tempo gasto na elaboração do projeto, na sua tramitação até a aprovação, demandou a aprovação de diversas leis especiais e a própria Constituição Federal antecipou, em muito, os regramentos que viriam ser contemplados no Código Civil.

Outras leis especiais foram sancionadas após o Código Civil 2002 relativas ao Direito de Família, mas nenhuma de tamanha importância ao direito da mulher como a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha.

Esta Lei tem como escopo coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e, para tanto, traz em seu corpo inovações de grande relevância ao estabelecer as formas da violência seja esta física, psicológica, sexual, patrimonial

e moral, esclarecendo que os direitos tutelados independem da orientação sexual. A Lei altera o Código de Processo Penal de forma a permitir ao Juiz a decretação da prisão preventiva, quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher, permitindo, inclusive, decretação da prisão em flagrante pela autoridade policial diante de qualquer das formas de violência. Proíbe a estipulação de penas pecuniárias e que a mulher somente possa renunciar à denúncia perante o Juiz. Determina a criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica com competência criminal e cível para abranger questões de pensão, separação guarda de filho e medidas protetivas de urgência, como o afastamento imediato do agressor do lar.

Foi necessária a aprovação da Lei Maria da Penha, com comandos mais rígidos, para tentar impedir que o homem, mesmo com toda evolução social e evolução das leis, continuasse a sentir-se “autorizado”, como na época do Brasil Colônia e Império, pelas Ordenações do Reino a aplicar castigos físicos à mulher.

A história de proteção à mulher contra a violência doméstica até o advento da Lei Maria da Penha percorreu uma longa e sofrida trajetória.

Segundo a entidade Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento (AGENDE) (2004), em nove de junho de 1994, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), ciente da necessidade de abolir a violência contra a mulher, adota a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, que fora aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n.º 107, de primeiro de setembro de 1995 e ratificada pelo país em 27 de novembro de 1995.

O artigo 1.º da Convenção traz em seu corpo a definição do que se considera violência:

[...] para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Esclarece a publicação que a partir da ratificação da Convenção de Belém do Pará pelo Estado brasileiro, o país passou a contar com um dispositivo legal internacional de proteção à mulher em relação à violência de qualquer natureza, ficando todos os Estados participantes

da Convenção obrigados a cumprir com os deveres de proteção à mulher, dentre eles: “Tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher.” (OEA, 1994, p. 14).

O artigo 12 da Convenção estabelece a possibilidade de se apresentar petições de denúncias de violações de seus artigos ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA.

As petições, para serem aceitas, devem obedecer a critérios previamente estabelecidos, dentre eles: tratar-se de um caso concreto de violência contra a mulher e demora injustificada dos Tribunais locais em emitirem uma decisão para o caso. E foi justamente pela demora dos Tribunais brasileiros que, em 1998, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL-Brasil), o Comitê Latino-Americano do Caribe para a defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM-Brasil) e Maria da Penha Maia Fernandes peticionaram perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA em favor da vítima, cabendo à Comissão o julgamento do Estado brasileiro pelo descumprimento do pactuado na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará.

A situação de violência vivida e denunciada foi a seguinte: segundo a AGENDE e o Relatório n.º 54, de 2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, desde o início do casamento de Maria da Penha com o colombiano Marco Antônio Heredia Viveiro, as agressões e ameaças foram constantes. Intimidada pelo marido, Maria da Penha não tinha coragem de pedir a separação. Em 29 de maio de 1983, o marido de Maria da Penha atentou contra sua vida, atirando em suas costas enquanto ela dormia, deixando-a paraplégica. O Sr. Heredia Viveiro tentou esconder o fato, afirmando para a polícia que tinha sido uma tentativa de roubo.

Duas semanas após a primeira tentativa de homicídio, o marido de Maria da Penha tentou eletrocutá-la durante o banho e, só diante de mais essa violência, Maria da Penha decidiu separar-se do marido.

Ficou provada, pelo depoimento das testemunhas, a intenção premeditada do Sr. Heredia Viveiro em eliminar sua esposa. Primeiro, tentou convencê-la a fazer um seguro de vida em que figuraria como beneficiário e,

cinco dias antes, a obrigou a assinar em branco o documento de venda de seu carro.

A culpa do marido estava mais do que evidente, no entanto, quando da denúncia do caso à OEA, já haviam se passados quinze anos sem que houvesse condenação do agressor, ainda em liberdade. Foi alegando tolerância da violência doméstica pelo Estado brasileiro por não ter adotado, durante tanto tempo, medidas para processar e punir o Sr. Heredia Viveiro que o Brasil foi denunciado.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos se manifestou sobre o caso:

[...] a Comissão considera conveniente lembrar aqui o fato incontestado de que a justiça brasileira esteve mais de 15 anos sem proferir sentença definitiva neste caso e de que o processo se encontra, desde 1997, à espera da decisão do segundo recurso de apelação perante o tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A esse respeito, a Comissão considera, ademais, que houve atraso injustificado na tramitação da denúncia, atraso que se agrava pelo fato de que pode acarretar a prescrição do delito e, por conseguinte, a impunidade definitiva do perpetrador e a impossibilidade de ressarcimento da vítima [...] (Relatório n.º 54/01, Caso 12.051, 2001).

Ressalta a AGENDE (2004) que o Estado brasileiro não respondeu à denúncia perante a Comissão que, no ano de 2001, em seu Relatório n.º 54, de 2001, o responsabilizou por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, fazendo algumas recomendações, dentre elas a finalização do processo, a reparação civil pelo Estado brasileiro por sua morosidade e adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

O caso Maria da Penha foi pioneiro na aplicação da Convenção de Belém do Pará. A utilização deste instrumento internacional de proteção aos Direitos Humanos das mulheres, através da petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA contra o Estado brasileiro, foi decisiva para que o processo fosse concluído dezoito anos e seis meses após seu início no Brasil, com a prisão do agressor em outubro de 2002, quase vinte anos após o crime, poucos meses antes da prescrição.

Ao mesmo tempo em que se pode avaliar o resultado positivo e força dos Tratados Internacionais, como no caso Maria da Penha,

avalia-se o desrespeito à Constituição Federal de 1988 que já estabelecia a proteção do Estado à família e às pessoas que a integram:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 8.º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Diante de tamanho descaso e omissão dispensados à violência contra a mulher, especialmente no caso Maria da Penha, com repercussão em âmbito internacional extremamente vergonhosa para o país, foi sancionada a Lei n.º 11.340, em 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem à protagonista de uma das mais terríveis histórias de violência.

A Lei Maria da Penha traz em sua ementa os seguintes dizeres:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Conforme se infere do preâmbulo acima citado, esta Lei pretende propiciar mecanismos eficazes para acabar com a violência familiar, em especial contra a mulher.

3 Considerações Finais

A história da trajetória jurídica da mulher no Brasil, na conquista de seus direitos, foi marcada por longos anos e por diversas fases, passando da inércia até as grandes mobilizações dos movimentos feministas intensificados a partir dos anos 80 do século 20.

Com a influência da cultura dos colonizadores portugueses, as mulheres brasileiras comportaram-se como seres sem vontade própria, dominadas ora pelos pais, ora

pelos maridos, consideradas como pessoas relativamente incapazes, sem direito de votar, sempre à margem das decisões de qualquer natureza, até mesmo quanto a temas familiares. Era o homem, o seu amo e senhor, quem detinha o poder marital, o pátrio poder, o poder de administração do patrimônio do casal, ainda que a formação deste patrimônio fosse composto por bens da mulher. Cabia ao homem dar autorização para que a mulher trabalhasse fora do lar e a seu bel prazer cassá-la quando julgasse conveniente.

O primeiro Código Civil brasileiro, de 1916, trouxe os valores sociais e culturalmente aceitos à época de total subordinação da mulher ao homem.

Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada começa a descortinar um novo horizonte, trazendo uma maior autonomia para a mulher e devolvendo a ela a dignidade de agente capaz. A mulher já podia optar pelo trabalho remunerado sem depender da autorização do marido.

A Lei do Divórcio, em 1977, possibilita à mulher libertar-se definitivamente do vínculo conjugal, mas foi a Constituição Federal de 1988 que, taxativamente, equiparou os direitos entre homens e mulheres, colocando-os em posição de igualdade em relação aos direitos e deveres, inclusive em relação aos filhos. Reconhece a união entre homem e mulher, união estável, como entidade familiar e contempla apenas uma única denominação a filhos.

Mas, a igualdade de fato não foi alcançada em sua plenitude. Culturalmente, a sociedade ainda faz algumas distinções entre os sexos. Exemplos disso são as pesquisas comprovando que as mulheres recebem salários menores que os dos homens nas mesmas funções e a pouca representatividade destas na política.

Agravante também é que, até hoje, existem homens cultivando a “autoridade masculina”, mantendo, na convivência familiar o poder marital, o pátrio poder, mesmo que a lei já disponha o contrário e há aqueles que se sentem “autorizados” a empregar a violência, em toda a sua amplitude, contra a mulher. O caso Maria da Penha é o exemplo real de como a mulher ainda é vítima da “superioridade masculina”.

Por isso, é o destaque deste trabalho é para Lei n.º 11.340, de 7 agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha. Até se chegar à publicação da referida Lei, foi preciso que uma mulher tivesse sido submetida ao extremo da

violência física, tentativa de homicídio, ficasse paraplégica, recorresse aos organismos internacionais de defesa da mulher e fizesse da sua trágica história um marco na conquista de seus direitos. Ressalta Maria da Penha:

Esta lei não vem para libertar de imediato as mulheres da opressão. Mas vem para ensinar a homens e mulheres que ainda vivemos em uma sociedade desigual e que precisamos caminhar na direção de uma relação familiar mais justa, harmoniosa, fraterna e humanizada. (MASSULA, 2006, p. 2).

Seu exemplo de força e os mecanismos efetivos de proteção da Lei Maria da Penha, longe de serem a solução para as desigualdades, servirão para encorajar outras mulheres vítimas, de violência, a denunciarem seus agressores e lutarem por seus direitos.

Referências

AÇÕES EM GÊNERO CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO (AGENDE). *10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Convenção Belém do Pará*. 3. ed. Brasília: [S. n.], 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*. introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BÍBLIA Sagrada. Revista por Frei João José Pereira de Castro, O.F.M. 34. ed. São Paulo: Ave-Maria, 1982.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil. *Diário Oficial dos Estados unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

_____. Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962. Institui o Estatuto da Mulher Casada. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 3 set. 1962.

_____. Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. (Lei do Divórcio). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 dez. 1977.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 8 ago. 2006.

CARDOSO, Otávio Ferreira. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos

Santos. *Curso de história do direito*. São Paulo: Método, 2006.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes; MELO, Hildete Pereira de. Que sejam felizes para sempre!: a mulher casada e seus direitos na sociedade conjugal. Um exame do Estatuto civil da mulher casada de 1962. Disponível em: <http://historia_demografica.tripod.com/bhds/bhd39/estatuto.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2010.

MASSULA, Letícia. Maria da Penha, um exemplo de vida. *Correio das Mulheres*, n. 1, p. 1, nov./dez. 2006.

MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império, vida e obra*. 2. ed. rev. e aum. Brasília: Cegraf, 1983.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório Anual 2000*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2010.

_____. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. 1994.

_____. *Relatório N.º 54/01: caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil*, 4 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2010.

SÁNCHEZ-LAURO, Sixto. *Códigos. Diccionari Juridic de Catalunya*. v. III. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 2.ª tiragem.

DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Richardson Xavier Brant¹

RESUMO

A explicitação do caráter fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado aparece como fator importante no objetivo de preservação da vida saudável no planeta. O conhecimento de suas principais características favorece uma atuação mais eficaz no que diz respeito à defesa ambiental e à definição de meios adequados pelos atores responsáveis. Esses, os pontos abordados neste artigo. Busca-se destacar, também, a necessidade de conjugar os princípios que ordenam a atividade econômica com os demais direitos fundamentais, tendo em conta a dignidade da vida humana e a manutenção de sua viabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente. Direito fundamental. Características. Dignidade humana.

ABSTRACT

The explanation of the fundamental character of the right to an ecologically balanced environment appears as an important factor in order to preserve healthy life on the planet. The knowledge of its main characteristics assures more effective procedures regarding environmental protection and the definition of appropriate means by responsible actors. These are the points discussed in this article. It also aims to highlight the need to combine the principles that organize economic activity with the other fundamental rights, considering the dignity of human life and the maintenance of its viability.

KEYWORDS: Environment. Fundamental Rights. Characteristics. Dignity of human.

1 Apresentação do problema

Este artigo tem o objetivo principal de explicitar a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e suas características. Destaca-se o contexto social que ensejou essa formulação e também a necessidade de uma exegese que harmonize os direitos fundamentais e princípios da ordem econômica, com o objetivo de combater uma exploração sem racionalidade e sem efetiva responsabilidade de participação dos cidadãos soberanos.

O câmbio do nomadismo para o sedentarismo, há aproximadamente dez mil anos, fez com que os grupos humanos adotassem como atividades principais de subsistência a agricultura e o pastoreio. Aos poucos, foram se tornando secundárias a coleta e a caça na busca da espécie de meios de sobrevivência (ARCOCHA; RUBINO, 2007).

Compartilha-se com esses autores a compreensão de que essa é a primeira modificação importante na relação homem-natureza. Isso porque a intervenção em seu entorno buscou substituir ecossistemas naturais e sua biodiversidade pelo emprego de algumas culturas agrícolas. A consequência principal, com os desmatamentos e a redução gradativa da biodiversidade, foi a significativa eliminação de espécies vivas e a alteração do equilíbrio natural (ARCOCHA; RUBINO, 2007).

A estabilidade de um ecossistema natural caracterizado pela biodiversidade encontra-se comprometida com essa intervenção, pois não levam em consideração os impactos e a capacidade de carga do sistema. Perdem-se, com isso, a moderação e o balanceamento dos ecossistemas diversos (entropia).

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Professor na Faculdade de Direito Santo Agostinho. Professor no Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros. Mestre em Desenvolvimento Humano pela Universidade Estadual de Montes Claros. Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires.

Esses impactos ambientais, com reflexos graves sobre a relação da espécie humana com seu entorno natural, têm sido objeto de reflexões importantes, marcadamente dos anos 70 do século XX até presentes dias. Surge daí a importância, neste início de século e milênio, do aprofundamento do estudo e aplicação das medidas que caracterizam a preservação ambiental.

Cuida-se, de partida, da definição da preservação do meio ambiente como direito fundamental, com destaque para o surgimento nas primeiras convenções e tratados internacionais e de um catálogo de normas na atual Constituição da República de 1988.

As características do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são tratadas na segunda parte do trabalho. Destacam-se a titularidade dos agentes e seu caráter indissociável em relação aos demais direitos fundamentais.

Compartilha-se o entendimento de que o esforço de construção de um direito mais solidário e humano, neste limiar de século XXI, não pode prescindir:

[...] de La búsqueda de La justicia y en La construcción de una lógica econômica y política respetuosa del equilibrio ecológico u del bienestar humano. También aspira a presentar una postura ética, de defensa de la vida, y no vacila em manifestar indignación frente a lo que es obra de muerte (HOUTART, 2009, p. 3).

A literatura sobre a questão ambiental tem buscado construir uma nova postura da espécie humana acerca de sua relação com o meio ambiente. Este trabalho se insere neste esforço de reflexão e diálogo, sobre a convicção forjada na defesa intransigente de que as palavras são as armas mais poderosas que se pode utilizar no desiderato de construir relações humanas mais justas, consequentes e harmoniosas.

2 Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente equilibrado

No Direito brasileiro atual, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é garantido constitucionalmente. A elevação à estatura de norma constitucional do direito ao meio ambiente

sadio decorreu, principalmente, dos tratados e convenções internacionais celebrados no cenário internacional do pós-guerra, na segunda metade do século XX (SILVA, 2009, p. 41).

A enunciação deste direito apareceu no Princípio número 1 da Declaração adotada em 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, em Estocolmo (Suécia). Este é o texto daquela declaração²:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

O caráter de fundamentalidade tem como base a compreensão de que o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado vincula-se ao bem-estar, à qualidade de vida, à própria manutenção de sua viabilidade. Não se trata mais, tão-somente, do ambiente como pressuposto do direito à saúde. Essa proclamação é encontrada na afirmação inicial da Declaração de Estocolmo³, cujo conteúdo se transcreve:

O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma.

² Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em 13/01/2011>. Acesso em: 13 jan. 2011.

³ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2011.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, consagra expressamente em seu artigo 225, *caput*, a seguinte norma matriz:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Mendes, Coelho e Branco, em reflexão sobre o reconhecimento de princípios relativos ao meio ambiente, esclarecem acerca do contexto encontrado no Brasil deste início de século:

No Brasil, em que pese a nossa persistente condição de país periférico, emergente ou em vias de desenvolvimento, já vem de algum tempo a tomada de consciência sobre a necessária correlação entre ambiente e qualidade de vida, preocupação de resto refletida na *constitucionalização* e na *legalização* da ecologia, do que resultou uma nova atitude diante dessa problemática, tanto no plano das ações individuais quanto no das decisões comunitárias e no da adoção de políticas públicas, inspiradas, todas elas, nos exemplos que nos vêm das nações que despertaram mais cedo para a importância e a gravidade das questões ecológicas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1372).

Com Souza (2009, p. 83) firma-se o entendimento de que a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” guarda estreita correlação com o paradigma da sustentabilidade ambiental. A enunciação normativa do que seja um meio ambiente ecologicamente equilibrado é compreensiva de uma racional exploração econômica dos recursos naturais como um dever comum do Poder Público e da coletividade. Trata-se de um imperativo ético e jurídico, verdadeiro vínculo axiológico e de compromisso com as gerações vindouras, a preservação sustentável dos ecossistemas em que se desenvolvem atividades econômicas.

A lição de Rosatti, estudioso do Direito Ambiental na Argentina, em exame da caracterização e reparação de danos ambientais, considera exatamente o caráter fundamental que estabelece uma comunidade

e a adesão esclarecida a determinados valores:

El fundamento de La *recomposición ambiental* no es un fundamento económico sino moral, que expresa un sintoma de preocupación “meta-materialista”: es deseo de preservar un acervo “físico”, “material”, “natural” pero también “espiritual”, “histórico” y “cultural” que contribuye a definir nuestra “identidad” (ROSATTI, 2007, p. 91).

Nessa ordem de ideias, não se pode cogitar de proteção e preservação ambiental sustentável sem estabelecer a necessária complementaridade entre todos os ramos da Ciência Jurídica, à luz da normativa constitucional. Destaca-se que a própria Constituição da República de 1988 preconiza a busca de harmonia entre exploração econômica e preservação ambiental sustentável. Esta passagem bem explícita esse aspecto:

Justamente por essa razão é que se fixou como princípio da atividade econômica no Brasil, nos termos do art. 170, inciso V, a defesa do meio ambiente, de modo que as atividades econômicas somente cumprirão sua função social se também preservarem o meio ambiente em que atuam e interagem. O desenvolvimento econômico não pode ocorrer divorciado da preservação ambiental e das relações com os biomas que interagem com estas atividades econômicas (SOUZA, 2009, p. 83).

A defesa do meio ambiente, sendo um dos princípios da ordem econômica na Constituição da República de 1988, tem função de diretriz, e aparece assim como norma-objetivo. Assume, nesse desiderato, caráter constitucional conformador e justificador da reivindicação de políticas públicas específicas que a promovam, como esclarece Grau (2004). No mesmo sentido, na firme defesa de uma exploração comedida e sustentável, leciona esse autor:

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie” (GRAU, 2004, p. 227).

A conformação da ordem econômica, por meio da defesa do meio ambiente ecológica-

mente equilibrado, informa – de modo substancial – os princípios da garantia de desenvolvimento e do pleno emprego. Todos esses princípios, além da objetividade que refletem nas condutas adotadas que podem causar impacto ambiental, estão voltados a assegurar o fim desta ordem: assegurar a todos existência digna, como se extrai de preciosa lição de Grau (2004). Constituem-se essas normas, por isso mesmo, em parâmetro de justiça consagrado axiologicamente como princípios na Constituição da República.

Nesse contexto, a reparação econômica de possíveis danos causados em virtude de degradação ambiental assume especial relevo. Isso porque a sanção econômica, a par do objetivo de lucros das empresas, desestimula eventuais condutas que impliquem degradação ambiental.

3 Características do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente equilibrado

A disciplina normativa encontrada na Constituição Federal de 1988 consagra, no Capítulo VI de seu Título VIII (Da Ordem Social), além da norma-matriz já transcrita, algumas características do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente equilibrado.

Em primeiro lugar, esse direito é indisponível e exige do Poder Público uma atuação preventiva e repressiva. Não se pode mais interpretar esse dever de atuação como discricionário. Nessa ordem de ideias, leciona Milaré (2007, p. 157) que “Não cabe, pois, à Administração deixar de proteger e preservar o meio ambiente a pretexto de que tal não se encontra entre suas prioridades públicas.”

Outro aspecto importante é que “o cidadão deixa de ser mero titular (passivo) de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e passa também a ter a titularidade de um dever” (MILARÉ, 2007, p. 157). Esse aspecto é encontrado na interpretação dos direitos fundamentais, figurando o cidadão como intérprete ativo, com deveres e direitos específicos, e não apenas como titular de um direito.

Qualificado como bem de uso comum do povo, o direito ao ambiente sadio consagra um direito ou interesse difuso⁴. Isso significa que a titularidade é indeterminada, ou indeterminável, e que o gozo não se dá de forma isolada, mas sempre de modo compartilhado. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, inciso I, conceitua assim os direitos difusos: “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”

Sobre os interesses difusos, colhe-se lúcida consideração:

Advirta-se, porém, que, embora o CDC se refira a ser uma situação fática comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante (MAZZILLI, 2009, p. 53).

A legitimação para agir, em se tratando de interesses transindividuais, é concorrente. Isso significa que qualquer pessoa, sendo afetada por lesão ao meio ambiente, poderá propor ao Judiciário a aplicação das sanções específicas. Deverão promover esta defesa o próprio Poder Público, por meio de seus entes personalizados, e o Ministério Público, que tem entre suas funções constitucionais a titularidade da ação civil pública, conforme art. 129, inciso III da Constituição da República de 1988. Também têm legitimidade as associações de proteção ambiental, legalmente constituídas com essa finalidade ou que incluam esta entre suas finalidades institucionais.

As obrigações previstas em lei, para defesa e preservação ambiental, consistem em obras de recuperação e preservação em caso de atividades degradadoras, inteligência do art. 225, § 2.º, da Constituição da República. Além da sanção civil de reparação dos danos causados, são previstas na legislação infraconstitucional sanções penais e administrativas, em obediência ao

⁴ Registre-se a existência de distinção quanto à denominação correta ser interesse ou direito difuso. As expressões, como se infere do exame de uso generalizado, são ambas corretas. Atente-se, porém a que *Interesse* significa pretensão e *direito* caracteriza-se como pretensão amparada pela ordem jurídica vigente. Embora, no exercício do direito de ação, possa ser reconhecida autonomia para a dedução de determinada pretensão em Juízo (interesse); nem sempre a tutela jurisdicional reconhecerá a existência de amparo à pretensão deduzida (direito).

comando constitucional do art. 225, § 3.º, da Constituição da República.

É relevante destacar que o dever de reparação, ou de compensação, faz surgir a responsabilidade, vinculando o devedor, ou terceiro, e seu patrimônio à recomposição patrimonial ou extrapatrimonial que cada situação de lesão reclama. Precisa, nesse particular, a seguinte lição doutrinária:

A responsabilidade é inerente à existência de um dever jurídico. Consiste num aspecto ou consequência da existência desse dever e consiste na submissão do sujeito a arcar com os efeitos decorrentes da ausência de cumprimento espontâneo da conduta diretamente imposta a ele (ou a terceiro) como obrigatória (JUSTEN FILHO, 2009, p. 1.071).

Lorenzetti (2008), no esforço de uma formulação teórica sobre o Direito Ambiental, entende a necessidade de uma compreensão mais elaborada dos direitos fundamentais coletivos, sem prejuízo de manter o conteúdo mínimo das garantias de bens primários fundamentais. Observa ele que

La noción de derechos fundamentales ha estado inescindiblemente unida a las nociones de persona y derecho subjetivo. [Desse modo], Superado el nivel de la satisfacción de los bienes primários, es necesario encontrar um punto de conexión entre el individuo y la sociedad, entre los bienes individuales u colectivos (LORENZETTI, 2008, p. 11).

A característica de serem indissociáveis os direitos fundamentais, sobre a imprescindível harmonização dos conteúdos e valores que explicitam, gera direitos e deveres e coloca limites aos direitos individuais tradicionais, consistentes em expectativas de prestações positivas e também de não sofrer lesões. Lorenzetti (2008, p. 12) menciona os deveres ambientais puros: positivos, como o dever de preservação dos recursos ambientais e da biodiversidade; e negativos, consubstanciados no dever de não causar dano e de não poluir. Os limites postos ao direito ao consumo, por exemplo, exigem um consumo sustentável. Outro exemplo é que o direito de livre empresa limita-se pelo princípio da precaução.

A garantia de que esses conteúdos terão efetividade somente pode ser encontrada na propositura responsável e consistente das ações

previstas na legislação, com o objetivo precípua de assegurar a reparação, ou a devida compensação, do dano em cada situação de lesão ao meio ambiente.

4 Considerações finais

A compreensão de que a existência de uma comunidade política e sua afirmação exigem do cidadão uma participação consequente na definição e redesenho, permanente, dos valores e princípios que têm o objetivo de constituir e de manter agregado um grupo de pessoas deliberadamente reunidas para a construção de um modo de vida próprio.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela importância e consequências que enseja, aparece como um dos valores principais no contexto atual em que há séria advertência sobre a exploração inadequada e sem sustentabilidade dos recursos naturais.

A centralidade da dignidade da pessoa humana, a manutenção da viabilidade da vida humana sem alteração prejudicial de suas qualidades, orientam a abordagem de uma atuação na defesa do meio ambiente que leve na devida conta os interesses das gerações atuais e das futuras.

As propostas de desenvolvimento sem consideração a esse valor fundamental, sobretudo quando enfatizam demasiadamente o aspecto econômico em proveito de grupos específicos e em detrimento de outros, devem ser denunciadas como predatórias do modo de vida que se escolhem e se expressam no projeto de convivência justa posto na Constituição da República.

Por essa razão que, no estudo das características do direito ao meio ambiente como fundamental, aparecem – em destaque – seu caráter difuso: somente se pode usufruir esse direito se todos os demais puderem fazê-lo igualmente. Esse fator serve de integração e criação de uma solidariedade entre as gerações, presentes e futuras, mas também entre os grupos sociais cujos interesses se apresentam, em outros campos, contrapostos.

Destacam-se, em complemento, a imprescindibilidade de organização e articulação dos vários atores que podem atuar conjuntamente para identificar os casos de lesão ao meio ambiente e definir, com mais precisão, as medidas necessárias e suficientes para a proteção desejada.

Reafirma-se a crença de que as atuais gerações de estudiosos do direito possam

levantar a bandeira de defesa do meio ambiente equilibrado, sem descurar da busca inexcedível e inadiável de justiça social, como estandarte de luta e profissão de fé que nossa situação histórica inspira.

Referências

ARCOCHA, Carlos Enrique; RUBINO, Horacio L. Allende. *Tratado de derecho ambiental*. Rosário: Nova Tesis, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 8.072, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Institui a Política Nacional do Meio Ambiente. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 set. 1981.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, 1972. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 13 jan.2011.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HOUTART, François. *La agroenergía: solución para el clima o salida de de La crisis para el capital*. Traducción de Lourdes Arencibia. Ciudad de La Habana, Cuba: Ciencias Sociales, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSATTI, Horácio Daniel. *Derecho ambiental constitucional*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

SILVA, Danny Monteiro da. *Dano ambiental e sua reparação*. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. *Tributação e meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ESPECIFICIDADES ACERCA DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA (IPTU)

Waldir de Pinho Veloso¹

RESUMO

O Direito Tributário é tido por muitos como uma ramificação específica do Direito por cuja seara poucos transitam, militam. Paradoxalmente, é o Direito mais presente no dia a dia de toda pessoa, visto que – em querendo ou não, em sabendo ou não – todas as pessoas naturais ou jurídicas são contribuintes. Todos pagam tributos. Logo, nada do que acontece durante a vida das pessoas (físicas e jurídicas) está fora do abraço da área tributária, ainda que seja para definir a imunidade ou a isenção. Por sinal, até o fato da morte é gerador de tributos, de impostos. E, no segmento do Direito Tributário, o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) é um dos tributos que mais chegam diretamente ao contato com o contribuinte. Por ser um imposto real – que incide sobre a coisa; no caso, imóveis urbanos como a casa, o cômodo comercial ou o lote de terreno dos quais cada pessoa é proprietária ou possuidora – não escolhe classe ou poder econômico: independentemente da pessoa proprietária ou possuidora, o tributo atinge a coisa. Logo, é o imposto que, ao conhecimento de todos, atinge o maior número de pessoas. Motivo maior de ser tratado em todas as suas especificidades em um texto científico. E é o que o presente Capítulo pretende fazer.

ABSTRACT

Tax Law is regarded by many as an specific subset of the Law which few study permanently. Paradoxically, is the most present Law in daily life of every person, because - knowingly or not - all natural or legal persons are liable. Everyone pays taxes. Therefore, nothing that happens during the life of the people (and companies) is outside the embrace of the tax area, even if it is to define the immunity or exemption. By the way, even the fact of death generates taxes. And in the segment of Tax Law, the Tax on Urban Land and Property

(property tax) is one of the taxes that come directly to the most contact with the taxpayer. Being a real tax - which focuses on the thing and in the case, urban real estate as the house, the room or commercial plot or land of which each person is the owner or possessor - do not choose class or economic power: regardless of the person owning or possession, the tax hits the thing. Therefore, is the tax that, on general consent, reaches the highest number of people. Main reason to be treated in all their particularities in a scientific text. And that's what this Chapter intends to do.

1 Palavras Iniciais

Ao iniciar um estudo específico sobre uma espécie de tributo, melhor mesmo é a conceituação genérica. Falar sobre o gênero para descer à espécie.

A Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, instituiu no Brasil o sistema tributário. Logo, é o Código Tributário Nacional. Pela indicação da numeração, vê-se que é uma lei ordinária.

A Constituição de 1988 determinou, em seu artigo 146, que as questões tributárias seriam tratadas por meio de leis complementares. Mas, considerando que, com a vigência da Constituição, havia necessidade de um Código Tributário, o que já vigorava, que é o instituído pela Lei 5.172, de 25 out. 1966, passou a ter o *status* de lei complementar. Na prática, significa que continua como Lei ordinária, mas qualquer sua alteração somente pode ser feita por meio de lei complementar. Não porque haja a hierarquia das leis em si, mas porque há hierarquia de temas a serem tratados pelas leis. E a Constituição, praticamente, reservou para si própria o trato das questões tributárias, mas deixou que seus complementos, as leis propriamente denominadas de complementares, cuidassem do tema em seu lugar. São as leis complementares, portanto, complementos,

¹ Mestre em Linguística pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor no Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Graduado e pós-graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros. Escritor, autor de sete livros no segmento do Direito, dois livros na área educacional e três livros literários.

extensão da própria Constituição e do poder constituinte.

Logo, o Código Tributário Nacional é uma lei ordinária com qualidades de lei complementar.

Uma noção necessária à exposição e desenvolvimento deste estudo é quanto aos tributos reais e pessoais. São pessoais as tributações que levam em consideração as individualidades, como o Imposto de Renda: entre as pessoas, quem ganha mais paga mais; quem ganha menos, paga menos ou sequer terá que pagar Imposto de Renda. Já os tributos reais levam em consideração a coisa (por isso, real, já que “re”, traz, em si, a noção de coisa). Como exemplo de um imposto real, tem-se o IPVA. Uma pessoa riquíssima que é proprietária de um automóvel de uma determinada marca e de um ano pagará de IPVA o mesmo valor que deverá pagar, por ser proprietário de um veículo da mesma marca e do mesmo ano, uma pessoa extremamente pobre. Neste caso, o que se leva em consideração é o objeto a ser tributado e, não, a pessoa que é a proprietária.

2 Tributos, Impostos, Taxas e Contribuições

Dispõe o Código Tributário Nacional,

Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O artigo 145 da Constituição Federal é composto por corpo mais explicativo sobre a divisão entre impostos, contribuição de melhoria e taxas. Todos são espécies do gênero tributo, como se lê, com todas as letras, no artigo 5.º do Código Tributário Nacional (CTN) que, sucintamente, diz que “Os tributos são impostos, taxas, e contribuições de melhoria.”

Há, em verdade, outros e distintos caracteres, mas, em céleres termos, o Código Tributário Nacional conceitua as espécies de tributos com as seguintes letras:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a

utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Quando se trata de imposto, destarte, não há vínculo a alguma atividade. A arrecadação vai para um caixa único, utilizado na composição do orçamento geral do ente administrativo. Já a arrecadação da taxa é destinada a um setor específico. Pode-se facilmente lembrar que o atual Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor (IPVA), que a nomenclatura indica ser um imposto, já se chamou Taxa Rodoviária Única. Como taxa que era, a arrecadação somente poderia ser utilizada para renovar, conservar e construir rodovias. Mas, como imposto, a arrecadação não é vinculada, não tem um destino fixado previamente.

O dinheiro que recebe o ente que cobra um imposto será aplicado segundo orçamento geral, não podendo ter uma indicação inicial na própria lei que o cria.

3 Os Princípios como Fontes do Direito

Os princípios são fontes do Direito. Não precisam estar escritos – e normalmente não estão. Fazem parte de toda a estrutura do Direito. Integram e se impregnam à vida do cidadão como um direito natural, o que já nasce com a própria pessoa. É inerente ao ser humano. Inquestionáveis, portanto, a existência dos Princípios Gerais do Direito. E podem ser invocados, como fundamentação, para quaisquer oportunidades, desde coerentes para com situação objeto da comparação.

Os Princípios Gerais do Direito são aplicados a qualquer legislação, sua interpretação e integração por necessária obediência ao Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que foi denominado Lei de Introdução ao Código Civil e, por determinação da Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, passou a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. De forma complementar para demonstrar a especificidade

do estudo, pode-se lembrar que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 108, assim se acha cravado:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1.º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2.º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

4 Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU)

Uma parte do estudo do Direito Tributário se encarrega de definir o que é competência tributária. Somente a Constituição Federal pode distribuir, entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, o poder de criar e exigir tributos. Diz-se que a um ente compete tal tributo. Por isso, a competência tributária. A competência – que, como será demonstrado, mais do que um poder, passa a ser um dever para a Administração Pública – não se limita à criação do tributo: também a sua arrecadação, a cobrança, são atos vinculados, regrados, obrigatórios. E de forma impessoal, sem distinção de agregados políticos ou sistema de governos mais populistas. E arrecadar pode significar ter que recorrer ao Poder Judiciário para que haja o cumprimento da determinação, quando o ato unilateral, o pagamento dentro do prazo, não é prontamente cumprido.

A Constituição Federal, no artigo 156, dispõe que compete aos municípios instituir impostos sobre transmissão de imóveis, entre vivos (o denominado Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *inter vivos* – ITBI), imposto sobre serviços (ISS) e imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU).

Com a lembrança do que ficou previamente descrito, vê-se claramente que o IPTU é um imposto. Todo imposto tem por característica ser devido de forma não vinculada a uma prestação de serviço específico e ter o fato gerador independentemente de um fazer ou deixar de fazer por parte da Administração Pública.

O IPTU, como imposto que é, não pode ser deixado de ser pago sob a alegação de que uma

obra não está sendo feita em benefício de quem o deve pagar. É comum a reclamação de que o IPTU está sendo cobrado, mas que o Município não está fazendo determinada obra, especialmente com a referência à rua onde mora quem o diz. Não procede e não é empecilho à exigência, por parte do Município, do crédito tributário a que tem, mais do que o direito, o dever de cobrar.

Somente as taxas têm vínculo. Os impostos, não. O imposto, como diz a lei já referida independe “de qualquer atitude estatal específica, relativa ao contribuinte.”. Quanto à taxa, sim, é direcionada. Somente paga uma taxa de licença para construir quem irá construir. Somente paga uma taxa para derrubar um imóvel quem o vai derrubar. Somente paga uma taxa de segurança pela emissão de segunda via de uma carteira de habilitação quem precisar requerer, ao Estado, uma segunda via deste documento. A taxa é uma contraprestação de um serviço que o ente tributante presta. Há uma individualidade e especificidade quando se trata de taxa. E, por acréscimo, há taxas que podem ser cobradas pela existência do serviço, ainda que o contribuinte não a utilize: são as taxas cobradas pela potencialidade do serviço, por estar à disposição.

O inciso II do artigo 145 da Constituição Federal deve ser transcrito, em complemento ao estudo já iniciado com a ilustração feita com fundamento no artigo 77 do Código Tributário Nacional. Isto porque a Constituição assim giza:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

O imposto, por seu lado, é devido sem que o ente tributante tenha que fazer algo em benefício do contribuinte. É o que determina o artigo 16 do Código Tributário Nacional quando traz a seguinte parte: “uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”. Há imposto porque alguém pratica um ato que a lei classifica como digno de gerar um crédito para o ente tributante e, em linha oposta, um débito para o titular do fato, do ato, da situação, da condição. Mais um exemplo de imposto? O Imposto de

Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é devido toda vez que alguém vende um produto (sem falar na prestação de serviços, para não descer a detalhes que fogem do exemplo). O Estado nada precisa fazer: ao contrário, quem “trabalha” é o vendedor. Mas, passa a dever o imposto pelo simples fato da circulação da mercadoria, que é o fato gerador do imposto.

O fato gerador é tratado da seguinte forma pelo Código Tributário Nacional:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

O fato gerador do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) é, no dia primeiro de janeiro de um ano, alguém possuir um imóvel urbano. Dito “possuir” com o firme propósito de complementar o estudo. Especificamente sobre o IPTU, o fato gerador não é somente propriedade. Também a posse, o domínio... A transcrição do CTN esclarece, com sobras:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1.º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
II - abastecimento de água;
III - sistema de esgotos sanitários;
IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2.º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

O lançamento (CTN, artigos 142 a 150) do IPTU se dá tendo como sujeito passivo (CTN, 121 a 138) o proprietário, o possuidor, o titular do domínio útil ou o possuidor do imóvel urbano.

Uma especificidade em relação ao IPTU é o dispõe o CTN, com as seguintes palavras:

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Um ponto merece acréscimo. Há imóveis que têm proprietários legitimamente cadastrados no Município. E as guias de IPTU são lançadas em nome deste proprietário. Mas, em estando o imóvel alugado, há uma divisão nas responsabilidades. Perante o Município, como ente tributante que tem competência para instituir, lançar e cobrar o tributo em assunto, o responsável é o proprietário. Em não havendo a quitação, caberá ao Município acionar, perante o Poder Judiciário, o proprietário. Em se tratando de imóvel locado – e o contrato de locação é uma avença entre as partes – não pode o proprietário alegar, em sua defesa, que não paga o IPTU lançado em seu nome porque quem tem a responsabilidade de fazer a quitação é o locatário. Não há como fazer uma defesa, em fase de cobrança do tributo por parte do Município, transferindo a responsabilidade para outrem tendo por base um contrato particular. O Código Tributário Nacional, no artigo 123, assim garante:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Centrando novamente quanto ao IPTU de um imóvel que se acha alugado, sendo o sujeito passivo o proprietário, frente à Administração Pública, não há como transferir a responsabilidade da quitação do IPTU para o inquilino porque um contrato entre locador e locatário assim o faz.

Mas, como afirmado, somente em face à Administração Pública. Em um contrato de locação, pode o proprietário determinar que o pagamento do IPTU do imóvel locado seja feito pelo locatário, o inquilino. Não há ilegalidade no fato por três motivos. O primeiro deles, o contido

no já referido artigo 32 do CTN que dispõe que o IPTU pode ter como fato gerador a posse (neste ponto, alguém alega que o fato gerador é em relação à Administração Pública. É verdade. Mas, os particulares podem contratar que o fato gerador seja transferido, e a contratação pode ser válida entre eles. E o locatário é um possuidor do imóvel, tem a posse direta, como se estuda no artigo 1.197 do Código Civil locação é um ato de posse). O segundo e mais forte ponto é que a Lei 8.245, de 18 out. 1991, ao cuidar das locações, determinou, no seu artigo 22, inciso VIII, que cabe ao proprietário, o locador, pagar os impostos (nestes, o IPTU) e taxas “que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato.” Pronto. Se há contratação entre locador e locatário, de maneira expressa no contrato de locação, pode haver transferência da responsabilidade quanto à quitação do IPTU. Mas, a contratação é entre eles. Assim, se o locatário não quitar o IPTU, o Município cobrará do locador e este, com fundamento na contratação entre ele e o locatário, cobrará do locatário ou seu fiador.

O terceiro detalhe da validade da transferência, entre locador e locatário, quanto a quem cabe quitar o IPTU, foi propositadamente deixado por último. Isto porque as contratações entre particulares – embora não valham como oposição contra a Administração Pública, mas são válidas entre os contratantes – podem ser feitas porque há lei autorizativa e não há leis proibitivas. É o que define o Código Civil, como validade dos atos jurídicos, nos seguintes termos:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Definido, destarte, o sujeito passivo do IPTU – quem tem a obrigação perante a Fazenda Pública municipal de pagar o tributo – e estudada a possibilidade de o original sujeito passivo contratar com outrem a assunção, entre particulares, do encargo, pode-se passar ao próximo tópico do estudo.

5 A Instituição do IPTU

A instituição do tributo denominado Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana compete ao Município. Exclusivamente ao

Município. Mas, a Constituição Federal, ao limitar o poder de tributar, cria obstáculos intransponíveis para a criação – ou instituição – de tributos. E o faz em nome da segurança jurídica, para que os Municípios não criem tributos com cunho impessoal (artigos 37 e 150, II) ou como forma de confisco (art. 150, IV) e outras nuances.

5.1 Princípio da Anterioridade

Vê-se, pois, que, em se tratando de princípios, há que se aplicar, primeiramente, os relacionados ao Direito Tributário. Em seguida, os demais Princípios.

Um dos princípios definidos na Constituição, quanto a qualquer ente tributante – União, Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios – na instituição de um tributo é o Princípio da Anterioridade. Um ente tributante autônomo (artigo 18 da Constituição) não pode cobrar um tributo que não seja criado no ano anterior. Assim, qualquer lei tributária somente terá eficácia em um ano se e somente se publicada até o dia 31 de dezembro do ano anterior. Está garantido tal princípio no artigo 150, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal de 1988.

Bom repetir: o tópico tanto é a instituição, a criação do tributo, quanto ao aumento do seu valor, por qualquer modalidade. Quanto à criação, trata-se, destarte, de um tributo que ainda não existe e será criado e que somente poderá ser cobrado no ano posterior ao da criação por lei complementar (o citado artigo 146 determina que os tributos são criados por lei complementar; e a regra vale para todos os entes tributantes nacionais).

Quanto à majoração, o aumento do valor a ser pago pelo contribuinte, a regra é a mesma. Sobre ambos os institutos – a criação ou a majoração dos valores – igualmente ao tratamento já indicado quanto à Constituição Federal, contém o Código Tributário Nacional:

Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

- I - que instituem ou majoram tais impostos;
- II - que definem novas hipóteses de incidência;
- III - que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.

5.2 Princípio da Noventena

Para criar alguns tributos, a Administração Pública deve respeitar, além do princípio da anterioridade (a lei deve ser publicado em um ano para ser aplicada no ano seguinte) o princípio de que não poderá a cobrança se dar no prazo de noventa dias após a publicação da lei criadora (ou que majora as alíquotas, como será visto). Este instituto, em sede de Lei Magna, foi criado em 2003 por meio da Emenda Constitucional 42, de 19 de dezembro. Mas, o texto constitucional excepcionou da obrigatoriedade de observar o interstício dos noventa dias que intermedeiam a publicação da lei tributária e a sua eficácia alguns impostos. São eles: o empréstimo compulsório, o Imposto de Importação, o Imposto de Exportação, o Imposto de Renda e o Imposto sobre Operações Financeiras (todos de competência da União) e o IPVA (de competência dos Estados-membros).

Para coroar o assunto, quando o IPTU já existe e haverá apenas alteração em sua base de cálculo, também fica do prazo nonagesimal para vigência e poder ser cobrado. Em outros termos, se o Município já cobra o IPTU e vai apenas elevar os seus valores, pode uma lei ser publicada no dia 31 de dezembro de um ano que já alcança o fato gerador no dia primeiro de janeiro do ano seguinte (no exemplo, a “anterioridade” é cumprida pelo interstício de um dia, porque em anos diferentes). Terá apenas que cumprir o princípio da anterioridade, afastada a aplicação do prazo da noventena.

6 O Aumento das Alíquotas de IPTU

Uma vez existente uma lei (complementar) que criou o IPTU, o Município pode, anualmente, elaborar uma lei – de iniciativa do Executivo, com passagem, óbvio, pela Câmara Municipal – que altera a base de cálculo ou outros mecanismos que importem em majoração, aumento, alteração para mais, do valor a ser pago pelo contribuinte.

O CTN define a base de cálculo, em se tratando de IPTU, nos seguintes termos:

Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.

O valor venal – ou seja, de venda – de um imóvel urbano, para efeitos de lançamento de IPTU, é o constante em uma planilha que as Secretarias Municipais de Fazenda e de Planejamento elaboram. Estas planilhas praticamente zoneiam o perímetro urbano e as zonas urbanizáveis ou de expansão (espaços que têm características urbanas e que estão separadas da cidade propriamente dita por região rural; comumente os distritos industriais poluentes ou, em alguns casos, loteamentos, chacreamentos ou “localidades” razoavelmente afastadas). Em cada região, há um preço fixado, pelo Município, para o metro quadrado do imóvel e da construção. Assim, se um imóvel tem mil metros quadrados, não é edificado e o metro quadrado é fixado, pelo Município, para o quarteirão ou bairro – ou parte do bairro – em que se situa em, por exemplo, cem reais, o valor venal do imóvel é cem mil reais. Sobre este valor, aplica-se a alíquota, também fixada em lei, e acha-se o valor do IPTU a ser pago.

A majoração, o aumento, do valor venal do imóvel, para efeitos de cálculo de IPTU deve ser feito por lei. Está definido (além de constar do artigo 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988) no Código Tributário Nacional:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3.º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1.º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2.º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

A lei que aumenta o IPTU tanto pela elevação das alíquotas quanto em face da

modificação da base de cálculo ou, ainda, pela refeitura da planta genérica de valores – como informado, lei de iniciativa do Município, mas com trâmite na Câmara Municipal – deve ser publicada até o dia 31 de dezembro de um ano para ser aplicada aos imóveis urbanos municipais no dia primeiro de janeiro do ano seguinte. Boa lembrança é que o IPTU costuma ser cobrado em fevereiro, março, abril ou outro mês, dentro do ano. Mas, o fato gerador é estar o imóvel em nome de uma determinada pessoa no dia primeiro de janeiro. Aplica-se, portanto, à lei que aumenta o IPTU – ou pela alteração da alíquota ou pela elevação do valor da planilha ou outra modalidade de acréscimo de valores – o princípio da anterioridade (Constituição Federal, art. 150, III, “a”), mas, não o prazo nonagesimal (Constituição Federal, art. 150, § 1.º) para que possa ser cobrado.

As alíquotas do IPTU são os percentuais que são aplicados sobre o valor venal. Em razão da política urbana (a cargo do Município, segundo dispõe o artigo 182 da Constituição Federal), pode a lei municipal que cria o IPTU fixar alíquotas variáveis em razão da colaboração do imóvel (por meio do seu proprietário, mas fala-se do imóvel por ser o IPTU um tributo real; não, um imposto pessoal). Assim, um imóvel residencial poderá pagar um por cento do valor venal, enquanto um imóvel comercial será tributado com dois por cento do seu valor venal. E, se o imóvel tem até determinada quantidade de metros quadrados, a alíquota pode ser diferente em relação a um imóvel de tamanho maior.

O valor venal, por sua vez, é variável conforme a situação física do imóvel em um quarteirão, ou se frente para uma rua ou uma avenida de grandes influências comerciais ou outros fatores. Cada particularidade influencia para que um metro quadrado de terreno seja fixado na planta genérica de valores como tendo valor venal de cem reais, duzentos reais, dois reais ou outro valor unitário.

A elevação das alíquotas ou o aumento dos valores da planilha – a chamada planta genérica de valores – alterará o valor do imposto para o contribuinte. Assim, somente por lei podem ser alteradas tanto as alíquotas quanto os valores da planta genérica da área urbana e urbanizável. É a determinação do artigo 97 do Código Tributário Nacional, já transcrito.

Detalhes imperiosos. “Somente por lei” é a determinação. Lei em seu sentido material. Logo, com trâmite perante a Câmara Municipal, quando

se trata de Município. Não pode ser um decreto, que é iniciativa do Poder Executivo e é uma lei em sentido formal (tem *forma* de lei, mas não versa sobre *matéria* reservada ao Poder Legislativo, o Princípio da Reserva Legal).

Mas, ficou descrito no § 2.º do art. 97, já transcrito, que quando se trata de atualização do valor do tributo se e somente se o aumento for, no máximo, o valor oficial da inflação, não há necessidade de lei. Pode ser um decreto. O texto diz que “a atualização monetária da respectiva base de cálculo” não é considerada majoração. Logo, a lei (material, com passagem pela Câmara Municipal) é exigida para corrigir o valor do IPTU quando, por qualquer mecanismo – ou alteração das alíquotas ou correção dos valores da planilha ou planta genérica – o acréscimo supere a inflação do ano. Se o acréscimo ficar dentro do limite inflacionário do ano em curso, o Poder Executivo municipal pode, por Decreto, aumentar o IPTU para o ano próximo (o ano próximo porque há o princípio da anterioridade).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou os julgados, ao emitir a Súmula 160, que tem os seguintes caracteres:

160. É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.

A interpretação é que, *a contrario sensu*, se não se pode atualizar o valor cobrado pelo IPTU por decreto se o percentual do aumento for superior à atualização monetária (inflação) do ano, é porque, até este limite, o Decreto é a lei formal aceitável.

Conclui-se, em síntese: se o aumento do valor do IPTU pretendido pelo Poder Executivo municipal se comporta dentro dos índices de correção monetária em um ano, pode um Decreto fixá-lo. Mas, se, por qualquer método, o valor a ser acrescido para o contribuinte superar a inflação do ano, somente por lei de iniciativa do Poder Executivo, mas discutida e aprovada pelo Poder Legislativo municipal, poderá tratar da matéria.

7 A Cobrança do IPTU

Uma vez criado por lei, o IPTU não pode mais ser deixado de ser lançado. E, uma vez lançado, constitui crédito tributário. Não tem a Administração Pública o direito de não arrecadar o crédito tributário, exceto em se tratando de

exclusão do crédito tributário (artigo 175 do CTN – isenção e anistia – e artigo 156 do CTN – remissão, prescrição e decadência). A sua quitação deve-se dar no prazo definido no Código Tributário Municipal e no Decreto que, anualmente, os Municípios editam para fixar a data-limite para pagamentos com descontos e em quantas parcelas pode ser pago o tributo.

Se não quitado no prazo normal, cabe ao Município, de maneira cogente – obrigatória – o dever de inscrever o crédito tributário em dívida ativa.

Uma rápida visão sobre o que é a dívida ativa se faz com a leitura, igualmente superficial, dos artigos 201 a 204 do Código Tributário Nacional e, também, da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, que trata da execução fiscal. Dispõe assim última Lei em referência:

Art. 2.º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1.º Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1.º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2.º A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3.º A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

[...]

7.1 Os Princípios da Administração Pública

A Administração Pública é uma atividade vinculada por natureza. Em termos outros, é a atividade que mais depende da lei para funcionar. A Constituição Federal, em seu artigo 37, determina o maior dos princípios aplicáveis à Administração Pública, que é o Princípio da Legalidade. A Administração Pública somente pode fazer o que a lei a autoriza (por seu lado, o particular pode fazer tudo que a lei não lhe

proíbe). Assim, em havendo lei – no tema, lei que criou o IPTU – o lançamento e a inscrição na Dívida Ativa, com a correspondente emissão da Certidão de Dívida Ativa (CDA) – é atividade vinculada, obrigatória, cogente. Mais do que obrigatória.

Há outros princípios de cumprimento obrigatório por parte da Administração Pública.

Seguindo os dizeres que compõem o Princípio da Impessoalidade, vê-se que a Administração Pública não pode escolher umas pessoas para que paguem o IPTU e deixar de cobrar de outras. O que pode é, se e somente se houver lei autorizativa, isentar algumas classes de pessoas quanto ao pagamento. Em verdade, pessoas, não; imóveis. É que o IPTU é um tributo real, que diz respeito às coisas, aos imóveis. Não, às pessoas. Mas, a lei pode fazer uma conjugação de características que resultem em isenção.

A isenção é a possibilidade legal (“A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.” conforme artigo 176 do Código Tributário Nacional) de deixar de cobrar um tributo quando semelhantes situações são fatos geradores. Ao contrário da imunidade – nesta, o tributo não existe por situação expressa no artigo 150, inciso V da Constituição Federal e no artigo 9.º, inciso IV, do CNT – a isenção é a retirada, da condição de crédito tributário, de um tributo já lançado e, portanto, existente. Primeiramente, há o lançamento. Em um segundo ato, em cumprimento estrito à lei, há a baixa do crédito e o antigo sujeito passivo não mais se vê na condição de devedor. Por isso a isenção é forma de exclusão do crédito tributário. Exclusão porque retira o valor lançado como crédito. E somente se retira o que antes existia. Para que haja a exclusão do crédito tributário por isenção, há necessidade de “requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para a sua concessão” (artigo 179 do CNT)

Outra condição para não mais cobrar o tributo é o fato de ele se encontrar prescrito (lançado e não pago e tampouco cobrado em tempo hábil – artigo 174 do CNT) ou se ultrapassado o prazo da sua apuração e lançamento (decadência, artigo 173 do CNT) ou, por lei, haver remissão (perdão do que já se acha constituído, normalmente, as partes acessórias

como juros e multas). O fundamento jurídico da remissão é o artigo 172 do Código Tributário Nacional.

Fora da condição da isenção (mais comumente existente, e, mais dificilmente a prescrição, a decadência e a remissão) a Administração Pública jamais pode deixar de exercer o poder/dever de cobrar o tributo não quitado no prazo fixado e igual para todos. Em nenhuma hipótese. Um dos Princípios de Direito que assim determinam é o Princípio da Supremacia dos Interesses Públicos sobre o Particular. O administrador é o representante dos administrados. Nesta qualidade, ele não pode privilegiar uma pessoa em desfavor de outros ou da coletividade. A arrecadação é do interesse público. O artigo 11 de Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 – a Lei de Responsabilidade Fiscal – determina que a responsabilidade da gestão fiscal se constitui de instituição (criação, constituição), previsão (incluindo o lançamento e a inscrição na Dívida Ativa) e a “**efetiva arrecadação** de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação”. Não se pode pensar em “efetiva arrecadação” o ato de apenas esperar que alguém, voluntária e como contribuinte (sujeito passivo), faça o pagamento do tributo. Somente se configura a “efetiva arrecadação” se e somente se as providências forem tomadas para que não haja negligência administrativa a ponto de o tributo prescrever. Em havendo prescrição, o contribuinte estará fora da responsabilidade de pagar, mas quem deixou ocorrer a prescrição será punido civil (com o ressarcimento do dano ao erário público), administrativa (com punições como exoneração, demissão, perda de mandato e inelegibilidade) e penalmente (pena de prisão).

Em complemento, o Código Tributário Nacional assim especifica:

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

O tópico é quanto à cobrança. Mas, há referência também à responsabilidade do administrador quanto ao exercício dos atos administrativos que, em sequência, levam à instituição, à fiscalização, ao lançamento, à

aplicação de multa (se for o caso), à inscrição na dívida ativa e, por último, à execução perante o Poder Judiciário. Todos, atos vinculados, obrigatórios, cogentes. O CTN trata do assunto nestes termos:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Se o administrador não se esforça para cumprir todas as determinações legais para que haja a arrecadação, o recebimento do crédito tributário, ele está privilegiando alguns que não quitaram a obrigação tributária em tempo hábil. Está, pois, sobrepondo o interesse de alguns indivíduos ou algum particular sobre o interesse público, coletivo.

Este princípio está previsto no texto constitucional e nas leis infraconstitucionais que tratam dos temas administrativos. Somente sendo a Administração superior sobre os interesses das pessoas há o cumprimento simultâneo de dois princípios: a Supremacia dos Interesses Públicos sobre o Particular e o da Impessoalidade. Somente assim o bem comum pode ser alcançado.

Também há o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. A Administração Pública não pode renunciar aos seus poderes – que são mais deveres do que poderes – e sua competência (a de legislar criando tributos, por exemplo). Igualmente, não pode agir em desconformidade com a sua finalidade (por ferir outro Princípio, o da Finalidade) de atendimento aos anseios dos administrados.

Por este ângulo, entende-se que há profunda ligação ente os princípios da indisponibilidade do interesse público com o da finalidade. Os pontos que os delineiam trazem uma leve distinção. Enquanto o princípio da finalidade determina que toda a atitude da Administração é em função e destinada aos administrados, o princípio da indisponibilidade do interesse público, em síntese, determina que,

para atendimento ao público, a Administração não pode abrir mão de sua competência e seus poderes. Isto porque, ao fazer concessões em favor de um administrado há um descumprimento do princípio da finalidade, pois o benefício seria exclusivo para um. E o interesse é da coletividade; não, da individualidade. (VELOSO, 2011, p. 96).

7.2 Crimes de Responsabilidade Fiscal e de Improbidade Administrativa

A obrigação de cobrar o tributo lançado é insuperável e irrenunciável.

Pelo princípio da indisponibilidade do interesse público é que é crime de responsabilidade fiscal a renúncia fiscal, compreendida esta como *“anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”* (§ 1º do art. 14 da Lei Complementar 101, de 04.05.2000) que não atenda ao referido art. 14 como um todo.

Em outras palavras: o administrador não pode deixar de cobrar os tributos de uma pessoa porque o interesse público é que seja a Administração suprida pelos tributos pagos, de forma universal, por todos. Se o fizer, será ilegal o ato e está o ente tributante dispondo unilateralmente dos seus poderes (no caso, de tributar e cobrar o tributo) quando decide fazer concessões a um indivíduo. E o prejuízo é para a coletividade. E o que é da coletividade, é indisponível pelo administrador. Exceto, como dito, se houver lei autorizando. E a lei que faz concessões tem que obedecer à norma geral sobre o tema, que é a Lei de Responsabilidade Fiscal, a multicitada Lei Complementar 101, de 04.05.2000. (VELOSO, 2011, p. 96).

Agindo em desconformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, o administrador – no caso do IPTU, o prefeito – está sujeito às penas nela fixadas. Uma das consequências é o da inelegibilidade. Significa que não poderá se candidatar a cargos eletivos pelo prazo que a Sentença fixar.

Considerando que a Administração Pública deve, cogentemente, cumprir o previsto em lei (Princípio da Legalidade, como dispõe o artigo 37

da Constituição Federal de 1988), o ato de deixar de cobrar o tributo, ainda que recorrendo ao Poder Judiciário para propor ação de execução fiscal, está descumprindo a determinação constitucional. E quem descumpre um dos Princípios da Administração Pública, comete também um crime de improbidade administrativa. A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, assim dispõe:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

[...]

A pena a ser imposta ao administrador que deixa de cumprir os Princípios constitucionais é, como descrito no inciso III do artigo 12 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1991, a determinação de que haja

ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Quanto à multa civil, fácil é a conta. Durante um mandato, um prefeito fica no poder por 48 meses. No interstício, recebe, pois, 48 meses de subsídio (um prefeito não deve receber “décimo terceiro salário”, por determinação do que contém o § 4.º do artigo 39 da Constituição Federal, pois o subsídio do “membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais” deve ser “fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória”). Assim, a multa de cem vezes o valor do subsídio corresponde a um pouco mais do que o dobro do que o prefeito, durante todo o mandato, pode perceber.

8 A Iniciativa da Punição ao Administrador Improbo

Giza a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, em seu artigo 14, que qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para se ver instaurada a investigação que culminará na condenação do administrador que não cumpre a Lei de Improbidade Administrativa. Lei que, em seu artigo 4.º, reforça a obrigatoriedade de o agente público cumprir os princípios da Administração Pública.

A representação poderá se dar ao Ministério Público. Nas Comarcas em que há razoável quantidade de Promotores de Justiça, costuma o Ministério Público escalonar os Promotores por especialidade. E há uma Promotoria encarregada do Patrimônio Público. A este Promotor, a representação pode ser encaminhada.

Também há mecanismos individuais, à disposição de quem os quiser. A Ação Popular (Lei 4.717, de 29 jun.1965 e artigo 5.º, inciso LXXIII, da Constituição da República) e, com razoável esforço de exegese, a Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, especialmente artigo 1.º, inciso IV). E mesmo se a iniciativa fosse exclusiva do Ministério Público, a eventual omissão dos seus integrantes transferiria ao cidadão o direito de acionar a Justiça, com fundamento no inciso LIX do artigo 5.º da Carta Magna.

Obviamente, a punição será aplicada pelo Poder Judiciário (Constituição Federal, artigo 5.º, incisos XXXVII, LV e LVII).

9 Conclusão

O Direito Tributário contém especificidades que requerem estudos irremediavelmente específicos. Um deles, as questões oriundas da taxionomia dos tributos em impostos, taxas e contribuições. Cada espécie é constituída por segmentos que requerem detalhes quanto à instituição da base legal, os princípios de observância cogente, a constituição do tributo, seu lançamento, sua inscrição em dívida ativa, sua efetiva cobrança. E, por acréscimo, a responsabilidade atribuída a quem, por ser agente/administrador, tem o dever de ofício de ver e fazer ser cumprida.

Dentre os tributos, o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) é o que mais atinge a população em sua camada mais vária. Por conseguinte, muitos integrantes das camadas detentoras de menos conhecimen-

tos jurídicos questionam atribuições e competências quando há cobrança, e quase sempre não reclamam o dever de cumprir as Leis de Responsabilidade Fiscal e de Improbidade Administrativa.

Cabe ao operador do Direito – em suas diversas faces, como o Advogado, o Promotor, o Juiz, o Procurador – estar sempre respondendo à população em geral alguns questionamentos e opiniões (personalíssimas, quase sempre desprovidas ou descompromissadas para com o conhecimento da legislação) que envolvem o tema.

Por sinal, tema pouco estudado, quando se pensa na profundidade dos detalhes, na variedade dos conceitos, na multiplicidade de conhecimentos que são aplicados para a engrenagem mostrar toda a fundamentação legal.

Por tais motivos, o estudo envolvendo o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) é credor de espaços, debates, discussões acadêmicas, elaboração de peças científicas e pesquisas científicas fundamentadas em saber jurídico. Tudo isso, carreando para a realidade de que, somente quando se conhece profundamente um segmento do Direito – com o respeito de que, em verdade o Direito não é segmentado de forma propriamente dita, mas apenas estudado em módulos ou disciplinas que se complementam e interpenetram – pode-se colaborar, como operador do Direito, para que a Justiça seja presente no viver de todos.

Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 maio 2000.

BRASIL. Lei 4.717, de 29 jun.1965. Regula a Ação Popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jul. 1965.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 1966.

BRASIL. Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 set. 1980.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade... *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 out. 1991.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras

providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2010.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Código tributário nacional: anotações à constituição, ao código tributário nacional e às leis complementares 87/1996 e 116/2003*. São Paulo: Atlas, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Direito processual administrativo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE

PONDERAÇÕES INICIAIS SOBRE HERMENÊUTICA JURÍDICA

Brunna Campos Eleutério¹
Lucian Martins Veloso²

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo apresentar um panorama da disciplina Hermenêutica Jurídica, iniciando com um breve histórico do desenvolvimento das teorias pertinentes, passando por uma explanação quanto aos sistemas interpretativos e regras de interpretação consideradas pela doutrina. Após esta inicial contextualização do tema, incursiona na análise da relação da hermenêutica com a linguagem, como instrumento do pensamento e de comunicação. A relevância do estudo desta temática torna-se maior devido à necessidade de adequar as interpretações dos textos normativos às transformações sociais. Os profissionais do Direito devem se dedicar arduamente ao estudo da Hermenêutica Jurídica, buscando assim a Justiça.

Palavras-Chave: Hermenêutica; Sistemas de Interpretação; Justiça.

ABSTRACT

This paper aims to present an overview of the discipline Legal Hermeneutics, starting with a brief history of the development of relevant theories, passing through an explanation about the systems of interpretation and rules of interpretation considered by the doctrine. After this initial background of the topic, ventures on the analysis of the relationship of hermeneutics to the language as an instrument of thought and communication. The relevance of the study of this issue becomes larger because of the need to adapt to the interpretations of legal texts the social transformations. Legal professionals should devote themselves to study hard in Legal Hermeneutics, trying to Justice.

Keywords: Hermeneutics, Interpretation Systems; Justice

Introdução

Hermenêutica, do grego *hermeneuein*, é tida popularmente como filosofia da interpretação. De acordo com Freitas Júnior (2009)³, consiste na ciência que estuda os caminhos da interpretação, buscando explicar e clarificar o significado oculto do objeto em questão. Assim, através da hermenêutica compreende-se o objeto de estudo além da sua aparência, percebendo-se seu significado mais profundo, não manifestado.

Segundo Musetti (1998)⁴, a palavra grega *hermeios* remete ao deus Hermes, a quem os gregos atribuíam a descoberta da linguagem e da escrita. Desse modo, uma vez que descobriu as ferramentas para alcançar o significado das coisas e transmiti-los aos outros, Hermes associava-se à função de transmutação, ou seja, transformava aquilo que a compreensão humana não alcançava, em algo compreensível.

Freitas Júnior (2009)⁵ salienta que o conceito de hermenêutica surgiu no século XVII, com as discussões ideológicas entre os protestantes e católicos sobre a interpretação da Bíblia. Considera-se que Schleiermacher, *apud* Freitas Júnior (2009), no século XIX, desempenhou a formulação da hermenêutica moderna que poderia ser aplicada em qualquer ciência. Empregava-se o método científico nas interpretações em busca de um resultado mais objetivo.

Posteriormente, Dilthey, *apud* Freitas Júnior (2009), desenvolveu a hermenêutica histórica que afirmava o método da

¹ Acadêmica do 9.º Período da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA)

² Acadêmico do 9.º Período da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA)

³ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=102307&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 10 ago. 2010.

⁴ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

⁵ Vide nota 3.

compreensão, empregando sua teoria nas ciências do Espírito. Heidegger, *apud* Freitas Júnior (2009), preponderava que a hermenêutica desempenhava uma interpretação independente da subjetividade do observador, já que a compreensão era considerada existência por si própria, tal qual o método de ser do Dasein (ser-aí), sustentando, assim, a ontologia hermenêutica. Com Gadamer, *apud* Freitas Júnior (2009)⁶, houve um giro hermenêutico, afirmando-se a hermenêutica filosófica. De acordo com sua teoria, o intérprete analisa o fenômeno influenciado por seu passado e seus preconceitos, de forma que o objetivismo e o uso do método científico clássico não eram suficientes para estabelecer a compreensão. Já Habermas, *apud* Freitas Júnior (2009)⁷, desenvolveu a hermenêutica crítica. Recriminava o subjetivismo defendido por Gadamer, *apud* Freitas Júnior (2009)⁸, segundo o qual esses elementos revelariam preconceitos ilegítimos que prejudicariam a boa interpretação.

Percebe-se, por conseguinte, que a função inicial da hermenêutica se ampliou com o surgimento de novos ramos da ciência, estendendo-se a outras áreas do conhecimento, como a ciência do Direito a qual se passa a discorrer.

1 A Hermenêutica Jurídica

Para Maximiliano (2006, p. 1), a Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Com isso, a Hermenêutica Jurídica permite interpretar o ordenamento jurídico, dando-lhe um significado que pode não consistir naquele almejado pelo legislador.

Segundo Dias e Mendes (2010)⁹, a compreensão da “Hermenêutica Jurídica” requer considerações preliminares sobre a norma jurídica, uma vez que toda norma jurídica necessita de interpretação e, quando o operador do Direito se propõe a analisar um caso concreto, busca no ordenamento jurídico uma norma abstrata que deverá ser aplicada,

realizando, portanto, a interpretação do Direito.

Melo (2000, p. 68) define norma como “toda regra que serve de pauta a uma conduta ou para agir” e, sendo esta jurídica, apresenta como características a coercibilidade e a exigibilidade.

Na visão de Sousa Júnior (2009), a interpretação do direito não deve consistir em análise superficial do texto normativo, sendo necessário aprofundado exame das expressões e do contexto sociojurídico em questão, de forma a obter uma correta aplicação ao caso fático. Destarte, a Hermenêutica Jurídica é um procedimento complexo, exigindo dedicação, conhecimentos jurídicos e dos fenômenos sociais que compõem o cotidiano.

Musetti (1998)¹⁰ pondera que, ao se interpretar o ordenamento jurídico, considera-se o conjunto de leis, os fatos e valores originários e supervenientes ao ordenamento jurídico. Portanto, através da Hermenêutica Jurídica, o intérprete reconhece os valores subtendidos à letra da lei. Segundo Musetti (1998)¹¹, a Hermenêutica Jurídica deve ser utilizada de forma que estes valores favoreçam sempre a causa do homem e da sociedade. Entende-se, assim, que a Hermenêutica Jurídica deve buscar garantir a dignidade humana, valorizando o bem comum.

2 Sistemas interpretativos

O intérprete, diante de determinado texto normativo, deve se valer de orientações em sua tarefa de encontrar a significação do texto, tornando possível sua aplicação no caso concreto. Essas orientações são denominadas sistemas interpretativos que, de acordo com França (1999), são divididos em dogmático, exegético ou jurídico-tradicional; histórico-evolutivo; da livre pesquisa ou livre criação do direito.

O sistema dogmático é também chamado sistema francês, por estar ligado à promulgação do Código de Napoleão, segundo o mesmo doutrinador. A ideia deste sistema é que a lei continha todo o direito. A orientação extremada era representada por Laurent, *apud*

⁶ Vide nota 3.

⁷ Vide nota 3.

⁸ Vide nota 3.

⁹ Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/61/59>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹⁰ Vide nota 4.

¹¹ Vide nota 4.

França (1999). Expressava que a lei é clara, de forma que seus termos correspondem ao pensamento do legislador. Assim, a tarefa do intérprete se reduzia a explicar o texto normativo, devendo conformar-se com seus defeitos.

A orientação moderada, representada por Baudry-Lacantinerie, *apud* França (1999), apesar de exegética, determina regras para a interpretação da lei, em caso de dúvida, tais como interpretação sistemática com consultas às fontes do legislador, exame dos trabalhos preparatórios, ponderação das consequências das interpretações possíveis ou busca do espírito da lei.

França (1999) discorre também sobre o sistema histórico-evolutivo, representado por Savigny, fundador do historicismo jurídico. No Brasil, essa orientação foi adotada por Espínola e Carlos Maximiliano. Destacam-se os quatro elementos básicos da interpretação, sendo eles gramatical, lógico, histórico e sistemático. Recomenda-se que esses elementos atuem em conjunto como modo mais adequado de extrair o sentido do texto jurídico.

Neste sentido, assegura França (1999, p. 14):

Por outro lado, o bom sucesso de toda interpretação depende de duas condições nas quais aqueles quatro elementos se resumem: “Primeiro, de que nos representemos ao vivo aquele ato intelectual (do legislador), de onde provém a especial expressão do pensamento diante da qual nos encontramos; segundo, de que tenhamos suficientemente presente a idéia de todo o complexo das relações históricas e dogmática, concernentes ao esclarecimento desse ponto particular, descobrindo desde logo as suas correlações”.

Percebe-se, por conseguinte, a necessidade de junção de todos estes elementos ao interpretar, associados aos conhecimentos jurídicos e dos fatos e transformações sociais, obtendo-se uma interpretação atenda com eficácia aos anseios da sociedade.

Sousa Júnior (2009) denomina os elementos em questão de métodos de

interpretação, classificando-os em histórico, literal, gramatical, lógico e sistemático.

O método histórico sustenta que a lei nasce sob os ditames de uma sociedade em determinado momento histórico e contexto de espaço e tempo, assumindo relevância à compreensão da norma jurídica os antecedentes históricos vinculados ao seu surgimento. Dessa forma, entende-se que trabalhos preparatórios para a promulgação da lei, como discussões parlamentares e emendas preteridas tornam-se interessantes para tanto.

A interpretação literal parte do pressuposto de que o sentido do texto normativo é alcançado com a decodificação parcial do texto, analisando-se o significado de cada palavra.

A interpretação gramatical sugere encontrar o sentido da lei através da concatenação das estruturas textuais, observando-se as regras gramaticais.

A lógica consiste em buscar extrair a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto. Torna-se necessário, neste caso, entender o pensamento do legislador ao produzi-la.

O método sistemático recomenda que os textos normativos sejam analisados em harmonia com os princípios e regras do ordenamento em vigência.

Faz-se necessário ainda mencionar o método teleológico¹², segundo o qual é sempre possível atribuir um propósito às normas, ou seja, seu telos (fins) que devem sempre estar voltados para o bem comum.

Por fim, discorre-se sobre o sistema da livre pesquisa. De acordo com França (1999), Serpa Lopes, principal representante, fundamentou sua teoria na mesma concepção do sistema histórico-evolutivo, afastando-se do dogmatismo jurídico. Esta teoria alarga suas vistas para horizontes novos e mais dilatados. Sugere outras fontes jurídicas autônomas além da lei, apresentando um novo Direito que pode sobrepor-se ou mesmo contrapor-se às disposições legais. Divide-se em duas vertentes: romântica e científica. À romântica vincula-se o fenômeno Magnaud. De acordo com este, o magistrado, em suas sentenças, pode valer-se de total libertação de peias legais.

¹² Disponível em: <http://www.centraljuridica.com/doutrina/19/direito_do_trabalho/interpretacao_da_norma_trabalhista_integracao_das_lacunhas.html>. Acesso em: 10 ago. 2010.

No entanto, França (1999, p. 18) salienta que “não se trata propriamente de um sistema científico, senão de uma atitude antijurídica que, se generalizada, comprometeria a paz e a segurança públicas.”. Assim, a ideia de liberdade oferecida por esta vertente pode acarretar explorações econômicas, sociais e políticas, uma vez que a ausência de segurança jurídica afeta a dignidade humana.

Segundo França (1999), a orientação científica, representada, principalmente, por Bufnoir, na França, e por Ihering, na Alemanha, divide-se em Escola Extremada e Escola Moderada.

Conforme França (1999), a Escola Extremada é representada por Stammler e Zietelmann. Gény é o principal mestre da Escola Moderada, apresentando como ideia a procura do Direito pelo intérprete. No Brasil, destaca-se Beviláqua como adepto da Escola Moderada.

3 Regras de Interpretação

França (1999, p. 21) denomina hermenêutica como “o conjunto orgânico das regras de interpretação.”. Segundo o autor, a hermenêutica é composta por três espécies de conjuntos de regras de interpretação, sendo eles as legais, as científicas e as da jurisprudência.

Os arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, prescrevem normas para a interpretação das leis. Reproduz-se o art. 4.º:

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Portanto, a suplementação apenas será admitida em caso de omissão. E, conforme França (1999), o intérprete deve observar se realmente consiste ou não em lei omissa ou defeito da lei, situação em que também será possível se valer das normas previstas no art. 4.º ao interpretar.

O art. 5.º reza que

Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Entende-se que as expressões *fins sociais* e *bem comum* remetem ao bem-estar do homem e da sociedade. França (1999)

acredita que a expressão *exigências do bem comum* consiste em ociosidade do legislador, uma vez que as leis se destinam sempre ao bem comum, não sendo prescrita para uma utilidade em particular. Por conseguinte, a interpretação baseada neste dispositivo legal, deve sempre estar direcionada para a causa da sociedade.

Sobre a questão, França (1999, p. 23) considera:

Finalmente, examinadas segundo uma perspectiva global, é importantíssimo notar que as regras contidas já no art. 4.º, já no art. 5.º do estatuto introdutório em vigor, nos permitem averiguar que o nosso legislador, direta e indiretamente, mostrou consagrar uma orientação que, quando menos, se enquadra no sistema histórico-evolutivo, aliás o que mais profundas raízes encontra em nossa tradição jurídica.

Desse modo, o sistema histórico-evolutivo, através dos métodos apresentados, busca interpretar à luz das necessidades da vida em sociedade, observando-se o contexto social e suas mudanças.

As regras científicas estão presentes em doutrinas que consolidam a Hermenêutica Jurídica. França (1999) cita como autores pioneiros, no Brasil, Mello Freire, Paula Baptista e Carlos Maximiliano.

A jurisprudência também apresenta regras de interpretação. Nesse sentido, França (1999) destaca algumas como afastar a exegese que conduz ao absurdo; as leis excepcionais devem ter interpretação restritiva; em caso de leis sociais, o intérprete deve adquirir espírito social, no intuito de afirmar a verdade lógica.

4 A Linguagem na Hermenêutica Jurídica

Na visão de Galuppo (2002), a linguagem possui como uma de suas funções produzir a integração social, visto que consiste em único meio capaz de coordenar legitimamente os planos individuais de ação. Segundo o mesmo autor, durante a comunicação, os enunciados proferidos desenvolvem-se em três tipos de pretensão de validade, sendo elas a pretensão de verdade, de veracidade e de correção normativa.

A pretensão de verdade corresponde ao mundo objetivo (compartilhado por todos os

seres naturais). Refere-se à adequação do enunciado linguístico à realidade fática.

A pretensão de veracidade corresponde ao mundo subjetivo (da expressão de sentimentos e emoções; de acesso privilegiado do indivíduo). Refere-se à adequação entre o que se sente e o que se expressa.

A pretensão de correção normativa, por sua vez, se liga ao mundo intersubjetivo (compartilhado pelos seres racionais, sendo o mundo da Moral e do Direito). Refere-se à correspondência entre as normas voltadas para a condução da sociedade e a solução dos conflitos, ou seja, este enunciado implica a interpretação dos textos normativos.

Galuppo (2002) considera que, quando os planos individuais de ação entram em conflito, torna-se necessário realizar a integração social através da ação estratégica ou do agir comunicativo (discurso). Assim, em caso de dúvida quanto à interpretação de determinada lei, sugere-se adotar uma destas ações.

A ação estratégica ocorre quando uma pessoa utiliza outra pessoa como meio adequado à realização de um fim, tratando-se de influência sobre os envolvidos.

Tratando-se de agir comunicativo, o agente procura convencer outra pessoa de suas pretensões. Verifica-se transparência no comportamento do agente que busca o consenso, o entendimento.

Neste contexto, Galuppo (2002, p. 129) destaca:

Isso implica a falência da agir estratégico em produzir de modo duradouro a integração social, por não conseguir coordenar de maneira estável os planos de ação. Essa tarefa só pode ser compreendida pelo agir comunicativo, por meio do discurso.

Portanto, o agir estratégico é ineficaz por mostrar-se efêmero, sendo que, ao se fracassar um procedimento estratégico, este teria que ser sustentado por outro ou cria-se nova estratégia. Galuppo (2002) defende que o agir estratégico é uma distorção do agir comunicativo, pois apenas se vale daquele quando este falha.

O discurso caracteriza-se pela imposição do melhor argumento, sendo aquele que

melhor resiste a críticas. Caso não seja acatado, o discurso deixa de ser racional.

Torna-se necessário mencionar a contradição performativa. De acordo com Galuppo (2002, p. 133), esta expressa que “não se pode afirmar que é impossível convencer a não ser tentando convencer;”. Com isso, entende-se que a solução racional para os impasses, sobretudo quanto à interpretação de textos normativos, apenas será possível através do discurso, possibilitando a integração social, ocasionada pela interpretação adequada.

Considerações Finais

Em suma, a Hermenêutica Jurídica constitui instrumento essencial para a dinâmica da aplicação dos textos normativos, uma vez que busca reconhecer os valores subjacentes à letra da lei que deve voltar-se sempre para o bem comum, sendo também esta a função das leis que nunca deverão beneficiar determinado indivíduo. De acordo com Musetti (2001)¹³, “é a existência e aplicação da Hermenêutica Jurídica que aproxima o Direito da Justiça”.

Nesta linha, Freitas Júnior (2009) observa:

O aplicador do direito, assim, tomará um dispositivo jurídico apenas como ponto de partida para a superação dos conflitos de interesses e nesse rito aliará a seus conhecimentos técnicos às regras da hermenêutica para se chegar a um clímax interpretativo da concretização da norma.

Assim sendo, os profissionais do Direito devem intensificar seus estudos da Hermenêutica Jurídica, questionando-se acerca das razões da aplicação da lei, aspirando, desta forma, à realização da Justiça.

Sobre a questão, Dias e Mendes (2010, p. 94)¹⁴ ressaltam:

[...] a interpretação da norma – hermenêutica – deve ser construída e alicerçada na realidade de uma sociedade em constante evolução social, política, econômica, espiritual, etc., sem isso a interpretação sofreria um sério risco de julgar-se vazia e calcada em notório subjetivismo.

¹³ Vide nota 4.

¹⁴ Vide nota 9.

Destarte, diante da complexidade dos conflitos humanos e sociais, exige-se que o jurista interprete as normas conforme cada caso concreto, atentando-se para as constantes transformações sociais. Cabe a ele adaptar o preceito das normas à realidade dos fatos, afastando sua abstração.

Glezer (2010)¹⁵ salienta que a concepção do fenômeno jurídico é interpretativa e normativa. A diferença do Direito de outros fenômenos sociais é definida através de condições de verdade, carecendo o debate atual pautar-se nos diferentes modos de compreender a realidade e, por conseguinte, o fenômeno jurídico.

A aplicação da norma deve apresentar como propulsor a interpretação, sendo necessário, para tanto, que o jurista domine o procedimento hermenêutico e sua aplicabilidade em cada caso concreto, afastando o excesso da exegese. Torna-se, ainda, imprescindível para a coerência das decisões judiciais o controle da sociedade sobre as atividades jurídicas.

Referências

DIAS, Maria da Graça dos Santos; MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A relação entre política jurídica e a nova hermenêutica jurídica. *Lex humana*, n. 2, p. 73-100, 2010. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/61/59>>. Acesso em: 20 abr. 2011

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. O Caminho Hermenêutico do Jurista na Aplicação do Direito. *Revista Virtual da AGU*, n. 93, p. 3-14, Out. 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=102307&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 10 ago. 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GLEZER, Rubens Eduardo. Hermenêutica e realidade: o debate metodológico entre hart, dworkin e raz. *Revista de filosofia do direito, do estado e da sociedade*, p. 259-270, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/51/29>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

INTERPRETAÇÃO da Norma Trabalhista e Integração das Lacunas. Disponível em: <http://www.centraljuridica.com/doutrina/19/direito_do_trabalho/interpretacao_da_norma_trabalhista_integracao_das_lacunas.html>. Acesso em: 10 ago. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELO, Osvaldo Ferreira. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

SOUSA JÚNIOR, Ariolino Neres. Breves Considerações sobre Hermenêutica Jurídica. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 35, p. 60-61. set., 2009.

VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/51/29>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA *INITIO LITIS*: A BUSCA PELA CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAL

Camila Caroline Rocha Chaves¹

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar, de maneira sucinta, a importância da aplicação do art. 285-A do Código de Processo Civil diante dos maiores problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro: a celeridade e efetividade na prestação jurisdicional. O abandono de dogmas e formas que não mais satisfazem a atual resolução dos conflitos dos jurisdicionados é uma necessidade que se faz urgente. Não se pode descuidar, porém, os direitos e garantias fundamentais dos litigantes.

Palavras-chave: celeridade, efetividade, princípios constitucionais.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate succinctly the importance of applying art. 285 - The Code of Civil Procedure before the biggest problems faced by the Brazilian judiciary: the speed and effectiveness in the adjudication. The abandonment of tenets and forms that no longer meet the current conflict resolution are under jurisdiction of the needs that are emerging that are more, not stopping to observe, however, the fundamental rights and guarantees of the litigants.

Keywords: speed, effectiveness, constitutional principles.

1 Introdução

Com o intuito de dar mais celeridade ao sistema jurisdicional pátrio, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro o art. 285-A do Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei n.º 11.277/2006. Referido dispositivo introduziu a possibilidade do julgamento de improcedência no início do processo, com base em outra sentença proferida pelo mesmo juízo

competente em precedente semelhante analisado em outra demanda. Segundo Theodoro Júnior (2006), a finalidade maior desse instituto é tentar evitar que inúmeros processos com causas análogas, as chamadas demandas de massa, abarquem ainda mais o Poder Judiciário e impeçam a prestação jurisdicional em tempo hábil.

A justificativa para a utilização desse instrumento processual é a possibilidade de se solucionar, de maneira rápida e eficiente, aquelas causas que se repetem por dezenas ou até milhares de vezes em um mesmo juízo. De acordo com os ensinamentos de Neves et al (2006, p. 376):

O legislador apenas potencializou nesse dispositivo do CPC o princípio da economia processual, permitindo que seja resolvido de imediato um processo cujo desfecho, ao menos perante aquele órgão jurisdicional, de antemão já se sabe.

2 Movimento reformador do Código de Processo Civil Brasileiro

Desde o advento da CRFB/88, o CPC vem sofrendo inúmeras alterações. Essas modificações são justificadas pela atual situação na qual se encontra o Judiciário brasileiro: grande parte dos litígios levam anos ou até mesmo décadas para serem solucionados e a tutela jurisdicional se torna cada vez menos eficaz.

A ideia de estabelecer normas processuais que buscam uma maior celeridade processual existe desde o Império Romano. Segundo Fiúza (2002), desde essa época, vislumbrou-se a necessidade da criação de regras que tratassem da questão relativa ao tempo e que, principalmente, apresentassem uma forma de resolver os litígios em prazo certo e determinado.

Civilizações posteriores também se preocuparam com o fator temporal na solução de seus conflitos, como o Código de Manu, na

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Índia, e a Bula Clementina, na Era Medieval. Em nenhuma delas, no entanto, encontra-se uma maneira tão clara e desenvolvida como as regras criadas pelos romanos.

O que, no passado, era uma questão de ordem, hoje se apresenta como o maior entrave para a solução dos litígios no Judiciário brasileiro. Por esse motivo, as reformas no Processo Civil são tão frequentes. A finalidade precípua dessa onda reformista, segundo Santos (2006), é dar maior agilidade ao trâmite processual e, em consequência, mais credibilidade ao Poder Judiciário. A prestação jurisdicional, em muitas situações, não vem conseguindo assegurar a todos o acesso à Justiça, em tempo razoável, como previsto constitucionalmente.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, percebeu-se uma maior preocupação do legislador constituinte com a questão da prestação jurisdicional em tempo hábil. Elevou-se à categoria de garantia fundamental o direito à tutela jurisdicional de maneira célere, como prevê o art. 5.º da Constituição de 1988, em seu inciso LXXVIII, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

Nos dizeres de Theodoro Júnior (2009, p. 15) as várias reformas do Código de Processo Civil possuem “um só e principal objetivo: acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados.”. Complementa, ainda, afirmando que a preocupação maior do processualista da atualidade é o denominado “processo de resultados”, o qual pretende abandonar a constante preocupação com as formas e buscar a efetividade tão esperada por quem provoca o Poder Judiciário a fim de ver solucionado o seu conflito.

A recorribilidade constante à novas fórmulas que tornem mais célere a prestação jurisdicional acabou deixando de lado alguns dogmas processuais sustentados durante anos. Procura-se dar lugar à praticidade em detrimento do excesso de formalismo e burocratização que ainda permeiam a atividade jurisdicional, como bem assevera Dinamarco (2006, p. 11):

O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX levou o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entravam a máquina e abriram-se para a malícia e a chicana. Para preservar as garantias do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, levou-se a extremos as regras técnicas sobre a competência. Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito.

É nesse clima inovador que surge o instituto do julgamento de improcedência *initio litis* instituído pela Lei n.º 11.277/06. Sua finalidade precípua é acelerar o andamento processual e julgar, de início, causas que talvez demandariam anos e em que já se sabe exatamente qual a solução a ser adotada, tudo em nome da economia e celeridade processual.

Uma nova etapa vem sendo inaugurada no processo civil brasileiro, procurando acompanhar a evolução social brasileira, estabelecendo normas inovadoras e talvez até mesmo de caráter bem radicais, pois segundo Souza (2010)², “o CPC vigente não mais atende às necessidades atuais dos jurisdicionados. É incapaz de tornar concreto o direito à razoável duração do processo.”.

A onda reformista provocou no Judiciário inúmeras mudanças, inovando em muitos sentidos. A título de exemplo, pode-se citar a Lei n.º 8.952/94, que instituiu no ordenamento jurídico a possibilidade de conceder o mérito da demanda antes mesmo de prolação de sentença em sede de tutela antecipada; a Lei n.º 11.232, que possibilitou a fase de

² Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-22/reforma-cpc-garantir-direito-razoavel-duracao-processo>>. Acesso em: 20 out. 2010.

cumprimento de sentença e inaugurou, segundo Câmara (2009, p. 146) “um processo misto, sincrético em duas fases: o módulo processual de conhecimento e o módulo processual executivo.”.

Há, ainda, a Lei n.º 11.187/05, que alterou a sistemática do agravo de instrumento, dando-lhe nova redação legal e novo procedimento e, por fim, o atual projeto que pretende reformar o CPC brasileiro realizando mudanças significativas na seara processualista, como a diminuição do número de recursos (fim do agravo de instrumento, a não ser para questões de urgência), limitação do uso de embargos à declaração e a tramitação de processos virtualmente.

De acordo com Ministro Luiz Fux (2010)³, que coordena a comissão de juristas que elaboraram o anteprojeto de Reforma do CPC, “buscou-se eliminar as três principais causas do problema: o formalismo dos processos, o excesso de recursos aos tribunais e a litigiosidade desenfreada no país desde os anos 70, tendência nunca revertida.”.

3 Julgamento imediato do pedido na apreciação da petição inicial

Reza o *caput* art. 285-A do CPC, instituído pela Lei 11.277/06:

Quando a matéria controvertida for exclusivamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

A redação dada ao dispositivo contido no CPC pressupõe, segundo Santos (2006), uma alteração brusca na tríade processual autor–juiz–réu, tendo em vista que o magistrado fica autorizado a proferir sentença na situação em que o processo se encontrar e sem nem mesmo ser formada a relação jurídica triangular com a citação do demandado, julgando, liminarmente, improcedente a ação.

De acordo com os ensinamentos de Neves et al (2006, p. 375) “o legislador potencializou neste dispositivo do CPC o princípio da economia processual, permitindo que seja

resolvido de imediato um processo cujo desfecho, ao menos perante aquele órgão jurisdicional, de antemão já se sabe.”.

O que se busca com a aplicação do art. 285-A do CPC é uma maneira de melhor resolver demandas de massa, entendidas por Câmara (2008) como aquelas em que se possui sempre a mesma tese jurídica sem trazer, contudo, fatos inovadores, como ocorre com as ações previdenciárias, as de cunho tributário e grande parte das que tramitam perante a Justiça Federal.

Um ponto, porém, merece atenção. A redação do *caput* do artigo fala em “casos idênticos”, expressão erroneamente utilizada pelo legislador, pois segundo Bueno (2006, p. 77) “os processos repetitivos regrados pelo art. 285-A são aqueles em que se tem a mesma tese jurídica, e não aqueles que possuem as mesmas partes litigando entre si pelas mesmas razões e para os mesmos fins.”. Para Theodoro Júnior (2006, p. 17)

Não se pode exigir identidade de causas ou ações, mas apenas de casos. Se as causas fossem idênticas teriam de reproduzir partes, pedidos e causas de pedir. Ter-se-ia litispendência ou coisa julgada, o que provocaria extinção do processo sem julgamento de mérito nos termos do art. 267 do CPC.

Na opinião de Santos (2006, p. 146), “identidade, nessa hipótese, é simples aparência, sem que haja qualquer identificação de partes e causa de pedir.”.

A aplicação do dispositivo em apreço às demandas de massa pressupõe alguns requisitos indispensáveis, sem os quais não se pode cogitar em utilizá-lo. O primeiro requisito diz respeito ao fato de que somente terá incidência a dita norma nas hipóteses em que a matéria controvertida seja unicamente de direito, assim entendida por Bueno (2006, p. 74) como aquela em que “a tese jurídica predomine sobre eventuais questões de fato.”. Neves et al (2006, p. 380) advertem que:

Por razões óbvias, lógicas e constitucionais, o art. 285-A apenas prevê a resolução imediata quando a matéria trazida na causa de pedir for unicamente de direito. Eventual previsão legal de resolução imediata também nas hipóteses

³ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=102739&%3BcodAplicativo=2>>. Acesso em: 20 out. 2010

de matéria de fato redundaria num preceito tragicamente inconstitucional, já que seriam suprimidas do autor as garantias do contraditório da ampla defesa.

A hipótese de improcedência em questão unicamente de direito justifica-se pelo motivo de que, caso implicasse também a não apreciação das situações de fato, grande prejuízo teria o autor, o qual não poderia provar os acontecimentos por ele alegados. Ressalta Santos (2006, p. 146), ainda quanto à abrangência da expressão situação de direito:

Na questão de direito o elemento fático não se despreza, mas o que se observa é que, em razão de sua própria contextura, uma situação jurídica concreta e determinada se cristaliza, de tal forma que, por ela, em si, é que a improcedência se justifica em um e em outro caso.

O segundo pressuposto a ser observado é a existência de decisões anteriormente proferidas pelo mesmo juízo que consistam na total improcedência do pedido. De acordo com Didier Júnior (2009, p. 350) são espécies de demandas nas quais “se o magistrado já tiver concluído, em outros processos, que aquela pretensão não deve ser acolhida, fica dispensado de citar o réu, podendo julgar antecipadamente o mérito da causa.”

O entendimento trazido pela letra fria do artigo é de que as decisões já anteriormente proferidas referem-se àquelas ditadas pelos juízes de Primeira Instância, independentemente do entendimento dos Tribunais Superiores. Contudo, tal premissa deve ser diferentemente interpretada, tendo em vista que a aplicabilidade do dispositivo processual em questão não poderá, segundo Bueno (2006, p. 57), “se dar somente no contexto das decisões de primeiro grau [...] pelo menos na medida em que elas mostrem-se contrárias ao entendimento das instâncias competentes superiores.”

Tem-se, portanto, que as decisões proferidas *prima facie* e que, posteriormente, forem reproduzidas, devem estar em total consonância com os ditames dos Tribunais Superiores. Ressalte-se, ainda, que a expressão “total improcedência” é aplicada em seu sentido literal: não se reproduzirá a sentença em sede de julgamento *limine litis* que julgue procedente ou parcialmente improcedente a pretensão do autor, mesmo que se tratem de demandas repetitivas.

O terceiro pressuposto a ser observado quando da aplicação do art. 285-A é o fato de se tratarem de casos idênticos. A questão já fora discutida em momento anterior, levando-se a conclusão de não se tratarem propriamente de casos idênticos, e sim semelhantes, com mesma tese jurídica e mesmos fundamentos. Para Bueno (2006, p. 76) casos idênticos nada mais são do que “aqueles em que a mesma tese jurídica questionada pelo autor já encontraram, naquele juízo, resposta, mesmo que negativa à sua pretensão.”

A polêmica maior do art. 285-A do CPC gira em torno de uma possível inconstitucionalidade procedimental por ele instituída. Muitos doutrinadores afirmam haver a supressão do contraditório e da ampla defesa, ferindo, assim, o devido processo legal amparado constitucionalmente. Consistiria essa inconstitucionalidade no fato de se proferir sentença sem que ao menos tenha sido cientificado o réu. Ocorre, porém, que o parágrafo primeiro da norma processual traz a hipótese de interposição de recurso pela parte vencida contra a decisão de improcedência. Nesse caso, poderá o juiz retratar-se de sua decisão, no prazo de cinco dias, determinando o prosseguimento da ação. Além disso, não se trata de instituto de aplicabilidade obrigatória, tratando-se de mera faculdade do juiz de Primeira Instância que poderá, caso haja interposição de recurso posteriormente, retratar-se da decisão proferida.

Como bem assevera Didier Júnior (2009, p. 349) “a apelação do autor permite o juízo de retratação, garantindo-se, assim, o contraditório em favor do autor, que poderá, com suas alegações, convencer o magistrado do equívoco de sua decisão.”

O parágrafo segundo expressa que “caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”. Com a citação válida e posterior apresentação de contrarrazões pelo apelado, será inaugurada a fase de exercício do contraditório e da ampla defesa ao réu que já fora beneficiado com sentença de improcedência à pretensão posta em seu desfavor. É por tal motivo que grande parte da doutrina defende a impossibilidade de se questionar a constitucionalidade do instituto.

No entender de Bueno (2006), não há supressão do contraditório, ampla defesa ou até mesmos afronta ao princípio do acesso à justiça: esses direitos serão plenamente exercidos pelo autor quando da interposição de sua demanda e, no caso do réu, haverá mera postergação

para momento posterior, não sofrendo ele nenhum prejuízo, já que a decisão proferida é totalmente favorável à sua pretensão.

4 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.695/06

Valendo-se da competência que lhe é atribuída pelo art. 103, VII, da CRFB/88, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil intentou, perante o Supremo Tribunal Federal, a ADI n.º 3.695/06, com o intuito de ver declarada inconstitucional a norma transcrita no art. 285-A do CPC.

A alegação do Conselho requerente é de que o julgamento de improcedência *initio litis* afronta, de modo visível, os princípios previstos no art. 5.º, incisos XXX, LIV e LV da CRFB/88. Afirma-se que o referido artigo admite a utilização, num mesmo juízo, de sentença prolatada em outro processo dando fim ao processo proposto e instituindo, assim, uma sentença vinculante, que impede o curso do processo em primeiro grau de jurisdição.⁴

O controle de constitucionalidade é consagrado na CRFB/88 e tem como escopo retirar do ordenamento jurídico normas consideradas inconstitucionais, assim entendidas por Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1.004) como “atos que incorrem em sanção – de nulidade ou anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional”. O controle de constitucionalidade será promovido, dentre outros modos, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, que poderá impugnar tanto na esfera estadual quanto na federal, leis ou atos normativos que afrontem princípios, direitos e garantias ditados pela Carta Magna.

O escopo da ADI 3.695/06 é, ao final, ver retirado do ordenamento jurídico o dispositivo que permite o julgamento de improcedência por intermédio de “sentença vinculante”.

A referida ADI tem como Relator o atual Presidente da Suprema Corte, o Ministro Cezar Peluso, e até o presente momento não foi julgada. O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) requereu a sua inclusão no julgamento como *amicus curiae*, que se trata nos dizeres de Bueno (2006, p. 62):

[...] um terceiro (isto é, qualquer um que não seja autor nem réu) que pode tomar

a iniciativa de pretender intervir em processo alheio (ou, até mesmo, ser convocado para intervir) para fornecer, ao magistrado, informações necessárias ou, quando menos, úteis para o proferimento de uma decisão jurisdicional que leve em consideração os valores difusos na sociedade que serão, de forma mais ou menos intensa, afetados pelo que vier a ser decidido no processo em que intervém.

Em seu parecer, o IBDP manifestou-se pela improcedência da ação e consequente permanência do instituto no âmbito do Direito Processual Civil. A Advocacia-Geral da União, bem como a Procuradoria-Geral da República, também se posicionaram a favor do instrumento de celeridade processual, e requereram a improcedência da ação.

Há choque de princípios na interpretação do art. 285-A do Código de Processo Civil. Deve-se observar, contudo, as exigências que não justificam mais um modelo processual baseado no formalismo ou, em outro aspecto, um processo devidamente ajustado à atual situação em que se encontra o Judiciário brasileiro. O embate dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e os deles derivados merecem análise aprofundada e minuciosa, devido ao fato de se tratarem de garantias que, se suprimidas de maneira errônea, podem causar graves lesões a direitos individuais.

5 Considerações Finais

A guisa de conclusão, mostra-se visível a necessidade de se buscar, cada vez mais, novas maneiras de se conduzir o processo a fim de que este desempenhe sempre seu papel primordial, que é a prestação da Justiça em tempo hábil.

A aplicação de novas técnicas menos burocráticas e que tornem mais fácil o acesso aos cidadãos são necessidade impostas pela atual situação em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro. A aplicação de dispositivos como o art. 285-A do Código de Processo Civil, ao contrário do que quer fazer crer o Conselho Federal da OAB, nada tem de inconstitucional. Sobretudo, tendo em vista que não suprime o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa.

⁴ Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3695/06 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335580&tipo=TP&descricao=ADI%2F3695>>. Acesso em: 23 out. 2010.

O que se vislumbra é apenas a postergação do exercício de tais direitos, visando uma prestação jurisdicional mais célere, pois, de nada adiantaria o exercício do direito de ação no momento em que se acredita ser o correto, se, ao fim, a prestação jurisdicional não se efetiva em tempo razoável e de maneira correta.

REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Gorette. Reforma do CPC mirou lentidão na justiça, diz Fux. Senado Federal: Portal de Notícias, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=102739&%3BcodAplicativo=2>>. Acesso em: 20 out. 2010
- BRASIL. *Código de processo civil*. Organização Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. São Paulo: Rideel, 2009.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- _____. *Lições de direito processual civil*, v. II. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. I. 11. edição. Salvador: Jus Podvim, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FIÚZA, César. *Direito Processual na História*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *Petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.695/06*. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335580&tipo=TP&descricao=ADI%2F3695>>. Acesso em: 23 out. 2010.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SANTOS. Maurício Barbosa dos. *Comentários às alterações do CPC*. São Paulo: Cultura Jurídica, 2006.
- SOUZA, Ulisses César Martins de. Reforma do CPC vai garantir direito à razoável duração do processo. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-22/reforma-cpc-garantir-direito-razoavel-duracao-processo>>. Acesso em: 20 out. 2010
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OS CASAIS HOMOAFETIVOS E O AMPARO À ADOÇÃO NO BRASIL

Gabrielle Xavier Ribeiro¹

RESUMO

O tema deste artigo é a adoção de crianças e adolescentes por casais homofetivos. Por meio de um estudo crítico, evidencia a possibilidade desse tipo de adoção no Brasil. Visa também desmistificar as implicações na formação da personalidade e identidade da criança adotada por pares do mesmo sexo, bem como delinear a suficiência e aptidão para criação e formação moral, educativa e cultural à luz da afetividade e ao arrepio de concepções discriminatórias. Alicerça-se em pesquisas exploratórias assumidas por Farias e Rosenvald (2009), Dias (2009), entre outros, análises jurisprudenciais, doutrinárias e exposição de entendimentos psicológicos centrados nessa problemática. Nesse viés, o foco do trabalho é traçar uma linha argumentativa abrangendo o reconhecimento da união homoafetiva no Brasil e exterior, a nova Lei da Adoção e a Doutrina da Proteção Integral. São analisadas, também, as influências da sexualidade dos pais no desenvolvimento da personalidade e identidade da criança, com realce para os posicionamentos revelados pela Psicologia no que tange ao crescimento da criança na família homossexual. A justificativa para este trabalho prende-se ao fato de que ele possibilita o conhecimento pormenorizado acerca do tema, permitindo a construção de pós-conceitos balizados pelo ideal de igualdade e respeito. Soma-se a isso a relevância incontestável, em face das mudanças pelas quais a sociedade e constituição das famílias passam, o que implica a necessidade iminente de amparo legal específico, a fim de garantir proteção aos vínculos de afeto estabelecidos e reconhecimento das novas modalidades de família, com os seus respectivos direitos. Somente dessa forma, dar-se-á a perfeita sincronização entre a interpretação constitucional e as complexas exigências do tempo presente. Por conseguinte, a efetivação

dos direitos só será possível na medida em que o Direito puder clarificar suas concepções e desvencilhar-se da moral arcaica que enterra a isonomia e a possibilidade de transformar a vida de milhares de crianças renegadas ao desamparo familiar. Sendo a adoção modalidade de filiação construída no amor, negar às crianças e adolescentes a possibilidade de serem amados pelo simples fato de que os futuros pais compõem um par homoafetivo, é o mesmo que abraçar a discriminação e cumprimentar-lhe por mais esse feito.

Palavras-chave: homoafetividade; adoção; personalidade da criança.

HOMOSEXUAL COUPLES AND THE SUPPORT OF ADOPTION IN BRAZIL

ABSTRACT

This article has scope to examine, through a critical study: the possibility of adoption by homosexual couples in Brazil, the character and identity of children adopted by homosexual couples, as well as outlining the sufficiency and ability to create and moral training, educational and cultural adopted by homosexual, in light of affection, in defiance of discriminatory conceptions. The method used was inductive, grounded in exploratory analysis based on jurisprudence, doctrinal understandings and exhibition focusing on psychological problems in the screen. The psychological aspect that this type of adoption would mean the child is presented as a major obstacle to its effective legalization in Brazil. The focus of the work is to outline a framework covering: recognition of marriage homo in Brazil; New Adoption Law and Doctrine of Integral Protection; adoption by homosexual couples, judicial and constitutional backing; influences on personality development and identity of the child, highlighting the positions

¹ Acadêmica do 5.º Período de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

revealed by psychology when it comes to growing up in homosexual families. From the point of stroke, it seeks to favor the detailed knowledge about the issue and allow the construction of post-concepts, distinguished by equality and respect. The theme has undoubted relevance to the changes that face society and the constitution of families suffer progressively. Moreover, raises the imminent need of legal support specific to ensure protection to the bonds of affection and recognition of new established modality of family, with their own rights. Only thus will give the perfect synchronization between constitutional interpretation and the complex demands of our time. Therefore, the realization of rights is only possible insofar as the law can clarify their views and to extricate himself from the moral archaic Burying equality and the possibility of transforming the lives of thousands of helpless children renegade family. Since the adoption of membership mode built on love, deny children and teenagers the opportunity to be loved by the simple fact that the future parents who are of the same discrimination that embrace and greet him for more than that done.

Keywords: homoaffection, adoption, child's personality.

1 INTRODUÇÃO

A união de pessoas do mesmo sexo incita polêmicas e rotulações pejorativas e discriminatórias vez que, segundo a concepção conservadora, representa legítima afronta ao modelo convencional de família concebido como natural: união de homem e mulher. Todavia, é cabível salientar que independentemente do molde de família reputado “aceitável” pela sociedade, pelo simples fato de constituir-se união familiar, a união homossexual merece a devida proteção, respeito e amparo constitucional. O princípio norteador da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) que baliza o sistema jurídico é o que consagra a dignidade da pessoa humana e ressalta o compromisso do Estado para com o cidadão, a despeito da orientação sexual. Destarte, aos homossexuais, dignos da realização dos mesmos direitos inerentes a cada indivíduo, deve ser conferida a plenitude do exercício da adoção, tal qual é garantido às demais famílias que busquem a concretização de uma filiação edificada no amor.

A CRFB/88 concebe prioridade absoluta ao melhor interesse da criança. Por conseguinte, surgem inúmeras implicações quanto à possibilidade de a convivência em família homoafetiva acarretar “problemas” na formação da sua personalidade e sua identidade. Os “problemas” reputados como consequências do convívio em família homossexual dizem respeito à propensão de a criança ter a sua sexualidade afetada e tendente à orientação homossexual, má formação psíquica, emocional e educacional. O presente trabalho busca desarraigar essa concepção e demonstrar quão aptos à adoção revelam-se os casais homoafetivos, equiparadamente a qualquer indivíduo que se preocupe com o bem-estar da criança e possua plenas condições psicológicas e afetivas para desempenho da função paterna e/ou materna.

2 RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Ao tratar do casamento, o legislador sequer se refere à diversidade de sexo do par, renegando à margem matrimonial as uniões compostas por casais homoafetivos. Segundo Dias (2009, p. 186), a Igreja fez do casamento forma de propagar a fé cristã: “crescei e multiplicai-vos”. A infertilidade dos vínculos homossexuais levou a Igreja a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade. É absolutamente crível a assertiva de que uma relação duradoura e contínua entre pessoas do mesmo sexo produza efeitos no âmbito jurídico, seja ele patrimonial ou pessoal. Malgrado essa realidade inconteste, boa parte da doutrina, apoiada em legalismos formais, ainda insere as uniões homoafetivas sob um manto puramente obrigacional, reputando-as meras sociedades de fato. Adotando um posicionamento mais conservador, versa Gonçalves (2007) que a diversidade de sexos é requisito natural, chegando mesmo a reputar “inexistentes” as uniões homossexuais e defendendo regulamentação de caráter meramente obrigacional. Contudo, a carência de lei não implica inexistência de direito.

2.1 Previsão Constitucional

Embora a lei não tenha contemplado de modo expresso a união homoafetiva como relação familiar, sob a luz de uma interpretação sistêmica e unitária do ordenamento jurídico, é perfeitamente plausível este enquadramento no

art. 226 da Constituição Federal, rol meramente exemplificativo das modalidades de família, que confere a esta especial proteção do Estado e consagra o princípio do pluralismo familiar, bem como o direito ao livre planejamento familiar. A norma prevista no aludido dispositivo possui caráter inclusivo, não sendo admissível excluir qualquer entidade dotada de afetividade, estabilidade e ostensividade. Ademais, ao se considerar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III), da não-discriminação, inclusive por opção sexual (CF, art. 5.º) e da igualdade substancial (CF, arts. 3.º e 5.º) fica notório que o reconhecimento de direitos prescinde qualquer questionamento acerca da identidade e orientação sexual do indivíduo. O direito à sexualidade é direito humano fundamental, natural, inalienável e imprescritível, conforme preceituam Farias e Rosenvald (2009), que acompanha a pessoa desde o seu nascimento e que inclui tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual. Resguardado por mandamento constitucional, não pode ser excluído do âmbito de proteção, vez que nenhum ser humano se realiza com plenitude sem que o direito à sexualidade seja elevado e consolidado como elemento de afirmação da cidadania.

O preâmbulo constitucional, legítimo parâmetro interpretativo, compromete-se em proteger valores ditos supremos em uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O pluralismo reporta à multiplicidade e reconhecimento da diversidade, por conseguinte, sendo a família homoafetiva parte singular da diversidade ora concebida, ignorar sua constitucionalização significa tratar um ser humano comum de modo indigno e contrariar um postulado basilar do Estado Democrático de Direito, conforme corroboram Farias e Rosenvald:

[...] não proteger a entidade homossexual também como grupo familiar é negar a sua compreensão instrumentalizada, retirando proteção da pessoa humana e ripristinando uma era já superada (definitivamente!) institucionalista, como se a proteção não fosse dedicada à pessoa, atentando contra a sua intransigível dignidade. (2009, p. 62)

A família homoafetiva constitui modelo familiar autônomo, logo, uma vez o Estado tendo firmado seu compromisso em conferir especial proteção à família, este deve vetar quaisquer discriminações e preconceitos advindos da raça, sexo ou idade e assegurar o pleno exercício dos direitos sociais e individuais.

2.2 Reconhecimento jurisprudencial e legalização

A omissão do legislador, ainda que possua o condão de obstaculizar a efetivação dos direitos, não desbasta os avanços jurisprudenciais pautados em interpretações axiológicas e progressistas devidamente adaptadas às novas conjecturas e mutações sociais. Nesse diapasão, insurge a Justiça gaúcha como pioneira, ao definir, em 1999, a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas.

Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (TJRS, 8.ª C. Cív., AI 599 075 496, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999).²

Dentro da mesma perspectiva alicerçada no afeto, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar para fins de inegibilidade eleitoral, asseverando que assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos. Outrossim, no âmbito da seguridade social, a Instrução Normativa do INSS 25/2000 concede tanto o auxílio por morte quanto o auxílio por reclusão. Na órbita previdenciária, reconhece-se o direito à inscrição do companheiro homossexual como dependente principal, e, em igual sentido, é reconhecida a possibilidade de partilha de bens, direitos sucessórios, direito real de habitação, direito à visita íntima (no âmbito do Direito Processual Penal) e deferimento de visto de

² Disponível em: <www1.tjrs.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2011.

permanência ao parceiro estrangeiro que viva em união homoafetiva com brasileiro.

Ainda no âmbito nacional, o conceito legal de família trazido pela Lei Maria da Penha representou importante avanço ao agregar de forma declarada ao sistema jurídico as uniões homoafetivas, quando em seu art. 2.º reconheceu: “Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”; confirmando, no parágrafo único do art. 5.º, que independem de orientação sexual todas as situações que configuram violência doméstica e familiar. Em passos lentos e significativos, o ordenamento brasileiro vai assimilando a possibilidade de equiparação de direitos, seguindo uma tendência mundial de respeito à dignidade humana.

No Direito Estrangeiro, consoante aludem Farias e Rosenvald (2009, p. 69), diversos países reconhecem as uniões homossexuais como entidades familiares, a exemplo da Argentina, com a Lei n.º 1.004/2002, conferindo paridade de tratamento protetivo com a família casamentária. Do mesmo modo, a Lei Dinamarquesa 372, de 1989 (Danish Registered Partnership) e a sueca (partenariat – parceria registrada), de 1994, que atribui aos homossexuais idênticos direitos reconhecidos ao casamento. Nesse mesmo passo, vários são os países onde há previsão legal expressa permitindo a adoção por casais homossexuais, valendo destacar: Inglaterra, País de Gales e Países Baixos. O mesmo ocorre em algumas províncias da Espanha, entre as quais Navarra e País Basco.

Malgrado ausência de regramento legal específico, a jurisprudência tem sido profícua e fértil ao produzir seus julgados e abrir precedentes favoráveis ao deferimento da adoção, conforme pode ser conhecido pelo seguinte julgado do Distrito Federal:

Direito constitucional e administrativo. Servidora pública. União homoafetiva. Reconhecimento para fins funcionais. Lacuna no ordenamento jurídico. Analogia. 1. A união homoafetiva merece proteção jurídica, ainda que não encontre no ordenamento jurídico em vigor regramento legal específico, porquanto traz em seu bojo a hodierna concepção de família que leva em conta os laços

afetivos que unem essas pessoas em vida comum, bem como os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual. 2. O princípio da legalidade estrita, que impõe à administração pública o dever de realizar apenas o que está previsto em Lei, não caracteriza óbice à equiparação entre uniões homoafetiva e estável. UBI eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. Ademais, o juiz não pode valer-se do non liquet, ex vi do art. 126 do CPC, do art. 4º da LICC e do art. 5º, XXXV, da CF/88. Precedente do STJ. 4. Recurso de apelação conhecido e desprovido. Unânime. (TJDF, Rec. 2010.01.1.013690-7, Ac. 481.435, 2ª T. Cív., Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, p. 22/02/2011).³

Recentemente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais homoafetivos. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, assentadas na busca por uma interpretação conforme a Constituição que transpusesse o preconceito e reconhecesse a união homoafetiva como entidade familiar. O Relator, Ministro Ayres Brito, argumentou em seu voto que

Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois “é Platão quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. (ADI 4227, p. 09)⁴

³ Disponível em: <www1.tjdf.gov.br>. Acesso em: 15 abr. 2011.

⁴ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jun. 2011

Consoante o exposto, é perceptível que, embora permeada por preconceito, a relação familiar homoafetiva produz efeitos jurídicos que merecem respaldo jurisprudencial, devendo, pois, os juízes, em observância à hermenêutica constitucional, primarem pela aplicação da analogia e Princípios Gerais do Direito, não se abstendo de julgar em face das lacunas.

3 O INSTITUTO DA ADOÇÃO E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Conforme a conceituação tradicional, a adoção é o estado de filiação artificial decorrente de um ato jurídico, em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Para Gonçalves (2005), é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha. Sob a mesma égide, Venosa prescreve que a adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural (2003). Malgrado os méritos doutrinários, é inegável que os conceitos supratranscritos pecam por sua incompletude e ausência de um olhar afetivo, que traduzem o instituto da adoção como modalidade de filiação construída no amor (FACHIN, 1999).

A Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009, não contemplou, de forma expressa, a possibilidade de adoção por casal homoafetivo. Em seu art. 42, § 2.º, a nova Lei ressalta que para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, todavia, em face do que já foi exposto, vale destacar que o conceito de família, seja ela em seu modelo clássico, monoparental ou em união estável, não é um conceito restrito, limitado à heterossexualidade do casal, visto que, sendo a afetividade o elemento fundante da família, outras relações familiares devem ser reconhecidas. Ademais, a despeito do que abarca a Lei da Adoção, a CRFB/88 não apresenta impedimento algum e, como *Lex Mater*, deve ser utilizada como parâmetro para deferimento da adoção.

Como princípios que regem a Lei da Adoção, têm-se a proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares e o interesse superior da criança e do adolescente. Abrigada pelas citadas matrizes axiológicas, a adoção será deferida, conjunta ou individualmente, a quem representar vantagens concretas e reais para o adotado, independentemente da orientação

sexual dos adotantes. Segundo a orientação civil-constitucional que reporta a adoção à precípua finalidade de promover o bem-estar da criança, uma vez aptos ao procedimento e devidamente habilitados, há que se deferir o pedido de habilitação para a adoção.

A doutrina da proteção integral e a vedação de referências discriminatórias na filiação (CRFB/88 227, § 6.º), trouxeram uma nova perspectiva à adoção que agora se entrelaça à ideia da busca de uma família para a criança e não mais de uma criança para a família, reiterando o entendimento de que prioridade absoluta no processo de adoção refere-se à criança e seu bem-estar e assegurando, dessa forma, o direito que esta possui de convivência em seio familiar, independentemente de outros detalhes que não interfiram em seu bem-estar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei n.º 12.010/09, rege-se também pelo princípio da responsabilidade parental que preconiza que a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente. Ao referir-se à responsabilidade dos pais para com os adotados, é cabível relevar que os adotantes, sejam eles homossexuais ou não, devem possuir as devidas condições para o exercício da função. O juízo de habilitação para o exercício da paternidade não se pauta em aspectos sexuais, mas sim em condições psicológicas, afetivas e sociais. O art. 197-C do Estatuto expõe:

Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

Os critérios para aferição da capacidade para adotar devem ser analisados igualmente em adotantes heterossexuais e homossexuais, vez que desequilíbrios, distúrbios, vícios, despreparo, promiscuidade e uma gama de empecilhos que comprometerão a saúde, bem-estar, dignidade, educação e formação da criança podem ser encontrados em ambos os casos.

Diversos são os precedentes em que se defere a adoção por casal homoafetivo no Brasil. A matéria concernente à possibilidade de adoção de crianças por família homossexual

enleia-se intimamente à necessidade de verificação de qual seja a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos da criança, sendo estes indissociáveis entre si.

O entendimento de que a afetividade e o interesse da criança são os bens maiores a serem sopesados tem-se reiterado e descortinando um vasto rol de pareceres favoráveis à adoção. O Superior Tribunal de Justiça defende o patente posicionamento de procedência dos pedidos de adoção, desde que esta seja a resolução que melhor acolha a garantia dos direitos dos infantes, aludindo, inclusive, a não explicitação da condição materna ou paterna ao se alterar o nome da criança em registro.

O recurso especial n.º 889.852, relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, do STJ, possui em sua ementa a seguinte redação:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME ⁵

O avanço proporcionado pela jurisprudência é louvável, mas não supre a carência de legalização. O Judiciário deve estar preparado para atender às demandas típicas de um presente complexo e estruturado em relações plu-

rais, a fim de que as diversas entidades familiares sintam-se perfilhadas pelo Direito por meio da prestação jurisdicional eficaz.

4 INFLUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO INFANTO/JUVENIL

A implicação de influências no âmbito psicológico-emocional das crianças adotadas por casais homossexuais acarreta uma série de preconceitos e questionamentos incitados sem qualquer embasamento científico. Tendentes a desconsiderar a situação fática, os críticos desta possibilidade de adoção se fundam em apegos legalistas, moralistas e religiosos, subvertidos, em sua maioria. A homossexualidade, de *per se*, é fator emblemático havendo inúmeras teorias que buscam explicá-la, sem, contudo, chegar a uma conclusão que satisfaça às inquietações humanas. Malgrado as incertezas quanto à homossexualidade, esta não se trata de uma “desordem mental” ou doença passível de ser curada, mas sim uma orientação que marca a identidade pessoal do indivíduo e seu amadurecimento sexual, a despeito das causas ou circunstâncias que a produziram. É esse também o entendimento coadunado por Dias (2009, p. 186), nos seguintes termos:

A homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam as causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. Mas tanto a orientação sexual não é uma doença que, na Classificação Internacional das Doenças – CID, está inserida no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais.

Diversos foram os estudos promovidos pela Psicologia acerca da existência ou não de influências negativas no desenvolvimento de crianças adotadas por casais homossexuais. A título de exemplo, os estudos trazidos pelo Acórdão do Recurso Especial n.º 889.852 abordam, de forma sintética, o conteúdo de

⁵ Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2011.

pesquisas feitas pelas Universidades da Virgínia, de Valência e da Academia Americana de Pediatria. São eles:

Ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, quanto na circunstância de amar e servir; nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social; os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais “não variam fundamentalmente daqueles da população em geral”; não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais; educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais; a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto à criança cujos pais são heterossexuais⁶.

Outrossim, em primeiro de agosto de 2010, o jornal New York Times apresentou um estudo em que pesquisadores da Universidade de Virgínia, nos Estados Unidos, observaram 106 crianças de idade pré-escolar, todas adotadas, que vivem em diferentes partes dos Estados Unidos. E descobriram que todas estavam se desenvolvendo bem, independentemente de seus pais serem gays, lésbicas ou heterossexuais. No mesmo estudo, o jornal expõe a declaração emitida por Charlotte J. Patterson, Coordenadora do estudo e Professora de Psicologia na Universidade, em um informativo da Instituição:

Nossos resultados determinam que não há justificativas para negar a casais de gays ou lésbicas a possibilidade de adotar um filho. Com milhares de crianças precisando de lares permanentes só nos Estados Unidos, nossas descobertas sugerem que contar com potenciais pais adotivos do mesmo sexo só tem a beneficiar as crianças que estão à espera (PATTERSON, 2010)

A Cartilha Sobre as Famílias Constituídas por Pais Homossexuais, coordenada por Elisabeth Zambrano, publicada em 2006, pelo Instituto de Acesso à Justiça, em Porto Alegre, expõe um vasto campo de pesquisas empíricas, sobre a problemática em tela. Cuida-se de um olhar percuciente e científico baseado, majoritariamente, nos estudos da *American Psychological Association* (Sociedade Americana de Psicologia), cujos trechos versam:

Não foram encontradas diferenças significativas no que concerne a desordens psiquiátricas, problemas afetivos, de sociabilidade, de comportamento ou hiperatividade. Da mesma forma não existem diferenças em relação ao desenvolvimento do julgamento moral, da inteligência, das características de personalidade, e das concepções de si. Problemas durante a fase da adolescência, bem como decorrentes do divórcio não têm relação com a orientação sexual. Eles decorrem dessa situação estrutural que atinge tanto filhos de gays e lésbicas quanto filhos de heterossexuais (2006, p. 46).

Os dados das pesquisas evidenciam também que não há influência da orientação sexual dos pais na definição da orientação sexual dos filhos, contrariando o senso popular que se apoia no heterossexismo. Nesse mesmo sentido, posicionam-se Farias e Rosensvald, ao argumentarem:

não fossem suficientes os argumentos jurídicos - todos de índole constitucional - , é mister tangenciar, ainda, o fato de que os estudos técnicos mais recentes vêm demonstrando que a orientação sexual dos pais não influencia os filhos, o que corrobora da preservação dos interesses minoristas. (2009, p. 68).

Com base nos estudos elencados, é possível afirmar a inexistência de interferência negativa no desenvolvimento psicossocial das crianças adotadas por homossexuais, logo, não há justificativa plausível, com exceção do preconceito, que impeça este tipo de adoção. As opiniões favoráveis à adoção encontram suporte empírico e científico nas pesquisas realizadas,

⁶ Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 abr. 2011.

enquanto que as desfavoráveis são fruto do desconhecimento e não encontram sustentação. Não há um tipo específico de família que possa garantir o bom desenvolvimento e felicidade dos filhos. O que se pode afirmar é que o casal, independentemente da orientação sexual, tem de estabelecer com seus filhos vínculos afetivos suficientemente bons favorecendo um desenvolvimento psicossocial satisfatório.

Observa-se, então, que os pais homoafetivos demonstram-se tão aptos à formação moral, educativa e cultural da criança como qualquer casal candidato à adoção. As inseguranças decorrentes das paternidade/maternidade são sentidas em ambos os lados e dependerão de um diálogo aberto e afetuoso entre pais e filhos, que permitam solucionar problemas naturais enfrentados pelas famílias. Segundo a Cartilha das Famílias Constituídas por Pais Homossexuais (2006), os estudos revelam que:

Os candidatos a adoção devem ser escolhidos por suas habilidades parentais (pela sua capacidade de oferecer carinho e proteção às crianças) de forma que a homossexualidade não deve ser utilizada como elemento de desqualificação dos candidatos (2006, p. 51).

Não é o sexo dos pais/mães fator determinante para o bom desenvolvimento da criança, mas a qualidade da relação que os pais conseguem estabelecer com os filhos. A formação moral obedecerá aos valores que o casal concebe como fundamentais para o crescimento da criança, segundo seus costumes e crenças, e isto independe de orientação sexual dos pais.

Vale destacar que há, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n.º 4.508, de 2008, atualmente em tramitação, e foi proposto pelo Deputado Olavo Calheiros. Prevê a proibição da adoção por homossexuais. Este alega que a educação e a formação de crianças e adolescentes devem ser processadas em ambiente completamente adequado e favorável a um bom desenvolvimento intelectual, psicológico, moral e espiritual. Questiona-se, porém, em que se pauta a premissa de que um ambiente adequado e favorável seja, necessariamente, composto por heterossexuais. A única justificativa concebível é o preconceito, conforme apregoa Dias (2011):

Nada justifica a estigmatizada visão de que a criança que vive em um lar homos-

sexual será socialmente rejeitada ou haverá prejuízo a sua inserção social. Identificar os vínculos homoparentais como promíscuos gera a falsa idéia de que não se trata de um ambiente saudável para o seu bom desenvolvimento. Assim, a insistência em rejeitar a regulamentação da adoção por homossexuais tem por justificativa indistigável preconceito.

É de conhecimento inequívoco o que, seguramente, faz mal a uma criança: falta de cuidado, de amor, de limites, de tolerância e pais violentos ou deprimidos. Inegável dizer que as crianças tenham de ter contato com ambos os sexos, todavia, para sua formação, basta que os dois gêneros estejam presentes em seu meio social e família extensa (avós, tios, primos, etc.). O bom desenvolvimento moral, cultural e educacional não se vincula à orientação dos pais, mas sim, como já narrado, à qualidade do convívio que estes proporcionam aos filhos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, à luz dos pressupostos adotados, pode-se asseverar que as previsões sobre as consequências da adoção homoafetiva resumem-se em argumentos discriminatórios, despidos de caráter científico convincente. Nessa medida, é mister que o Direito seja sensível ao tempo e que a sociedade esteja aberta a essa forma plural de constituição de família.

Sabendo-se que na realidade fática não há sempre coincidência entre o jurídico, o biológico e o social no mesmo indivíduo, deve-se conceber uma maneira em que haja a igualdade de proteção às crianças, independentemente do ambiente no qual vivam. É essencial que valores sejam revolvidos e associados ao respeito de princípios constitucionais comuns a todos.

Nesse contexto, negar um lar a quem precisa não é proteger, mas sim negar um direito a quem já transpôs obstáculos dolorosos, tendo já carregado um fardo demasiadamente pesado. Com o reconhecimento legal dessa modalidade de adoção, vislumbra-se a possibilidade de essas crianças encontrarem um lar de respeito e amor, assegurando-lhes, assim, não só a proteção, como também a efetivação de um direito constitucional, o de convivência familiar.

REFERÊNCIAS

CARTILHA SOBRE AS FAMÍLIAS
CONSTITUÍDAS POR PAIS HOMOSSEXUAIS.
Instituto de Acesso à Justiça. Porto Alegre, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Adoção homoafetiva*.
Disponível em: <[http://
www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br)>. Acesso em:
12 abr. 2011

_____. *Adoção sem preconceito*. Disponível
em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>.
Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5. ed.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luis Edson. *Elementos críticos do
direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD,
Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de
Janeiro: Lumen júris, 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil
brasileiro*. v. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva,
2007.

_____. *Direito civil brasileiro: direito de
família*. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito
de família*. v. 6. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZAMBRANO, Elizabeth. *O direito à
homoparentalidade*. IN: Cartilha sobre as
famílias constituídas por pais homossexuais.
Instituto de Acesso à Justiça: Porto Alegre,
2006.

POR UMA EPISTEMOLOGIA EMANCIPATÓRIA DO DIREITO

Melissa Mendes de Novais¹

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que objetiva apontar o caráter ilusório do direito. O ensino jurídico enfrenta uma crise advinda de um modo reducionista de concepção de mundo, ainda marcado por um cientificismo que restringe toda a complexidade que envolve as relações humanas; a diversidade da vida não é permitida aos autos e o juiz deve se atentar somente a este mundo, o mundo dos autos. Cabe, então, encontrar os óbices que maculam o caráter emancipatório do ensino jurídico e fazer emergir os entraves que se interpõem na construção de um conhecimento jurídico destinado a devolver ao ser humano os propósitos pelos quais o direito germinou na sociedade.

Palavras-chave: ensino; emancipação e crise.

FOR AN EPISTEMOLOGY THAT EMANCIPATES THE LAW STUDY

ABSTRACT

This is a bibliographic research that aims to show the illusory character of law. The legal education faces a crisis arising in a reductionist conception of the world still marked by a scientism that restricts the complexity that involves human relations, diversity of life is not allowed on the file and the judge must look only to this world, the world of cases. It's adequate then find the obstacles that tarnish the emancipatory nature of legal education and bring out the obstacles that stands in the construction of a legal knowledge intended to return into humans to the purposes which law sprang in society.

Keywords: education; emancipatory and crisis

1 Introdução

O compromisso com o papel emancipatório do direito exige um tratamento do problema a partir de suas causas. Nesse sentido, o ensino do direito, enquanto matriz da estrutura jurídica, deve ser objeto de candentes discussões porquanto na academia são configuradas as estruturas jurídicas que irão se instaurar na sociedade, estruturas essas perpetuadas pela reprodução do regime de verdades jurídicas vigentes (FOUCAULT, 1979). Propor mudanças implica, pois, propor novas formas de produção de conhecimento.

Parte da responsabilidade do organismo jurídico encontra-se em um estado degenerativo quase irreversível e há de ser creditada ao ensino jurídico: a formação das novas células que poderiam manter o corpo consciente e capaz de exercer as suas funções parece ter como matriz justamente as células que deveriam ser eliminadas. O fundamento da crise que se instaura no ensino jurídico é a dissensão entre o discurso e a realidade social. Não se trata, no entanto, de um fenômeno inédito, pois a dissonância entre teoria e prática persegue as sociedades ao longo da história. As criações humanas tendem a seguir seus próprios desígnios, afastando-se de sua origem e subjugando o criador - foi assim que o Estado nascido para por fim à guerra de todos contra todos se transformou num ente arbitrário; que a lei adquiriu corpo, pensamento e vontade próprios (*voluntas legis*), legitimando abusos; e é assim que o ensino do direito, criado para participar no desenvolvimento da sociedade brasileira e ampliar o entendimento do homem e do meio em que vive, (art. 43, II e III da Lei nº 9394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) passa a configurar um mecanismo de difusão das ideias mantenedoras do *status quo*. Como a figura

¹ Acadêmica do 5.º Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

do ídolo, obra das mãos humanas que diante dele se prostram, aquilo que está relegado à ficção, a máquina que insurge contra os humanos, torna-se não tão distante da realidade, pois

Se realmente for comprovado esse divórcio definitivo entre o conhecimento (no sentido moderno de *know-how*) e o pensamento, então passaremos, sem dúvida, à condição de escravos indefesos, não tanto de nossas máquinas quanto de nosso *know-how*, criaturas desprovidas de raciocínio à mercê de qualquer engenhoca tecnicamente possível, por mais mortífera que seja. (ARENDR, 2007. p.11)

Não se propõe aqui trazer respostas às inquietações e perplexidades, como se houvesse apenas uma saída admissível. A proposta é de reflexão, a sugestão de uma nova pergunta: o que estamos fazendo? A partir desta pergunta, portanto, é que se busca reconsiderar o modo de compreensão do ensino à luz das experiências e temores sociais. Procura-se analisar o que trouxe a alienação do ensino para chegar ao momento em que seu fim emancipatório é suplantado pelo rompimento com o mundo interposto entre os homens (ARENDR, 2007).

2 Ensino e ideologia

O direito é edificado pela sociedade como necessidade inseparável desta. Permaneceu, no entanto, ao longo dos tempos, confinado aos espaços da divindade, da razão, da sociedade fixa dos positivistas e sociologistas, da norma pura, da egologia, do estruturalismo pitagórico da semiótica, da zetética naturalista (LEAL, 2010), como um ídolo moldado pela habilidade e teorias dos juristas ou pelas novas formas lógicas, todas essas se justificando como capazes de assegurar a paz, segurança e ordem para a humanidade.

O ídolo constitui a projeção dos anseios em um ser por si só bastante, pelo hipostasiamento dos valores sociais de modo a atribuir-lhes um

manto inexorável. Tais entidades vieram a se personificar em deuses mitológicos, no nacionalismo, na produção, no consumo, no Estado, na lei e no ensino. Assim segue a humanidade em submissão a ídolos e ela se empobrece ao orná-los ricamente. De toda sorte, indispensável é que se conheçam os ídolos para que se identifiquem as ideologias, compreendendo os símbolos que regem o saber para se desviar da servidão involuntária; deve-se perquirir por suas origens, por suas diversas formas de idolatria e sacrifício, desde os sacrifícios humanos astecas aos sacrifícios da guerra, dos sacrifícios da dignidade e igualdade humana pela lei ao sacrifício do sujeito de conhecimento pelo ensino.

As religiões outrora exigiam o sacrifício do corpo humano; o saber conclama hoje a experiências sobre nós mesmos, ao sacrifício do sujeito de conhecimento. **‘O conhecimento se transformou em nós em uma paixão que não se aterroriza com nenhum sacrifício, e tem no fundo apenas um único temor, de se extinguir a si próprio... A paixão do conhecimento talvez até mate a humanidade... Se a paixão do conhecimento não matar a humanidade ela morrerá de fraqueza. Que é preferível? Eis a questão principal. Queremos que a humanidade se acabe no fogo e na luz, ou na areia?’.** (FOUCAULT, 2009, p. 22).

A sociedade forma a experiência alienada de si numa dimensão limitada, confinando-se à parcela atribuída ao ídolo, perdendo sua totalidade e diversidade, estagnando-se. Sujeita-se ao ídolo, pois é somente nele que se encontra a sombra, conquanto não a inteireza de si mesma (FROMM, 1975). E o ensino jurídico também se opera mediante a idolatria: aqueles que entram na academia, numa acepção platônica, percorrem o caminho para a luz e tornam-se precursores legítimos do acesso à divindade. A atribuição de uma função de salvaguarda da humanidade ao direito positivo², capaz de responder às questões que afetam a humanidade e as crises advindas da própria crise de ser humano são

² Até mesmo a felicidade depende da garantia do texto, a “PEC da felicidade” proposta pelo senador Cristóvam Buarque evidencia isso: Art. 6º São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=1&cod_publicacao=33577>

trazidas ao santuário acadêmico para que os sacerdotes aprendam a desvelar das escrituras sagradas as respostas santificadas. A devoção permanece a mesma: o evocar das palavras mágicas que procuravam incitar o agir divino foi deslocado para que seu lugar fosse ocupado por um potencial postulatorio provocador da função jurisdicional. Os dizeres mágicos foram suprimidos pelos dizeres técnicos. Quem ousará questionar o poder dos sacerdotes? Quem proclamará a farsa que sustenta a miséria, senão os próprios “iluminados”?

Julgávamos ter morto os deuses e encetado uma caminhada gloriosa em direcção à plena emancipação do homem. Entramos de facto numa corrida, cada vez mais acelerada, mas acabámos por perder a meta. Não conseguimos alimentar os homens nem satisfazer as necessidades, e a natureza, especialmente a humana, continua a mostrar-se rebelde ao nosso domínio. [...] Hoje, os fantasmas dos velhos deuses voltam a atormentar os nossos sonhos. Sentimos de novo nostalgia do centro, do paraíso perdido, e não há mitos suficientes, antigos ou novos, que saciem a nossa sede. (ANDRADE, 1995, p. 2).

Como propõe ANDRADE (1995), os apregoadores da racionalidade voltaram a sentir a falta do universal, do transcendente, do absoluto. A ausência do sagrado impõe um vazio no saber ocidental. Os mitos que vêm supri-lo é que devem integrar o objeto do pensar crítico.

3 Decadência da mitologia cartesiana

O mito constitui uma fala (esta admitida como todas as formas de representação simbólica, toda composição significativa), mas sua essência não emana da natureza das coisas que busca representar. Ao contrário, o mito é formado pela manifestação das crenças ideológicas, das ideias que adaptam o indivíduo às condições de existência, bem como dos critérios de produção de verdade, devendo ser pensado como estereotipação semiológica da realidade. Ou, segundo Warat:

em outras palavras, seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmen-

te, e que não só aceitem como veneram as formas de poder que engendraram essa situação. (WARAT, 1994, p. 105).

No Direito, o mito se forma nas salas, nos corredores, nos livros didáticos, consolidando crenças, modos de compreensão e costumes intelectuais, nas mesmas redes de discurso responsáveis por instituir os critérios de filtragem daquilo que lhe é refletido a partir do exterior, no exato lugar em que se articula a possibilidade do Direito com a necessidade do “mundo-da-vida”.

Por outro lado, a técnica analítica de que se valem as ciências naturais na busca por suas verdades - autonomia e compartimentalização dos saberes - restringe o horizonte de compreensão e dá margem à alienação. Cada operário confinado ao conhecimento de sua parte da produção ignora o processo e não se identifica com o produto final. Na modernidade, os cientistas encantados pelo método cartesiano perderam-se no vislumbre das partes e relegaram as totalidades irreduzíveis ao descaso; a fórmula de produção de verdades não lhes permite perceber que o modelo de repartição estanque, reducionista e impermeável caducou: o direito privado, por exemplo, não está apartado do Direito Público, conforme propõem os cientistas jurídicos.

Enquanto o ensino jurídico se esconde na imagem da deusa Têmis, os valores disseminados na academia são apenas os quantificáveis, capazes de reduzir a imaginação e o homem à mensuração da balança, da matemática, da economia e dos percentuais que definem precisamente os blocos de conhecimento para o “progresso científico” (isso soa cartesiano?); são valores que traçam com precisão cirúrgica os liames entre o certo e o errado, justo e injusto, levando os alunos a admitir qualquer forma de hierarquização: o que era valor se torna simplesmente número, que, por essência, pode ser ordenado e representar outros valores. A opressão simbolicamente instituída no ensino universitário, egocentricamente anestesiado em seu saber totalizante do “dever-ser”, amplia a sua distância do mundo fático. Se o olhar continuar voltado para si mesmo, o espaço para concessões recíprocas entre o ser e o dever-ser poderá ser suplantado. Deve-se assumir o engajamento e perspectivismo da compreensão jurídica para inseri-la num novo ponto de vista favorável à construção da justiça. Para tanto, porém, há que se suspender a venda que cobre seus olhos.

4 Seleção do conhecimento

O poder encontra sua solidez no potencial que as ideologias formuladas têm de influenciar as condutas alheias. A função de tais opiniões é convergir a mentalidade em favor da manutenção da estrutura de dominação. Origina-se daí, portanto, a relevância dos agrupamentos formuladores de saber enquanto sustentáculos de coesão grupal e conservação do sistema, como o direito, a família, a escola.

O sistema escolar de hoje desempenha a tríplice função, própria das poderosas igrejas no decorrer da História. É simultaneamente o repositório do mito da sociedade; a institucionalização das contradições desse mito; o lugar do rito que reproduz e envolve as disparidades entre mito e realidade. [...] Nenhuma sociedade conseguiu sobreviver sem ritos ou mitos, mas a nossa sociedade é a primeira a necessitar de uma tão estúpida, prolongada, destrutiva e dispendiosa iniciação em seus mitos. (ILLICH, 1985, p. 52).

O conhecimento é constringido a apresentar-se da maneira antecipadamente avaliada pelo controle social. Daí emergem os efeitos de poder das proposições pela seleção arbitrária de significações e do conhecimento propagado. É a determinação do percurso do conhecimento jurídico pré-moldado a atender anseios específicos de alguns. A grade dos cursos, a matéria que será “despejada” nos alunos, as linhas de pesquisa que deverão ser seguidas; tudo isso é definido por um grupo em portas fechadas, sem que o aluno possa transitar livremente nesse meio, o que

não é nem razoável, nem libertador. Não é razoável porque não vincula as qualidades relevantes ou competências com as funções, mas apenas o processo pelo qual se supõe sejam tais qualidades adquiridas. Não é libertador ou educacional porque a escola reserva a instrução para aqueles cujos passos na aprendizagem se ajustam a medidas previamente aprovadas de controle social. (ILLICH, 1985, p. 26).

Como propor um rompimento com o que Foucault (1979) denomina de regime de verdade, num âmbito em que é o poder que dá a vida à verdade, aonde ela é produzida

conforme critérios, regulamentações e coerções para a filtragem dos seus discursos estruturantes?

5 Crise do mito dogmático-positivista

Com a ascensão das ciências naturais, sobretudo da física, um conhecimento para assumir feição científica deveria assemelhar-se às ciências naturais. Nesse sentido, buscou-se extirpar do direito qualquer metafísica, moral e religião. Nessas condições, ganha relevo o positivismo: o direito torna-se autônomo e desvincula-se de sua origem, de sua própria razão de existência. Porquanto a lei é insuficiente, as injustiças decorrentes de uma normatividade vazia e discricionária tornam-se constantes. A reflexão esteve enevoadada, pela perspectiva positivista. As ciências jurídicas (sociais) passaram a ser concebidas como passíveis de estruturas lógicas tão estáveis quanto os saberes naturais, submetidas às leis de causa e efeito. Todos os suportes metafísicos de definição entre o justo e o injusto, o bom e o mal foram suprimidos pela tentativa de eliminar a própria essência valorativa inerente às ciências sociais.

Os valores, entretanto, não foram extintos, mas passaram a atuar sob o escudo das teorias imparciais. Conquanto o caráter neutro ou racionalmente indiferente, as proposições científicas e as próprias denotações constituem ideologias cristalizadas pela subsistência espaço-temporal. Barthes conceitua a denotação, inicialmente, como significação neutra e a conotação como essencialmente ideológica, posteriormente, já influenciado pelo pensamento foucaultiano, ele apresenta a denotação como uma ideologia cristalizada, isto é, uma ideologia que subsistiu no tempo (RIBEIRO, 2004). Assim, por seu aspecto imparcial e desprovido de valorações, sua admissão insere-se no plano do lógico e inequívoco instintivo e eis aí o particular da ideologia, o que a torna uma estrutura de poder: ocultar a dominação e a exploração em sua realidade concreta (RIBEIRO, 2004).

A possibilidade de se erigir uma pretensão de validade orienta-se pelas crenças já admitidas em determinado meio, porquanto a justificação é o império de uma crença que se apoia em outras crenças. Algo é justificável na medida que encontra amparo nas concepções já aderidas. Torna-se relevante, pois, o que Warat (1994) denomina de senso comum teórico dos juristas como delimitador das

possibilidades argumentativas e, encontrar os liames da destinação interpretativa permeia a consolidação do saber jurídico, notadamente eivado de predisposições desiguais de um modelo liberal-individualista e de uma racionalidade instrumental.

A ideologia está impregnada em todo conhecimento e saber, instrumentalizados pelo poder para sua autoconservação, as demais vertentes potencialmente ofensivas são suprimidas ou contidas em seu progresso. Basta o ultimato: “A jurisprudência é mansa e pacífica nesse sentido” para que a divergência sucumba, a doutrina assinta e os estudantes a reproduzam, pois não há que se questionar a sabedoria infável do Pretório Excelso. Suas proposições dão um ar apaziguado à sangrenta guerra que se impõe no meio social e o ensino que deveria desempenhar um papel de confrontador de seu tempo acaba servindo de mais um objeto de troca capitalista, atendendo, dessa forma, à legitimação de suas teorias e justificação de suas estruturas, apenas reiterando as verdades consensualmente admitidas e vedando mais as possibilidades de divergência de pensamento, amortecem-se as consciências admitindo-as como unânimes em favor da busca pela verdade.

Ora esta vontade de verdade, tal como os outros sistemas de exclusão, apoia-se numa base institucional: ela é ao mesmo tempo reforçada e reconduzida por toda uma espessura de práticas como a pedagogia, claro, o sistema dos livros, da edição, das bibliotecas, as sociedades de sábios outrora, os laboratórios hoje. [...] E creio que esta vontade de verdade, por fim, apoiando-se numa base e numa distribuição institucionais, tende a exercer sobre os outros discursos — continuo a falar da nossa sociedade — uma espécie de pressão e um certo poder de estrangimento. [...] como se na nossa sociedade a própria palavra da lei só pudesse ter autoridade por intermédio de um discurso de verdade. (FOUCAULT, p. 4-5).

A academia forma um mundo jurídico autossuficiente, que se propõe a trazer respostas meramente jurídicas, ignorando todas as relações sociais que a permeiam (MENDES; MORAES, 2008). É inconciliável a excludente vontade de verdade que se instaura nos espaços acadêmicos com a consideração que se deve ter com as aspirações sociais, toda

a consideração possível reduz-se ao relativismo. Este, no entanto, é um poderoso repressor interno, pois o maior poder está no imperceptível, o pensamento arbitrariamente estabelecido por determinada coletividade carrega todos os demais no mesmo sentido, o diverso é raramente emergido, mas, quando o é, o próprio sistema se encarrega de reprimi-lo. Reconhece-se a concepção da cultura diversa, no entanto não se deixa ser afetado por ela. O direito não se afeta pela sociedade, permanecendo no enclaustramento de seu saber autorreferencial assume uma postura homeostática (permanece constante mesmo com variações relevantes no meio externo) travestida de complacência. Mais que reconhecer a existência do outro é preciso reconhecê-lo como agente capaz de integrar um sistema criado também para ele.

Enquanto a humanidade não vislumbrar o genuíno valor existencial do outro para a integração da sua própria ontologia, será a violência o atributo natural das ações humanas. A metafísica, em sua elevação do universal, inculpiu um anseio por unidade e igualdade que colidem com a própria diversidade da natureza. Só há lugar para um, o verdadeiro, o civilizado, o correto. Aquele que não integra o universal é perigoso, porque compromete a identidade do único

A dogmática despe o direito do devir, findando o inacabado com o rude formalismo lógico das pretensas racionalidades neutras. Outorga-se o poder de pacificar as tensões semânticas. No entanto a estabilidade não representa o fim dos conflitos, mas o sustento das violências que progridem de dominação em dominação. O âmbito acadêmico constitui espaço específico de tensão entre saber e poder que não pode ser, de modo algum, ignorado.

6 Da física à biologia e o lugar do ensino

A discussão acerca do trânsito do paradigma epistemológico da física para o da biologia passa pela delimitação do objeto da ciência jurídica. Por um lado, a compreensão atomística encontra como objeto do conhecimento jurídico a sua mera dimensão normativa. Purifica o direito de fatores “externos”, isto é, daquilo que não pode ser alcançado pela positivação, para que o sujeito desse conhecimento pense objetiva e analiticamente.

Por outro lado, conforme advoga Capra (2006), a perspectiva holística encontra seus

fundamentos no pensamento sistêmico e na ecologia. O que marca a percepção sistêmica é o deslocamento das partes para o todo, um todo que não se reduz à soma das partes. A metáfora aqui, longe da máquina, é a teia da vida e sua rede de relações na qual não há fundamento, mas diferentes níveis numa dinâmica de eventos inter-relacionados. Interconectados desse modo, os fenômenos devem ser explicados pela compreensão de todos os outros, o que é impossível. Rompe-se, com a pretensão de completude do pensamento jurídico.

O assombro mítico da segurança jurídica que permeia as tentativas de previsibilidade e padronização do judiciário respalda a tendente prevalência de perspectivas fossilizantes. É crítico quando o espaço de problematização, isto é, a região incumbida de suspender o estático, apropria-se da construção de um senso comum próprio inflexível. Um mundo simbólico “compartilhado”(entre “nós”), mas não entre “estranhos”(a sociedade).

Cumpra, pois, situar a produção do conhecimento jurídico em seu espaço maleável, isto é, em seu espaço hermenêutico. Daí resgatar a importância da conceituação nesse âmbito. O problema fundamental com que a hermenêutica lida atualmente é o caráter estruturalmente indeterminado do direito, dito de outro modo, a contingência da linguagem jurídica não permite uma precisão conceitual das palavras inscritas em texto de lei. Nesse sentido, por exemplo, a ausência de estrutura semântica que indique o sentido da palavra “aborto” dá margem à adoção de um novo termo: “antecipação terapêutica do parto” que se desvincula da prescrição normativo-penal para incidir no plano principiológico constitucional.

O estudante do direito deve ter consciência de estar situado em área de conflito, que trabalha na tensão entre a lei e o direito, entre as normas estabelecidas e o processo social que ainda não alcançou a sua forma final.

7 A irracional racionalidade utilitária

Em cada período histórico, a dominação política fundamenta-se em um ritual. As regras destinam-se à contenção da violência e perpetuação do domínio. E sua constituição está relacionada estreitamente ao que é mais relevante nos períodos de sua elaboração. Também já foram utilizadas para manutenção da ascensão da racionalidade. E, neste caso,

a sua elaboração obrigou um manejo mais eficaz do poder político, vindo este como essencial, necessário e benéfico para que o almejado assujeitamento fosse tido como espontâneo. A fuga do entrave leva grandes massas populacionais a aderirem a discursos atraentes que paulatinamente retiram a preocupação com a controvérsia, a finalidade benéfica tem meios ilimitados. Em nome da liberdade, do bem-comum, da segurança jurídica, da estabilidade “e outros deuses e heróis das nossas modernas mitologias” (COSTA, 2006, p. 9), mecanismos e discursos são adotados reprimindo a contestação. Todo o pensamento e comportamento devem estar de acordo com o que foi pragmaticamente estabelecido sob pena de constituir um desvio, e aí se encontra a impossibilidade da negação e conseqüentemente a autodestruição do esclarecimento – a irracionalidade do discurso racional (ADORNO; HORKHEIMER, 2006).

Tradicionalmente, a escola e o ensino superior regem-se pela tentativa de maximizar a capacidade dos alunos de acumular conteúdo e absorver conhecimentos. A razão utilitária permeia amplamente o desígnio de muitos graduandos no curso de direito e o pragmatismo que se espalha na academia obsta a construção de um saber jurídico emancipatório, pois o mundo não se reduz ao que pode ser suficientemente exposto e aplicado de maneira utilitária. Imersas num contexto de mercantilização absoluta, as universidades assumiram para si a função de industrializar conhecimento. Insere-se, pois, a crise do ensino num aspecto da crise de mercado, da concepção instrumental da razão e mesmo do homem. “A força libertadora da tecnologia – a instrumentalização das coisas – se torna o grilhão da libertação, a instrumentalização do homem” (MARCUSE, 1973, p. 155), porquanto a tecnologia instaurada serve-se à política destrutiva, reflexo de um capitalismo predatório que tem se achegado aos espaços do direito tornando seus operadores calculistas e desprendidos da realidade social.

O Nazismo foi a mais notável manifestação das catastróficas conseqüências de um saber alicerçado nessas concepções. Mas, ainda hoje, as instituições e as leis têm exercido o mesmo papel excludente e desumano proveniente de uma racionalidade desenvolvida num horizonte instrumentalista (MARCUSE, 1973). A razão que deveria criar condições para o viver bem, estabelece um

viver degradante em função de um viver bem “por vir”, a dissonância entre o real e o possível, entre a verdade aparente e a autêntica e a tentativa de entender e dominar essa discrepância constitui o elo original entre a ciência, arte e filosofia. “Algo dessa inter-relação mitológica entre o real e o possível sobreviveu no pensamento científico e continuou sendo dirigido para uma verdade mais racional e verídica” (MARCUSE, 1973, p. 212); e a razão que procurava desvencilhar-se do mito retorna à irracionalidade de forma avassaladora, talvez o retorno à Ítaca não seja tão distinto da barbárie de que tanto se fugiu (ADORNO; HORKHEIMER, 2006).

Os valores estão institucionalizados, de modo que “O aluno é, desse modo, ‘escolarizado’ a confundir ensino com aprendizagem, obtenção de graus com educação, diploma com competência, fluência no falar com capacidade de dizer algo novo” (ILLICH, 1985, p. 16), Direito penal com Código Penal, Direito Constitucional com Constituição. A racionalidade tecnológica administra a linguagem vedando as demais possibilidades interpretativas, conferindo a uma única perspectiva (funcionalista) a condição de correspondente a determinados signos (MARCUSE, 1973). O fenômeno jurídico é multifacetário e amplamente diversificado e tentar comprimir sua extensão ao Código para então oferecer aos alunos, denominando-o de Direito, constitui a perpetuação da crise.

O discurso das ciências jurídicas, que vislumbrado com sua própria imagem desmembrada – por uma seleção arbitrária da realidade – obsta o natural processo do direito de metamorfosear-se. Devem-se relevar os efeitos da docência na formação do saber jurídico e a amplitude de sua repercussão já que incide na gênese do senso comum teórico dos juristas, no lugar das eloquências não ditas. O fetiche pela legislação e sacralização da doutrina e das decisões dos tribunais superiores recria o direito, de modo que muda a direção jurisdicional a atender menos aos conflitos judiciais que manter a concepção predominante, e o fenômeno jurídico imobiliza-se nas amarras do conhecimento estabelecido. O professor ocupa uma posição privilegiada de trânsito de saberes, pode participar de uma politização global dos intelectuais com a produção de ligações transversais, intercâmbios e articulações que se propagarão largamente na sociedade (FOUCAULT). Cabe a ele depurar as tão

ultrapassadas formas de compreender o direito pela filtragem dos conceitos para libertar o ensino das amarras do direito romano (LEAL, 2010).

8 Considerações finais

O ensino das disciplinas próprias das ciências humanas e sociais subjaz também à mesma crise de que acomete o cientificismo ora agonizante (MENDES; MORAES, 2008). No ensino jurídico, especialmente, a dogmática tem-se apresentado prontamente à satisfação da dimensão material que se interpõe nos conflitos humanos, mas mesmo o seu delineamento teórico, na medida em que se dissocia dos sentimentos e da singularidade é, por si, precário. A amputação das dimensões subjetivas e identitárias, na compreensão teórica do ser, não pode suprimi-las, por mágica, do mundo dos fatos.

É hora da construção científica contemporânea censurar as totalizações reducionistas e voltar-se ao reconhecimento do caráter harmônico das diferenças, livrando-se do ego cartesiano que abriu caminho para a instituição, para o caráter unidimensional perseguido pelo conhecimento científico da modernidade. A negação da natureza como produto das diferenças, concebidas como imperfeição do mundo, como o insuportável acaso, erige a vontade de verdade pretensamente única e total, olvidando o fato de que outras verdades existem (CARVALHO, 2008). A experiência desafia a admissão da totalidade para o reconhecimento de dimensões que escapam à lógica das dicotomias, ampliando-a para categorias “não exclusivas”. E, assim, estará o ensino apto a aceitar questões que outrora era incapaz de entender (ILLICH, 1985).

E como restaurar o viés emancipatório que deveria instaurar-se no ensino do Direito se a cátedra de saberes hipnotizadores e inocuizantes erige-se numa ordem simbólica que apregoa os dizeres mágicos só em si mesmos repercutidos? É a vez de a Ecologia apresentar suas contribuições ao Direito devido à falência das percepções atomísticas e da metáfora cartesiana da máquina, que entrou em colapso desde seu desmoronamento espetacular na física, reino do triunfo mecanicista durante três séculos (CAPRA, 2006). As concepções de unidade, totalidade e organismo são mais elevadas e concretas que a de matéria e energia, pois se

centra na natureza da vida. A ciência da Ecologia enriqueceu o modo sistêmico de pensar inserindo duas novas concepções: unidade e rede. O conhecimento propaga-se em diferentes níveis, cada qual com propriedades específicas, emergentes nesse nível em particular. As totalidades integradas dos organismos vivos não podem ser reduzidas às partes, não há nível fundamental na ciência, pois não há fundamentos na rede (CAPRA, 2006).

Urge devolver à sociedade e ao ensino jurídico a autonomia que lhes foi negada pela suposta primazia dos números e aí estabelecer os novos parâmetros às práticas do magistério, voltados a atender ao homem de maneira plena em suas diversas dimensões. Deve-se dar amparo ao operador do direito para lidar não apenas com normas e convicções, mas também com fatos, vidas, emoções e diferença no amplo espectro que erradia nos conflitos humanos. O saber jurídico ainda desconhece que persegue o jaz; ainda reluta em admitir o colapso do racionalismo solitário que ignora a dimensão espiritual, emocional e principalmente plural que pulsa na humanidade, mesmo que há muito sentenciada à indiferença cartesiana. Nesse sentido, deve-se designar juristas que não se destinam à mera reprodução da estrutura autoritária de poder, mas de juristas comprometidos a construir criticamente um sistema não mais voltado para si mesmo, mas como um artifício situado em um mundo criado para ser habitado, guardado e cultivado pelo ser humano e para o ser humano.

Referências

- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- ANDRADE, Jorge Manuel Santos. Os mitos, o homem e o sagrado na filosofia de Paul Ricoeur. Funchal, 1995. 78 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia)– Universidade Católica Portuguesa.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BARTHES, Roland. *Mitologias*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- CAPRA, Fitjof. *A teia da vida*: uma nova compreensão científica dos organismos vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008.
- COSTA, Alexandre Araújo. Ciência do direito ou mitologia jurídica? Constituição e Democracia, Brasília, n. 8, out. 2006, p. 8-9.
- _____. Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito)– Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2009
- _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- FROMM, Erich. *O espírito de liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975.
- ILLICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. 7. ed. Petrópolis: Vozes. 1985.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial*: o homem unidimensional. 4. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1973.
- MENDES, Ana Stela Vieira; MORAES, Germana de Oliveira. Da crise do ensino jurídico à crisálida da ética da transdisciplinar: a metamorfose em direito do amor e da solidariedade através da formação jurídica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 20 a 22 de nov. 2008. Anais Brasília: 2008. p. 4.593-4.620.
- RIBEIRO, Ana Paula Goulart. Discurso e poder: a contribuição barthesiana para os estudos linguagem. In: Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, São Paulo, v. XXXV, n.º 1, jan.-jun. 2004.

ARTIGOS DE EGRESSOS

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Daniela Vieira Magalhães¹

RESUMO

Este estudo objetivou verificar os impactos causados pela globalização nas relações de emprego, trazidos a partir da Revolução Industrial, decorrentes da incrementação de novas tecnologias, o que afetou diretamente os trabalhadores e a sua organização. Contudo, buscou-se nos direitos fundamentais o restabelecimento do equilíbrio entre os direitos sociais do trabalhador e os poderes empresariais, dando vez a uma maior intensidade dos direitos fundamentais como garantia do ser humano e limitação do poder empresarial do empregador. Conclui-se que garantir aos trabalhadores seus direitos sociais pode amenizar as desigualdades entre os sujeitos da relação jurídica de emprego, contribuindo para a harmonia do meio ambiente de trabalho.

Palavras-chave: Relação de emprego, revolução industrial, direitos sociais, eficácia, direitos fundamentais.

ABSTRACT

This study aimed to verify the employment relationship and the impacts of globalization on employment relations, brought to the Industrial Revolution, through the increment of new technologies, which directly affected the workers and their organization. However, attempted to restore the fundamental rights of the balance between social rights of workers and the corporate powers, giving time to a higher intensity as a guarantee of fundamental rights of the human limitation of power and business of the employer. Conclude that to guarantee workers their rights can mitigate social inequalities among the subjects of legal relationship of employment, contributing to the harmony of the work environment.

Keywords: Employment relationship, the industrial revolution, social rights, efficiency, fundamental rights.

1 Introdução

O Direito do Trabalho surge em resposta à reação da sociedade industrial ante a exploração desumana do trabalho, em meados do século XIX, por melhorias nas condições de trabalho.

Foi a partir da Revolução Industrial, que ocorreram intensas transformações econômicas, políticas e sociais na seara trabalhista. Sabe-se que foi a partir desse fenômeno tão importante para a história que os moldes das relações de trabalho foram evoluindo gradativamente. No que tange aos aspectos políticos, houve a transformação do Estado Liberal em Estado do Bem-Estar Social. Antes, o capitalismo tinha poder de impor, sem intervenção estatal, as suas condições ao trabalhador. Com a mudança do Estado do Bem-Estar Social, o Estado intervém na ordem econômica e social, colocando limites à liberdade das partes na relação de emprego.

A Revolução Industrial abriu caminhos para a tecnologia e a informação, permitindo uma intercomunicação entre os diversos pontos do globo e uma dinâmica mais acentuada na economia.

Nesse ponto, a globalização foi capaz de aumentar a competitividade das empresas, aumentando a concorrência, o estreitamento das margens de lucro e a necessidade de maior produção. Todas essas transformações trouxeram consequências como o desemprego, a desigualdade social, a precarização de direitos sociais dos trabalhadores e algumas outras. Portanto, a partir do momento em que o trabalho em sociedade se desenvolve, as próprias relações de trabalho se modificam, fazendo-se fundamentais relações mais especializadas.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho. E-mail: danielavm@ymail.com

2 A relação de trabalho e a relação de emprego

Segundo Delgado (2007), a relação jurídica englobando os sujeitos, o objeto e o negócio jurídico vinculante das partes, é categoria básica do fenômeno do Direito, efetivamente qualificada como o vértice em torno do qual se constroem todos os princípios, institutos e regras que caracterizam o universo jurídico. Frisa-se que a relação jurídica é ponto de evidência nos variados ramos especializados do Direito, momento em que surge a necessidade de institutos e princípios compatíveis à nova relação criada.

A este respeito, Barros (2009) diz que os contratos de atividade geram uma relação de trabalho, da qual a relação de emprego é uma espécie. As duas modalidades são relações jurídicas reguladas pelo Direito.

O liame entre empregado e empregador é tema de grande discussão e divergências na doutrina trabalhista. Nascimento (2009) discute que nem mesmo a lei se definiu, sendo nela encontrada a expressão contrato individual de trabalho e a relação de emprego. A primeira observação refere-se à amplitude de ambas as expressões quanto à palavra “trabalho”. A segunda diz respeito às relações entre contrato de trabalho e relação de trabalho.

Nascimento (2009, p. 328) explica que:

O vértice do direito do trabalho não é todo trabalhador, mas um tipo especial dele, o empregado. [...] Não há uma definitiva orientação quanto aos tipos de trabalhadores sobre os quais o direito do trabalho deve ser aplicado. Predomina o entendimento segundo o qual o trabalho que deve receber a proteção jurídica é o trabalho subordinado. O trabalhador subordinado típico é o empregado. A expressão “contrato de trabalho” não dá a noção exata do objeto a que se refere, da mesma maneira que a expressão “relação de trabalho” merece idêntica crítica. [...] É possível entender que o contrato de trabalho e relação de trabalho são expressões diferentes de uma mesma e única realidade: o vínculo entre empregado e empregador. [...] Tanto o contrato como a relação de emprego podem dar origem ao vínculo entre empregado e empregador, distinguindo-se ambos porque, quando a origem é o contrato, o vínculo nasceu em decorrência do acordo de vontades entre os sujeitos, mas quando a origem é simplesmente a

relação, o vínculo não nasceu por força de um acordo de vontade entre os sujeitos, mas por obra de um fato, a prestação de serviços, geradora dos mesmos efeitos.

Segundo Maranhão (2005), o contrato de trabalho traduz um sentido de autonomia jurídica da disciplinação contratual da relação de trabalho, que escapa às fórmulas clássicas do direito comum, que a aproximavam da locação de coisas.

Sobre as relações de trabalho, Süsskind (2010) traz que elas correspondem ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados.

Martins (*apud* SÜSSEKIND, 2005) acentua que o prestador de serviços será necessariamente uma pessoa física e o tomador uma pessoa física ou jurídica. Pondera, ainda, que a subordinação não existe na relação do trabalhador autônomo com o tomador de serviços.

Conforme a Lei n. 5.890, de 1973, em seu art. 4.º, alínea c, o trabalhador autônomo é aquele que exerce habitualmente, e por conta própria, atividade profissional remunerada. Rodrigues Pinto (*apud* SÜSSEKIND, 2005, p. 148) observou que

[...] de todos os contratos de atividade, somente o de emprego é trabalhista. Entretanto, todos eles têm por sujeito a pessoa do trabalhador, não mais apenas a do empregado, o que mostra a realidade de que o novo critério da determinação da competência passou a ter seu centro, ou eixo, na pessoa do trabalhador, o qual atrai para si toda matéria de suas relações possível, seja ela trabalhista (quando o trabalhador é empregado) ou cível (quando o trabalhador não é empregado).

Concluindo dessa forma, o contrato de trabalho *stricto sensu* é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada. Assim ensina Teixeira Filho (2005).

Tem-se, então, que a subordinação é o elo para a caracterização da relação de emprego, criada para a proteção do empregado a fim de garantir a eficácia de seus direitos.

3 Os direitos sociais do trabalhador

Os direitos do homem não apresentam uma demarcação precisa, visto que a evolução e seu reconhecimento demonstram constante mutação e aprimoramento sofridos ao longo de décadas em virtude de incontáveis elementos, dentre eles a ideologia dominante, a religião, a economia, a política e a cultura. São os ensinamentos de Barbugiani (2008).

Já Amaral (2007, p. 89) diz que:

[...] a maior parte da doutrina juslaboralista, amparada pelos diversos julgados dos Tribunais neste sentido, sobretudo daqueles incumbidos de zelar pelo fiel cumprimento da Constituição e de seus valores fundamentais, admite e compartilha do entendimento acerca da necessidade de aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações laborais.

Tem-se, a partir dessa ideia, que a proteção aos direitos fundamentais deve ocorrer de forma urgente, em face da flagrante desigualdade existente entre os sujeitos envolvidos nas relações trabalhistas, empregados e empregadores, a fim de alcançar a forma mais eficaz de proteger o trabalhador contra eventuais afrontas aos seus direitos e garantias (AMARAL, 2007).

Antes da mudança para o próximo tópico, necessária é a definição de direitos fundamentais. Segundo Bonavides (2002, p. 516-552, *passim*)

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Os de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos. No que se refere à terceira dimensão, tem-se primeiro por destinatário o gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Por fim, são direitos de quarta dimensão, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

No que tange aos direitos fundamentais, os direitos sociais são os que guardam maior relação com as questões econômicas, em nível estrutural e conjuntural, e talvez seja por isso os mais ameaçados e suscetíveis de interferência dos

fatores de poder econômico dominante, conforme Arruda (1998). Sob essa linha, o autor traz os direitos sociais como representação das prestações positivas do Estado e, como dimensão dos direitos fundamentais, direitos de igualdade, por possibilitar melhores condições de vida aos hipossuficientes, auxiliando na realização do princípio da dignidade humana.

A respeito dos direitos sociais trabalhistas, Arruda (1998, p. 19) ensina:

[...] os direitos sociais, particularmente os trabalhistas, desenvolveram-se através da intervenção estatal, visto que a atuação do Estado é essencial na concreção e reconhecimento normativo desses direitos, sem os quais não se pode falar em estado democrático de direito, pelo risco de desrespeito às regras e princípios que norteiam a Carta Magna, até porque a concepção de estado democrático alberga o princípio da igualdade, assim como o direito é concebido como o estado em que predominam os direitos fundamentais.

A constitucionalização dos direitos sociais trata-se de um processo muito recente, decorrente de acontecimentos históricos e da mudança no papel do Estado, a partir de sua prestação ativa nos direitos sociais. Daí se ter, conforme preceitua Arruda (1998, p. 19), que

Foram os direitos trabalhistas os primeiros que exigiram uma atuação de fazer e de prestar por parte do Estado, diferentemente da visão liberal, que supostamente pregava a omissão estatal, embora sua intervenção fosse cobrada sempre que os interesses da política liberal estivessem sendo ameaçados. [...] Para muitos doutrinadores, a constitucionalização dos direitos trabalhistas teve por objetivo apenas a confirmação teórica de uma proposta democrática, sem que tal programa político significasse, necessariamente, uma atuação permanente do Estado no sentido de garantir o cumprimento e eficácia dessas normas, daí por que se procura avaliar a eficácia dos direitos constitucionais [...].

“Paulo Bonavides foi quem introduziu, no ordenamento jurídico interno, o ideário dos direitos fundamentais de quarta dimensão, retratando que os mesmos têm, como pano de fundo, a globalização da economia”, diz Gonçalves (2003, p. 36).

“Globalizar os direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. A globalização política na esfera da normatividade jurídica insere os direitos de quarta geração, que correspondem à institucionalização do Estado social” (BONAVIDES, 2002).

Segundo entendimento de Bonavides (2002, p. 525):

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. [...] Enfim os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos.

Nesse sentido, Bonavides (2002) diz que a nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. Trata-se, portanto, de universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro fortalece com as expectativas de melhor concretizar a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.

Nascimento (*apud* BARBUGIANI, 2008, p. 61) “reconhece, dentro desse contexto, que, modernamente, o direito do trabalho, ao defender a dignidade do trabalhador e seus direitos de personalidade, está sendo identificado com os direitos fundamentais ou humanos.”.

Dando continuidade ao raciocínio, Barbugiani (2008) traz que os direitos trabalhistas têm sofrido inúmeras investidas em virtude da globalização econômica e do neoliberalismo² que procuram flexibilizar as normas protetivas dos trabalhadores com o intuito de beneficiar os detentores do capital.

Analisando, a partir do aspecto globalização, Trierweiler (2009, p. 81) diz que

Em tempos de globalização, formação de blocos econômicos, multinacionalização de empresas e sua expansão para diferentes continentes, e, em especial, a crise econômica internacional, a comunida-

de mundial é forçada a se ajustar a este novo cenário, em vários aspectos, tais como político, econômico e, inclusive, jurídico-sociais. É neste contexto que o próprio direito do trabalho, marcado pelo eterno conflito “capital x trabalho”, tem suas fronteiras exacerbadas para além da nação individualmente considerada.

Diante disso, passa a haver um interesse supranacional a respeito dos direitos e relações trabalhistas, em face dos reflexos econômicos que essa tendência global implica ao mercado mundial.

No que tange ao neoliberalismo, Arruda (1998) ensina que esse termo trata de ideias apregoadas com contexto liberal, defendidas por grupos e pessoas, dotadas de conotação que apresentavam, a princípio, uma separação entre o econômico e o social, o Estado e o mercado, com condições sociais favoráveis. Esses fenômenos, ocorridos em virtude do neoliberalismo, interferem consideravelmente no mundo das relações laborais. É o que leciona Arruda (1998, p. 84):

A globalização intensifica a abertura de mercados e migração de empresas para países e localidades que sejam mais lucrativas, ou seja, onde existe a mão-de-obra mais barata e a menor fiscalização e respeito aos direitos internacionalmente conhecidos como fundamentais para a classe trabalhadora. Além disso, o neoliberalismo privilegia a lógica exclusiva do mercado em detrimento do homem, desviando o avanço tecnológico para o fator lucro, em vez de ter como destinatária a valorização da vida humana.

Tem-se, portanto, a tendência mundial de precarização das normas trabalhistas desatenta ao fato de que a economia circula em torno da massa operária, ou seja, quanto melhores as condições de trabalho e maiores os salários, maior será o poder aquisitivo da população, diz Barbugiani (2008).

Não se pode deixar de analisar, assim traz Arruda (1998, p. 85), que ao se falar de política neoliberal, de realidade econômica do Brasil, têm-se três passos básicos: “a estabilização da economia (combate à inflação), a efetivação de

² Neoliberalismo é a resposta à crise do capitalismo decorrente da expansão da intervenção do Estado, antagônica à forma mercadorista, ainda que necessária para sustentá-la. Consiste essencialmente em uma tentativa de recompor a primazia, e recuperar o âmbito da produção de mercadorias. Renegando as formas social-democratas que acompanham o estágio intensivo, nega a crise estrutural e histórica do capitalismo e se volta às origens desse, do tempo do liberalismo, daí o nome de neoliberalismo. (Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/deprojeto/c_deak/CD/4verb/neolib/index.html>. Acesso em: 18 out. 2010, às 16h 35min.

reformas estruturais (privatizações, liberalização de mercados) e a retomada de investimentos estrangeiros como forma de incentivar o desenvolvimento.”.

Gonçalves (2003) trata da problemática do desemprego desencadeado pela globalização, diretamente decorrente do aprimoramento da técnica. Depara-se, então, com uma nova etapa do sistema capitalista focada como a Terceira Revolução Industrial, com consequências danosas no aumento da produtividade laboral, fato que tem ocasionado o desemprego tecnológico. Gonçalves (2003, p. 101) assim analisa:

O catedrático entende que o termo que melhor pode refletir a situação do mercado de trabalho não é o verbete “desemprego”, mas a expressão “precarização”, porque os novos postos de serviços criados em virtude das novas tecnologias não conseguem nem suprir a carência de absorção de mão-de-obra, mas – principalmente - não conferem aos seus ocupantes os mesmos direitos e garantias que eram previstos legal ou convencionalmente nos empregos tradicionais, sendo que corriqueiras as relações informais ou incompletas de emprego, o que se reverte em sentido socialmente difundido de insegurança no emprego.

Nesse sentido, Arruda (1998) discorre que a situação econômica possui diversos motivos, desde a automação até a falta de uma política pública que privilegia a fomentação e o incremento dos campos de trabalho. Atualmente, é possível notar o retorno de propostas referentes à ampla liberdade do mercado, com grupos econômicos fortificados que exigem do Estado a abstenção de regulamentação dos direitos básicos dos trabalhadores, sob a justificativa de que a interferência prejudica o crescimento econômico e dificulta as negociações em um mercado mais competitivo e globalizado.

A autora acrescenta (idem, p. 88):

[...] tornar eficaz o direito trabalhista, num mundo em que a principal e mais catastrófica crise é a falta de trabalho, exige reflexão e compromisso com uma ordem social mais justa, sobretudo quando esse é o princípio dominante na Constituição.

“É incontestável que a globalização da

economia trouxe consigo mutações no plano das relações de trabalho. [...] Torna-se imprescindível distinguir a desregulamentação do direito trabalhista da flexibilização do mesmo ramo jurídico.”, diz Gonçalves (2003, p. 166).

“Tomando a desregulamentação, trata-se de retirar do âmbito da legislação parte dos direitos trabalhistas que não mais seriam garantidos por leis, mas através de negociação entre as categorias envolvidas.” (ARRUDA, 1998, p. 89) explica e complementa a partir da ideia de que “a proposta neoliberal é diluir as normas jurídicas que protegem os trabalhadores com poder de sanção e caráter de eficácia para que cada direito seja negociado entre patrões e empregados.”.

No que tange à flexibilização, seria a quebra da rigidez da norma trabalhista, ou seja, uma diminuição do princípio protetivo do Direito do Trabalho, posto em favor dos hipossuficientes da relação de emprego, de acordo com entendimento expresso por Gonçalves (2003).

Nesse sentido, percebe-se que o processo de horizontalização dos direitos fundamentais ganhou, no âmbito laboral, desenvolvimento, até mesmo pela natureza da relação contratual na qual se tem o empregado que abre mão de uma parte de suas liberdades, na proporção que se coloca a serviço e disposição do empregador, vez que subordinado, controlado e fiscalizado, como ensina Valadares (2006).

Acerca do processo de horizontalização dos direitos fundamentais, há a seguinte explicação:

As transformações sofridas pelo Estado e a evolução dos direitos fundamentais possibilitaram que estes fossem também aplicáveis às relações privadas, entre particulares, especialmente para reduzir ou eliminar as desigualdades entre pessoas, até porque os direitos fundamentais alicerçam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial. O processo de horizontalização dos direitos fundamentais fez parte de importante etapa de evolução do ordenamento jurídico em geral, uma vez que somente após a obtenção de uma proteção efetiva frente ao Estado é que foi possível o indivíduo transportar preocupações para o âmbito das relações privadas. (VALADARES, 2009, p. 10).

Arruda (1998, p. 91) mostra que

A desconstitucionalização, ou seja, excluir do texto da Carta Política os direitos trabalhistas, é ainda mais grave. O papel da Constituição e a fundamentalidade dos direitos trabalhistas já foram explicitados. Ademais, o texto da Constituição traz as possibilidades de flexibilização, não sendo correta qualquer afirmação que implique rigidez dos direitos trabalhistas. É o que ocorre com dois direitos básicos: a alteração da jornada de trabalho e a fixação de salários, que são negociados mediante acordos ou convenção coletivas.

Ademais, é evidente que as tendências de flexibilização e desregulamentação desencadearam profundas modificações no universo do direito do trabalho, dentre elas a diminuição das normas estatais. Diante disso, os trabalhadores buscam na seção que trata dos direitos fundamentais na Constituição para o restabelecimento do equilíbrio entre seus direitos e os poderes empresariais, tal como argumenta Valadares (2009).

Pode-se concluir que a “automação³ refletirá efeitos danosos. Entretanto, os mesmos serão em menores proporções do que se especula, já que, mesmo ocorrendo o desemprego em determinados setores da atividade laboral, haverá, em contrapartida, a necessidade crescente de pessoal em outros setores”. (GONÇALVES, 2003, p. 172).

O fato de os reflexos da globalização terem acarretado alguns prejuízos no que concerne às garantias dadas aos trabalhadores, “é inegável que a concretude da dignidade do trabalhador exige eficácia social das normas previstas nos âmbitos nacional e internacional.”, entende Sandim (2010, p. 64).

E neste sentido, “o § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, estabelece que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’, entretanto, a doutrina e a jurisprudência divergem quanto aos limites da norma.”, Barbugiani (2008, p. 77). O autor ainda complementa que todos os direitos de qualquer dimensão devem ser assegurados e sua aplicabilidade imediata, inerente ao próprio conceito de direitos fundamentais, é plenamente reconhecida.

Note-se o que observa Sandim (2010, p. 64):

A proteção normativa destinada ao trabalhador exige o efetivo recebimento das parcelas contraprestativas, como salário, adicionais, décimo terceiro salário, entre outras, bem como a tutela da saúde também no ambiente de trabalho derivada da necessidade de um meio ambiente equilibrado e saudável, limitando o poder diretivo do empregador.

Tem-se, então, que a autoaplicabilidade dos tratados de direitos humanos e a sua recepção no ordenamento jurídico com a devida conotação constitucional admitem os critérios de resolução de conflitos entre normas, facilitando especialmente na seara trabalhista em que vigora o princípio da aplicação da norma mais favorável, associado ao preceito da maior proteção à dignidade da pessoa humana, segundo conclusão de Barbugiani (2008).

4 Considerações finais

A globalização foi responsável por transformações profundas na seara trabalhista, aumentando a competitividade entre empresas, o crescimento da produtividade e do lucro, os avanços da tecnologia e as ideias flexibilizadoras das normas trabalhistas, no que diz respeito aos direitos sociais do trabalhador.

A relação de emprego resulta da síntese de elementos fático-jurídicos. No entanto, o mais importante para a caracterização desta relação jurídica é a subordinação. Em seu conceito clássico, trata-se da submissão do empregado às ordens do empregador.

Os doutrinadores do direito do trabalho defendem o fiel cumprimento da Constituição Federal e de seus valores fundamentais no que diz respeito aos direitos sociais do trabalhador. Isso porque, a tendência mundial de precarização das normas trabalhistas desatenta-se de que a economia gira em torno dos trabalhadores. Portanto, quanto melhores as condições de trabalho e maiores salários, maior será o poder aquisitivo da sociedade.

Então, garantir aos trabalhadores seus direitos sociais pode amenizar as desigualdades entre os sujeitos da relação jurídica de emprego, contribuindo para a harmonia do meio ambiente de trabalho.

³ A automação é um processo em que o mundo está inserido, pois os países que se insurgirem contra ela estarão caminhando na “contramão” da História, ou seja, uma nova realidade tecnológica, que possibilita convivência harmoniosa entre o homem e máquina. (GONÇALVES, 2003).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal**. São Paulo: LTr, 1998.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **A inserção das normas internacionais de direitos humanos nos contratos individuais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. **Direito constitucional do trabalho: aspectos controversos da automatização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições do direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: LTr, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANDIM, Fábio Lucas Telles de Menezes Andrade. A Função Social do Contrato no Direito do Trabalho. *In: Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. Porto Alegre, Ed. IOB, p. 61-79, mar. 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Da relação de Trabalho. *In: Revista LTr*, v. 74, n.º 03, p. 74-03/263, março de 2010.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições do direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TRIERWEILER, Gustavo F. As Relações de Trabalho, o Dumping e a Crise Econômica. *In: Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, n.º 242, Porto Alegre, Ed. IOB, p. 81-91, ago. 2009.

VALADARES, Leonardo Alexandre Lima Andrade. O Poder Diretivo Empresarial e a Tutela Inibitória dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. *In: Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, n.º 243. Porto Alegre, Ed. IOB, p. 7-41, set. 2009.

A TEORIA DO GARANTISMO PENAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ESTADO DE DIREITO

Fabiola Barros de Queiroz¹

RESUMO

O presente estudo científico tem como fundamento a teoria do garantismo penal formulada por Luigi Ferrajoli, evidenciando as raízes doutrinárias que culminaram em uma teoria de cunho garantidor dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, verifica-se o conteúdo da teoria garantista e sua capacidade de legitimar o Estado de Direito por meio de mecanismos hábeis à aproximação entre *o ser* e *o dever ser do* Direito. Referida teoria, fruto dos ideais iluministas, propugna uma releitura dos critérios de vigência, validade e eficácia das leis objetivando a imposição de vínculos à função punitiva estatal em garantia dos direitos dos cidadãos. Sob tal óptica, o fundamento do garantismo penal reside justamente na consagração dos direitos e garantias fundamentais, sendo que somente em um Estado que respeita os desviantes como sujeitos de direitos e garantias, em detrimento do poder punitivo irracional do Estado, e os não desviantes como merecedores de segurança e liberdade proposto no contrato social de Rousseau, estar-se-á diante do verdadeiro garantismo penal.

Palavras-chave: Garantismo Penal; Dignidade da Pessoa Humana; Estado de Direito.

ABSTRACT

This scientific study is based on the theory of penal guarantees formulated by Luigi Ferrajoli, highlighting the doctrinal roots which culminated in a guarantor-nature theory of fundamental rights and guarantees. In this sense, it is verified the content of the garantism theory and its ability to legitimize the Rule of Law through the skillful mechanisms to an approach between the being and should be of the Law. This theory, fruit of Enlightenment ideas, calls for a reassessment of the criteria of validity,

the validity and effectiveness of laws aimed at the bond imposition to the punitive state function in ensuring the rights of citizens. From this viewpoint, the foundation of penal guarantees lies in the consecration of the rights and fundamental guarantees, and only in a State that respects the deviant as subjects of rights and guarantees, in detriment of irrational punitive power of the State, and the non-deviant as deservers of freedom and security as proposed in the Social Contract of Rousseau, therefore it will be before the true penal garantism.

Keywords: Penal Garantism; Dignity of Human Being; Rule of Law.

1 INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do Estado de Direito, o problema de sua legitimação tornou-se um dos grandes desafios da ciência jurídica, mormente no que concerne à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal. Assim, no afã de criar mecanismos capazes de solucionar tal problemática, foi criada a teoria do garantismo penal, impondo ao Direito e ao Estado a carga de justificação externa. Isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam a sua existência.

Sob tal conjuntura, o Estado de Direito deve ser entendido como um instrumento a serviço da sociedade, cujos fundamentos repousam unicamente na consagração e efetivação dos princípios de direito externo internalizados. Para o cumprimento de tal desiderato, os Estados tendem a delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar as normas inferiores que com ela sejam discrepantes.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA).

Contudo, não obstante a adoção de um sistema juridicamente perfeito, o ideal garantista tornar-se-á uma falácia caso não haja a concretização de seus axiomas pelos poderes públicos, sobretudo, pelo Poder Judiciário.

Não por outra razão, a teoria de legitimação criada por Ferrajoli, partindo de uma redefinição do critério de validade das leis, pugna pela aproximação entre o *ser* e o *dever ser* do Direito à medida que designa uma função precípua ao Poder Judiciário, qual seja, a concretização dos direitos e garantias fundamentais insertos nos textos constitucionais e convencionais. Sob tal premissa, a teoria garantista nega o antigo dogma da função contemplativa do juiz diante das leis inválidas, o qual os concebem como “boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis”, como diria Montesquieu.

Ao romper com a antiga concepção do juiz como incapaz de promover transformações sociais, a teoria do garantismo penal impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através da reinterpretação em sentido constitucional e a denúncia de sua inconstitucionalidade. Outrossim, dentre os vários significados que podem ser extraídos do texto normativo, é dever do juiz eleger apenas os que guardarem consonância com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidas.

2 SÍNTESE HISTÓRICA DO CONTEXTO JURÍDICO-PENAL EM QUE FOI CONCEBIDA A TEORIA DO GARANTISMO PENAL

O período iluminista constitui um marco histórico na concepção humanitária das penas e, consoante salienta Gomes (2006), tal ideário tem suas premissas calcadas no Renascimento e na Reforma, movimentos que eclodiram no século XVII.

Conforme ensinamento de Prado (2005), a Ilustração do século XVIII significou uma reação ao pensamento jurídico penal predominante no período histórico que o precedeu, entendido este como o Direito Penal Comum, que realiza uma fusão do Direito romano, germânico, canônico e dos direitos nacionais. Assim, no Antigo Regime, período em que o Direito Penal comum teve prevalência, reinavam as penas cruéis e aflitivas, fundamentadas tão-somente no arbítrio judicial e na exaltação do Príncipe. A atrocidade e a desumanidade com as quais o

Direito Penal estava envolto permaneceram incólumes até a Revolução Francesa, tendo, segundo ensinamento de Prado (2005, p. 81), “Voltaire chamado os magistrados de seu tempo de *bárbaros de toga*.”

Contra os excessos do Antigo Regime, a Ilustração representa uma ruptura da fusão entre o Direito e a Religião. Para Carvalho (2001), a secularização do Direito proporcionou uma minimização do poder punitivo estatal, de modo que somente serão passíveis de criminalização as condutas que constituírem efetiva lesão a bens jurídicos alheios, sendo que o “ser” do indivíduo permanece imune à intervenção do Estado.

Ferrajoli (2002) assevera que a teoria do contrato social de Rousseau possibilitou a visão do Estado como um garantidor das liberdades individuais, em que aquele poderia intervir tão-somente nos casos de violação do pacto ora celebrado. Infere-se dessa teoria que a parcela de liberdade renunciada em prol dos direitos alheios exprime exatamente que existe uma considerável porção de direitos liberais intangíveis, cujo núcleo não é merecedor de tutela penal, pois dizem respeito ao “ser” do indivíduo.

Nesse sentido, Beccaria (2005) destaca que os pactuantes do contrato social, temerários pela incerteza oriunda de um contínuo estado de guerra, sacrificaram parte de sua liberdade para desfrutarem das demais com segurança. A soma das pequenas porções de liberdade sacrificadas constitui a soberania estatal, encarregada da tutela de tais liberdades ora renunciadas. Conseqüentemente, o conjunto dessas porções forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não direito.

Primeiramente, tem-se que Beccaria (2005) defende veemente a separação do Direito e da Moral, consignando que as opiniões ou as meras intenções não são passíveis de proteção penal, visto que tais atos não são lesivos aos direitos de terceiros, o que caracteriza uma nítida concretização do princípio da lesividade. O autor iluminista propagou, igualmente, outros princípios que, apesar de suas diferenciadas nuances, norteiam até hoje o Direito Penal.

Desse modo, é notável a contribuição iluminista para o Direito Penal, tal qual é concebido pela teoria do garantismo penal. Nesse sentido, Ferrajoli (2005, p. 185) destaca que

A doutrina iluminista de separação entre direito e moral elaborou, a um só tempo, o pressuposto necessário de qualquer teoria garantista e de qualquer sistema de direito penal mínimo, enquanto as várias doutrinas pré e pós-iluministas da confusão viram-se colocadas na origem de culturas e modelos penais substancialistas e variamente autoritários.

Não obstante o fato deste trabalho não ter a intenção de esgotar as diversas teorias que originaram o pensamento garantista, faz-se mister mencionar as doutrinas pós-iluministas da confusão, uma vez que as anteriores à Revolução já foram mencionadas, ainda que resumidamente.

Consoante Ferrajoli (2005), no século passado, houve a consolidação efetiva do monopólio estatal das Fontes do Direito e, com ela, a confusão entre Direito e Moral voltou a ter espaço no cenário jurídico penal. Em meio a tal confusão, foram abandonados quaisquer pontos de vista axiológicos externos de legitimação do Direito, cedendo lugar ao juspositivismo do princípio teórico, cujos pilares se estabeleceram sob a óptica de que o Direito vigente era algo de “natural”, não mais necessitando de legitimação. Desse modo, o Direito Positivo era tido como um fim ou um valor em si próprio, em detrimento da legitimação externa.

Segundo Prado (2005), essa deslegitimação externa mencionada é oriunda da Escola Positivista, que se apresenta em três grandes fases. São essas a antropológica de Lombroso, a sociológica evidenciada por Ferri, e a Jurídica formulada por Garofalo. Nesse período, o Direito Penal ofuscou o princípio da estrita legalidade, uma vez que as definições do tipo penal eram destituídas de qualquer valor denotativo, cuja interpretação judicial consiste em juízos de valor *post factum*, como a periculosidade do agente, capacidade de delinquir, entre outros valores que fogem à órbita garantista.

Outra teoria anti-iluminista vislumbrada por Ferrajoli (2005) é o formalismo ético. Segundo o autor, essa tese renuncia a qualquer ponto de vista externo de legitimação, encontrando fundamento apenas no ponto de vista jurídico, como único meio capaz de justificar o direito penal.

Não é difícil compreender o fato de as teorias pós-iluministas da confusão entre Direito

e Moral terem sido refutadas assim como foram as pré-iluministas também da confusão. Cademartori (1999) afirma que todo poder absoluto, em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, carece de legitimidade e gera o dissenso popular, cujo declínio final são as inúmeras revoluções que assolaram a história da legitimação da soberania do Estado.

Percebe-se que o problema da legitimação do Direito Penal é uma constante no estudo de tal ramo do Direito, cuja importância foi verificada por Ferrajoli (2005), que divide as teorias em justificacionistas e abolicionistas, sendo que essas negam a existência de qualquer justificação à intervenção punitiva do Estado; aquelas, porém, tendem a encontrar um meio hábil para justificar o poder punitivo estatal. É justamente nesta conjuntura, entre as doutrinas de justificação do poder punitivo estatal, que se insere a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, base e fundamento do presente estudo.

A teoria do garantismo penal é classificada por Ferrajoli (2005) como um utilitarismo penal reformado. Por utilitarismo penal se entende que a pena não pode ser justificada como se ela própria fosse um fim ou um valor voltado para o passado, tal qual ocorre nas teorias de justificação retributiva, mas sim, um meio ou um instrumento para fins, com vistas ao futuro.

Conforme lição de Ferrajoli (2005), o modelo de justificação garantista concebe a pena com o único objetivo da prevenção geral negativa – das penas informais além do que dos delitos. Insta salientar que a teoria da prevenção geral negativa aqui exposta não se confunde com a teoria geral negativa de Beccaria (2005), uma vez que esta concebe a pena como um exemplo, isto é, quer-se prevenir novos delitos por meio da intimidação. Esse não é o ideal de Ferrajoli (2005, p. 267), tendo em vista a máxima kantiana citada por aquele no sentido de que “nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins a ela estranhos, ainda que sociais e elogiáveis.”.

O novo modelo de justificação do poder punitivo do Estado fundado pela teoria do garantismo penal inaugura uma nova perspectiva do Direito Penal. Isso porque ela é voltada para um Direito Penal de exceção, em que a regra é a efetivação dos direitos e garantias fundamentais inerentes a todo e qualquer sujeito de direito.

2.1 Conteúdo e disciplina da teoria do garantismo penal

Conforme pensamento de Carvalho (2001), a teoria do garantismo penal propõe, sobretudo, estabelecer critérios de racionalidade e limitação ao poder punitivo estatal, deslegitimando qualquer modelo de Estado que restrinja os direitos e garantias fundamentais em função da defesa social. Prossegue o autor consignando que o modelo garantista consiste em um meio hábil para o combate da irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Do pensamento do autor acima mencionado, é possível extrair as premissas básicas da teoria do garantismo penal, tal qual outrora fora concebida. Ferrajoli (2005, p. 684) considera a existência de três acepções do termo garantismo, sendo a primeira acepção a que mais coaduna com o garantismo com vistas ao Direito Penal, a saber:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, o próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma com tal modelo e o satisfaz efetivamente.

Sob o ponto de vista desta acepção, qual seja o *modelo normativo de direito*, funda-se o sistema criado por Ferrajoli (2005) denominado Sistema de Garantias ou simplesmente sistema SG. Tal sistema consiste em um conjunto de princípios norteadores do Direito Penal e Processual Penal, em face dos quais é possível mensurar o grau de garantismo dos Estados de Direito.

Ferrajoli (2005) assevera que cada proposição do Sistema de Garantias constitui um axioma do Direito Penal, sendo que seus princípios não se restringem a estabelecerem as concepções da verdade processual, mas tem o objetivo também de garantir a imunidade dos

cidadãos frente às intervenções punitivas arbitrárias ou irracionais do Estado. Assim, à medida que os axiomas do sistema SG são incorporados no ordenamento positivo vigente por meio da internalização do direito externo, ele passará a ter legitimidade não só normativa, mas também legitimidade jurídica ou de validade.

Sob tal perspectiva, quanto maior o respeito e pronto atendimento aos princípios do sistema SG, maior será o grau de validade e legitimidade do poder estatal. Por outro lado, o Sistema de Garantias pode restar debilitado à medida que haja diminuição ou lesão aos direitos e garantias preconizados pelo sistema em comento. Conforme consigna Ferrajoli (2005, p. 78), “é possível agora formular uma tipologia, obviamente esquemática, dos modelos teóricos de direito penal segundo o número ou o tipo de garantias asseguradas por eles e, portanto, segundo a medida e o grau como se acercam ou se afastam do nosso modelo limite SG”.

Ferrajoli (2005) explicita que o modelo limite SG compreende os seguintes princípios: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou estrito; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da ofensividade ou da lesão a bens jurídicos; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdicioriedade; 8) princípio acusatório; 9) princípio do ônus da prova; 10) princípio do contraditório ou da ampla defesa.

Carvalho (2001, p. 23) sintetiza os princípios anteriormente elencados ao dizer que:

Segundo este modelo não é legítima qualquer irrogação da pena sem que ocorra um fato exterior, danoso para terceiro, produzido por sujeito imputável, previsto pela lei como delito, sendo necessária sua punição e proibição. Por outro lado, aliam-se aos requisitos materiais, os processuais, a dizer, a necessidade de que sejam produzidas provas por uma acusação, em processo contraditório e regular, julgado por juiz imparcial.

Para Ferrajoli (2005), o modelo SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que constituem garantias dos cidadãos contra o arbítrio ou erro judicial. O autor denomina Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo os dois extremos que podem surgir, à medida que sejam maiores ou menores

os vínculos garantistas extraídos do sistema de garantias e aplicados na órbita punitiva estatal.

Os axiomas do sistema SG, portanto, são erigidos à categoria de condicionantes da responsabilidade penal e a aplicação da pena, passando a existir um mecanismo de avaliação penal nos Estados de Direito. Ao analisar o pensamento garantista, Carvalho (2001) leciona que a estrutura do modelo penal garantista tem como fundamento a mínima intervenção estatal, sendo esta somente legítima quando presentes os axiomas do Sistema de Garantias. Pela via oposta, os modelos autoritários ou maximalistas são representados pela ausência ou violação às regras do sistema SG, revelando um paradigma penal irracional e deslegitimado.

O garantismo como *modelo normativo de direito*, sob o plano epistemológico, se caracteriza exatamente pelo poder mínimo ou cognitivo em comento. Nesse sentido, Ferrajoli (2005, p. 30) destaca que:

Como um sistema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.

O poder punitivo estatal, além da obrigatória subordinação aos limites impostos pelo sistema SG, sendo, por essa via, de exceção, deve igual subordinação ao juízo cognitivo. Por juízo cognitivo, entende-se uma justiça penal não arbitrária, baseada sobre juízos penais predominantemente de fato e de direito, sujeitos a verificação empírica. Para Ferrajoli (2005), a concepção cognitiva da jurisdição se direciona a assegurar a certeza na determinação do desvio punível, pautada exclusivamente em critérios da taxatividade legal abstrata, na verificação do fato e no juízo de equidade capaz de conotar o fato denotado na lei como delito.

Segundo o mencionado autor, um Direito penal é racional à medida que suas intervenções são previsíveis e, da mesma forma, é dotado de certeza quando é assegurado que nenhum inocente seja punido a custo da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Sob tal perspectiva, Rangel (2008, p. 87) assegura que “a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa nos bancos dos réus.”

Uma vez traçadas, ainda que sucintamente, as bases do modelo normativo de Direito sob o ponto de vista epistemológico, entendido como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, cumpre analisar o mesmo modelo sob a óptica do plano político, cuja característica reside na minimização da violência e na maximização da liberdade.

No tópico anterior, foi realizada uma breve análise acerca da função utilitarista penal reformadora do garantismo penal. É exatamente nessa conjuntura que se insere o plano político do modelo normativo de direito preconizado pela teoria do garantismo penal. Como mencionado, a teoria do garantismo penal é classificada como utilitarista, em oposição às teorias da retribuição, as quais concebem a pena como um castigo ou como uma reparação ao mal causado pelo delito. O utilitarismo, por outro lado, parte do pressuposto de que a pena é um instrumento capaz de assegurar a máxima utilidade possível à maioria formada pelos não desviantes e o mínimo sofrimento necessário à minoria formada pelos desviantes.

Conforme explicitado, a prevenção geral negativa própria do garantismo penal em muito se difere da prevenção geral negativa de Beccaria pelos fatos e fundamentos outrora expostos. Por essa razão é que o próprio Ferrajoli (2005) afirma que a teoria do garantismo penal inaugura um novo modelo de justificação, que é o utilitarismo penal reformado voltado para a prevenção das penas informais. Ou seja, a prevenção da vingança privada ou do exercício das próprias razões. O autor, partindo da premissa de Beccaria (2005, p. 38) em que este consigna que deve existir “a máxima felicidade dividida no maior número possível de pessoas”, entende que o objetivo do Direito Penal e, conseqüentemente, das penas, deve ser o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes.

Com efeito, Ferrajoli (2005) destaca que, enquanto a prevenção dos delitos injustos constitui o limite mínimo das penas, a prevenção das injustas punições, por outro lado, fixa o limite máximo da pena, de modo que além do qual não se justifica que esta substitua o exercício das próprias razões. Outrossim, a pena aquém do limite mínimo, não constitui mais uma pena, mas sim uma taxa destituída de capacidade dissuasória.

Do exposto, depreende-se que a teoria garantista concede ao Direito Penal uma dupla

função, a qual Ferrajoli (2005, p. 270) denomina de utilitarismo partido ao meio. Segundo o autor

A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.

Insta destacar que enquanto o Direito Penal tem esta função binária de proporcionar o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, esse ramo do direito passa a exaltar, sobretudo, a efetivação dos direitos fundamentais. É justamente a consagração dos direitos e garantias fundamentais o grande objetivo e fundamento da teoria do garantismo penal. Assim, somente em um Estado que respeita os desviantes como sujeitos de direitos e garantias, em detrimento do poder punitivo irracional do Estado, e os não desviantes como merecedores de segurança e liberdade proposto no contrato social, estar-se-á diante do verdadeiro garantismo penal.

Cumpra, por fim, analisar o garantismo como modelo normativo de direito sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Inicialmente, faz-se mister diferenciar o que vem a ser legitimação externa e legitimação interna do Direito. Ferrajoli (2005) preceitua que por legitimação externa, entende-se o conjunto de princípios normativos externos ao direito positivo interno, isto é, princípios formados por valores morais, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídicos. Por outro lado, o autor consigna que legitimação interna ou legitimação em sentido estrito consiste na legitimação do Direito Penal por meio de princípios normativos internos ao ordenamento positivo, ou seja, critérios de avaliação jurídicos ou intrajurídicos.

O problema da legitimação externa está relacionado à concepção da justiça e é inerente à Filosofia do Direito e à crítica da Política. Já a legitimação interna é relacionada à validade e é concernente ao estudo da Teoria do Direito e à Crítica do Direito. Tal distinção é oriunda do princípio da secularização ou da separação entre o Direito e a Moral pregada pela teoria garantista.

A separação entre Direito e Moral constitui uma grande conquista do pensamento jurídico

e político moderno. Porém, consoante pensamento de Ferrajoli (2005), essa separação tem dado ensejo ao equívoco da separação do Direito Positivo como fato e o Direito Natural como valor, ou, como comumente referido, *entre ser e dever ser*. Enquanto a legitimação interna comporta o direito como é, o *ser*, entendido como o único direito válido, a legitimação externa é vista como um ideal alheio às noções de validade, pois que não existiria formalmente no âmbito jurídico.

Tal paradigma, porém, é concebido apenas em ordenamentos jurídicos nos quais o legislador é *legibus solutus*, de forma que qualquer norma por ele emanada seja considerada válida. Moraes (2007) explicita que nos modernos Estados de Direito, os quais adotam Constituições rígidas como um referencial, tal modelo de validade não encontra guarida, tendo em vista o fenômeno da positivação dos princípios externos nas Constituições, ou ainda, o fenômeno da constitucionalização dos princípios de Direito Natural no Direito Positivo.

Ferrajoli (2005) acredita que o resultado dessa positivação do Direito Natural possibilitou a inclusão de muitos dos velhos valores iluministas ao direito vigente. Para o autor, o fenômeno de positivação dos princípios de Direito Natural proporcionou uma radical mudança nos conceitos de vigência, validade e eficácia das normas positivas, tendo como referencial a Constituição do Estado. Enquanto tais conceitos se coincidem nos Estados Absolutistas, o mesmo não ocorre nos modernos Estados de Direito, uma vez que estes estão dotados de normas referentes à produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito também das condições substanciais, ou seja, do respeito, sobremaneira, aos direitos fundamentais.

Ferrajoli (2005) entende que uma norma pode ser válida e não ter eficácia, estar vigente e ser destituída de validade, ter eficácia e não ser válida, ser válida e vigente e não possuir eficácia. Isso porque validade, vigência e eficácia possuem acepções distintas que, por vezes, restam inconciliáveis. Assim, o critério da vigência repousa no procedimento de criação da norma, enquanto a eficácia corresponde aos efeitos práticos da norma e, por fim, a validade constitui a adequação da norma aos preceitos constitucionais. Essa última é a grande norteadora da legitimidade ancorada pela teoria garantista, uma vez que uma norma apenas será válida, conforme Ferrajoli (2005), quando estiver

em consonância com os direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição, sendo que a lei deve ser interpretada conforme a Constituição e, quando o contraste for insanável, é dever do juiz declarar a inconstitucionalidade da norma viciada.

Nesse sentido, afirma Ferrajoli (2005, p. 267):

O Conceito de vigência se refere (não genericamente aos atos, mas) à forma dos atos normativos, sendo entendida essa expressão como o conjunto dos atos empíricos (formalidades, procedimentos, competências e similares) que fazem de um ato linguístico preceptivo uma decisão jurídica (por exemplo, uma lei, um negócio, uma sentença ou um ato administrativo). Enquanto o conceito de validade se refere ao significado do mesmo ato, ou seja, às normas por este produzidas. As duas figuras, portanto, são prescritas sobre a base de duas classes diversas de normas sobre produção: as normas formais, que vinculam a forma dos atos normativos, e as normas substanciais que vinculam o significado.

Nesse diapasão, Carvalho (2001) ressalta que o novo conceito de validade emergida pela teoria do garantismo permite que os direitos fundamentais adquiram um *status* de intangibilidade, estabelecendo a esfera do não decidível, sequer sob o consenso da maioria. Os direitos fundamentais constitucionalizados têm, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do Direito Penal nos Estados de Direito.

Destaca-se que à medida que os axiomas do sistema SG forem incorporados às Constituições e efetivamente observados, maior será o grau de garantismo e maior será a legitimidade do poder estatal de tal ordenamento.

3 A TEORIA GARANTISTA PENAL COMO MEIO APTO À EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A teoria do garantismo penal, inequivocamente, constitui o expoente máximo do minimalismo penal. Disso se depreende que a teoria em questão é alicerçada por um conjunto de princípios e valores inerentes aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. A exaltação desses direitos e garantias

fundamentais tem como pressuposto básico o princípio corolário de qualquer ordenamento jurídico baseado em critérios de validade substancial, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento dos demais valores garantistas, constitui, conforme Mendes (2008), um princípio de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, uma vez que a expressão dignidade comporta expansivos âmbitos de proteção desde o respeito à pessoa como valor em si mesmo até a satisfação das carências essenciais dos indivíduos.

Nessa linha de raciocínio, o princípio da dignidade da pessoa humana somente terá efetividade se os demais valores fundamentais dele oriundos forem inseridos no ordenamento jurídico. Dessa feita, Ferrajoli (2005) estatui que tais valores (bases da teoria garantista) devem estar positivados na Constituição para que assim as normas oriundas desta sejam dotadas de validade, no sentido de que se conformam com o seu conteúdo, concretizando o princípio maior da dignidade humana.

A concepção do princípio da dignidade humana como premissa básica e fundamental da teoria garantista é proveniente do ideal Iluminista, em que Beccaria (2005, p. 74) chegou a afirmar que “não há liberdade toda vez que as leis permitem que em alguns eventos o homem deixe de ser pessoa e torne-se coisa.”. A preocupação com a dignidade humana é, sobretudo, voltada para as leis penais, uma vez que esse ramo do Direito usa de seu poder coercitivo para limitar ou restringir as liberdades individuais.

Por tal razão, Gomes (2005) assevera que além da proibição de penas indignas, o princípio da dignidade humana tutela também o direito ao devido processo penal, dotado de todas as garantias e direitos ínsitos aos modernos Estados de Direito. Estados estes, que ao adotarem o garantismo penal como referência jurídica, guardam tratamento idêntico a todos os indivíduos que os compõe. Logo, como sujeitos de direitos e garantias, visto que, para essa teoria, nenhum sujeito perde essa característica, independente de qualquer transgressão à ordem jurídica.

Desse modo, o sistema SG, aliado ao objetivo do *máximo bem-estar possível dos não desviantes e mínimo mal-estar necessário dos desviantes*, ambos da teoria do garantismo penal, permitem a concretização efetiva do princípio da dignidade humana, à medida que

sejam incorporados e eficazmente ajustados à realidade penal.

4 O GARANTISMO PENAL COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DO ESTADO DE DIREITO

Ferrajoli (2005) assevera que o garantismo é a principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de Direito, o qual pode ser entendido como um governo *sub lege* ou submetido às leis ou *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas. Nesse enfoque, o governo *sub leges* pode ser entendido em dois sentidos diferentes, um formal, no qual qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos, e outro substancial ou estrito, no qual todo poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos.

Ferrajoli (2005) assevera que o termo “Estado de Direito”, entendido como governo *sub leges*, é sinônimo de “garantismo”, pois designa um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado no plano formal pelo princípio da legalidade e no plano substancial pela garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Tais características representam, respectivamente, a legitimação formal e a legitimação substancial do poder, que, por sua vez, representam a democracia formal ou política e a democracia substancial ou social.

A teoria do garantismo penal redefine o conceito de democracia a partir das ideias inerentes ao Estado liberal e social, que conjuntamente formam o Estado de Direito. Assim, se a regra do Estado liberal de direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo em maioria, a regra do Estado social é que nem sobre tudo se pode não decidir, nem mesmo em maioria. Por conseguinte, por democracia substancial ou social, entende-se o “Estado de Direito” dotado de efetivas garantias sejam liberais ou sociais relativo ao que *não é lícito decidir* e ao que *não é lícito não decidir*, ao passo que, por democracia formal, compreende-se o “Estado político representativo” baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade relativo a *quem* decide e *como* se deve decidir, o qual se subordina à democracia substancial.

Nesse sentido, é a lição de Streck (2009, p. 46):

Se as normas formais da Constituição – aquelas que disciplinam a organização dos poderes públicos – garantem a

dimensão formal da democracia política, que tem relação com o ‘quem’ e o ‘como’ das decisões, suas normas substantivas – as que estabelecem os princípios e os direitos fundamentais – garantem o que se pode chamar de dimensão material da “democracia substancial”, uma vez que se refere ao conteúdo do que não pode ser decidido e ao que deve ser decidido por qualquer maioria, obrigando a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos por ela estabelecidos.

Cadernatori (1999) destaca que a legitimação formal, assegurada pelo princípio de legalidade, é representada pela sujeição do juiz à lei, enquanto a legitimação substancial é verificada pela função judicial e de sua capacidade de tutelar os direitos fundamentais. Conforme pensamento do autor, o garantismo consiste na tutela de todos esses direitos fundamentais, sejam negativos ou positivos, que representam os alicerces da existência do Estado e do Direito, que os justificam e representam a base substancial da democracia.

Sob tal enfoque, Cadernatori (1999, p. 159) destaca que

Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou tão sequer de um só cidadão. Neste aspecto, o estado de direito, entendido como sistema de limites impostos legalmente aos poderes públicos, visando à garantia dos direitos fundamentais, contrapõe-se ao estado absolutista, seja ele autocrático ou democrático. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir – ou consentir que se decida – que um homem morra ou seja privado de sua liberdade, que pense ou escreva, que se associe ou não aos outros.

Diante da criação de uma teoria baseada na consagração das garantias individuais do ser humano frente ao poder punitivo do Estado, Cadernatori (1999) relaciona a legitimação do Estado de Direito à medida que este dispõe de meios capazes de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos. Essa tutela corresponde às garantias dos cidadãos, sendo obrigação do Estado apresentar mecanismos de salvaguarda dos direitos fundamentais, sob pena de restar deslegitimado o Estado de Direito. Prossegue Cadernatori (1999, p. 159)

afirmando que “este estado caracterizado por limitações de conteúdo em seu poder normativo é o que passa a denominar-se estado de direito”.

O Estado de Direito, por sua vez, em uma análise da Filosofia Política, é um meio legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, sendo ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. Ferrajoli (2005) designa tal teoria de legitimação como heteropoiética, em contraposição à teoria autopoiética, na qual o Estado é um fim em si mesmo. Aquela tem como fundamento o ponto de vista externo ou de baixo, isto é, da sociedade, *ex parte populi*, enquanto esta provém do ponto de vista interno, do alto, *ex parte principis*.

Do exposto, percebe-se que o modelo garantista de legitimidade é o que mais se coaduna com a efetivação dos direitos fundamentais, já que avalia o poder de acordo com critérios postulados por valores superiores e externos ao Estado, assegurando a manutenção do poder como estrutura voltada para a satisfação dos interesses da sociedade, sendo, conforme assevera Cadermatori (1999), a teoria mais apta ao julgamento da instância política.

Nesse sentido, denomina-se “falácia garantista”, o cultivo da ideia de que basta um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções. Ferrajoli (2005, p. 753) ensina que

nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas, que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas ou sociais, que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada.

Por tal razão, Ferrajoli (2005) criou o sistema SG justamente para mensurar o grau de garantismo dos Estados, à medida que se aproximem ou se distanciem de seus axiomas, o que, inequivocamente, constitui meio apto a aferir o grau de legitimidade dos mesmos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos ordenamentos jurídicos modernos e pós-positivistas, a concepção do Estado como um instrumento de tutela dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos tornou-se um ideal a ser seguido. As teorias negativas de tal instrumentalidade estatal restaram inócuas diante dos valores conferidos à proteção da dignidade da pessoa humana, mormente no que concerne à prevalência das normas humanitárias de cunho internacional.

Nesse enfoque, cumpre ressaltar que o encargo conferido ao Estado do exercício do poder de punir tem seus limites e pressupostos fixados em consonância com sua precípua função de salvaguarda dos direitos fundamentais. Entendimento diverso desvirtuaria os fins para os quais tal poder lhe fora concedido, o que legitimaria o dissenso e o retrocesso do exercício das próprias razões.

Dentre as funções conferidas ao Estado por meio do contrato social, outrora vislumbrado por Rousseau, destacam-se as inerentes ao monopólio do poder de punir, cujo exercício deve obedecer a uma série de limitações e objetivos para que seja considerado legítimo. Tais limitações e objetivos ínsitos à esfera penal encontram-se perfeitamente concatenados pela teoria do garantismo penal de Ferrajoli, eis que condiciona a aplicação da pena ao respeito e atendimento dos axiomas constantes de seu Sistema de Garantias.

Outrossim, além da fixação de condições, limites ou proibições que constituem garantias dos cidadãos contra o arbítrio ou erro judicial, a teoria garantista confere ao Direito Penal a função binária de proporcionar o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes.

Do exposto, a adoção dos princípios oriundos da teoria garantista vislumbrada por Ferrajoli (2005) não somente é capaz de legitimar o poder punitivo estatal, mas, principalmente, de efetivar o valor base de qualquer Estado que se denomine “democrático”, a saber, o princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Mídia, direito penal e vingança popular*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; MÁRTIRES, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

APELAÇÃO: ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROJETO DE LEI N.º 166/2010, DO SENADO

Igor Ramos Rosa¹
Leandro Mendes de Carvalho Leite²

RESUMO

O presente artigo trata do estudo do recurso de apelação sob um aspecto binocular, através de um traçado comparativo entre o atual Código de Processo Civil (CPC) e o Projeto de Lei (PL) n.º 166, de 2010, que, se aprovado, substituirá O Código dos Ritos. O estudo visou buscar, artigo a artigo, as disposições acerca do recurso de apelação, evidenciando as principais alterações propostas pelo referido projeto de lei. Desse modo, analisados os textos normativos do atual CPC e do PL, serão traçadas considerações acerca da devida observância dos princípios da celeridade e eficiência no processo.

Palavras-chave: Recurso; Apelação; Processo Civil; Projeto de Lei.

APPELATION: comparative study about the nowadays Civil Process Code and the Law Project number 166/2010.

ABSTRACT

This article deals with the study of the appeal under a binocular aspect, through a comparison drawn between the current Code of Civil Procedure (CPC) and the Draft Law (PL) N.º 166, of 2010, which, if approved, will replace that. The study aimed to look from, article to article, about the provisions of the appeal, highlighting the main changes introduced on the occasion of being approved this draft law. Thus, analyzing the current normative texts of the CPC and the PL, draw considerations about the proper observance of the principles of speed and efficiency in the process.

Keywords: Recourse; Appellation; Civil Process; Law Project.

1 Introdução

O Código de Processo Civil (CPC), atualmente em vigor, foi promulgado em 1973. Desde então, sofreu inúmeras reformas tópicas. O Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010, de iniciativa do Senado Federal (PLS), busca instaurar no ordenamento jurídico um novo Código de Processo Civil, reformulando o promulgado em 1973.

O anteprojeto que originou o referido Projeto de Lei de iniciativa do Senado (PLS) foi elaborado por uma comissão de juristas e discutido por meio de audiências públicas.

Dentre as diversas modificações presentes nesse PLS, as referentes ao recurso de apelação se mostraram um interessante objeto de estudo.

Neste artigo, busca-se estudar as mudanças e as possíveis consequências que ocorrerão, caso o projeto seja aprovado como chegou ao Senado da República.

Para tanto, far-se-á um texto comparativo entre o PLS e o atual Código de Processo Civil (CPC).

2 Conceito

O recurso de apelação é encontrando no ordenamento jurídico brasileiro como o único cabível contra sentença. Seu conceito é compreendido por Assis (2008, p. 375) da seguinte forma:

A apelação representa o modelo típico e basilar de recurso "ordinário". Nenhum outro recurso exhibe igual majestade. Tem por função precípua revisar a atividade judicante de primeiro grau mediante a intervenção, a instância do vencido, de órgão judiciário superior, para reformar ou anular a sentença.

¹ Advogado, especialista em Direito Público. Igorramosrosa.adv@hotmail.com

² Advogado, especialista em Direito Público. leandromcl.ius@hotmail.com

De forma parecida, Marques (1997, p. 167), assim o conceitua:

A apelação é o recurso por excelência, uma vez que, por meio dela, os órgãos judiciários de segundo grau exercem, com plenitude, a função de julgar, revendo as sentenças de primeiro grau, com base tão-só na sucumbência para reexame parcial ou completo da prestação jurisdicional, inclusive quanto à sua admissibilidade.

Como se pode extrair dos conceitos apresentados, trata-se do recurso consolidado, que busca o reexame da sentença, modificando-a de modo completo ou parcial, através da reforma ou anulação de forma a corrigir os ditos erros *in iudicando* e erros *in procedendo*, de forma a atacar qualquer ilegalidade ou injustiça eventualmente cometida na sentença ou que seja decorrente dela.

Portanto, é necessária a detalhada regulamentação legal para o uso de tão bem afamado recurso, de modo a assegurar a eficaz e célere prestação jurisdicional.

3 Comparativo entre o atual CPC e o Projeto de Lei de Iniciativa do Senado n.º 166/2010

O recurso de apelação consta atualmente no Título X, Capítulo II, a partir do artigo 513 do CPC. É nesse trecho que se encontra a regulamentação e os procedimentos atinentes a esse recurso, não sendo este, porém, o único ponto do Código que dele trata.

Sua localização no PLS, em razão das várias alterações ao longo da proposta, sofre modificação, passando a constar de modo específico no Livro IV, Título II, Capítulo II, a partir do artigo 923.

No atual Código, a primeira previsão do recurso de apelação encontra-se no artigo 496, inciso I. E sua redação permanece inalterada no PLS, tendo como correspondente o artigo 907, inciso I.

No artigo 923 do PLS, encontra-se a primeira modificação. É mantido o *caput* do artigo 513 do CPC, acrescido do parágrafo único, que abre a possibilidade de reexame das questões já decididas na fase cognitiva, descartando, assim, o instituto da preclusão que sobre elas recaía.

Para que tais atos sejam revistos, devem ser propostos como preliminares. O termo

“suscitadas em preliminar”, utilizado no PLS, é genérico, permitindo a análise das questões arguidas como prejudiciais de mérito (decadência, prescrição etc.) e as questões preliminares estritas (incompetência absoluta, inépcia da petição etc.), presentes na fase cognitiva, mas não observadas ou não conhecidas pelo magistrado. Sendo assim, não mais seria necessária a interposição de agravos para dirimir tais questões processuais, garantindo maior celeridade na primeira instância.

O artigo 514 do atual CPC dispõe que a apelação deve ser interposta por petição dirigida ao juiz, enquanto o artigo 924 do PLS prescreve que a apelação será interposta em petição dirigida ao juízo de primeiro grau. Houve, nesse caso, uma adequação, pois a substituição do vocábulo “juiz” por “juízo de primeiro grau” não implicaria em modificação no trâmite do recurso.

Entretanto, modificar-se-ia a tramitação em razão do artigo 926 do PLS, pois o juízo de admissibilidade seria realizado exclusivamente pelo órgão *ad quem*. Trata-se de mudança que influi nas raízes históricas do recurso, pois, como bem explica Assis (2008, p. 372), o juízo de admissibilidade, desde a antiguidade, era exercido pelo órgão *a quo*:

Da tramitação do apelo romano, assim constituído, a compilação posterior de Justiniano revela os traços essenciais. Era admissível apelar oralmente, perante o *iudex a quo*, no mesmo dia em que proferia a *sententia* – não, porém, das *interlocutiones* – ou, por escrito, através do *libelli appellatori*, no prazo de dois ou três dias, legitimando-se as partes e terceiros interessados. Objeto da apelação era a sentença válida. Por conseguinte, denunciavam-se ao órgão *ad quem* o *error in iudicando*, quanto às questões de fato e de direito. O Juízo de admissibilidade competia ao *iudex a quo*.

No entanto, ainda que a análise da admissibilidade seja procedida exclusivamente pelo Tribunal, a interposição da apelação continua sendo processada no primeiro grau de jurisdição.

Essa modificação visa a afirmar a celeridade e a simplificação do procedimento. Entretanto, melhor seria se o juízo *a quo* continuasse a observar alguns requisitos objetivos, tais como o preparo e a

tempestividade, uma vez que estes requisitos independem de discussão. Em tal fase processual é verificada a mera presença ou não de tais elementos necessários ao seguimento do recurso. Caminharia melhor a Comissão se houvesse deixado sob análise do juízo *a quo* a existência desses juízos específicos de admissibilidade, reduzindo, assim, o tempo de espera em relação ao recebimento do recurso.

O parágrafo 1.º do artigo 925 do PLS reduziu o seu correspondente, o parágrafo 1.º do artigo 515 do CPC. Porém, a mudança não traz efeitos diversos, pois, de qualquer maneira, infere-se que serão devolvidas todas as questões resolvidas, ou não, pela sentença da qual se apela. Percebe-se a necessidade de que tais questões hajam sido suscitadas no juízo *a quo*, sob pena de inobservância do duplo grau de jurisdição.

No caso de revelia, porém, somente serão objeto de análise as questões que deveriam ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Também é aglutinado ao referido parágrafo do PLS o artigo 516 do atual CPC, que, em síntese, dispõe com o mesmo objetivo do parágrafo 1.º do artigo 515.

Assim, continuaria o Tribunal apto a julgar as questões de mérito, quando fosse possível, por exemplo, no caso de a decisão do Tribunal ser relativa à não decadência de determinado direito. Quando for necessária a análise do suporte probatório, porém, e o Tribunal não for capaz de fazê-la, determina-se o prosseguimento do processo em primeiro grau para a prolação de nova sentença.

O parágrafo 3.º do artigo 925 do PLS corresponde ao parágrafo 3.º do artigo 515 do CPC, com alterações, pois não mais será uma faculdade do Tribunal a decisão, desde logo, nos casos de decisão sem resolução de mérito. A nova norma acrescenta, também, a possibilidade da pronta decisão nos casos de nulidade por não observância dos limites do pedido. Ou seja, tratando-se de decisão em que não seja o mérito resolvido ou nos casos em que haja nulidade pela não observância dos limites do pedido, o Tribunal deverá decidir imediatamente a lide.

Outra alteração introduzida pelo parágrafo 3.º do artigo 925 do PLS tornaria alternativas as ocasiões para tal decisão. A vigência do atual CPC trata o mesmo tema como requisitos a serem observados em conjunto. Assim, o fato de a causa versar questão exclusivamente de direito ou quando

estiver em condições de imediato julgamento, seriam observados de modo alternativo, bastando a presença de apenas um desses. Nota-se que a mudança do termo aditivo “e” para o termo alternativo “ou” alterou profundamente os requisitos para o julgamento: o que hoje se trata de adição, o Projeto de Lei trata como alternativa.

Tal posição, agora consolidada no texto normativo, já era adotada pela jurisprudência, sendo levado em consideração o sentido teleológico da norma, capitaneada na celeridade e economia processual.

A possibilidade de realização ou renovação do ato processual, quando houver nulidade sanável, expressa pelo parágrafo 4.º do artigo 515, deixaria, em tese, de existir. Entretanto, deve-se interpretar no sentido de que não haverá restrição legal, e que deve continuar a ser aplicada a possibilidade em respeito ao princípio da economia processual.

A proposta impõe mudança no dispositivo do artigo 518 do CPC. Seus parágrafos seriam omitidos, vigendo, então, o seu equivalente, o artigo 926 do PLS, que novamente salienta a interposição da apelação no juízo de primeiro grau. O apelado será intimado e não mais receberá a mera vista, sendo o prazo para as contrarrazões contado da intimação. Após o prazo de resposta, os autos são remetidos ao juízo *ad quem*, onde será feito, de modo exclusivo, o juízo de admissibilidade, sendo extinto o juízo de admissibilidade diferido que era proporcionado pelo juiz *a quo*.

O artigo 519 do CPC não tem equivalente no PLS, e fixa a possibilidade de remissão da pena de deserção e fixação de novo prazo para efetuar o preparo, independentemente de justificativa. O parágrafo único do referido artigo restaria sem função, vez que trata da irrecorribilidade da decisão sobre o assunto e da apreciação da legitimidade de tal decisão pelo Tribunal.

O artigo 517 do CPC foi praticamente reproduzido no PLS, abordando a possibilidade de serem suscitadas no juízo *ad quem* questões de fato, desde que não tenham sido suscitadas no juízo inferior por motivo de força maior, que deverão ser provados pelo interessado.

No art. 928 do PLS, encontra-se uma das mudanças que melhor busca a celeridade e eficiência do processo civil. Trata-se dos efeitos em que é recebido o recurso de apelação. No PLS apresenta-se como regra apenas o efeito devolutivo, tratando o efeito suspensivo da

apelação como uma exceção. Assim, como disposto no artigo 521 do CPC, caso seja atribuído efeito suspensivo, o juiz não poderá inovar no processo.

A apelação, seguindo com o efeito de regra previsto pelo PLS, o efeito devolutivo, continuaria a não obstar a execução provisória, que fica sujeita ao desprovimento da sentença.

O artigo 520 do atual CPC é expurgado, pois trata das hipóteses em que a apelação seria recebida apenas em seu efeito devolutivo, o que passaria a ser regra com a aprovação do novo diploma.

O artigo 467 do PLS traz inovação com o acréscimo do parágrafo 5.º, que dá o prazo de 48 horas para que o juiz possa se retratar da decisão apelada. Antes, tal retratação tocante à apelação dar-se-ia apenas nos casos de indeferimento da inicial (art. 296 do CPC), ao julgar processos repetitivos (art. 285-A, § 1.º do CPC) e do juízo de retratação disposto pelo artigo 198, VII do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 854 do PLS insere no CPC o preceito presente na Lei 11.419/2006, que trata do processo eletrônico. Tal artigo infere que, nos casos de apelação e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor, de preferência, por meio eletrônico.

O artigo 555 do atual CPC foi convertido no parágrafo 2.º do PLS, com linguagem mais adequada e dispendo sobre o julgamento da apelação e do agravo de instrumento (vez que o agravo retido não mais existiria nesse contexto). O julgamento continuaria ocorrendo com o voto de três juízes, sendo substituídos os termos “câmara” e “turma” pelo termo “órgão fracionário”, expressão que, por si só, engloba as duas anteriores.

Em relação ao julgamento do agravo e da apelação, o artigo 559 do CPC dispõe que o agravo relativo ao mesmo processo deve ser incluso em pauta antes da respectiva apelação. Isso, porém, não assegura que o incidente seja julgado antes da apelação, equívoco que o artigo 864 do PLS visa a corrigir, dispendo que a apelação não será julgada antes do agravo, sendo redundante a repetição do parágrafo único do artigo 559 do atual CPC no artigo 864 do PLS, pois já é pressuposta a precedência do julgamento do agravo, ainda que na mesma sessão.

O artigo 85 do PLS, em seu parágrafo 2.º, dispõe que o instrumento hábil para reexame do requerimento de gratuidade de justiça é o agravo de instrumento. Pelo artigo 17 da Lei 1.060/50, o recurso pelo qual se refutaria a decisão do requerimento de justiça gratuita seria a própria apelação.

Observa-se que o artigo 85 do PLS salienta que, quando for a decisão sobre o requerimento da justiça gratuita dada sem sentença, logicamente, a apelação será instrumento adequado para afrontá-la.

4 Considerações finais

As modificações pretendidas com o Projeto de Lei, de iniciativa do Senado, no que diz respeito ao recurso de apelação, poderão melhorar a prestação jurisdicional, possibilitando uma maior celeridade processual.

Algumas questões poderiam ser abordadas de forma diferente, como é o caso do juízo de admissibilidade, mas as mudanças trazidas pelo PLS já garantiriam certa celeridade ao não mais prever a dupla admissibilidade, pelo juízo *a quo* e *ad quem*.

Muitos efeitos serão percebidos apenas quando entrarem em vigor as mudanças pretendidas, podendo o projeto, se viger, dar celeridade, manter como estão ou complicar certas questões.

Referências

- ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 18 de janeiro de 1973.
- BRASIL. **O Projeto de Lei n.º 166, do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 mar. 2011, as 15h56min.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. V. 3. Campinas: Bookseller, 1997.

RESENHA

A MAGNITUDE DE UM DISCURSO

Vívian Cristina Maria Santos¹

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

Rui Barbosa de Oliveira nasceu em Salvador, em cinco de novembro de 1849. Graduou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo, em 1870, apesar de ter iniciado o curso em Recife. Dedicou-se também ao jornalismo e à política, além de ter sido sócio-fundador da Academia Brasileira de Letras, sucedendo a Machado de Assis na presidência da casa.

Foi um dos maiores juristas brasileiros, figura de destaque na história brasileira com participação relevante na política e na literatura, especialmente durante a República Velha. Defensor do regime republicano, das eleições diretas e da abolição da escravatura, ocupou os cargos de Ministro da Fazenda, Senador e concorreu, por duas vezes, à Presidência da República, em 1910 e em 1919.

No cenário internacional, destacou-se durante a Conferência de Paz em Haia, em 1907, na qual defendeu a tese brasileira de igualdade entre as nações, tornando-se conhecido, a partir de então, como o “Águia de Haia”.

Faleceu em Petrópolis, em primeiro de março de 1923. Em sua antiga residência, no Rio de Janeiro, funciona, atualmente, a Fundação Casa de Rui Barbosa.

Sua célebre obra “Oração aos Moços” consiste em um discurso, escrito em 1920, aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo. Rui Barbosa era paraninfo da turma, entretanto, como estava incapacitado de comparecer à cerimônia em virtude de um problema de saúde, o insigne jurista escreve o discurso para ser lido aos formandos. A leitura da oração, que apesar do título não tem caráter religioso, foi feita por Reinaldo Porchat.

Segundo o autor, a sua ausência seria apenas física, motivo pelo qual discorda do provérbio “longe da vista, longe do coração”.

Segundo ele, quando se está longe do coração, está dentro dele. O coração vê com os olhos da alma e, por isso, o faz também na ausência.

Para o coração, pois, não há passado, nem futuro, nem ausência. Ausência, pretérito e porvir, tudo lhe é atualidade, tudo presença. Mas presença animada e vivente, palpitante e criadora, neste regaço interior, onde os mortos renascem, prenascem os vindouros, e os distanciados se ajuntam, ao influxo de um talismã, pelo qual, nesse mágico microcosmos de maravilhas, encerrado na breve arca de um peito humano, cabe, em evocações de cada instante, a humanidade toda e a mesma eternidade. (p. 31-32)

Com a saúde debilitada, acreditando que sua vida está próxima do fim, o autor faz uma análise de sua carreira jurídica e política e se consola por ter dado ao país tudo que estava ao seu alcance, pregando a verdade eleitoral, a verdade constitucional e a verdade republicana.

Apesar das circunstâncias, Rui Barbosa deixa claro que a sua bênção não será amarga, seu discurso não contém rancor ou despeito. O autor defende, entretanto, o que chama de *ira divina*. Não obstante a ira ser usada, no mais das vezes, para o mal, pode ser oportuna e necessária em outras ocasiões, quando se busca a “chama incorruptível”, quando se advoga na defesa de grandes causas.

Dela esfuzilam centelhas, em que se abrasa, por vezes, o apóstolo, o sacerdote, o pai, o amigo, o orador, o magistrado. Essas faúlhas da substância divina atravessam o púlpito, a cátedra, a tribuna, o rosto, a imprensa, quando se debatem, ante o país, ou o mundo, as grandes causas humanas,

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professora da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Advogada.

as grandes causas nacionais, as grandes causas populares, as grandes causas sociais, as grandes causas da consciência religiosa. Descargas sobre descargas rasgam o ar, incendeiam o horizonte, cruzam em raios o espaço [...] Ei-la aí a cólera santa! Eis a ira divina! (p. 34)

Ao fazer uma análise de suas relações pessoais, afirma ter amadurecido e, despedido das paixões, aprendeu a perdoar e conseguiu perceber que deve-se agradecer aos inimigos e às desfortunas porque eles fazem mais bem que mal. Talvez seja por isso que Deus manda amar aos inimigos, pois são eles que levam o indivíduo a crescer e a aprender o que precisa saber. Já os amigos, na ânsia de querer o bem, com seu zelo e benevolência, acabam trazendo o mal e impedindo o crescimento de cada um de nós.

De sorte que, no perdoar aos inimigos, muita vez não vai somente caridade cristã, senão também justiça ordinária e reconhecimento humano. E, ainda quando, aos olhos do mundo, como aos do nosso juízo descaminhado, tenham logrado a nossa desgraça, bem pode ser que, aos olhos da filosofia, aos da crença e aos da verdade suprema, não nos haja senão para a felicidade. (p. 36-37)

Este não é um saber científico, mas antes, um saber feito de experiência. Dessa forma, Rui Barbosa propõe aos formandos abandonar a ciência para que pudessem folhear, juntos, o livro da experiência, esse saber “desalinado, conversável, seguro, sem altitudes, nem despenhadeiros.” (p. 37).

Sobre a vida, a única certeza que se tem é a de que possui duas portas: a de entrada, através do nascimento, e a de saída, através da morte. Cada um vive o percurso entre uma e outra com o objetivo de cumprir sua tarefa com o que herda da natureza e com o que cria através do trabalho.

Sendo a natureza extremamente diversificada, não existem no universo duas coisas iguais. Ciente dessa desigualdade natural, Rui Barbosa retoma e aperfeiçoa o pensamento aristotélico de justiça ao propor a seguinte lei da igualdade:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente aos desiguais, na medida em que se

desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Essa blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria. (p. 39)

A missão do trabalho de cada um seria, então, tentar diminuir, dentro de suas possibilidades, através da educação e de um agir perseverante, as desigualdades naturais.

A força do trabalho só se compara à força da oração, que é o “íntimo sublimar-se d’alma pelo contacto com Deus.” (p. 40). Conforme Rui Barbosa, o Criador inicia a criação, mas seria tarefa de cada um concluir sua própria criação. Assim, “quando o trabalho se junta à oração, e a oração com o trabalho, a segunda criação do homem, a criação do homem pelo homem, semelha às vezes, em maravilhas à criação do homem pelo divino criador.” (p. 40).

Através do trabalho, cada um tem o poder de modificar o seu destino e, por isso, deve recebê-lo de bom grado. “O amanhecer do trabalho deve antecipar-se ao amanhecer do dia.” (p. 41).

Assim também o estudo deve ser buscado sempre, pois nunca é demais. Entretanto, o autor faz uma importante ressalva sobre a leitura: deve ser acompanhada de reflexão, pois, sem ela, é saber aparente. Assimilar o conhecimento e ter ideias próprias é de fundamental relevância. “Um sabedor não é armário da sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas.” (p. 44).

Outro aspecto atual da obra consiste no alerta feito por Rui Barbosa sobre a necessidade de que a população tenha um bom nível de educação para que possa ter bons governantes. Ainda hoje, o Brasil é assolado pela corrupção política, consequência, no mais das vezes, de escolhas malfeitas pelos cida-

dãos, bem definidos por Bertold Brecht como “analfabetos políticos.”. “Se o povo é analfabeto, só ignorantes estarão em termos de o governar. Nação de analfabetos, governo de analfabetos.” (p. 46).

Ao tratar da justiça, ressalta o autor a difícil missão do bacharel de ter que professar, seguir e defender a lei que não reflete a vontade da maioria. Uma lei elaborada para atender interesses de uma minoria privilegiada é, portanto, uma lei ilegítima e mal aplicada.

Dessa forma, a justiça tem a sublime missão de dar efetividade à lei, ou corrigi-la, se for injusta, através dos juízes e advogados. A magistratura e a advocacia, profissões difíceis, inseparáveis e de imensurável importância, sustentam as leis no Brasil. Assim, os bacharéis devem assumir essas profissões sem medo. Devem ter três amores e segui-los com o coração puro: Deus, pátria e trabalho.

Quem escolher a magistratura não deve ser complacente com a justiça tardia e fazer o possível para ser célere na sua efetivação. Nas palavras do autor, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.” (p. 53). Rui Barbosa antevê um dos grandes problemas do Judiciário em nossos dias: a falta de celeridade no julgamento dos processos, o que teria ocasionado a inclusão de um direito fundamental na Constituição Federal de 1988, o da razoável duração do processo (art. 5.º, inciso LXXVIII).

O magistrado também não pode se esquecer que o réu é, antes de tudo, uma pessoa que tem direito a um julgamento justo e à proteção legal; e não merece ser torturado. A justiça é a mesma e não faz distinção entre criminoso, mendigo, escravo, poderoso.

Não deve ainda o magistrado ser covarde nem tirano. É preciso saber administrar e limitar o poder atribuído ao julgador para que possa bem exercer sua função. Deve ele ser humilde para reconhecer os erros e saber repará-los. “E, se o próprio autor do erro o remediar, tanto melhor; porque tanto mais cresce, com a

confissão, em crédito de justo, o magistrado, e tanto mais se soleniza a reparação dada ao ofendido.” (p. 57).

Por fim, Rui Barbosa resume seus conselhos com as seguintes palavras: “Não há justiça onde não haja Deus.” (p. 59). A civilização clama por Deus e a justiça humana tem papel essencial nessa regeneração. Portanto, a função dos juristas deve ser exercida com honra e dignidade.

As advertências feitas aos magistrados se aplicam também aos advogados, já que a advocacia é também uma espécie de magistratura. “As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: a justiça. Com o advogado, justiça militante. Justiça imperante no magistrado.” (p. 59).

A síntese dos mandamentos da advocacia se encerra na legalidade e na liberdade. O autor conclui com um apelo aos jovens formandos para que lutem para recuperar a autonomia, sejam defensores da verdade e da idoneidade política e zelem pelos compromissos assumidos pelo Brasil no cenário internacional.

O discurso de Rui Barbosa permanece atual, sendo reconhecido com um clássico da literatura brasileira. O texto, apaixonante, claro e persuasivo, encanta não só aos estudiosos e admiradores do Direito, mas a todos aqueles que buscam viver de acordo com princípios éticos e anseiam pela concretização da justiça.

Os conselhos dados pelo jurista aos bacharelados, no início do século XX, são úteis e plenamente aplicáveis à hodierna realidade brasileira. Em um país atingido pelas mazelas da desigualdade social, deve haver uma busca constante pela concretização dos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, em especial, o dos hipossuficientes. Tal desiderato não é exclusivo dos estudiosos e operadores do direito, deve consistir, antes, em uma aspiração de toda a sociedade.

