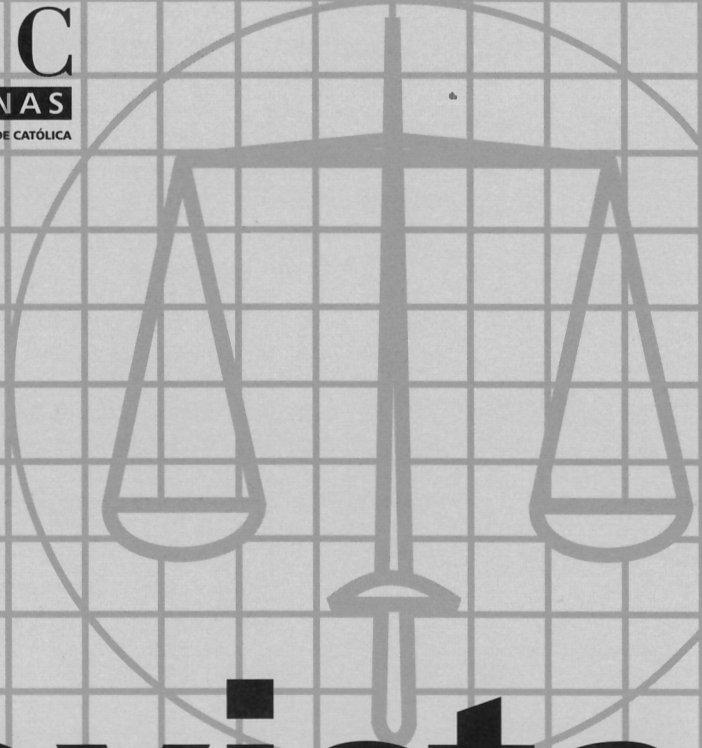


ISSN 0103-5622



PUC
CAMPINAS
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA



Revista Jurídica

Vol. 19 - Nº 1 - 2003

FACULDADE DE DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

GRÃO-CHANCELER

D. Gilberto Pereira Lopes

MAGNÍFICO REITOR

Pe. José Benedito de Almeida David

VICE-REITOR

Pe. Wilson Denadai

Pró-Reitoria de Graduação

Jamil Cury Sawaya

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Profa. Dra. Vera Sílvia Marão Beraquet

PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO E ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Profa. Dra. Carmen Cecília de Campos Lavras

PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO

Prof. Antonio Sergio Cella

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO

Prof. Jamil Miguel

REVISTA JURÍDICA

Periodicidade Semestral

CONSELHO EDITORIAL

Prof. João Batista Lopes

Prof. Régis de Moraes

Profa. Constança Marcondes César

Renan Severo Teixeira da Cunha

Heitor Regina

Valdeci dos Santos

André Nicolau Leinemann Filho

Jorge Luiz de Almeida

Editora responsável - Vera de Arruda Roza Cury

Ana Maria Melo Negrão - Revisora

REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Rua Marechal Deodoro, 1099 - Tels. 3735-5899 ou 3735-5833
CEP 13020-904 ou Caixa Postal 317 - CEP 13012-970 - Campinas, SP

ISSN 0103-5622

Revista Jurídica

Revista Jurídica	Campinas	v. 19	Nº 1	p. 1-196	2003
------------------	----------	-------	------	----------	------

ARTIGOS

A Ecologia na Legislação Brasileira Miguel Reale	5
Tutela Antecipada: reversibilidade dos Efeitos do Provimento e Princípio da Proporcionalidade João Batista Lopes	9
Panorama das Reformas do Código de Processo Civil Valdeci dos Santos	19
Lei 9.099/95 Versus Lei 10.259/01 Carlos Henrique Maciel	29
Inovações do Código de Processo Civil - Artigo 273, § 7º Ersio Miranda	45
Pontes de Miranda e o ser Luz Og Fernandes	49
Direitos Humanos e Meio Ambiente Maria Augusta Fonseca Paim	59
Considerações sobre Princípios e Regras Constitucionais e o Direito à Saúde: normas Programáticas ou Operativas? Luiz Cietto	79
Tolerância e Direitos Humanos José Carlos José Martinelli	109
A Filosofia Política de Ortega Y Gasset Danilo Santos Dornas	115

Uma Reflexão sobre a "Ecologia Humana"	
Rodrigo Andreotti Musetti	131
Poder Legislativo - Função Fiscalizatória	
Wilson Roberto Mateus	141
Limitações ao <i>Jus Puniendi</i> Escolar: eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e as Punições Coletivas	
Eduardo Fortunato Bim	155
Cinco Temas do Culturalismo	
André Firmino Cardoso	171
Execução de Prestações Sucessivas no Processo do Trabalho	
Luciana A. Machado Gonçalves da Silva	179
Democracia, Cidadania e Participação	
Daniel Freire Santini	191

ECOLOGIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Miguel REALE*

I. O problema da defesa do Meio Ambiente se encontra devidamente equacionado no ordenamento jurídico brasileiro, a começar pela Constituição de 1988 que lhe dedica todo o Capítulo VI do título VIII relativo à ordem social.

Estatui o Art. 225 que,

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à 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.” (Meu o grifo).

Nesse sentido, são estabelecidas diversas providências a serem tomadas pelo Estado, merecendo realce as fixadas nos seguintes Incisos do mencionado Art. 225:

“I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

IV - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a

conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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

Não menos relevantes são os parágrafos do citado mandamento, a saber:

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

* Professor emérito da Universidade de São Paulo.

2. Mesmo antes, porém, da Carta Magna de 1988, a política nacional do meio ambiente já era disciplinada pela Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual veio sendo paulatinamente atualizada, incorporando mudanças determinadas pelos progressos científicos e técnicos, sendo constituído o Sistema Nacional de Meio Ambiente -SISNAMA” integrado por vários mecanismos de defesa e preservação que seria demasiado longo detalhar no presente trabalho.

Como órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA atua o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, que fixa as diretrizes a serem seguidas pela União, Estados Federados e Municípios, bem como pelas entidades privadas e fundações criadas para salvaguarda dos valores ecológicos.

Os problemas do meio ambiente passaram a ser cada vez mais tratados segundo critérios que visam alcançar o tão desejado “equilíbrio ecológico”, merecendo especial menção a criação de uma Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

Por fim, foi promulgada a Lei n. 9.605, de 13 de fevereiro de 1998, que prevê, as hipóteses de **crime ambiental**, abrangendo em suas sanções os responsáveis pela direção das entidades públicas e privadas.

As penalidades restritivas de direito, instituídas pela citada Lei, vão desde a prestação de serviços à comunidade à aplicação de multas aos infratores, que podem ser condenados a recolhimento domiciliar.

Por outro lado, o novo Código Civil brasileiro, instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, estabelece, em seu artigo 1.228, § 1º,

“O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas

finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.” (Sublinhei).

3. Lembrado o amplo quadro legal de proteção do meio ambiente em vigor no Brasil, não é demais salientar que, segundo suas disposições, o valor ecológico não é considerado um **valor absoluto**, ao qual todos os demais devam se subordinar, uma vez que a natureza não é tutelada apenas em si e por si, mas também para assegurar à **pessoa humana** os meios essenciais ao desenvolvimento de uma vida condigna.

Há necessidade, por conseguinte, de estabelecer os horizontes dentro dos quais devemos procurar alcançar o “**valor ecológico equilibrado**”, a que se refere expressamente nossa legislação.

Nessa ordem de idéias, deverá sempre ser feito um “**balanceamento de valores**”, de tal modo que o valor ecológico não se sobreponha ao valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores, como o demonstra o estudo imparcial dos fins últimos que guiam o processo histórico.

São tão complexas e variegadas as razões determinantes do processo histórico que têm sido consideradas parciais ou insuficientes todas as teorias que têm procurado explicar sob um único prisma o decurso das civilizações ao longo do tempo.

Poder-se-ia dizer que cada intérprete da história revela alguma de suas notas distintivas, desde as otimistas visões unitárias até as interpretações pessimistas que lhe negam qualquer linha de continuidade. Mais perto de

uma solução razoável me parecem os pensadores que nos falam em “corsi e ricorsi” (idas e vindas) da história, como o fez Giambattista Vico, o que corresponde às “surgências e insurgências” lembradas por Gilberto Freyre; ou então, sob outro ângulo, aqueles que se referem à “astúcia da razão na história”, à moda de Hegel, ou, então, aos fatores da sorte ou “fortuna”, como pensava Nicolò Machiavelli, ponto de vista em parte coincidente com a idéia do “acaso” no pensamento de Jacques Monod, sem esquecer o dito popular brasileiro, enaltecido por Alceu de Amoroso Lima, de que “Deus escreve direito por linhas tortas”,

De uns tempos para cá, todavia, sob a influência dos estudos de Axiologia, ou Teoria dos Valores, tem-se reconhecido que, não obstante os “contrastes e confrontos”, de que tratou Euclides da Cunha, há certos valores que na vida humana adquirem maior consistência e durabilidade. Como tenho escrito ultimamente, penso mesmo que se pode aceitar a existência de “invariantes axiológicas”, ou seja, de valores tão constantes que até parecem inatos, como que renovando as concepções idealistas que remontam aos arquétipos de Platão, referência perene da Filosofia.

Não se trata, porém, de idéias transcendentais, mas sim de criações históricas que vão compondo o acervo de nossa experiência cultural, merecendo primordial realce, como já disse, o valor da pessoa humana. Outros há como, por exemplo, os da liberdade, da igualdade (isonomia), da justiça, do bem comum, da privacidade, os quais, no fundo, assinalam progressivas conquistas da ética.

Pois bem, o último desses valores dotados de força imperativa e constante é o ecológico, isto é, o relativo ao valor da natureza

em geral e do “meio ambiente” em particular, adquirindo tal força que por toda parte do mundo “partidos verdes” disputando o poder político.

Compreende-se essa dedicação, pois, em verdade, o progresso tecnológico, sob várias de suas formas, ameaça destruir a natureza. Nesse ponto houve uma inversão de 180 graus, pois, há menos de meio século, a natureza era considerada expressão máxima de estabilidade e segurança, a tal ponto que para muitos o Direito Natural seria a base inamovível da legislação. Agora ao se perceber que “a natureza morre”, apela-se para a lei para salva-la...

Não há dúvida, por conseguinte, que tudo deve ser feito para preservar os valores naturais, merecendo louvor a iniciativa de formar uma consciência pública para sua constante defesa. Não devemos, todavia, exagerar até o ponto de nos perdermos no “*fundamentalismo ecológico*”, que acaba pondo em risco o bem-estar dos indivíduos e da coletividade.

É preciso, antes de mais nada, repetir que não se protege a natureza apenas em si mesma e por si mesma, mas sobretudo enquanto ela constitui o valor condicionante por excelência da vida humana, o que quer dizer que a ecologia se subordina à antropologia, ou seja, às exigências vitais do ser humano.

Desse modo, quando para aproveitamento, por exemplo, de potenciais hidráulicos, é necessário destruir parte de uma floresta, não pode de antemão prevalecer uma atitude de absoluta condenação, sendo imprescindível proceder-se a um balanceamento de valores, levando em conta não somente o valor econômico-social da obra projetada, mas também a possibilidade que hoje temos de preservar a fauna e a flora ameaçadas, tal como foi feito em Itaipu, com resultados exemplares.

Por sinal que, se na época da construção daquela usina binacional primassem certos credos ambientalistas que há por aí, não se teria sido possível construí-la, por se ter de sacrificar o salto de Sete Quedas, submerso pelo imenso reservatório. Mas, se tal fator tivesse ocorrido, que seria do Brasil na imensa crise energética que atualmente nos apavora?

Casos como esse devem ser analisados com serena objetividade, sem fanatismos perigosos, para que as decisões obedeçam a critérios superiores que tenham em vista a melhoria das condições da vida humana.

Infelizmente, não é o que tem acontecido. Para nos limitarmos à questão candente de geração de energia elétrica, bastaria lembrar os casos focalizados pela revista *Veja*, como o da suspensão judicial da construção de uma usina termoelétrica em Cuiabá, por se alegar que a tubulação de gás importaria na destruição de uma caverna habitada por uma espécie de morcegos em extinção; sendo a preservação do meio ambiente também invocada para impedir a

construção, pela *Votorantim*, de uma hidroelétrica de suma importância para o Vale do Ribeira. Nem se deve esquecer que, para salvar pequeno trecho de floresta, se impediu uma linha de transmissão que nos podia trazer energia da Argentina, atenuando a crise de eletricidade que atormentava o povo.

Tudo isso demonstra que novos critérios devem nortear as decisões do Ministério Público e da Justiça, em se tratando de proteção do meio ambiente, evitando-se que elas redundem em prejuízo para a coletividade nacional.

Não podemos esquecer que a poderosa economia, que logramos construir, importou em contínuo aproveitamento de bens naturais, à custa de outros de caráter instrumental. Não há dúvida que em muitos casos houve abusos condenáveis, que não se devem repetir, mas se prevalecessem as exageradas pregações de certos ambientalistas, o Brasil teria permanecido contemplando as belezas do litoral, sem sequer dobrar as linhas do Tratado de Tordesilhas.

TUTELA ANTECIPADA: REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

João Batista LOPES*

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro vive momento de grande elaboração doutrinária em razão da recente reforma processual e do fenômeno que se convencionou denominar *constitucionalização do processo*.

A expressão *constitucionalização do processo* comporta dois significados distintos: a) criação de nova disciplina, na grade curricular, denominada Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional; b) novo método ou modo de estudar o processo com os olhos voltados para a Constituição.

A criação de nova disciplina, a par das tantas já existentes, não se afigura necessária, já que o objeto do estudo de que se cuida é o próprio processo civil, posto que sob a perspectiva constitucional.

Mais adequado se mostra falar de *constitucionalização do processo* como simples

método de trabalho em que o processo é estudado à luz dos princípios e valores expressos ou implícitos na Constituição Federal.

Dentre os princípios fundamentais que regem a Constituição, avulta o *princípio da proporcionalidade*, chamado por WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO de *princípio dos princípios*.

Ainda que não previsto expressamente na Constituição, o princípio da proporcionalidade é imanente ao Estado Democrático de Direito e coordena os demais princípios para o fim de coibir os excessos e tornar concreta a atuação dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade tem íntima relação com a efetividade do processo na medida em que, ao avaliar os interesses em jogo e solucionar o conflito segundo os valores da ordem constitucional, estará o juiz concedendo a adequada proteção ao direito e atendendo aos escopos do processo.

(*) Desembargador aposentado. Professor dos cursos de mestrado e doutorado da PUC/SP. Membro da Academia Paulista de Magistrados

A preocupação doutrinária com sua formulação traduziu-se em excelentes monografias, cujos reflexos já se fazem sentir na jurisprudência, como pode ser comprovado com o exame de nossos repertórios mais qualificados.

No campo do processo civil, por exemplo, o princípio vem sendo aplicado tanto no processo de conhecimento, como no de execução e no cautelar.

Interessa-nos, nesta exposição, particularmente, o papel que ele pode desempenhar na tutela de urgência e, mais especificamente, no que respeita ao risco de irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada.

1. NATUREZA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE URGÊNCIA.

Doutrina recente vem defendendo a natureza constitucional da tutela de urgência, de que constitui espécie a tutela cautelar.

A essência dessa orientação pode ser assim resumida: tutela jurisdicional significa efetiva proteção a direitos e constitui garantia constitucional, razão por que, para situações urgentes, deve ser assegurado tipo de tutela urgente.

Em estudo recente, observa **MARCOS DESTEFFENI** que a garantia do acesso à justiça não significa apenas o direito de obter a tutela jurisdicional, mas o direito de obter a proteção efetiva, tempestiva e adequada do direito¹.

A seu turno **LUIZ GUILHERME MARINONI** adverte:

*“A problemática da efetividade do processo está ligada ao fator tempo, pois não são raras as vezes que a demora do processo acaba por não permitir a tutela efetiva do direito. Entretanto, se o Estado proibiu a autotutela não pode apontar o tempo como desculpa para se desonerar do grave compromisso de tutelar de forma pronta e adequada os vários casos conflituos concretos”.*²

2. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA

A tutela cautelar apresenta pontos de semelhança com a tutela antecipada o que têm levado parte da doutrina a aproximá-las dando-lhes tratamento uniforme.

Os traços comuns nessas duas espécies de tutela podem ser assim resumidos: **a)** ambas são tutelas de urgência; **b)** uma e outra tem caráter provisório; **c)** tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada são concedidas *rebus sic stantibus* e, portanto, são revogáveis a qualquer tempo; **d)** nas duas, a cognição é sumária; **e)** em ambas, não há coisa julgada material.

Entretanto, a tutela antecipada se extrema da tutela cautelar, porque a primeira é marcada pela instrumentalidade (sua função é garantir a utilidade do processo principal) enquanto a segunda, pela satisfatividade, traduzida no adiantamento de efeitos práticos (do provimento final).

Concede-se que as semelhanças entre essas formas de tutela criam uma zona cinzenta

⁽¹⁾ Natureza constitucional da tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, pág.353.

⁽²⁾ Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994, pág.37.

que dificulta a solução de casos concretos no dia-a-dia forense.

Entretanto, a construção doutrinária da tutela cautelar confere-lhe função distinta da outorgada à tutela antecipada, porque esta se vincula ao próprio mérito da causa, enquanto aquela é tutela de mera segurança.

Consoante clássica formulação de **CALAMANDREI**, o processo cautelar é dotado de uma *instrumentalidade hipotética* – **BARBOSA MOREIRA**, expressivamente, a denomina *instrumentalidade ao quadrado* – ou seja, a tutela cautelar é concedida para a hipótese de o autor vir a ter êxito no julgamento da lide principal; e, conquanto seja a instrumentalidade característica de qualquer processo, no processo cautelar ela é mais intensa, isto é, o processo cautelar é instrumento de outro instrumento.

Essa orientação está em harmonia com a advertência de **SERGIO LA CHINA**, para quem o processo cautelar não deve usurpar a função própria do processo de conhecimento antecipando indevidamente a decisão da causa principal, o que implicaria quebra da moderação e do equilíbrio.³

3. OBJETO DA TUTELA ANTECIPADA

Questão tormentosa, que desafia os processualistas, é fixar, com precisão, o objeto da tutela antecipada.

Cuida-se, em essência, de resolver a seguinte questão: que efeitos podem ser adiantados na tutela antecipada?

Consoante o caput do art. 273 do C.P.C.:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e...”

Como se vê, o legislador valeu-se de termos genéricos o que poderia autorizar a conclusão de que todos os efeitos do provimento de mérito poderiam ser antecipados.

Assim, por exemplo, a própria eficácia sentencial poderia ser adiantada, o que nos levaria a concluir pela admissibilidade de declaração, constituição e condenação provisórias.

Entretanto, essa não é a *ratio legis*, já que a tutela antecipada não se confunde com o julgamento antecipado da lide.

Vejamos o que ocorre na ação declaratória.

De acordo com doutrina dominante, a declaratória objetiva desfazer dúvida ou incerteza sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.

Em rigor técnico, a incerteza é subjetiva, está na mente do sujeito.

O que o autor pretende, em verdade, é a segurança jurídica emergente da coisa julgada.

De um modo ou de outro, porém, o autor só poderá obter a satisfação plena a partir do trânsito em julgado da sentença.

Por outras palavras, a eficácia sentencial, na declaratória, é contemporânea ao trânsito em julgado da sentença.

³ Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza, in I Processo Speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1979, pág.160.

Na ação constitutiva é ainda mais evidente a inviabilidade de antecipação da eficácia sentencial. Como anular provisoriamente uma escritura? Como desconstituir provisoriamente a sociedade conjugal?

Por último, não se pode condenar provisoriamente o réu em simples decisão interlocutória, o que caracterizaria manifesto prejulgamento da causa.

Diante disso, mais razoável se afigura limitar o alcance da tutela antecipada aos efeitos práticos do provimento final.

Alguns exemplos tornam mais clara essa assertiva. Em ação declaratória objetivando fixar a exata inteligência de cláusula de contrato de prestação de serviços de saúde, o juiz não pode reconhecer antecipadamente o direito postulado, mas pode deferir pedido de internação ou cirurgia urgente em favor do autor. Em ação anulatória de deliberação de assembléia condominial, o juiz não pode anular provisoriamente o ato impugnado, mas pode deferir pedido de suspensão do pagamento de despesas ilegalmente cobradas. Em ação de indenização por acidente de veículo, o juiz não pode condenar provisoriamente o réu, mas pode conceder verba provisória para atender a despesas hospitalares efetuadas pelo autor.

A adotar-se entendimento diverso, a tutela antecipada se identificaria com o julgamento antecipado da lide o que, à evidência, entra em conflito aberto com o sistema processual.

Como é curial, tutela antecipada e julgamento antecipado da lide não se confundem, tanto que o legislador cuidou de discipliná-los em artigos distintos do Código.

4. REVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DO PROVIMENTO

Objetivando estabelecer limites para a atuação da tutela antecipada, o legislador, no

parágrafo 2º do artigo 273 do C.P.C., proibiu sua concessão quando “houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Afora a ambigüidade da redação – a irreversibilidade refere-se ao provimento ou aos seus efeitos? – verifica-se a preocupação do legislador com as conseqüências decorrentes da medida, que poderão atingir a esfera jurídica do réu irreversivelmente.

O que se pretendeu com o preceito foi evitar que o deferimento da tutela antecipada pudesse criar fato consumado, o que conflitaria com a provisoriedade e revogabilidade da providência.

Com efeito, como a decisão concessiva da tutela antecipada não ostenta caráter de definitividade, isto é, não opera coisa julgada material, ter-se-ia, como corolário, a inviabilidade da concessão da medida sempre que não houvesse possibilidade de retorno ao *status quo ante*.

Entretanto, interpretação atrelada à literalidade da norma poderia deixar ao desabrigo situações merecedoras de proteção imediata para se evitar dano irreparável ou grave injustiça.

Assim, por exemplo, se, em ação declaratória objetivando interpretação de cláusula de plano de saúde, o juiz indeferir pedido de realização de cirurgia inadiável, com fundamento no citado § 2º do artigo 273 do C.P.C., o paciente poderá correr risco de morte. Por igual, o indeferimento de liminar para demolição de imóvel prestes a desabar poderá pôr em perigo a vida dos seus ocupantes.

Verifica-se, portanto, que a questão é complexa e, por isso, não comporta solução singela como a adotada pelo legislador.

Importa ressaltar que *irreversibilidade* é conceito vago ou indeterminado e, assim, terá de ser identificado em cada caso pelo juiz.

Em trabalho anterior, assim discorremos sobre o ponto:

“É de rigor, porém, ressaltar que irreversibilidade é conceito vago ou indeterminado, cuja identificação dependerá das circunstâncias de cada caso concreto que cumpre ao juiz avaliar.

Como observa MARCACINI, “é evidente que, quando se fala em reversibilidade, não se pode pensar em apenas duas situações, de modo que ou a medida seja reversível ou irreversível. É possível que a reversibilidade seja de difícil realização, ou demande tempo, dinheiro e muita atividade processual. Assim, é possível apurar no caso concreto o quanto a medida pode ser mais ou menos facilmente reversível. A sustação de protesto é reversível com uma simples penada, cassando a decisão e liberando o cartório extrajudicial a prosseguir com as anotações devidas; a suspensão de realização de algum ato processual – pedida, por exemplo, em embargos de terceiro, mandado de segurança, ou medidas cautelares – igualmente pode ser reversível sem grande dificuldade. São estes exemplos algumas das situações em que a reversibilidade da medida atinge o seu maior grau, trazendo, como único gravame à parte contrária, o decurso do tempo”.

Há situações em que, ao revés, fica nítida a irreversibilidade.

Numa ação constitutiva aforada para ver anulada uma assembléia condominial não pode o juiz, por exemplo, antecipar o pedido de anulação, porque a desconstituição provisória do ato gerará insegurança na relação jurídica em conflito aberto com a finalidade do processo. Mas é perfeitamente possível, como já vimos, antecipar alguns efeitos práticos do provimento final, como, por exemplo, a suspensão provisória de exigências ilegais aprovadas pela assembléia de condôminos.

*Outro exemplo: em ação intentada para anular ato ilegal de presidente de sociedade anônima (v.g., proibição de voto de acionista) é vedado ao juiz, em sede de tutela antecipada, pronunciar a nulidade do ato, cabendo-lhe, porém, deferir a suspensão de sua eficácia”.*⁴

Há que registrar, também, que irreversibilidade é via de mão dupla, isto é, pode prejudicar o réu, em caso de concessão da medida, ou o autor, na hipótese de indeferimento.

Diante disso, é de se lamentar que a recente reforma processual tenha deixado de acatar proposta de alteração do § 2º do art. 273 do CPC, para admitir a tutela antecipada em hipóteses de “irreversibilidade recíproca”.

5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PARA SUPERAÇÃO DO REQUISITO DA REVERSIBILIDADE

Como decorre do já exposto, o requisito da reversibilidade dos efeitos da tutela, se aplicado inflexivelmente, pode frustrar os

⁽⁴⁾ Tutela antecipada no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pág.81.

objetivos perseguidos pelo instituto da tutela antecipada.

Diante disso, registra-se tendência no sentido do abrandamento ou flexibilização da regra constante do § 2º do art. 273 do C.P.C.

Para lograr-se sobredita flexibilização, tem sido invocado o princípio da proporcionalidade, por via do qual o juiz, ao analisar a tensão traduzida pelo conflito de interesses em jogo, procede a adequada avaliação ou ponderação para dar prevalência aos valores maiores consagrados no sistema jurídico.

O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional – como ensina **SUZANA DE TOLEDO BARROS** – porquanto resulta da força normativa dos direitos fundamentais, tendo como fonte, principalmente, os arts. 1º, III; 3º, I; 5º, caput e incs. XXXV, LIV e §§ 1º e 2º; 60, § 4º, IV. Da Constituição.⁵

O tema foi objeto de detido estudo por **WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO**, jusfilósofo, professor da PUC/SP.

Para esse autor, a ordem jurídica é formada por normas situadas em patamares distintos. Dentre elas, os princípios constitucionais, com alto grau de abstração, muitas vezes entram em estado de tensão conflitiva.

Para resolver o conflito surge, então, o princípio da proporcionalidade, que pode, assim, ser considerado o “princípio dos princípios”.⁶

Em estudo recente, que lhe valeu o título de doutor em Direito, o magistrado e professor

FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO ressaltou:

“O princípio da proporcionalidade tem ampla aplicação no campo da juridicidade, para calibrar a maior ou menor prevalência de outros princípios em colisão ou regras em conflito, não depende dos demais princípios constitucionais, implícitos ou expressos, e tem natureza aberta e permanente, para atuar imediatamente e com plena liberdade”.⁷

Na jurisprudência, vale invocar acórdão de que foi relator o eminente constitucionalista Min. **CELSO DE MELLO**, de que se extrai este tópico:

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, pp. 56/57, itens 18/19, 4ª ed., 1993 Malheiros; Lúcia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, p. 46, item 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa – adverte

⁵ O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2a ed., 2000, p. 212.

⁶ Sobre os princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade in RT 719/57-58.

⁷ O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil, tese PUC/SP, 2000.

que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraindo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquele que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do due process of law (Raquel Denize Stumm, Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, pp. 159/170, 1995, Livraria dos Advogados Editora; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos Humanos Fundamentais, pp. 111/112, item 4, 1995, Saraiva; Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, pp. 352/355, item 11, 4º ed., 1993, Malheiros; Gilmar Ferreira Mendes, Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos, pp. 38/54, 1990, Saraiva).⁸

Em conclusão, diante de posições conflitantes, escoradas em princípios em estado de tensão, deve o juiz proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão.

Exemplo de aplicação do princípio da proporcionalidade no campo processual é a flexibilização ou relativização da garantia da coisa julgada.

É cediço que a coisa julgada, sobre regra ou princípio constitucional, é garantia constitucional, sendo necessária para a segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Registram-se, porém, na doutrina e na jurisprudência, recentes tendências no sentido

de relativizar essa garantia para resolver situações constitucionais de tensão conflitiva entre princípios.

Assim, por exemplo, tem sido relativizado o princípio nas ações de investigação de paternidade, em razão da evolução da tecnologia do exame do DNA, e, também, nas desapropriações em que sejam fixados valores aberrantes e abusivos.

Em situações de conflito entre valores consagrados na ordem jurídica – coisa julgada *versus* direito à paternidade; coisa julgada *versus* moralidade administrativa, a aplicação do princípio da proporcionalidade (“o princípio dos princípios”) tem o condão de conduzir a uma solução de justiça efetiva que homenageia e prestigia o Poder Judiciário.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, após discorrer sobre a possibilidade de mitigação da autoridade da coisa julgada, indica alguns precedentes jurisprudenciais *in verbis*:

“O Supremo Tribunal Federal aplicou a regra de mitigação dos rigores da coisa julgada material, ao enunciar que ‘não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender a garantia constitucional da justa indenização’. Em outro caso o Superior Tribunal de Justiça admitiu a superação da coisa julgada em um caso no qual a Fazenda do Estado de São Paulo fora condenada (ação de desapropriação indireta) em razão de fraude na perícia a prestar indenização por haver-se apossado de área que depois se evidenciou ser de propriedade

⁽⁸⁾ AgRg em Suspensão de Segurança 1.319-1, DJU, 19 abr. 1999, p.32.

dela própria (Min. José Delgado). No Uruguai deu-se o caso de um fazendeiro que, havendo gerado um filho adúlterino, obteve da pobre mãe da criança, sua empregada, a assinatura em um papel que outra coisa não era senão a procuração a um advogado da confiança dele, para promover-lhe uma ação de investigação de paternidade; a demanda foi proposta, o fazendeiro defendeu-se muito bem, o advogado do autor nada provou, o juiz julgou improcedente a demanda e a sentença passou em julgado. Anos depois, havendo atingido a maioridade, o próprio filho voltou à carga com nova ação investigatória, mas, como era de esperar, o réu invocou a autoridade da coisa julgada material; com extrema lucidez, Eduardo Couture demonstrou que essa autoridade não poderia prevalecer para coonestar uma fraude tão evidente e suplantar os valores da dignidade humana, expressos no direito à paternidade".⁹

Presentes tais considerações, afigura-se admissível, também no campo da tutela de urgência – e, particularmente, da tutela antecipada – a invocação do princípio da proporcionalidade para o fim de se admitir a providência em hipóteses excepcionais de irreversibilidade como nos exemplos de cirurgia urgente, transfusão de sangue, demolição liminar de prédio prestes a ruir etc.

A regra da reversibilidade, que protege a posição do réu, deve ceder passo à atuação de valores maiores como a preservação da vida, da integridade física, da liberdade etc.

Assim, enquanto não for modificada a redação do art. 273, § 2º é possível, em casos

excepcionais, a superação do requisito da reversibilidade pelo princípio da proporcionalidade, como retro exposto.

6. CONCLUSÕES

À luz das considerações expendidas, é lícito formular as seguintes conclusões:

- a) a tutela de urgência tem *status* constitucional e, por isso, a legislação ordinária não pode proibi-la ou embaraçá-la, ainda que lhe seja permitido discipliná-la;
- b) a tutela cautelar se extrema da tutela antecipada na medida em que a primeira tem caráter instrumental, destinando-se a garantir o resultado útil de outro processo, e a segunda, natureza satisfativa, vinculando-se ao próprio mérito da causa;
- c) a redação do art. 273, *caput*, do C.P.C., é inadequada, quando se refere aos *efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*, parecendo autorizar a conclusão de que seria possível o adiantamento da própria eficácia sentencial;
- d) a redação do parágrafo 2º do art. 273 é ambígua, já que a irreversibilidade deve referir-se aos efeitos e não ao próprio provimento antecipado;
- e) interpretação atrelada à literalidade da lei, poderia deixar ao desabrigo situações merecedoras de proteção imediata, o que conflita com os escopos do processo;

⁹ Instituições de Direito Processual Civil, vol. III. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, pp 307/308.

- f) em casos excepcionais, é possível a superação do requisito da reversibilidade pelo princípio da proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*, tese PUC/SP, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2ª ed., 2000.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DESTEFFENI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre os princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade* in RT 719.
- LA CHINA, Sergio. *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza*, in *I Processo Speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1979.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1998.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.
- MESQUITA, Eduardo Melo de. *Tutelas cautelar e antecipada*. São Pauto: Ed. RT, 1992.
- TOMMASEO, Ferrucio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1983.

PANORAMA DAS REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Valdeci dos SANTOS*

A eminente diretora da Escola de Magistrados, doutora Diva Malerbi, convocou-me para a honrosa tarefa de dirigir a palavra aos senhores, neste Primeiro Encontro Regional promovido pela EMAG, dentro do projeto de expansão dos cursos de extensão e aperfeiçoamento de magistrados federais, e cometeu-me o difícil encargo de discorrer sobre o tema PANORAMA DAS REFORMAS DO CPC, cuja pertinência ainda mais se sobressai quando sabido e consabido que urge atingir, rapidamente, padrões aceitáveis de qualidade na prestação efetiva da jurisdição.

Para enfrentar o tema proposto, insta, de início, fazer ligeira digressão a respeito da própria história do direito processual com a finalidade de identificar as suas fases evolutivas e as características essenciais de cada uma delas.

A doutrina mais autorizada divide essa evolução em três fases distintas.

A primeira, conhecida por *fase sinceretista*, data do início dos estudos do

processo e se estende até o século XIX e nela não se reconhece, ainda, a autonomia do direito processual em face do direito material, sendo a ação entendida como mera reação do direito substancial lesado para dar cobro à sua violação.

A segunda fase, chamada de *autonomista*, tem início em meados do século XIX e atinge quase todo o século XX, e nela se afirma a autonomia do direito processual, pois neste período os processualistas desenvolveram as teorias sobre a natureza jurídica da ação, as condições da ação, a natureza jurídica do processo, e a identificação dos pressupostos e demais institutos processuais. Erigiu-se, assim, acriticamente, o processo como simples *meio* para o exercício da jurisdição; quer dizer, não há nesta fase, o questionamento quanto ao papel do processo como *instrumento* de efetiva administração da Justiça.

A terceira fase, denominada de *instrumentalista*, enxerga o processo como um valioso instrumento para o exercício da jurisdição

(*) Juiz Federal titular da 5ª Vara de Campinas.

Professor de Direito Constitucional na PUC-Campinas.

Palestra proferida no I Encontro Regional da Escola de Magistrados da Justiça Federal da Terceira Região, realizado na cidade de Ribeirão Preto, em 4. 12. 2002.

e o que a caracteriza é a intensa consciência crítica, surgida principalmente no último quartel do século XX, em face da mais aguda preocupação dos nossos dias: a de encarar o processo como ferramenta útil para a busca e a efetiva realização da justiça, de modo a garantir não somente o acesso à justiça, mas também acesso à *ordem jurídica justa*, com a solução do conflito e a atribuição do bem da vida objeto da demanda a quem de direito.

Em suma, o direito processual encontra-se, presentemente, em sua *fase instrumentalista*, e esta tem sido colhida por aquilo que em doutrina convencionou-se chamar de *ondas renovatórias*, sendo a última delas exatamente a que trata da racionalização do processo e da simplificação de seus procedimentos.

Pois bem! É exatamente no contexto da fase instrumentalista – e nela dentro da última onda renovatória – que devem ser objeto de análise as reformas empreendidas ao longo dos últimos anos no nosso Código de Processo Civil.

Com efeito, o CPC, instituído pela Lei nº 5.869, de 11. 1. 1973, retificado pela Lei nº 5.925, de 1. 10. 1973, entrou em vigor em 1. 1. 1974 e representou uma profunda reforma no direito processual civil pátrio, regido até então Código de 1939, buscando a racionalização do sistema processual.

Aliás, quem o diz é o autor do Projeto do Código, então Ministro da Justiça, o Professor Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do novo CPC: “Propondo uma reforma *total*, pode parecer que queremos deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras inteiramente novas. Não. Introduzimos modificações substanciais, a fim de simplificar a estrutura do Código, facilitar-

lhe o manejo, racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça.”

Quer dizer, fez-se código novo, porém, foram aproveitados – e nem poderia ser diferente – os institutos consagrados pelo código antigo e pela ciência processual mais moderna. Ainda assim, uma das principais críticas ao CPC reside exatamente no seu excesso de formalismo; contudo, não há como negar que se trata de um estatuto de grande estofamento científico.

A propósito, registro a opinião do Professor Vicente Greco Filho, que diz: “O Código de 1973 é dos mais modernos e de melhor qualidade do mundo, inclusive segundo depoimento de eminentes processualistas estrangeiros, tendo causado, já, benéficas influências na ciência do processo e na prática forense.” (*in*, Direito Processual Civil Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 1ª vol., 16ª ed., 2002, p. 69).

Na verdade, o Professor Buzaid sempre teve plena consciência de que a sua obra careceria de adaptações em face da ação inexorável do tempo sobre tudo e sobre todos e da dinâmica da sociedade contemporânea, onde os fatos se desenrolam em impressionante velocidade. Tanto é, que na epígrafe da já citada exposição de motivos, inscreveu a grave advertência de Chiovenda, o grande mestre italiano, que asseverou: “convém decidir-se por uma reforma fundamental ou renunciar à esperança de um sério progresso”. E, por isso, deixou exarado: “nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas realizações práticas.”

Penso que o Professor Alfredo Buzaid logrou atingir o seu objetivo, pois o estatuto processual de 1973 se apresenta ainda hoje como uma lei bem estruturada. Porém, se no plano dos princípios realizou-se plenamente, o

mesmo não se deu no plano prático de sua efetividade.

Referida observação coaduna-se com o ponto de vista do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e um dos mais ativos e lúcidos propugnadores das reformas do CPC, que anotou: “o nosso Código, com algumas ressalvas, é indubitavelmente bem estruturado em suas linhas arquitetônicas, elaborado que foi com técnica e cientificidade.” (*in*, A efetividade do Processo e a Reforma Processual, Revista de Julgados do TA-MG, vol. 5, p. 43). E, mais adiante, acrescenta que a metodologia de sua modernização se funda em: “a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; e b) deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade”.

Portanto, a partir desses verdadeiros pontos cardeais, norteadores da revisão, tentarei mostrar o panorama das reformas do CPC e o farei a partir do *critério de etapas*, adotado pela doutrina no sentido de fases ou estágios; sem muito rigor científico, porém, de fácil compreensão.

Quem se der ao trabalho de debruçar sobre as mais de cinco dezenas de leis que de alguma forma dispõem sobre a revisão do CPC, perceberá, a partir do que alhures denominei de pontos cardeais, que todas as leis editadas na década de 1970 e início da década de 1980, desde a Lei nº 5.925, de 1. 10. 1973, até a Lei nº 6.820, de 16. 9. 1980, num total de doze diplomas legais, trataram de retificação de dispositivos, de adaptação de leis ao novo código, de modificações de redação, de acréscimo ou de revogação de normas.

Portanto, na sua *primeira etapa*, as reformas empreendidas no código tiveram por objetivo adequá-lo, corrigi-lo e adaptá-lo às circunstâncias daquele momento, evitando, com isso, estrangulamento na prestação jurisdicional. Não estou com isso afirmando que essas atividades não ocorreram nas décadas seguintes, mas o ponto cardeal deslocou-se mais para a efetividade do processo.

O marco inaugural da *segunda etapa* das reformas, a meu sentir, encontra-se na Lei nº 6.825, de 22. 9. 1980, que estabeleceu normas para *maior celeridade* dos feitos no antigo Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de Primeira Instância, tendo continuado com as Leis nºs. 7.019, de 31. 8. 1982, que *simplificou* o processo de homologação judicial das partilhas amigável e de bens de pequeno valor; 7.513, de 9. 7. 1986, que *acrescentou* dispositivo ao artigo 649 para tornar impenhorável o imóvel rural de até um módulo; 8.009, de 29. 3. 1990, que trata da *impenhorabilidade* do bem de família; 8.038, de 28. 5. 1990, que instituiu *normas procedimentais* para os processos que tramitam perante o STF e o STJ; 8.455, de 24. 8. 1992, que alterou dispositivos do código para *facilitar* a prova pericial; 8.710, de 24. 9. 1993, *facilitou* a citação e a intimação; 8.898, de 29. 6. 1994, *facilitou* a liquidação de sentença; 8.950, de 13. 12. 1994, *simplificou*, ainda que muito modestamente, os recursos; 8.952, de 13. 12. 1994, *instituiu* a tutela antecipada; 8.953, de 13.12.94, *simplificou* o processo de execução; 9.079, de 14. 7. 1995, *introduziu* a ação monitória; 9.139, de 30. 11. 1995, *simplificou* o procedimento do agravo de instrumento; 9.245, de 26. 12. 1995, *alterou* o procedimento sumário; 9.756, de 17. 12. 1998, *facilitou* o sistema recursal ao disciplinar o processamento de recursos no âmbito dos tribunais; 10.352, de 26. 1. 2001, *simplificou* vários procedimentos recursais; e a 10.444, de 7. 5. 2002, *estendeu* o procedimento sumário

para as causas cujo valor não exceda a sessenta vezes o do salário mínimo e que não sejam de competência dos Juizados Especiais, como ocorre nos casos de ações envolvendo pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas da União, massa falida, etc.

Como se vê, o compromisso do legislador em todas as leis acima mencionadas, desde o início de 1980, até o aprofundamento das reformas ocorrido em 1994 e 1995 e a retomada, com alterações importantes, em 2001 e 2002, foi com os pontos cardeais da simplificação, da agilização e da efetividade.

Os resultados são positivos, ainda que não tenham sido corrigidas questões como a da simplificação e redução de procedimentos, da recorribilidade das decisões interlocutórias, etc.

Com relação às Leis nºs. 10.173, de 9. 1. 2001 e 10.358, de 27. 12. 2001, identifico nelas nova preocupação do legislador, que a meu ver marca o início da *terceira etapa* das reformas, qual seja, a de reforçar o *caráter de instrumento político do processo*, portanto, para além de sua característica de meio técnico para a atuação da jurisdição, uma das funções políticas do Estado.

De fato, a Lei 10.173, de 2001, acrescentou ao CPC os artigos 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C, dispondo o primeiro deles que “os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância.”

Ora, referida norma denota uma *opção política do legislador* ao determinar seja priorizada a tramitação dos processos judiciais envolvendo pessoas com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos. No caso, o *discrimen* é o da idade avançada da pessoa e este encontra legitimidade em várias opções do legislador

constituente, como, à guisa de exemplos, nas hipóteses dos artigos 201, I, parte final, que trata da cobertura previdenciária do evento idade avançada, e 203, I, parte final, que cuida da proteção social à velhice, ambos da Constituição Federal de 1988, sendo razoável a discriminação que encontra fundamento de validade naquilo que Recaséns Siches denomina de *logos de lo razonable*, pois discrimina-se com supedâneo em um valor socialmente apreciável e relevante.

Quanto à Lei 10.358, de 2001, ao lado de modificações com o intuito de simplificação e de celeridade do processo, alterou também a redação do *caput* do artigo 14 do CPC e acrescentou-lhe o inciso V e o parágrafo único, introduzindo na lei processual importantes modificações para impor deveres às partes e demais participes do processo, como os procuradores, as testemunhas, os peritos, os oficiais de justiça, etc., sendo acrescido novo dever, qual seja o de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos jurisdicionais, de natureza antecipatória ou final”, com o claro objetivo de garantir às ordens judiciais o máximo de efetividade e, com isso, atender ao escopo fundamental da jurisdição de assegurar direito ou atribuí-lo a quem devedo.

E, para dar conseqüência a esse dispositivo, o parágrafo único dispõe que a violação dos deveres lá previstos constitui *ato atentatório ao exercício da jurisdição*, entendido este como qualquer conduta comissiva ou omissiva de parte ou de qualquer outro participante do processo, salvo os advogados, que se sujeitam aos estatutos da OAB, capaz de implicar em descumprimento total ou parcial de ordem mandamental, ou, ainda, em embaraço à atuação concreta do comando contido em provimento emanado do juiz. A violação da regra será sancionada com a aplicação de multa pelo

juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

Penso que esta norma revela aplicação no direito brasileiro de modalidade de *contempt of court*, instituto próprio do direito anglo-saxônico, com o objetivo de potencializar a efetividade e a eficácia das decisões judiciais e da prestação jurisdicional.

Releva anotar que, em sede de direito criminal, onde o referido instituto é definido como contumácia e desrespeito ao tribunal, depende, ainda, segundo penso, de tipificação através de regra penal específica.

Portanto, nas normas legais mencionadas, importa frisar o *caráter político* das referidas alterações que extrapolam da preocupação com a efetividade e tangenciam, claramente, para o âmbito da *atuação política do processo* como meio de assegurar os direitos e garantias dos cidadãos.

Trago à colação, ainda mais uma vez, a pertinente observação do Professor Vicente Greco Filho (*in, op. cit.*, vol. I, p. 6) para quem “no campo do processo penal, a conotação política dos institutos sempre foi mais presente, porque envolvido o direito em liberdade individual, e o que se deseja é transportar tal visão também para o processo civil, ou melhor, para o processo como um todo, libertando-o, de vez, dos interesses particulares envolvidos.”

Nesse ponto, frise-se, o legislador ordinário está apenas seguindo o norte indicado pela Constituição Federal, matriz generosa de vários princípios relativos ao processo, o que, no dizer de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco (*in, Teoria Geral do Processo*, Malheiros, São Paulo, 18ª ed., 2002, p. 79) o torna não “apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético”, influenciado por fatores metajurídicos como os históricos e os políticos.

E concluem asseverando que “é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios.”

Convém observar que a segunda etapa da reforma está longe de se esgotar, pois pendem de simplificação vários institutos processuais e, no entanto, a terceira fase já teve início.

Não vejo, contudo, nenhuma objeção no desenvolvimento concomitante de ambas as etapas, pois a segunda se situa nos pontos cardeais da simplificação, da agilização e da efetividade, e a terceira, ainda que passe por este âmbito, tem por fim fortalecer o processo como instrumento político e ético do qual se vale o Estado para desincumbir-se da prestação jurisdicional.

Referidas reformas têm sido feitas através de um bem sucedido processo de apresentação ao Congresso Nacional de projetos específicos para cada assunto que se pretende revisar no CPC e a isso convencionou-se chamar de *minirreformas*, ou seja, projetos próprios e independentes para questões pontuais, facilitando, assim, a tramitação e a aprovação da matéria no Parlamento.

É importante anotar que o Código de Processo Civil tem resistido a todas essas ondas renovatórias e apresenta-se ainda adequado e capaz de atingir as suas finalidades, exatamente porque se trata de uma codificação bem estruturada, pois, do contrário, já teria implodido em face de mais de cinquenta leis que lhe introduziram modificações nas últimas três décadas.

Trata-se, pois, de uma notável obra legislativa.

Muito bem! E todas essas reformas, afinal, lograram o alentado intento de uma prestação jurisdicional mais rápida e eficiente?

Infelizmente, ainda não atingimos um grau aceitável de eficiência. Porém, houve importante progresso.

Com efeito, as várias atualizações procedidas no CPC o tornaram uma codificação mais simples e flexível, portanto mais apta a acelerar a prestação jurisdicional. E, de outro lado, medidas inéditas e de grande alcance social foram introduzidas no sistema processual brasileiro através das reformas.

Alguns exemplos marcantes podem ser citados na busca da prestação jurisdicional eficiente e podemos começar lembrando a criação do instituto da tutela antecipada (art. 273) pela reforma de 1994, um mecanismo de grande eficiência, já que permite ao juiz antecipar no início do processo os efeitos da sentença de mérito que será proferida apenas no seu final, logrando, com isso, minorar a ação do tempo sobre o direito da parte e sobre o próprio processo.

Ao lado dessa tutela de caráter geral, a mesma lei tratou da tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer (art. 461), reforçando-lhes a executividade. E, agora, a Lei nº 10.444, de 2002, estabeleceu mecanismos de reforço para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, podendo o juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, etc., podendo, ainda, modificar o valor da multa ou a sua periodicidade, caso verifique que a mesma se tornou insuficiente ou excessiva.

Referidas regras são também de aplicação nos casos de tutela geral do art. 273.

Outra medida inovadora ocorreu através da Lei 9.139/1995, que alterou a disciplina do agravo de instrumento simplificando o procedimento anterior que era excessivamente burocrático. Porém, decorridos alguns anos, registram-se inquietações de tribunais com o excessivo número de agravos interpostos e, quanto aos juízes de primeiro grau, não raro se queixam que tais recursos atrasam ainda mais o andamento do processo.

Importante avanço se deu ainda com a racionalização do procedimento sumário (Lei nº 9.245, de 26. 12. 1995), usado para processar as causas cuja valor não exceder de sessenta vezes o valor do salário mínimo, desde que não sejam de competência dos Juizados Especiais como as ações de incapazes, as da massa falida, etc.), além de outras previstas no art. 275, II, do CPC, e demais casos previstos em lei, como v. g., as ações acidentárias, as revisionais de aluguéis, etc.

A ação monitória, destinada a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível, ou de determinado bem móvel, visa a substituir, nas referidas hipóteses, a ação de conhecimento, muito mais complexa e demorada, e se constitui em instrumento mais ágil para se atingir a execução forçada, pois a cognição nela é sumária e convencendo-se o juiz da prova juntada com a petição inicial, determinará, de plano, a expedição de mandado monitório para pagamento ou para a entrega da coisa no prazo de quinze dias. Portanto, o seu objetivo é o de abreviar ao máximo o prazo para a prestação jurisdicional naqueles casos em que o juiz se convence desde logo da procedência do pleito do autor.

Ainda uma outra medida de caráter prático, visando a celeridade e a desburocratização, foi implementada pela Lei nº 9.800/1999, que permite às partes o emprego de transmissão via *fac-simile* “para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”.

Contudo, outras importantes medidas com o objetivo de acelerar a prestação jurisdicional foram adotadas por meio de leis extravagantes que devem ser aqui mencionadas, porque se enquadram dentro da mesma moldura de preocupação de melhoria na prestação do serviço público essencial de responsabilidade do Poder Judiciário.

Refiro-me, primeiramente, à antiga Lei das Pequenas Causas (7.244, de 7. 11. 1984), que inovou o sistema processual à época ao disciplinar o processo e o procedimento das causas de pequeno valor. Referida lei somente veio a ser revogada pela Lei nº. 9.099, de 26. 11. 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Estes juizados, ao lado dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei nº 10.219, de 16. 7. 2001, tanto no âmbito civil, como o Juizado Especial Previdenciário, o chamado Fórum Social, na cidade de São Paulo, quanto na área penal, revelaram-se como iniciativas importantes para a prestação jurisdicional mais célere.

A instituição da ação civil pública (Lei nº 7.347, de 24. 7. 1985), representou, por sua vez, extraordinário avanço para a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos ao disciplinar a atuação do Ministério Público, de associações e outras entidades, para a defesa do meio-ambiente, do consumidor e de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Nessa mesma linha, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078,

de 11. 9. 1990) estabelece meios para a defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos dos consumidores.

A observação que, necessariamente, há de ser feita aqui, refere-se ao fato de que o Código de Processo Civil tem arraigado apego às ações individuais e os dois diplomas legais antes citados introduziram no direito processual brasileiro ações de natureza coletiva, destinadas à defesa de direitos difusos ou coletivos. Aliás, a Carta Política de 1988 também consagra meios de defesa de direitos dessa natureza, como é o caso da ação popular e da ação civil pública.

A Lei nº 9.307, de 23. 9. 1996, por sua vez, disciplinou a arbitragem, ab-rogando as regras do CPC e do Código Civil sobre a matéria.

A arbitragem no direito brasileiro constitui-se em compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato de adesão e limita-se aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não havendo necessidade de homologação judicial da decisão proferida pelo árbitro, pois a lei atribui-lhe o mesmo efeito de uma sentença judicial, comportando, inclusive, execução.

Como se vê, a arbitragem é forma alternativa de solução de litígios por meio de árbitros privados, ao largo do Poder Judiciário, mas o Estado legitima essa atividade porque se trata de mera faculdade usada ao alvedrio das partes e não meio de sujeição obrigatória, pois aí residiria violação da garantia constitucional de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV).

Todavia, se as reformas ainda estão em andamento, que outros pontos ainda comportariam revisão no Código de Processo Civil?

Penso que muitos institutos necessitam ainda de revisão para adequá-los ao espírito do

que alhures denominei de pontos cardeais da simplificação, da agilização e da efetividade.

De início, a meu ver, a amplíssima possibilidade de recorrer de todas as decisões interlocutórias tem se prestado, às vezes, como meio muito útil àqueles que desejam a procrastinação do processo; e, no geral, tem servido para abarrotar os tribunais com recursos de agravo de instrumento.

Em face disso, alguns defendem a extinção desse recurso. Porém, essa atitude poderia conduzir ao uso indevido do mandado de segurança como substitutivo recursal, o que é, evidentemente, inadequado. Outros, defendem a restrição dos casos em que seria cabível o agravo e a desvantagem aqui é que o legislador, em face da falibilidade inerente à condição humana, acabaria por não prever situações legítimas de cabimento. Ainda outros defendem a mudança do agravo para aceitá-lo apenas na forma retida, porém, de qualquer forma, na apelação, a parte teria que requerer a sua apreciação.

Por essas razões, penso que melhor seria adotar o princípio da concentração, como ocorre na Justiça do Trabalho, onde as decisões interlocutórias são irrecorríveis, salvo se terminativas do feito, podendo ser impugnadas quando da interposição de recurso contra a decisão definitiva (Enunciado 214 do TST). Esta solução se apresenta mais segura e mais prática do que todas as demais anteriormente aventadas.

Um outro ponto merecedor de ampla reforma é o dos procedimentos.

Reconheço que a existência de tipos diferentes de procedimento corresponde a uma necessidade prática de se desenvolver o processo da forma mais adequada à consecução de seu objetivo. Porém, os inúmeros procedimentos e as suas mais diversas fases, inclusive com regras

muito diferentes, contribuem para a morosidade e o atraso na prestação da jurisdição, carecendo o sistema de simplificação.

Ainda nessa mesma linha, é preciso reformar o processo de execução, que não raro se converte em verdadeiro processo de conhecimento, com expedientes de toda ordem, penalizando o vencedor da demanda que não consegue ver cumprida a obrigação imposta ao sucumbente de maneira rápida e esta falta de efetividade no cumprimento das decisões judiciais desmerece os juízes na estima da sociedade.

Aliás, outro fator desmoralizante do Poder Judiciário é a sua notória morosidade, que se funda em múltiplas causas: excesso de formalismo – às vezes, por simples amor à forma! -, carência de recursos humanos e materiais, sistemática falta de recursos orçamentários para a modernização de secretarias e treinamento de pessoal, etc.

Porém, causa das mais relevantes é a gama generosa de recursos passíveis de impetração em todas as fases do processo e, por isso, penso ser necessário aprofundar a reforma do sistema recursal para simplificá-lo ao máximo.

Ademais, não há dúvida de que a morosidade incentiva a litigiosidade daqueles que ingressam com ações judiciais para não honrarem com as suas obrigações, sendo inevitável citar aqui como o exemplo mais veemente dessa prática condenável a própria Administração Pública, que sempre impôs aos seus procuradores a obrigação de recorrerem de tudo, ainda que se trate de decisões proferidas conforme consagrada e iterativa jurisprudência dos tribunais. E basta a citação de um número para demonstrar isso: levantamento feito no STJ, mostra que 85% dos recursos em tramitação naquela Corte têm órgão da administração

pública num dos pólos, sendo que em 70% deles o ente público foi vencido na demanda. No STF, os números não devem ser muito diferentes destes.

No plano mais pontual, também merece reforma, a meu ver, o art. 188 do CPC, que estabelece prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. Hoje não mais se justifica o privilégio, principalmente em face do elastério dos prazos. Penso que no máximo, justificar-se-ia o prazo em dobro para contestar, devendo aquelas instituições oferecerem recurso no prazo comum previsto em lei.

Enfim, numa visão muito ampla, podemos dividir as reformas empreendidas no CPC em três etapas: a primeira voltada para a intensa adequação do código objetivando a sua plena aplicação e corrigindo pontos de estrangulamento na prestação jurisdicional; a segunda, ainda em andamento, comprometida com a sua simplificação, agilização e efetividade; e a terceira, a meu ver já iniciada, tem por objetivo realçar o processo como instrumento político destinado a assegurar os direitos e garantias dos cidadãos.

A reforma continua e penso ser necessário resistir à tentação das soluções

milagrosas, aquelas tidas como definitivas e que poderão mostrar-se pífiyas, como é o caso da súmula vinculante, que alguns entendem ser o meio mais eficiente para vencer a morosidade e desafogar o Judiciário.

Ora, os magistrados de primeira instância não são assim tão rebeldes, pois normalmente seguem a orientação consagrada na jurisprudência dos tribunais superiores sem que para isso haja necessidade de vinculação obrigatória.

Outrossim, é necessário ponderar se valeria a pena uma diminuição relativa no número de recursos interpostos com o sacrifício que esta solução imporá à vida do direito, pois, numa análise perfunctória, restariam seriamente afetados o controle difuso de constitucionalidade, o duplo grau de jurisdição, a independência dos juízes e tudo isso vindo desaguar na própria garantia do devido processo legal.

Apesar de alguns perigos e do longo caminho a percorrer, conforta ver como a comunidade jurídica em geral, magistrados e tribunais brasileiros, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, têm se mostrado à altura da tarefa ingente de criar leis processuais capazes de adequar o processo como instrumento eficaz para assegurar a realização da efetiva justiça, hoje, uma das aspirações maiores da sociedade brasileira.

LEI 9.099/95 VERSUS LEI 10.259/01

Carlos Henrique MACIEL*

“Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real”

(RUI BARBOSA, *Oração aos Moços*)

1. A HISTÓRIA

Na esteira do panorama mundial, e para o desconforto dos mais conservadores, o art. 98 da Constituição da República promulgada em 1988 ordenou, dentre outras medidas, a instituição da *justiça penal consensual* no país. Em que pese inovador, o texto ainda era tímido:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e *infrações*

penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.”¹

A fim de dar exequibilidade à Regra Superior, o Congresso Nacional elaborou a **Lei Federal nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995, que dispõe “sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais” nos Estados-Membros, no Distrito Federal e nos Territórios, “para conciliação, processo, julgamento e execução, *nas causas de sua competência*” (art. 1º).² Na seara penal, permitiu-se a **transação** entre as partes: o

* Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor de Direito Constitucional da PUC-Campinas.

⁽¹⁾ Destaquei.

⁽²⁾ Destaquei.

Ministério Público proporia e o autor do fato, assistido por seu Patrono, anuiria à aplicação *imediate* de pena não privativa de liberdade (art. 72) consistente em restrição de direitos ou multa (art. 76, *caput*), seguindo-se, caso não houvesse óbice legal (art. 76, § 2º), a homologação pelo juiz (art. 76, § 4º).

A benesse só atingiria as infrações penais de menor potencialidade ofensiva, assim caracterizadas:

“Art. 61. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”³

O vácuo deixado pela redação original da Carta Política só veio a ser preenchido com a edição da **Emenda Constitucional nº 22**, de 18 de março de 1999, que efetuou a necessária ampliação do instituto para a órbita da Justiça da União, *in verbis*:

“Art. 98.”

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

O dispositivo acima foi regulamentado pela **Lei Federal nº 10.259**, de 12 de julho de 2001, responsável pelo estabelecimento dos “Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal”. Referido Diploma, após exigir a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 9.099/95 (art. 1º), assim comanda:

“Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa.”⁴

Destarte, o cânon legal autorizou, dentre outras medidas, a transação penal durante os trabalhos da Justiça Comum da União.⁵

Além de dilatar a concepção de “infrações penais de menor potencial ofensivo”, a Lei 10.259/01 acertadamente deixou de excepcionar “os casos em que a lei preveja procedimento especial”. Então, esta ressalva, existente no art. 61 da Lei 9.099/95, não constrange a jurisdição federal. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Vale dizer: no foro da União, poder-se-á transacionar em relação ao delito que acate os estritos pressupostos do art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01 (c/c o art. 76, § 2º, da Lei 9.099/95), ainda que a persecução esteja regulamentada em rito peculiar.

A colocação pós-vírgula da expressão “ou multa”, no final daquele parágrafo, trouxe apreensão. Mal redigida, ela serviu para desastrar ainda mais a leitura. Por exemplo: alguns doutrinadores nela visualizaram o impedimento à transação penal em face de delito apenado com privação de liberdade e multa, porquanto, se somadas no preceito da norma incriminadora,

⁽³⁾ Destaquei.

⁽⁴⁾ Destaquei.

⁽⁵⁾ Anote-se que a *suspensão condicional do processo* perante a Justiça Federal já era possível diante dos dizeres inculpidos no art. 89 da Lei 9.099/95 (cf. Ada Pellegrini GRINOVER e outros, *Juizados Especiais Criminais*, Ed. RT, S. Paulo, 3ª ed., 1999, p. 48).

revelar-se-ia um *plus* incompatível com a noção de ilícito de menor potencial ofensivo. Para eles, a transação penal só seria viável quando concebida, *isolada* ou *alternativamente* com multa, pena privativa de liberdade até dois anos, inclusive; não assim se ambas estivessem fixadas *cumulativamente*. Pensam que, se a Lei nada argüiu em relação a esta última hipótese, a interpretação não poderia criá-la. Mas acabam incorrendo no próprio erro que apontam... Distinguiram aquilo que o Legislador não distinguiu.

Na verdade, podem transacionar no Juizado Especial Federal os autores de infração penal castigada com reclusão ou detenção em até dois anos, “quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”, se quisermos aderir ao conceito legal de **crime** efetuado pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/41); daquele âmbito ficam tematicamente excluídas todas as **contravenções penais**, por força de manifesta proclamação da Constituição Nacional (art. 109, IV). No art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, a alocação “ou multa” vem precedida de uma vírgula, que traduz *clarificação*, não uma dissociação estanque. Ao aludir à “multa”, outra não pode ter sido a *intentio legis*, senão evitar que aqui se repetisse o que acontecera no tocante à redação do art. 61 da Lei 9.099/95: como o dispositivo nada dissera acerca da pena pecuniária, alguns juristas – abusando das sutilezas – chegaram a teorizar que ele só se reportara aos delitos apenados isoladamente com até 1 ano de privação da liberdade; se o tipo incriminador, embora respeitado aquele limite máximo de encarceramento, concebesse cumulativamente a multa, o benefício já não seria juridicamente possível, eis que o notório recrudescimento da punição elidiria a idéia da infração como de menor

potencial ofensivo. É óbvio que a tese não vingou; todavia, o Legislador acautelou-se ao elaborar a Lei 10.259/01. Não mais do que isso! Logo, pretende a lei significar que estão sob o crivo do Juizado Especial Criminal Federal os crimes com quantidade abstrata de pena celular igual ou inferior a 2 anos, no máximo, tenha ela sido estabelecida *isoladamente*, bem assim se fixada *alternativa* ou *cumulativamente* com a pecúnia. Esta é, s.m.j., a ilação correta da expressão “ou multa”.

Como se percebe, a função daquela conectividade é exatamente oposta ao que alguns defenderam.

2. A POLÊMICA

Emerge uma antinomia, contudo. A norma posterior (Lei nº 10.259/01) alargou a possibilidade transacional em relação ao que constara da norma pretérita (Lei nº 9.099/95): enquanto esta limitava o acordo aos crimes apenados *in abstracto* com privação da liberdade no máximo em até 1 (*um*) ano, aquela aludia às infrações penais capituladas no art. 109 do Estatuto Básico, desde que a penalidade cominada não ultrapassasse a 2 (*dois*) anos, ou multa. Resumindo: para um mesmo conceito (“infração de menor potencial ofensivo”), conteúdos divergentes (diversos lindes sancionadores).

Visando à solução do impasse, duas correntes doutrinárias de imediato despontaram:

- a) houve os que, em apego ao “princípio da isonomia”, pretenderam a incidência reflexa da Lei nº 10.259/01 aos feitos sob tramitação na Justiça Estadual, reclamando a extensão do instituto da transação penal para *todos* os crimes legalmente apenados,

no máximo, com dois anos de confinamento, por se tratar de disciplina mais favorável ao réu; e

- b) houve os que, ao lembrarem que a Lei nº 10.259/01 efetuara uma definição singular de “infração de menor potencial ofensivo” somente para seus próprios efeitos (art. 2º), bem como vedara sua incidência na esfera estadual (art. 20, *in fine*), negaram aquela possibilidade, pugnando pela plena vigência da Lei nº 9.099/95 naquilo que com ela não conflitasse (art. 1º), ou seja, os autores de delitos que não fossem levados ao cuidado da Justiça Federal só poderiam receber a proposta de avença penal caso o delito fosse punido em até 1 (um) ano de privação da liberdade (art. 61 da Lei nº 9.099/95).

Ambas as posições são *absolutistas*, e portanto, equivocadas: optando pela pura revogação parcial do art. 61 da Lei nº 9.099/95, **os primeiros foram arbitrários**; fazendo *tabula rasa* da *lex nova*, **os segundos foram estreitos**. O embate entre as normas existe, porém deve ser bem situado. Quando se opera no campo das Ciências, não se pode descer a radicalismos. As duas regras podem ser acomodadas sob as luzes do intelecto e do método. É o que recomenda a exegese.

Assim como EINSTEIN não revogou NEWTON, apenas o colocando num patamar mais definido, considero que o art. 61 da Lei nº 9.099/95 - sobretudo na parte em que informa o tempo da pena - não foi expungido do sistema positivo brasileiro. Seu *campo de incidência* é

que restou limitado em razão da superveniência do art. 2º da Lei nº 10.259/01. As mencionadas regras jurídicas são perfeitamente conciliáveis, conforme será exposto adiante.

3. A HERMENÊUTICA

Vêm a talho as ponderações de CARLOS MAXIMILIANO: “Contradições absolutas *não se presumem*. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de *parte da mesma*, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irredutível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior.”⁶⁶

Mais adiante, assegura o emérito jurista: “Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito *não se presume*; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O juriconsulto Paulo ensinara que - as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos: *Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint idque multis argumentis probatur.*”⁶⁷

Segundo esse comentário, prevalece o axioma da continuidade das leis no tempo.

⁽⁶⁶⁾ Cf. Carlos MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1979, p. 356.

⁽⁶⁷⁾ Cf. Carlos MAXIMILIANO, *Idem*, p. 358.

“Sempre se presume que se não quis substituir, de todo, a norma em vigor; a revogação da lei deve ficar bem clara.”⁸ Cada norma jurídica é tida como vigente até o momento em que, de maneira inarredável e indiscutível, é extirpada do ordenamento legal ou modificada por outra mais jovem pronunciada por igual ou superior escalão. Simples impropriedade do órgão que legisla não tem o condão de afastar norma jurídica anterior, até porque sempre se supõe a subsistência desta; antes disso, deve ser adaptada ao sistema jurídico dentro dos critérios lógico-rationais.

O choque normativo entranhado no fenômeno da revogação é apenas ilusório: duas regras grafadas da mesma categoria parecem, *simultaneamente*, regular com disparidade a *mesma* hipótese fática, quando, em realidade, tão-somente uma delas - a mais recente - é que incide. **Se a identidade de objeto não ficar comprovada *quantum satis*, haverá que se dar aplicação às duas, nas partes em que não se colidirem.**

Mas, se não ocorreu derrogamento do art. 61 da Lei 9.099/95, a que plano ficou relegado sua execução em face do art. 2º da Lei nº 10.259/01? **Aquele dispositivo segue aplicável a todas as matérias que não forem comuns à alçada da Justiça Federal.** Não havendo o conflito temático, a norma precedente continua, com a ressalva, em vigor.

A conclusão acima leva em conta o regime de distribuição da *competência* jurisdicional e o real significado do apotegma da *isonomia*.

4. A COMPETÊNCIA

Embora conceitualmente indivisível e una, a jurisdição nacional admite, com vistas à racionalidade de seu exercício, uma descompressão funcional entre os vários órgãos do Poder Judiciário, acompanhando, em linhas gerais, a liturgia federalista fundada na *predominância do interesse*, sobremodo no que tange à previsão das jurisdições federal e estadual. Já que, no Brasil, “o Estado unitário descentralizou-se em Unidades federadas autônomas, *enumerando* para o governo central (federal) os poderes que se entendera conveniente, deixando o *resto*, a *sobra* (isto é: o que remanesca da enumeração dos poderes da União e da indicação dos poderes municipais), para os Estados”,⁹ é coerente a afirmação de que à Justiça Federal competirá apenas o rol de demandas contido *taxationis causa* no art. 109 do Estatuto Fundamental, ao passo que as Justiças dos Estados-Membros processarão e julgarão, por eliminação, os litígios ali não abrangidos, nem, evidentemente, aqueles submetidos às chamadas Justiças Especializadas (trabalhista, eleitoral e militar).

Ensinam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Onde nada diz a Constituição, a competência é da Justiça comum (Justiça Federal e Justiças ordinárias dos Estados); no seio da própria Justiça comum, também há alguma relação de especialidade, cabendo: a) à Federal, as causas em que for parte a União ou

⁽⁸⁾ Cf. Carlos MAXIMILIANO, *Idem*, p. 139.

⁽⁹⁾ Cf. José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, S. Paulo, 8ª ed., 1992, p. 526.

certas outras pessoas, ou fundadas em tratado internacional, e ainda as referentes aos crimes praticados contra a União (Const., art. 109); b) às Estaduais, as demais (competência residual - CF, art. 25, § 1º).¹⁰

É, igualmente, a preleção de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO:

“Apenas a competência da Justiça Comum Federal é prefixada na Magna Carta. Quando se trata da Justiça Comum Estadual, tem ela competência firmada por exclusão. Tudo quanto escape da esfera de atribuições das Justiças Especiais e da Justiça Comum Federal será da competência da Justiça Comum Estadual.”¹¹

No terreno criminal, o elenco do art. 109 da CF acolheu - com a ressalva da atribuição especial das Justiças Militar e Eleitoral - duas técnicas interligadas:

a) a **competência exclusiva** da Justiça Federal Comum foi fixada *ex ratione materiae*. Para a enumeração, tomou-se por base a natureza da transgressão. Nesses casos (“delitos federais próprios”), o tipo penal determina por si só a competência federal, jamais podendo ser apreciado pela Justiça Estadual. É o que acontece com os “crimes políticos” (inc. IV, 1ª hipótese), os “crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira” (inc. VI), e os “crimes de

ingresso ou permanência irregular de estrangeiro” (inc. X); e

b) a competência concorrente da Justiça Federal Comum foi fixada *ex ratione personae*. Nesses casos (“delitos federais impróprios”), o *typus* está, em princípio, sujeito a processo e julgamento pelo Judiciário do Estado e da União; porém, deve este último predominar quando o crime for, *ex directo e in terminis*, praticado “em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas” (inc. IV, 2ª hipótese), a que se ligam os “crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (inc. V), já que somente a União pode firmá-los (art. 21, I, da CF), e os “crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves” (inc. IX), já que cumpre apenas à União policiar os espaços marítimo e aéreo (art. 21, XXII, da CF).

Há delitos que, por sua tipologia, estão de antemão afetos *unicamente* à cognição da Justiça Federal, como no caso de “contrabando” (art. 334, *caput*, do CP); outros, por fugirem à enumeração constitucional, só poderão ser conhecidos pela Justiça do Estado-Membro, do Distrito Federal e dos Territórios, dada sua qualidade *remanescente*, como no caso de “entrega de filho menor a pessoa inidônea” (art. 245, *caput*, do CP); por final, os demais são em

⁽¹⁰⁾ Cf. Antonio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER & Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, Ed. Malheiros, S. Paulo, 14ª ed., 1998, p. 176.

⁽¹¹⁾ Cf. Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 21ª ed., 1999, v. II, p. 81.

tese perseguíveis *difusamente*, prevalecendo a ação da Justiça Federal só quando houver prejuízo a bem, serviço ou interesse da União, como no caso de “desacato” (art. 331 do CP), em que a competência será estabelecida em conformidade com o atributo jurídico do funcionário público (federal ou não).

A distinção teórica é culminante. Fácil perceber que a desarmonia entre o art. 61 da Lei 9.099/95 e o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, só se restringe aos delitos federais *impróprios*. Os preceitos não se contendem quando se estiver diante de um delito federal próprio (porquanto submetido à alçada exclusiva da Justiça Federal Comum) ou diante de um crime sob o pálio residual da Justiça Estadual (porquanto falecerá competência da União). Se as matérias são perfeitamente separáveis, não se pode argüir acerca de antinomia, pois cada qual é tratada em disposição diversa, em arenas inconfundíveis, conforme o próprio Legislador sintomaticamente estampou com a advertência “para os efeitos desta Lei”, em ambos os enunciados. E, no direito objetivo, sem impossibilidade ideativa não há revogação tácita da primeira regra pela segunda.¹²

5. A ISONOMIA

A preocupação com a **isonomia** é bem remota. ARISTÓTELES já apresentara, em linhas gerais, o nexó ontológico entre o *igual* e o *justo*: “parece que a igualdade seja justiça, e o é,

com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais. A desigualdade também parece ser, e o é com efeito, mas não para todos; só o é entre aqueles que não são iguais.”¹³ O *Estagirita* insinuara a **relatividade** da pregação isonômica, querendo significar que a **realização da autêntica igualdade consiste em atribuir-se cuidado igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade**. O que estava no pensamento filosófico só adquiriu maior solidez política com as conquistas burguesas, a universalização do ideário individualista e o advento da Idade Contemporânea no Ocidente. O modo de produção capitalista, sobretudo industrial, não poderia conviver com o escravagismo da Idade Antiga, os pactos de sujeição da Idade Média e os favoritismos da monarquia absolutista da Idade Moderna. Nada que afrontasse a iniciativa privada poderia ser mantido. A ideologia das liberdades públicas – dentre elas, a tese de que todos os humanos nascem livres e *iguais* diante do poder estatal – foi sendo incorporada nas chamadas **Declarações de Direitos**.¹⁴ “E, como as declarações se haviam tornado o capítulo mais importante dos Códigos Políticos dos Estados, constituindo, mesmo, em alguns, o preâmbulo, o milenar postulado adquiriu, por fim, a força, o vigor e o prestígio de preceito constitucional.”¹⁵

Não tardou para que a ciência positiva detectasse em tais assertivas uma compreensão meramente *formal*: psíquica e biologicamente, nenhum indivíduo é inteiramente *igual* ao outro (concepção natural), embora o possam ser, ou

¹² Cf. art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42).

¹³ Cf. ARISTÓTELES, *A Política*, Ed. Atena, S. Paulo, 1951, liv. 3º, cap. V, § 8º, p. 106.

¹⁴ Na América do Norte, a “Declaração de Direitos do Bom Poro de Virgínia”, de 12/6/1776 (art. 1º); na França, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 26/8/1789 (art. 1º); na OEA, a “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”, de 2/5/1948 (art. 2º); e, na ONU, a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, de 10/12/1948 (art. 7º).

¹⁵ Cf. Paulino JACQUES, *Da Igualdade Perante a Lei*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1957, p. 25.

não, perante a ordem normativa (concepção jurídica). O direito fundamental à igualação diante da lei não poderia equivaler à igualação econômica. À lei não cumpre igualizar *materialmente*; não lhe é dado recusar a variedade entre os seres, inibir a evolução, até porque as leis políticas devem estar de acordo “com a ordem das coisas sobre as quais são elas estabelecidas.”¹⁶ **Igualdade não é igualitarismo.** Então, qual o sentido primordial da igualdade jurídica? Cuida-se de postulado ético-político-ideológico apanhado pelo direito objetivo de maneira genérica, a fim de compelir o Estado a encarar os súditos eqüitativamente, coibindo-lhe editar legislação tendente à criação de regalias e perseguições pessoais ou grupais.

Nesse passo é que PAULINO JACQUES¹⁷ efetua o desdobramento da igualdade jurídica em várias espécies: a) *igualdade civil*, mediante a qual se assegura a todas as pessoas a capacidade de contrair direitos e obrigações (art. 1º, do novo CC); b) *igualdade política*, envolvendo, senso estrito, os direitos ligados à nacionalidade (art. 12, § 2º, da CF) e à cidadania ativa (art. 14, *caput*, da CF) e passiva (art. 14, § 3º, da CF), e, senso lato, o exercício de função pública (art. 37, I, da CF); c) *igualdade social*, por meio da qual se eximem as distinções de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, da CF), repelindo-se preconceitos, como o de raça, credo, convicção política ou filosófica, idioma, profissão, fortuna, idade, nascimento e sexo; d) *igualdade fiscal*, que, em regra, proíbe

seja o contribuinte tributado diferentemente daqueles que possuam equivalente sumidade econômica (art. 145, § 1º, da CF); e) *igualdade jurisdicional*, pelo que se garante a todo cidadão não ser julgado em foros privilegiados ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF). “Assim, o postulado jurídico igualitário contém uma norma de direito objetivo, obrigando, sobretudo, o Estado, supremo regulador das relações jurídicas. Por isso envolve uma obrigação negativa para o poder público - a de não fazer leis desigualitárias, nem conferir privilégios, nem instituir jurisdições excepcionais.”¹⁸

Ao direito à igualdade, de que a pessoa é titular, corresponde o *dever* do Estado no se abster de elaborar, sob pena de inconstitucionalidade, ato normativo com discrimen (igualdade *na lei*), bem como o de aplicar a regra jurídica sem isenções (igualdade *perante a lei*). “Todas as pessoas das mesmas condições que se encontrarem em idênticas circunstâncias, hão de ser tratadas igualmente, isto é, terão os mesmos direitos civis e políticos, poderão invocar os mesmos preceitos legais e comparecerão diante dos mesmos juízos, pois, se assim não acontecer, lhes assistirá ação para compelirem o Estado, ou quem quer que lhes haja negado tratamento igual, a reconhecer o seu direito de igualdade.”¹⁹

Todavia, o que argumentar diante do fato de que a lei nada mais faz senão, a todo momento,

⁽¹⁶⁾ Cf. MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, Coleção “Os Pensadores”, Ed. Abril Cultural, S. Paulo, 1979, liv. 1º, cap. III, p. 28. “Não é demais repetir que igualdade não significa uniformidade, mas, pelo contrário, pressupõe heterogeneidade e pluralidade. A uniformidade é própria do caos, a variedade, da organização. A vida social, como a biológica, não pode ser outra coisa que diferenciação constante, especialização permanente, individualização eterna. Viver é diferenciar-se, especializar-se, distinguir-se.” (cf. Paulino JACQUES, *op. cit.*, p. 228).

⁽¹⁷⁾ Cf. Paulino JACQUES, *idem*, p. 169 *usque* 217.

⁽¹⁸⁾ Cf. Paulino JACQUES, *idem*, p. 225.

⁽¹⁹⁾ Cf. Paulino JACQUES, *idem*, p. 226.

distinguir pessoas, categorias, objetos, fenômenos, estados e situações? O dilema pode ser solvido a partir da análise de três *relações* inconfundíveis. Ensina FRANCO MONTORO:²⁰ na **identidade** há conformidade dos entes quanto à *essência* (A é “o mesmo” que B); na **semelhança**, conformidade quanto à *qualidade* (A é “como” B); e, na **igualdade**, conformidade quanto à *quantidade* (A é “igual” a B). No dístico aquinense: *Idem est unum in substantia, simile unum in qualitate, aequale, vero unum in quantitate*. Ora, o ordenamento jurídico não atine ao “princípio da identidade” nem ao “princípio da semelhança”, mas apenas ao “princípio da igualdade” (*aequalitas*). As pessoas devem ser tratadas *igualmente* não por sua coincidência de substância (identidade); se não, seria recair na metafísica: todas elas, independentemente de sua existência atual, têm idêntica natureza (humana). Tampouco devem ser tratadas *igualmente* por sua coincidência de caracteres físicos ou mentais (similitude); se não, seria incorrer no biopsicologismo: em sua vida real, todas elas possuem as mesmas propriedades. Devem, sim, ser tratadas *igualmente* em harmonia com o *quantum* de vantagens e desvantagens a elas vinculadas e formadoras de um *status* jurídico próprio.

No exercício de sua tarefa distributiva, o direito objetivo cuida de repartir os bens jurídicos entre os seres humanos, individual ou coletivamente considerados. A divisão atende a peculiaridades que tornam a pessoa habilitada

àquele recebimento. “Não se trata de dar a todos, de modo uniforme, as mesmas coisas ou quantidades iguais, mas de respeitar uma igualdade proporcional.”²¹ Ou seja, a igualdade não é algo a ser considerado em si mesmo, pois sempre diz respeito a uma relação; não é valor absoluto, pois está sob condições; não é dogma, pois não se o aceita sem exame ou discussão. Logo, o princípio da isonomia é *relativo, condicional e metódico*.

As principais restrições, que interdita a transfiguração da igualdade em identidade ou semelhança, decorrem do “princípio jurídico da razoabilidade”, isto é, o conjunto das proposições fundadas no raciocínio, por meio das quais se arregimenta possível uma coerência na elaboração, interpretação, integração e aplicação das normas de conduta, com vistas ao alcance dos limites do justo. Tem por mote o *bom senso*, implicando na capacidade ordinária da razão para efetuar juízos corretos perante cada caso particular da vida, a fim de que se realize o discernimento entre o verdadeiro e o falso, a virtude e o vício, o reto e o iníquo.²² A norma irrazoável é inexequível. Disso deriva o “princípio jurídico da proporcionalidade”, também subjacente ao arcabouço constitucional, segundo o qual o conteúdo e o cumprimento da regra de direito devem observar o balanceamento entre as razões técnicas da *garantia* e da *restrição* dos direitos subjetivos.

Por conseguinte, **as distinções impostas em lei são inofensivas ao Código**

²⁰ Cf. André Franco MONTORO, *Introdução à Ciência do Direito*, Ed. RT, S. Paulo, 24ª ed., 1997, p. 135.

²¹ Cf. André Franco MONTORO, *idem*, p. 190.

²² Em sentido largo, **razoabilidade** significa o conjunto de conhecimentos obtidos a partir da faculdade humana no estabelecer liames lógicos entre coisas e pensamentos, emergindo como fundamento implícito a dar suporte intelectualivo às conclusões e preceitos das Ciências em geral. No terreno jurídico, não nos é uma regra explícita, o que não a torna inexistente. Cuida-se de um dos “princípios gerais do direito”, a que se reporta o art. 4º da LICC. Além disso, por sua implicitude, é o necessário fluido pensamental que, com leveza, perpassa todo o ordenamento jurídico e o enche de sensatez e prudência.

Supremo se correspondentes aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Situações díspares não podem ser encaradas com absoluta equivalência pela regra jurídica. O *legalismo igualitário* é repugnado. A igualdade opera apenas em relação a elementos constantes de campos homogêneos; só são *iguais* - e assim deverão ser obrigatoriamente cogitados - os que estiverem sob o império de igual *status* jurídico. Daí, *verbi gratia*, não poderem os gravames previstos para o reincidente ser estendidos ao primário. A coisas diversas, tratamentos diversos. E como se notar, no bojo da norma, eventual presença de uma desigualdade indevida? Só há uma resposta: quando, no nível da evolução histórica da sociedade, e até por intuição, a discriminação for considerada reprovável.

Eis o axioma: **só se concede igual mérito ou demérito a quem se acha em igual situação.** Neste diapasão as orientações unânimes da *communis opinio doctorum*. Senão, vejamos.

- PAULINO JACCQUES:

*"A igual proteção da lei não impede a diferenciação de classes ou de pessoas, quer pela profissão, quer pelas funções públicas que exerçam, nem tão pouco, que o mandamento legal se aplique a uma e não a outra que não se encontre nas mesmas condições e circunstâncias. Qualquer distinção deve ser razoável e não arbitrária, e ter em mira o bem geral."*²³

- PONTES DE MIRANDA:

*"Porque os homens não são aritmeticamente iguais e, além disso, a igualdade é coisa a realizar-se, e não realizada, o conceito de igualdade é sempre relativo";*²⁴

*"O princípio da igualdade perante a lei é de respeitar-se, como regra jurídica geral; não cabe invocar-se tal princípio onde a Constituição mesma, explícita ou implicitamente, permite a desigualdade."*²⁵

- JOSÉ AFONSO DA SILVA:

*"Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais (...) e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social."*²⁶

- ALEXANDRE DE MORAES:

"A Constituição de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de

⁽²³⁾ Cf. Paulino JACCQUES, *op. cit.*, p. 112.

⁽²⁴⁾ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, Ed. Max Limonad, S. Paulo, 2ª ed., 1953, v. IV, p. 42.

⁽²⁵⁾ Cf. PONTES DE MIRANDA, *idem*, v. IV, p. 65.

⁽²⁶⁾ Cf. José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. RT, 6ª ed., 1990, p. 191.

tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito..."²⁷

Enfim, à lei é permitido diferenciar, desde que o *discrímen* não traduza o ilógico, o abusivo, o infundado, o intolerável, o aberrante, o *nonsense*.

Entre nós, foi BANDEIRA DE MELLO quem trabalhou o assunto à luz da melhor técnica jurídica. Em sua excelente monografia intitulada *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, o renomado mestre responde às indagações fundamentais: Quem são os iguais e quem são os desiguais? Quando é vedado à lei estabelecer discriminações? Inicia afirmando que "as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*".²⁸ E,

pouco mais adiante, adverte: "Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de *desequiparações fortuitas ou injustificadas*."²⁹

Sabidamente, BANDEIRA DE MELLO aponta três critérios cumulativos para se atribuir validade à diferenciação em lei:³⁰

a) **caráter amplo do fator discriminatório**: o ato normativo não pode conter disposições de modo a promover uma *individualização absoluta do sujeito*, ou seja, a *desequiparação* não deve descer a tal plano que venha a atingir, atual e restritamente, *um só indivíduo*. Em regra, as leis são *genéricas e abstratas*, e, por isso, não maculam a igualdade; *se individuais ou concretas*, só serão sadias desde que, apesar disso, atinam a sujeito futuro, portanto indeterminado ou indeterminável na atualidade;

b) **correlação lógica entre o fator discriminatório e a desequiparação procedida em lei**: além de desinvestir no indivíduo específico, o elemento de discriminação deve entrar em *congruamento intelectual* com a disciplina contida na lei. Há de existir, *in abstracto*, uma relação de pertinência racional do fator diferencial com as premiações ou dívidas distinguidas na norma jurídica, sob pena de se incidir no fortuito (p. ex.: só as mulheres poderão ingressar na Polícia Feminina); e

c) **correlação jurídica da discriminação legal com os interesses tutelados na Constituição**: além daquela pertinência abstrata entre o fator discriminatório e a prescrição em

²⁷ Cf. Alexandre de MORAES, *Direito Constitucional*, Ed. Atlas, S. Paulo, 11ª ed., 2002, p. 64.

²⁸ Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Ed. RT, S. Paulo, 1978, p. 24.

²⁹ Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *idem*, p. 25.

³⁰ Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *idem*, p. 27.

lei, o conteúdo da desigualação não pode violar *in concreto* o regime fundante do Estado. Os desníveis devem estar em conexão com os valores positivados pelo Estatuto Básico ou, ao menos, ser conciliáveis com os interesses protegidos pelo sistema constitucional.

“Então, se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os discrimens. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou do encargo não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.”³¹

6. A CIRCUNSTÂNCIA

É hora de se investigar se as circunstâncias que nortearam a elaboração do art. 2º da Lei Federal nº 10.259/01 adimpliram, ou não, os requisitos constitucionais da *competência* e da *igualdade*. Disso dependerá a dedução acerca da derrogação ou sobrevivência do art. 61 da Lei Federal nº 9.099/95.

A Lei nº 10.259/01 veio com a finalidade *específica* de criar “juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”. Não poderia sua eficácia ir além dos estritos dizeres do art. 98, parágrafo único, da CF, lá inseridos pela Emenda Constitucional nº 22/99. Apanhou, por óbvio, somente os delitos enumerados como de atribuição dos juízes ordinários da União (art. 109 da CF). Uma interpretação extensiva, pretendendo ampliar sua incidência às infrações penais sob o cuidado *remanescente* das Justiças Estaduais, merece ser barrada, na medida em que, por trilhas tortuosas, burlaria a intenção do Constituinte reformador.

Logo, a definição e o limite punitivo (**até dois anos** de privação de liberdade, ou multa) dados à “infração penal de menor potencial ofensivo”, em conformidade com o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, só são aplicáveis nos foros federais, quer se esteja diante de um *crime federal próprio*, quer diante de um *crime federal impróprio*. Já os *delitos residuais* – escapes ao figurino do art. 109 da CF – não sofreram mudança. Dentre eles, seguem considerados de menor lesividade os que cominarem pena máxima **até um ano, nos termos da redação original do art. 61 da Lei nº 9.099/95; acima desse limite, não se faculta a transação penal aos seus autores.**

Se assim se afirma com base no critério da **competência**, não é muito diferente a solução se enfrentada a questão sob o prisma da **isonomia**.

APARÍCIO pratica crime federal próprio punível, no máximo, com 2 anos de detenção: poderá transigir perante a Justiça Federal (art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01); TÚLIO comete delito residual com previsão de idêntica pena máxima: não lhe será possível receber aquele benefício junto à Justiça Estadual (art. 61 da Lei 9.099/95). Aos mais afoitos, essa diversidade de tratamento poderá parecer enorme injustiça, e, por isso, visível afronta ao postulado da igualdade. Contudo, a má impressão é logo dissipada quando se atenta para uma circunstância do maior relevo. Ocorre que, no fundo, APARÍCIO e TÚLIO não estão envolvidos em igual *status* jurídico.

Os delitos federais próprios são de reconhecida gravidade (crimes contra a Segurança Nacional, crimes contra o Sistema

⁽³¹⁾ Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *idem*, p. 57.

Financeiro Nacional, etc...). É notório, por conseguinte, que suas reprimendas são tradicionalmente elevadas. Raríssimas as infrações de tal categoria com apenação máxima abstrata de até 2 anos de prisão; com frequência, vão bem além dessa cifra. Não é o que acontece com os delitos residuais, mantidos sob a incumbência da Justiça Estadual, em que há inúmeros exemplos de transgressões com penas leves. Como o Legislador Constituinte houvera ordenado a instituição dos juzizados especiais “no âmbito da Justiça Federal”, o Legislador Ordinário, para lhe dar fiel cumprimento, acabou compelido a encontrar, dentro de uma abalizada proporção, um *quantum* de penalidade máxima que justificasse, na esfera singular da União, o equivalente à “infração de menor potencial ofensivo” e, *ao mesmo tempo*, não virasse as costas à imposição constitucional, sendo-lhe defeso escolher limite tão acanhado de forma a inviabilizar qualquer transação, dada a magnitude das sanções.

Eis a explicação razoável para aquela disparidade. O trato diversificado das ocorrências observou todos os três critérios assinalados por BANDEIRA DE MELLO como indispensáveis à sua convalidação. Em primeiro lugar, a norma instituidora dos juzizados especiais federais, graças aos seus caracteres de generalidade e abstração, manteve amplitude aceitável ao se destinar apenas aos autores de delitos sujeitos à competência da Justiça Federal (fator discriminatório), não sendo possível argüir-se em torno de individualizações. Em segundo lugar, aquele fator distintivo guardou pertinência lógica com o desiderato da própria lei em comento, que era o de traçar regras para a atividade jurisdicional frente a delitos de menor potencial ofensivo no exclusivo âmbito do

Judiciário da União. Em terceiro lugar, o estilo com que se deu a legalização do discrimen obedeceu o mando superior (art. 98, parágrafo único, da CF), sem que infringisse nenhum outro interesse acolhido pelo complexo constitucional.

O Redator da Lei nº 10.259/01 ficou “entre a cruz e a espada”: se, de um lado, estava forçado à criação dos juzizados especiais federais, deveria, de outro, precatar-se para não os converter em entidades *natimortas*. Se ele mantivesse o baixo limite de pena constante do art. 61 da Lei nº 9.099/95 (um ano), capitularia diante do vazio, ao menos no que se refere aos delitos federais próprios; tornaria o instituto inexequível, por falta de objeto, eis que não haveria ato infracional suscetível de ajuste entre as partes. Ai, sim, estaria profanando a Constituição. A inocuidade só pôde ser evitada com o alargamento daquela divisa: majorando-se o limite máximo de pena, ampliou-se o campo de incidência normativa, fazendo-a possível.

Ao se opor aos dizeres da Lei nº 9.099/95 (art. 61), a Lei nº 10.259/01 (art. 2º, parágrafo único) não descumpriu o “princípio da isonomia”; longe disso, preservou-o, pois, “assim como, no domínio da matemática, só se podem comparar quantidades homogêneas, *no mundo jurídico, só é dado equiparar pessoas que se encontrem nas mesmas condições e sob idênticas circunstâncias*, conforme acentuam, positiva e categoricamente, os juristas *yankees*.”³² Pelas razões aventadas, quem comete crime federal próprio não pode ser tratado de modo igual ao que praticou um delito da alçada privativa (por residualidade) da Justiça Estadual. Ambos estão sob impérios distintos. Não é só! Com efeito, a Lei nº 10.259/01

⁽³²⁾ Cf. Paulino JACQUES, *op. cit.*, p. 131.

racionalmente se guiou pelo “princípio da proporcionalidade”. A fim de se aproximar *proporcionalmente* ao número de casos apreciáveis pelos juizados especiais estaduais, procedeu àquela elevação do limite máximo da pena prevista na norma incriminadora.

Seria ignominiosa uma regra jurídica igual para entes desiguais. A simetria entre coisas desniveladas é mecanismo artificial; é conduta de quem recusa o método científico e se entrega ao misticismo, por visualizar na igualdade um dogma absoluto, a-histórico e sem peias. Isonomia não é ocultismo; é algo a ser examinado à luz do intelecto. É por isso que, *exempli gratia*, o delito de “porte ilegal da arma de fogo”, somente perseguível perante a Justiça Estadual,³³ não oferecerá oportunidade ao benefício da transação penal, em que pese ser castigado com pena máxima de 2 anos de detenção e multa (art. 10, *caput*, da Lei Federal nº 9.437/97). Aplica-se-lhe o art. 61 da Lei nº 9.099/95, não o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01.

Entendimento diferente deve ser dispensado aos crimes *impropriamente* federais, isto é, aqueles sob competência *ratione personae* da Justiça Federal Comum.

TÍCIO, fiscal de rendas da *União*, e FÚLVIO, fiscal de rendas do *Estado*, comparecem em determinada empresa, sendo que, no exercício de suas funções públicas, vêem-se desonrados pelo comerciante CÍCERO, que assim comete duplo “desacato”, cada qual punível com detenção, de 6 meses a 2 anos, ou multa (art. 331 do CP). Em relação às ofensas dirigidas ao funcionário público *federal*, será lavrado simples Termo Circunstanciado, e o

autor do fato poderá, no Juizado Especial Criminal Federal, ser premiado com a transação penal, tendo em vista a quantidade da sanção cominada (art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01); pelo delito perpetrado contra o funcionário público *estadual*, o agente será normalmente processado perante o Juiz de Direito, pois, ultrapassado o limite máximo permitido de pena (art. 61 da Lei 9.099/95), não poderá ser agraciado de igual maneira, com seríssima repercussão em seu *status libertatis* (não se perca a natureza de *direito material* da transação penal).

A solução acima apresentada reúne evidente iniquidade. A qualquer pessoa comum escandalizaria aquela dissintonia de tratamento, na medida em que as práticas delitivas encetadas por CÍCERO são, em tudo, *iguais*. É intuitivo que, ao desacatar as vítimas, o agente não mudou de *status* jurídico pela simples circunstância de TÍCIO ser um servidor federal, e FÚLVIO, estadual. Ambas as infrações estão definidas no mesmo *Tatbestand* e recomendam o mesmo *quantum* de desvantagem ao ofensor. Se “não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”,³⁴ avultaria, na hipótese, a nódoa da inconstitucionalidade, por lesão ao princípio da isonomia.

Logo, a resposta mais adequada deverá ser de outro calibre. Obviamente, CÍCERO será convocado perante Magistrados de competências distintas, porquanto assim exige o cânon constitucional do *juiz natural*. Contudo, **em ambos os foros poderá ser quinhado com a proposta de transação penal**, a despeito do extravasamento da demarcação imposta no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Se o autor de desacato

⁽³³⁾ Cf. Luiz Flávio GOMES & William Terra de OLIVEIRA, *Lei das Armas de Fogo*, Ed. RT, S. Paulo, 1998, p. 206.

⁽³⁴⁾ Cf. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 45.

contra funcionário público federal pode, nos juizados especiais da União, negociar a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, também o poderá fazer, nos juizados especiais dos Estados, o autor de desacato contra funcionário público estadual, por analogia *in bonam partem*. Inelutável, pois, **para as duas situações de iguais níveis**, o pleno respeito ao **axioma da igualdade**: deve-se aplicar a ambos os casos *igual* regra (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01), ou seja, a mais benéfica ao réu (art. 5º, XL, da CF). O que não se pode, diante de tal quadro, é conceber a outorga do benefício num dos ambientes e negá-lo no outro. Ademais, não seria condizente com a realidade dos fatos, nem com o sistema jurídico, atribuir-se menor tutela penal aos servidores públicos da União.

A lição é clara: “O princípio da contextualização, fundado na proporcionalidade e na igualdade (...) não autoriza para fatos idênticos reações (penais) estatais diferentes.”⁶⁵ O essencial é aferir-se o conteúdo descritivo da norma de incriminação: caso a infração penal - e só nesta hipótese - seja *a priori* sujeitável tanto à competência da Justiça dos Estados quanto da União (crime federal impróprio), deverá haver *igualdade* de tratamento em face da *igualdade* tipológica. Então, para que se impeça extrema perversão, considerar-se-á ineficaz o diminuto patamar conferido pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95 (1 ano), por ser mais prejudicial ao autor do fato, preferindo-se a execução do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 (2 anos), inclusive na órbita estadual.

Penso ser esse o melhor desfecho para a antinomia, sem que haja necessidade de socorro ao instituto da revogação tácita.

7. A INFERÊNCIA

Em face do exposto, atingem-se as seguintes conclusões principais:

- a **transação penal**, conforme indicação fornecida pelo art. 98 da CF, é instituto de *direito penal material*, com nítidos reflexos vantajosos à condição jurídica do autor do fato;

- o conceito de **infrações penais de menor potencial ofensivo** é efetuado pelas Leis nº 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais nos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios) e 10.259/01 (Juizado Especial Federal Criminal);

- a **incongruência redacional** entre o art. 61 da Lei nº 9.099/95 e o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, não é bastante à revogação tácita do primeiro dispositivo pelo segundo, eis que ambos são racionalmente combináveis, cada qual aplicável ao âmbito jurisdicional apropriado;

- na área repressiva, é enumerada em favor do **Judiciário Comum da União** a atribuição para o processo e julgamento dos “crimes federais próprios”, assim definidos *ex ratione materiae* (competência exclusiva), e dos “crimes federais impróprios”, assim definidos *ex ratione personae* (competência concorrente). Ao **Judiciário dos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios** garantiu-se, com privacidade, a apreciação das “infrações penais residuais” (competência remanescente), porquanto não catalogadas no art. 109 da CF;

- o **art. 61 da Lei nº 9.099/95**, que restringe o conceito de “menor potencial ofensivo” às infrações penais abstratamente castigadas em até 1 (um) ano de confinamento,

⁶⁵ Cf. Ada Pellegrini GRINOVER e outros, *op. cit.*, p. 50).

permanece aplicável, nos juizados estaduais, aos delitos residuais, isto é, aqueles que não entram em concurso com as tarefas da Justiça Federal (ex.: porte ilegal de arma de fogo);

- o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, que amplia aquela fronteira para 2 (dois) anos de prisão, ou multa, é aplicável, no *juizado especial federal*, aos crimes previstos no art. 109 da CF, e, nos *juizados especiais estaduais* (e equivalentes), aos ilícitos cuja tipologia coincida com a dos delitos federais impróprios (ex.: desacato);

- com isso, não há ferimento ao **princípio da isonomia**, que resiste ao Estado e cujo escopo não é outro senão evitar a consagração em lei de preferências ou perseguições *odiosas*. A igualdade não deve remeter à *aberratio naturalis*. “Assim é que, na verdade, só são iguais perante a lei as pessoas que se encontram sob iguais condições e circunstâncias.”³⁶

- é **superstição principiológica** ministrar-se *ad extremum* o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, às infrações penais residualmente sujeitas aos juizados especiais dos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios: essa regra expandiu o limite sancionatório de modo justificável, razoável e proporcional, para que, diante da alta envergadura punitiva dos crimes federais próprios, fosse tornado exequível o mando constitucional (art. 98, parágrafo único, da CF); e

- é **tiranía legalista** querer inibir, naquelas alçadas, a sobreposição da referida norma (mais benéfica ao autor do fato) ao art. 61 da Lei nº 9.099/95, quando se estiver perante um tipo penal *também* caracterizado como crime federal impróprio: como, em tese, há comunhão dos elementos descritivos, seria afronta à ordem constitucional outorgar-se tratamento divergente a pessoas sob igual estado jurídico ou a situações de igual jaez.

³⁶ Cf. Paulino JACQUES, *op. cit.*, p. 113.

INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ARTIGO 273, § 7º

Ersio MIRANDA¹

O Código de Processo Civil acaba de receber algumas modificações importantes no regime da Tutela Antecipatória, assim, é o que veremos nesse estudo sucinto, porém, necessário para o entendimento do instituto.

Dizia o Código:

Artigo 273. (...):

§ 3º. A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III, do art. 588.

Após as alterações ficou assim:

§ 3º. A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 6. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

1. INTRODUÇÃO

Com a reforma, ditada pela Lei 8.952/94, que alterou substancialmente o regime da tutela antecipada, com a introdução no sistema processual do importante art. 273, a praxe forense tem encontrado inúmeras dificuldades para a efetivação das decisões antecipatórias, catalogadas como *executivas em sentido lato*, e, ainda, nas situações em que se procede por sub-rogação.

Tendo presente esse sério problema, a Lei 10.444/02 em boa hora estendeu a aplicação das medidas coercitivas também nas hipóteses preconizadas no art. 273, ao disposto no § 3º

¹ Pós-graduado pelas UniFMU – Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo – CPPG – Centro de Pesquisa e Pós-graduação em Direito Processual Civil; Mestrando pela PUC-CAMPINAS – Pontifícia Universidade Católica de Campinas em Direito Processual Civil.

que: “efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”. Assim, torna-se eficiente a execução provisória do provimento antecipatório atinente à obrigação de pagar quantia certa, porque com a nova redação do art. 588, é possível, mediante garantia idônea, proceder à alienação do bem do devedor (inc. II).

A caução, outrossim, passa a ser dispensável na hipótese de crédito alimentar não superior ao valor de 60 (sessenta) salários mínimos, desde que o exequente comprove o seu estado de necessidade (art. 588, § 2º).

Ademais, praticamente todas aquelas medidas de apoio (coercitivas, punitivas ou assecuratórias) para tornar mais eficaz a satisfação decorrente da tutela antecipada, a exemplo do que se observa com o regime das antecipatórias específicas – obrigações de fazer – art. 461, notadamente as regras que permitem a imposição de multa – art. 461, § 4º, e utilização de providências necessárias à efetivação da tutela ou obtenção do resultado prático equivalente, v. g., busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras, impedimentos de atividade nociva, requisição de força policial – 461, § 5º e 461-A, são agora aplicáveis à tutela antecipada do art. 273.

Afinada com essa novidade, na hipótese de eventual abuso do devedor configurar *ato atentatório ao exercício da jurisdição*, incide, ainda, a sanção prevista no atual § único do art. 14, cujo escopo precípuo, em prol da efetividade da tutela dos direitos, é o de coibir a desobediência, dentre outras, das decisões antecipatórias executivas *lato sensu*, fundadas no art. 273.

2. TUTELA ANTECIPATÓRIA E PEDIDO INCONTROVERSO

Com a inicial no processo de conhecimento, o autor provoca a jurisdição solicitando determinada espécie de provimento (pedido imediato), para tutelar um bem jurídico (pedido mediato).

A providência jurisdicional que vem reclamada, quando acolhida, redonda numa sentença que, dependendo do tipo de demanda proposta, será meramente declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva.

A inicial deve conter, como exigência formal mínima, além da explícita referência às partes, a indicação da causa de pedir e do pedido. Assim, basta, v. g., que o autor descreva a relação locatícia e a ulterior falta de pagamento (causa de pedir remota e próxima) e extraia desse contexto fático-jurídico a conseqüência prevista na lei, qual seja a complexidade dos episódios da vida relevantes para o direito, em certas ocasiões, refletem no plano do processo. Desse modo, nada obsta que uma única pretensão venha escudada em vários fatos e fundamentos jurídicos.

Normalmente, um único pedido singulariza uma única demanda. Trata-se, nesse caso, de pedido simples, v. g., a condenação à restituição do bem reivindicado; a rescisão do contrato de mandado, etc.

Entretanto, guiado pela economia processual, e pela harmonia de julgados, inúmeras legislações autorizam a cumulação de pedidos numa mesma demanda. O art. 292, do CPC diz que: “É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”. Assim, dependendo da natureza do cúmulo de

pedidos, o autor desejará a procedência de todos eles, ou, então, no menos um dentre aqueles formulados.

Decorre deste entendimento a distinção doutrinária entre cumulação própria, que compreende as hipóteses nas quais é admitido o acolhimento conjunto dos pedidos, e cumulação imprópria, na qual, por força de fatores peculiares ao direito material controvertido, a procedência de uma pretensão exclui a das demais.

Na cumulação própria, marcada pela simultaneidade ou multiplicidade de pretensões, incluem-se as espécies de cumulação simples e cumulação sucessiva (o demandante busca o atendimento, ao mesmo tempo, de mais de um pedido); enquanto, na cumulação imprópria, delimitada pela singularidade de pretensão, insere-se a tipologia de cumulação alternativa e cumulação subsidiária (o demandante deseja que o réu cumpra uma das prestações da alternativa; que a sentença condene o réu no pedido subsidiário caso não possa reconhecer a procedência do pedido antecedente).

A reforma visa aperfeiçoar a tutela antecipada, com a introdução de dois parágrafos, quais sejam o 6º e o 7º, neste, havendo cumulação simples ou sucessiva de pedidos, a antecipação pode ser deferida nos limites da matéria incontroversa, após a contestação. Nessa hipótese, o grau de probabilidade da procedência do pedido incontroverso delinea-se tão elevado, que justifica plenamente o deferimento da antecipação requerida pelo demandante.

3. FUGIBILIDADE DE MEDIDAS DE URGÊNCIA

O art. 273, § 7º, consagra, agora expressamente, regra que já existia mesmo antes de constar expressamente da lei.

Quando o autor requer, a título de antecipação de tutela, providência cautelar, esta pode ser concedida em caráter incidental no processo de conhecimento.

Com isso queremos dizer que o autor pode pretender, no processo principal, tanto a antecipação de efeitos da providência jurisdicional pleiteada quanto providências diferentes dos efeitos da sentença, mas com ela conectadas, porque sejam pressupostos para a sua exequibilidade (no sentido amplo).

Não há necessidade, como á primeira vista poderia parecer numa primeira leitura, que a parte qualifique seu pedido de *pedido de tutela antecipada*, tendo, na verdade, formulado pedido de índole substancialmente cautelar. É que, ao que parece, se se pudesse pensar nalgum tipo de gradação entre pedidos de antecipação de tutela e pedidos cautelares, aqueles seriam mais e estes, menos.

Logo, não teria sentido admitir-se que poderia o autor pedir o mais no bojo do processo de conhecimento e precisar instaurar outro processo para formular pedido de natureza cautelar, que é menos.

A finalidade das medidas cautelares é garantir a possibilidade de eficácia da providência jurisdicional final, assim, elas existem justamente para ensejar a aplicabilidade plena do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional. Em outras palavras, as medidas cautelares visam garantir condições de eficácia do provável resultado prático do processo principal ou de outro pronunciamento, o *fumus boni iuris*; quando esta eficácia corra risco, *periculum in mora*.

O parágrafo 7º introduzido no CPC, abrange a explicação estritamente formalista verificada na prática, em detrimento da urgência de determinadas situações. Assim, pela nova

regra do art. 273, se porventura o autor formular, na própria petição inicial, como antecipação de tutela, pedido de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental.

Esta tendência genérica que diz respeito à fungibilidade de medidas que têm a urgência como pressuposto, sob risco de ineficácia da prestação jurisdicional, fica confirmada pelo art. 273, 7º, que permite expressamente a fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória de tutela.

Os provimentos sumários antecipatórios não se confundem com aqueles de natureza estritamente cautelar, que visam resolver situações urgentes, tendentes a resguardar a utilidade futura da tutela jurisdicional, o certo é que enfrentamos dificuldades para demonstrar os desdobramentos da diferença relativa entre as duas modalidades de tutela sumária de urgência (antecipada e cautelar).

José Roberto Bedaque sustenta que a estrutura formal (autônoma ou incidental) em nada influi na natureza da tutela. Coerente com a orientação que adota sobre esse tema assevera que “O pedido de sustação de protesto, que tem nítido caráter antecipatório de efeitos do futuro provimento sobre a invalidez de cambial, pode ser pleiteado de forma autônoma, pois muitas vezes a parte interessada ainda não possui todos os elementos necessários para a propositura da demanda principal. Ainda que requerida no bojo do processo cognitivo (de conhecimento), caracteriza-se como cautelar incidental. Além do mais, não se pode excluir definitivamente seja a antecipação requerida em procedimento autônomo. Desde que necessária à utilização dessa técnica em determinada situação concreta,

a fim de assegurar a efetividade da tutela, deve ser admitida. Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros: 2001, pág. 388).

Esta é, também, a posição jurisprudencial, em acórdão unânime da 12ª Câmara do 1º TACSP, em julgamento de Agravo de Instrumento de nº 806.046-6, relatado por José Roberto Bedaque, “... A antecipação parcial dos efeitos da tutela se mostra possível no caso concreto... Tratando-se de tutela de urgência e provisória, possível solução mais adequada à preservação da utilidade do resultado final, desde que atendidos os limites objetivos da demanda...”.

Cândido Rangel Dinamarco confirma que o novo 7º, do art. 273, além de reconhecer a realidade da experiência do foro, constitui poderosa alavanca destinada a remover preconceitos, sendo certo que tal dispositivo deve ser interpretado “pelo que disse e pelo que não disse”, uma vez que, também na hipótese inversa, na qual pleiteada medida cautelar, desde que presentes os respectivos requisitos, deverá ser deferida a tutela antecipatória cabível (*A reforma da reforma*, São Paulo, Malheiros: 2002, pág. 91-92; e Informativo IASP, 56/2002, pág. 04).

Assim, com a reforma introduzida pela Lei 10.444/02, esta tendência genérica que diz respeito à fungibilidade de medidas que têm a urgência como pressuposto, sob risco de ineficácia da prestação jurisdicional, fica confirmada pelo artigo 273, 7º, que permite expressamente a fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória de tutela.

PONTES DE MIRANDA E O SER JUIZ

Og FERNANDES¹

A escolha de resgatar um autor como Pontes de Miranda repousa essencialmente na vivacidade das concepções do direito e do juiz que este autor possui. Para Pontes de Miranda, o fenômeno jurídico é essencialmente *adaptação* ao mundo social, adaptação por ele considerada semelhante àquela verificada no mundo orgânico. À parte os excessos positivistas naquele que foi um dos últimos intelectuais brasileiros comtianos, o conceito rende bons frutos. Este conceito de adaptação do direito ao ordenamento social já havia sido utilizado anteriormente também por Clóvis Bevilacqua. A prática jurídica dos Tribunais tem, contudo, grande dificuldade em adaptar o direito à sociedade de onde o fenômeno jurídico provém e para o qual ele se destina.

Eis assim a razão do título deste artigo: dito com Pontes de Miranda, ser juiz parece ser mais do que aplicar a lei: hoje, dir-se-ia que o ser juiz está vinculado à produção de bem-estar

social, na medida em que na sentença se deve produzir não somente uma subsunção, mas sim o bem-estar individual através do confronto com o bem-estar de mais pessoas e com a soma do bem-estar da sociedade no seu conjunto, mediante escolhas sociais que prezem a qualidade de vida.

Nascido em Maceió, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979) foi sociólogo, advogado, juiz, jurista teórico de sucesso e representante do Brasil em organismos internacionais. Considera-se como sua obra de maior repercussão o *Tratado de direito privado em sessenta volumes, cuja publicação iniciou em 1954 e foi concluída em 1969. O seu primeiro livro foi porém publicado já em 1912, ano sucessivo à sua formatura na Faculdade de Direito do Recife, e possuía um interessante título, por si só um programa de vida: A margem - do direito. Ensaio de psychologia juridica*². Neste volume, Pontes já aduzia o

⁽¹⁾ Og Fernandes é Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Coordenador do Conselho de Defesa do Cidadão de Pernambuco.

⁽²⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *À margem do direito (Ensaio de Psychologia Juridica)*, Francisco Alves & Cia. - Aillaud, Alves & Cia., Rio de Janeiro - São Paulo - Belo Horizonte - Paris - Lisboa 1912, 219 pp.

conceito de adaptação anteriormente referido, que permearia em 1922 a obra *Systema de sciencia positiva do direito*, tratada neste artigo.

O direito como adaptação está ligado ao seguinte fato: foi com Pontes de Miranda que o direito abriu suas portas às outras ciências, principalmente à sociologia, que conseguiu desta forma ser definitivamente introduzida (depois das tentativas iniciais de Tobias Barreto e de Sílvio Romero) no ambiente conservador da Faculdade de direito recifense. Esta introdução da sociologia no ambiente jurídico, ou do direito na sociologia, melhor dizendo, foi realizada através da fundação de uma rigorosa ciência do direito, expressa pela primeira vez exatamente no *Systema di sciencia positiva do direito*³. Neste volume, Pontes de Miranda enriquece as idéias lógico-metodológicas com os resultados mais atualizados das pesquisas antropológicas, etnológicas, sociológicas e psicológicas. Deste livro, são extraídos a seguir os trechos onde Pontes de Miranda retrata o juiz completo, mas inserido no mundo rigorosamente metodológico da ciência do direito. Pelos problemas colocados, especialmente pela diminuição do arbítrio judicial que sua concepção impõe, o volume de Pontes de Miranda se insere perfeitamente, como se tivesse sido escrito hoje, nos debates mais atuais da prática jurídica.

O *Systema* pretende, como especifica o próprio autor, revelar “o fio de realidade, com que tem de satisfazer-se a ciência dos nossos

dias”⁴. Pontes de Miranda caracterizava, efetivamente, o livro como um tratado de ciência positiva “pela intenção e pelos métodos”⁵: “conhecer para se convencer e depois atuar”⁶ sob a égide da pesquisa quantitativa e do método racional. E mais adiante o autor esclarece: “o que empreendi no direito, Comte já o fez noutros domínios e, se discrepamos em doutrina, o método é o mesmo e não raro se ajustam as conclusões, posto que necessariamente mais precisas certas idéias, que mais de meio século de indagações, na teoria do conhecimento, na cinemática, na física, na matemática e noutras ciências, opulentou de memoráveis confirmações, singelamente retificou, ou desassombadamente pôs de lado”⁷.

O conceito amplo de direito de Pontes de Miranda resta desta forma claro: “as leis não são o direito; a regra jurídica apenas está em conexidade simbólica com a realidade. Mais evidente será a relatividade do preceito quando advertimos na índole social da realidade, em que o direito é apenas um dos elementos integrantes dela e mantém, na composição, a sua especificidade”⁸. A lei assim chamada “boa” não era aquela intuitiva ou racionalmente boa, mas sim a herdeira das pesquisas experimentais, ou seja, daquilo que na época era fruto da sociologia positivista, como Pontes mesmo ressaltava em 1924 na *Introdução à política científica*⁹.

A sociologia aplicada ao direito tinha a ver diretamente com a política do direito, tendo

³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema de sciencia positiva do direito*, Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro 1922. 2 vols. Vol. I, 529 pp.; Vol. II, 670 pp.

⁴ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., *Prefácio*, p. XIV.

⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., *Prefácio*, p. XV. (6) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., *Prefácio*, p. XVI.

⁷ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., *Prefácio*, p. XVI. 8 Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit, vol. I, p. 62.

⁹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Introdução à política científica ou fundamentos da sciencia positiva do direito*, Livraria Varnier, Rio de Janeiro - Paris 1924, *Introdução*, p. 5.

sido o *Systema* publicado para comemorar também o centenário da independência do Brasil. Para Pontes, a política do direito é dirigida pelas leis e pelos princípios científicos do direito. Os princípios científicos muito originais imaginados pelo autor são basicamente dois:

a) a dilatação dos círculos sociais. Po-de-se dizer que em Pontes “círculo social” substitui termos como “comunidade” e “sociedade”;

b) a progressiva diminuição do *quantum* despótico. “Os círculos maiores são superiores aos menores; a violência, o voluntarismo subjetivista, a elaboração doutrinária da lei diminui progressivamente [...]. Ambos são princípios *evolutivos* [...]. Dilatar pátrias pela violência é *progredir* ‘espacialmente’ (princípio da progressiva dilatação dos círculos ou espaços sociais) e *regredir* quanto á cultura ou ‘cronologicamente’ (princípio da diminuição do despotismo); é a evolução no espaço e a involução no tempo, na cultura. Para que a política seja melhor é de mister simultaneamente expressiva de progresso no sentido do princípio da dilatação dos círculos sociais e do princípio da diminuição do despotismo”¹⁰.

Nos dois volumes do *Systema*, de acordo com o índice analítico por matéria, disponível em ambos os volumes, Pontes de Miranda faz 40 menções ao juiz e às suas funções, sendo este assunto um daqueles que recebem tratamento mais detalhado em todo o volume, à demonstração da importância que Pontes de Miranda atribuía ao juiz na realização do equilíbrio social que o direito deveria procurar ao adaptar-se continuamente.

Inicia-se pelo volume II, porque ele trata especificamente do papel do juiz no contexto da pesquisa científica e da política jurídica.

Pontes de Miranda começa o capítulo III relevando em três assuntos a função do método no direito: na legislação, para guiar a formação da regra jurídica; na interpretação, para aplicar a regra jurídica; na ciência, para tornar eficaz o conhecimento da matéria jurídica. Os três assuntos estão em recíproca dependência, afirma Pontes: “os erros de um implicam, por vezes, desvios graves no outro processo de revelação da norma e de equilíbrio social”. Para Pontes de Miranda, a tarefa de interpretar a lei vai muito mais além de aplicá-la, começando mesmo muito antes de se sentir a necessidade de conhecê-la para resolver um caso particular, ou seja, aplicá-la. Sendo assim, o interpretar seria igual a *saber*; e o aplicar, igual a *atuar*, sem querer-se com isso exigir do magistrado a construção jurídica exata. Diz efetivamente Pontes, dissociando a juiz da automática aplicação da lei:

“O juiz-mecanismo, que não julga, e só assiste, é forma primitiva. A evolução é noutra sentido que se opera. Hoje, não poderíamos conceber o juiz que apenas desse autenticidade a atos das partes, especialmente do autor: no velho direito romano, como no processo extrajudiciário, é o autor que realiza seu direito com o cumprimento de *legis actio*; assistente, senão passivo, mecânico, o magistrado pronuncia o que a lei lhe dita; não pode dar a ação, quando a lei lhe dita; não pode dar a ação, quando a lei não a attribue, nem denegá-la, quando a lei a concede; organizada *in iure* a instância, resol-

¹⁰ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Discurso em resposta, proferido pelo Sr. Dr. Pontes de Miranda, in Clovis Bevilacqua, O direito como ciência positiva na obra científica de Pontes de Miranda. Discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o homenagem*, Livraria Científica Brasileira, Sussekind de Mendonça & Comp., Rio de Janeiro 1923, pp. 29-30.

ve-a, *in iudicio*, outra autoridade: o juiz. [...]. Compara Rumpf a ação do juiz à do ator [...]: ator e juiz estão na mesma posição quanto à peça e à lei; ambos não se limitam à simples reprodução do que disse o poeta ou o legislador: dão vida à palavra morta, um pouco da própria personalidade. Nisto é que estão os perigos e somente se poderiam diminuir ou afastar pela adoção de rigorosos métodos, que cercem a atividade pessoal e fortaleçam a exploração objetiva”¹¹.

Quais seriam estes métodos? Completamente o oposto dos tradicionais métodos da dogmática, que pretende deva considerar-se na interpretação e aplicação do direito apenas o texto legal, ou seja, o texto do qual teoricamente não se possa discordar. Na prática, o novo método propõe que o juiz construa ou utilize a construção já feita pela ciência, pela história sociológica e cultural do direito a ser aplicado. “Cabe à psicologia social examinar as manifestações exteriores do fenômeno psicológico, moral ou jurídico, no presente e no passado, com os recursos da sociologia geral, das sociologias particulares (estética, epistemológica, religiosa, jurídica, etnológica, lingüística, econômica, popular ou folklore), e das ciências descritivas, que são os trabalhos históricos. Depois à psicologia comparada compete verificar nos vários povos e nas diversas espécies zoológicas os fenômenos que lhe interessam. [...]. Não param aí os métodos de observação direta. Para observar diretamente a vida social, estamos no mesmo caso em que se achara uma das células do nosso organismo se quisesse observar e compreender a evolução do organismo inteiro. Ao direito

também se pode aplicar tal imagem [...]. Processos indiretos para conhecer o direito são, no método histórico, a heurística, ou documentação, a crítica histórica externa e interna, e, no método comparativo, a experimentação indireta. Certo é que não se fazem verdadeiras viviseções sociais, mas é sempre possível observar desenvolvimentos paralelos, medir e caracterizar a ação das mesmas causas (método das variações concomitantes), apreender, em dado momento ou em muitos, a ação dos fatos sociológicos (estatística), e até prevenir a atuação de elementos anormais ou observar a adaptação ou inadaptção da lei escrita às circunstâncias mais ou menos gerais da sociedade”¹².

A idéia do método, ou a necessidade dos mesmos serem utilizados pelo juiz, em Pontes, está ligada à própria essência complexa do material a ser objeto deste método: “Ainda que nos dêem as revoluções e e os grandes movimentos sociais a impressão do direito inédito, do espontâneo, da solução de continuidade, é de bom alvitre não nos enganarmos com as aparências; no âmago encontrareis o germe, o plasma, na sua indestrutível historicidade. [...] A legislação é a manifestação exterior mais aparente do direito; porém, não é a única, nem a mais adequada à realidade social. [...] Para que possa a lei escrita corresponder, senão perfeitamente, ao menos com a relativa segurança, de que é capaz a inteligência humana, às necessidades sociais, não somente é preciso excluir tudo quanto obste a sua espontânea formação, como dar ao terreno, em que há de brotar, a substância que o enriqueça de elementos de normal e sadia fertilidade; e esta

(11) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit.; vol. II, Investigação científica e política jurídica, pp. 371-377.

(12) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, pp. 378-79.

não há de ser senão apurada e serena técnica sociológica. Somente a ciência pode ser suficientemente fria e universal para interessar todos os cidadãos na prosperidade das nações e no desenvolvimento harmônico da humanidade; somente ela poderá reduzir a diferenças mínimas, cada vez menores, as que hoje são enormes, entre direito escrito e o direito vivo, entre a “expressão” e o “expresso”. Com o auxílio da certeza condutora, nascida da ciência e da experimentação social, poderá o técnico sociológico conseguir, com oportunidade e relativa eficácia, *em quase todos os casos*, o que hoje só eventualmente e *em poucos* tem conseguido: a boa lei, a lei que realmente pode ser aplicada e se aplica; a lei esvaziada de arbitrário, de “poder”, e simples equivalente verbal de uma função; a lei que se colhe quando emerge dos fatos e significa o tributo do homem para “precipitar” a harmonia; a lei que se aproveita tecnicamente como o industrial utiliza a electricidade, a luz, o carvão; a lei, participação da inteligência na metaquímica dos fatos sociais [...]; é de mister, pois, [...] evitar esse funesto exercício de golpes no vácuo, em que se compraz a anarquia empírica das ditaduras, das monarquias e das repúblicas despoticamente organizadas. O que em todas elas está organizado é o “poder” e não a “função” de legislar, de “administrar”, de “aplicar a lei”: a lei arbitrária, mas surgida das fontes constitucionais, não pode inserir-se no direito, não serve à administração, nem se aplica, e cada julgamento dos tribunais muitas vezes marca o índice numérico de sua inadequação aos fatos (grifos nossos) da repulsão social, da ineficácia da imposição pelo Estado. Não é direito: é lei. Não tem existência social como fenômeno de direito objetivo, mas

política, como fenômeno de vontade e de pressão de “poder”¹³.

Tudo isso dentro do contexto segundo o qual o juiz não pode denegar justiça e deve obedecer à lei; havendo lacunas, ainda que pouco aparentes, na ordem jurídica, o juiz não é obrigado a decidir com a lei; o método a ser aplicado em caso de lacunas, é o científico, acima exposto, que exime do perigo de arbitrariedade do juiz, ao substituir o subjetivismo pela indagação científica: “Revelam-se regras jurídicas como se descobrem leis físicas”, conseguindo juiz preencher a lacuna sem ficar “entregue a si mesmo”, para defesa da sociedade¹⁴.

A questão da eliminação da arbitrariedade do juiz é um ponto constante - e para este artigo essencial - do raciocínio de Pontes de Miranda: a que outra coisa mais importante serviria a utilização do método científico (no seu caso, o positivo) na prática jurídica, senão colocar-se à disposição da democratização? Assim ao dissertar sobre a separação de poderes, e da diferença entre “lex” e “jus”, e da variação da lei no plano social, aumentando ou agravando fenômenos positivos ou negativos, encontramos novamente a argumentação acima referida: nestes casos, para a manutenção do equilíbrio, é necessário que ocorra a chamada “livre investigação do direito”, que naquela linguagem matemática de Pontes de Miranda resulta em que “todo o direito participará da nova tinta, pela conversão do *superavit* em energia adquirida e definitiva do círculo favorecido. Não se compadece com a lei imutável, presa à hora que passou, a explicação mecânica do direito: aquela tem de ser

⁽¹³⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., Vol. II, pp. 381-383.

⁽¹⁴⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. 11, respectivamente pp. 57,59,428.

desprezada, por se não adequar ao traçado da evolução social, na sua incessante criação de círculos”¹⁵.

Cuida-se então de enfatizar que, nesses casos de recusa de lei inadequada, a objeção de arbitrariedade do juiz deixa de existir na medida em que “convalesça a moral pública e particular. O que não se pode é recusar solução, sob todos os aspectos recomendável e necessária [...] pelo simples fato de se pressupor a defeituosa moral dos instrumentos humanos de aplicação da lei. Então teríamos que eliminar quase todas as obras úteis da humanidade. Regra de política, é pelo ângulo da matéria social que deve ser vista e examinada a separação dos poderes; do lado jurídico, apresentam-se quase apagadas as linhas, e a distinção é como um risco de lápis numa folha de papel homogênea inteiriça. Na própria ordem política o que mais distingue as duas funções é a índole geral, para o futuro, do produto legislativo, e a índole individual, para o presente, do produto judiciário; aquele é permanente; esse momentâneo. Observados tais caracteres da função especial do juiz, evidentemente se atenua a importância da objeção; o juiz decide para casos particulares, o que diminui em extensão a eventual injustiça, e em intensidade, porque o interessado é o natural e vigilante fiscal dos julgamentos”¹⁶.

Claro que o raciocínio de Pontes de Miranda é, neste aspecto, mais formal do que sua própria teoria: se ao interessado não são dados instrumentos de fiscalização contra o arbítrio, se o Judiciário se constitui em poder sem controle, se processos podem ser engavetados sem que se tenha os meios para

cercear este arbítrio, toda sua vigilância redundará em conjunto vazio. A dilatação e aperfeiçoamento dos círculos sociais, como intitula Pontes, tem efetivamente como consequência a dilatação do âmbito dos órgãos estatais, o que teoricamente produziria maiores vantagens para os indivíduos, na medida em que seriam mais favorecidos no aumento de possibilidade de acolhimento de suas pretensões. Na prática, ocorre, porém que, em partida, é o interesse e a competência nos círculos menores que prepara habilidades para os grandes círculos¹⁷. Assim é que um juiz mal-preparado e, pior ainda, mal selecionado, provocará somente desastres e inadequação da prática jurídica à realidade em evolução. E, com um exemplo de Pontes, “o mais eficaz elemento contra o crime é a criação ou revigoração de princípios e valores éticos”¹⁸, e não apenas uma mais rígida aplicação da pena.

Tarefa do intérprete - explicava Pontes já no volume I da sua obra em análise - é procurar na aplicação da lei não os sinais visíveis ou sonoros, mas sim deles utilizar-se para identificar o que deles se perdeu ou foi aumentado na expressão legislativa: “Não seria social a aplicação da lei, se não houvesse entre a norma viva (dado) e a aplicada julgado o veículo social (costume, jurisprudência), ainda que, após a permanência individual (espírito do legislador), se comunique, se socialize pela linguagem, fenômeno caracteristicamente social. O que naquele período pessoal se diminui ou se aumenta ao dado, cumpre ao intérprete corrigir; se o legislador, pela expressão, inicia a socialização, ao doutrinador e, principalmente, ao juiz incumbem ultimá-la. Em vez de se

(15) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, p. 274.

(16) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, pp. 274-75.

(17) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, p. 451.

(18) Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. II, p. 453.

limitar a induzir da lei, o que não satisfaria, induzirá das realidades, e a regra escrita apenas lhe serve de guia [...]. A lógica não poderia bastar ao direito: ela apenas garante a exatidão formal do ato, - não pode garantir a dos resultados.[...] Não se deve proscreever a lógica, mas colocá-la ao lado do que assegura a exatidão material: os fatos. Ora tal presença implica a da sociologia, que é a ciência que os estuda”¹⁹.

Isto implica uma certa admissão de que o direito é mais livre da lei do que se pensa, embora menos livre do que a doutrina do “direito livre” propugnava. Ao referir-se ao aparelho de subsunção utilizado pelo juiz, Pontes de Miranda é muito claro: “a subsunção [...] não é fato que se possa considerar característico na vida da regra jurídica. E a razão é evidente: se há qualquer atenuação ou extensão da lei, não se subsume no preceito legal o caso ocorrido, porém noutro preceito diferente ou mais largo do que o contido no direito escrito; é a norma *superpositiva*, a que se referiu o movimento do ‘freies Recht’ [direito livre]. Diante disto e da lição dos fatos, não há que duvidar de ação criadora (ou pelo menos reveladora) do juiz: ele não subsume apenas, também pronuncia julgamentos de valor [...]”²⁰.

A verdade é que se a lei não contém, completamente, todo o direito, a alguém cabe revelá-lo, mas esse alguém - obviamente, o juiz - não se investe de subjetivismo ao fazê-lo: “a solução do problema metodológico do direito deve corresponder à de outros problemas (econômico, político é moral, etc.), para os quais

em parte concorre e dos quais em parte depende: é a lei sociológica da mútua dependência dos fenômenos sociais”²¹. Assim é que a “mens legis” tem valor apenas relativo na doutrina de Pontes, como já deve ter ficado evidente: “ambas, legislação e jurisprudência, elaboração legislativa e processo exegético, aspiram ao mesmo: produzir a força positiva ou negativa; de modo que entre elas deve existir identidade de índole, posto que diferença de processo. A segunda não fica dependente da primeira; pode dispensá-la, corrigi-la, estendê-la; não há dúvida que é melhor subir de degrau em degrau, mas não constitui a regra de prudência a vedação de subir de dois em dois degraus ou, de um salto, galgar o novo plano. O que sobrevive da desprestigiada *mens legis* é que dizia ela se positiva ou se negativa a intervenção da regra escrita. Mas, após melhores análises da matéria legislativa e da matéria social, evidente ficou que pode ser prestabelecido pelas condições sociais (morais, religiosas, econômicas, políticas, etc.) o sentido do princípio, ou, com a variação daquelas circunstâncias atendíveis, ter de modificar-se a direção e quiçá o sentido do princípio”²².

O intuito, porém, é o de evitar o arbitrio, vinculando o juiz, senão estritamente à lei, certamente ao método. E aqui Pontes de Miranda cita o *Systeme* de Augusto Comte: “o absoluto na teoria conduz necessariamente ao arbitrário na prática”²³. E acrescenta Pontes que a livre pesquisa [do direito] deve ficar adstrita aos rigores do método científico. “Se assim não for, cair-se-á no *government by judges*, na *judicial oligarchy*, na aristocracia da toga, que caracteriza

⁽¹⁹⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, pp. 354-355. Ver ainda p. 376 no mesmo contexto.

⁽²⁰⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, p. 464.

⁽²¹⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, pp. 469-470.

⁽²²⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, pp. 381-82.

⁽²³⁾ Auguste Comte, *Systeme de politique positive*, Paris 1854, vol. IV (appendice général), p. 102, em Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, p. 466, nota 1.

a política norte-americana da supremacia judiciária. No Brasil, políticos ambiciosos e dois ou três ministros do Supremo Tribunal Federal, que aspiravam a grandes papéis na vida nacional, por pouco não o levaram a tal deturpação da democracia. [...] A objetividade será a maior garantia contra o arbítrio: a) do Judiciário, porque não poderá preferir a regra *a* da exegese em vez da regra *b*, o que é possível no actual sistema de interpretação”²⁴.

A questão da eliminação do arbítrio com a vinculação do juiz ao método, presente em Pontes de Miranda, ou seja, a vinculação do juiz a uma educação jurídico-científica rigorosa, que demonstre cientificamente os resultados adquiridos, tende a evitar (aplicando a teoria de Pontes à prática jurídica) que, diante de uma ação constrictiva do contexto cultural e social externo ao juiz, ele se entregue, por exemplo, a ações de exclusiva proteção do próprio grupo social, sem consideração do interesse coletivo. Como se vê, um juiz ou um Tribunal entregue ao próprio arbítrio, às próprias atividades burocráticas e corporativistas, sem controle de nenhum tipo, sem constrictões superiores, sem instâncias que o possam frear, a não ser a sempre maleável consciência moral de cada um de seus membros, não somente não diz nada de si, como é, sem dúvida, poderoso fator de desequilíbrio social. Desequilíbrio apto a gerar nos outros poderes a natural tendência a constringê-lo externamente ao retorno ao senso do coletivo, ou simplesmente a anulá-lo, dependendo do regime político em vigor naquele específico momento.

O conhecimento da complexidade dos problemas que envolve a aplicação da lei, pois,

tende a alargar uma teoria do direito, que, na visão dos tribunais é aquela estreita, exatamente aquela duramente criticada por Rudolph von Jhering, na sua famosa *Luta pelo Direito*, por demais citada e pouco aplicada: “a nossa teoria do direito, e isto não pode ser mais claro, ocupa-se mais da balança do que da espada da justiça; o exclusivo ponto de vista sob o qual ela considera o direito e que faz, em resumo, que o apresente não pelo seu lado real, como noção de poder, mas antes pelo seu lado lógico, como sistema de regras abstratas, imprimiu quanto a mim, a toda a sua concepção do direito, um caracter que de forma alguma concorda com a rude realidade. O seguimento deste trabalho nos fornecerá um grande numero de provas em apoio desta censura”²⁵. Enfim, em palavras mais simples e práticas, Jhering aqui critica aquele tipo de teoria utilizada na prática dos tribunais que, por exemplo, demonstra a degeneração de suas próprias funções, na medida em que eleva como ponto de partida da aplicação da lei o princípio de aplicar-se a lei aos inimigos. A luta não é fácil, enfatiza Jhering, porque provoca uma viva resistência nos interesses individuais ameaçados: “daí uma luta na qual, como em todas as lutas, não é o peso das razões mas o poder relativo das forças postas em presença que faz pender a balança e que produz frequentemente resultado igual ao do paralelograma das forças, isto é, um desvio da linha direita no sentido da diagonal: é a única maneira de explicar como algumas instituições muito tempo depois de condenadas pela opinião pública conseguem muitas vezes prolongar a vida. O que as mantém não é a força de inércia da história mas a força de resistência dos interesses defendendo a sua posse.

⁽²⁴⁾ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Systema*, cit., vol. I, p. 467.

⁽²⁵⁾ Rudolph von Jhering, *A luta pelo direito*, tradução e prefácio de João de Vasconcellos, Antiga Casa Bertrand - José Bastos & Cia. Editores, Lisboa [1910?], pp. 34-35.

Em todos os casos em que o direito existente encontra este sustentáculo no interesse, o direito novo não pode chegar a introduzir-se senão à custa de uma luta que por vezes se prolonga durante mais de um século e que atinge o mais alto grau de intensidade quando os interesses tomaram a forma de direitos adquiridos²⁶.

Pontes de Miranda oferece ao juiz bons e rigorosos instrumentos para essa luta inevitável

contra os interesses individuais das instituições que deveriam colocar diante de si antes de tudo os interesses coletivos: com esta finalidade, estimula Pontes o estudo das matérias afins, a necessidade de se vincular a métodos de trabalho, abandonando o aleatório, a adaptação do direito às circunstâncias, metodologicamente analisadas em suas várias facetas: história, sociológica, antropológica experimental. Resta, portanto, aplicá-lo.

²⁶ Rudolph von Jhering, *A lucta pelo direito*, cit., pp. 39-40.

DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE

Maria Augusta Fonseca PAIM*

RESUMO

O presente trabalho busca evidenciar a relação entre os direitos humanos e o meio ambiente. O ponto de partida desta análise é a clássica divisão dos direitos humanos em gerações, segundo a qual o direito a um meio ambiente sadio é direito humano de terceira geração. O aprofundamento da questão leva ao entendimento de que os principais aspectos do vínculo entre a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente reside no fato de que ambos constituem garantia dos direitos à vida e à saúde, bem como, em razão do interesse em protegê-los ultrapassar as fronteiras tradicionais entre os países e entre as gerações de indivíduos. Por fim, um exame dos principais instrumentos internacionais que tratam dos direitos humanos e do meio ambiente, demonstra como o Direito Internacional aborda esta essencial relação entre os mesmos.

Palavras-chaves: meio ambiente – direitos humanos – Direito Internacional.

INTRODUÇÃO

A relação entre direitos humanos e meio ambiente não é tão óbvia quanto parece, e o

presente trabalho pretende justamente ressaltar os pontos de contato entre as respectivas esferas de proteção.

* Situação acadêmica: mestranda em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Professor Orientador: Doutor Vicente Marotta Rangel. Bolsista do Conselho Britânico para cursar o LLM na Universidade de Southampton, no Reino Unido (out. 2002/ out. 2003).
Principal atividade exercida: advocacia. Pós-graduado pelas UniFMU – Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo – CPPG – Centro de Pesquisa e Pós-graduação em Direito Processual Civil; Mestrando pela PUC-CAMPINAS – Pontifícia Universidade Católica de Campinas em Direito Processual Civil.

Para se evidenciar tal liame é preciso, antes de tudo, analisar a classificação histórica dos direitos humanos em função de gerações, segundo a qual, a garantia a um meio ambiente sadio e equilibrado é um direito humano de terceira geração.

Em seguida, cumpre destacar os aspectos comuns entre os domínios de proteção destes ramos, como o fato de que o direito à vida e à saúde constituem a *ratio legis* de ambos, e de que seus efeitos ultrapassam as fronteiras estatais (dimensão universal) e temporais (caráter preventivo e equidade intergeracional).

Por derradeiro, deve-se demonstrar como o Direito Internacional vem cuidando desta indispensável integração entre os direitos humanos e a proteção ambiental, o que será feito a partir de uma análise dos principais instrumentos internacionais que tratam dos referidos aspectos.

Desta feita, espera-se que os temas tratados levem ao entendimento inequívoco de que os direitos humanos e o meio ambiente configuram uma realidade única.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS: O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO HUMANO DE 3ª GERAÇÃO

Entende-se por direitos humanos, “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e

o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”¹.

Por se tratar de direitos que lidam com os aspectos mais valorados da sociedade humana, visto que, se não forem garantidos, inviabilizam a própria vida e sua dignidade, os direitos humanos gozam de características peculiares, tais como, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade.

A idéia de que a dignidade humana é um valor superior e como tal merecedor de proteção das instituições jurídicas vigentes foi desenvolvida progressivamente ao longo da evolução histórica.

Alguns autores entendem que Lei das XII Tábuas e o Código de Hamurabi já possuíam conteúdo normativo de proteção aos direitos humanos².

Para o Professor Fábio Konder Comparato, a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas (século VI a.c.) e a fundação da república romana (século V a.c.) constituem “proto-história dos direitos humanos”, assim como, durante a Idade Média, a Magna Carta de 1215 pode ser considerada o embrião dos direitos humanos, com ênfase no valor da liberdade³.

O reconhecimento dos direitos humanos como elemento básico das instituições políticas, todavia, ocorreu apenas no século XVIII com a Independência Americana e a Revolução Francesa e suas respectivas Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e Declaração dos

⁽¹⁾ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 39.

⁽²⁾ GAVETTI, Érica Maria. A proteção dos direitos humanos no Brasil contemporâneo. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. ANNONI, Danielle (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 175.

⁽³⁾ *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 39 e 44.

Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Tais documentos, com base na doutrina liberal contestadora do poder soberano dos Estados Absolutistas, defendiam os direitos e as liberdades individuais, cujo titular é, destarte, “o homem na sua individualidade” diante de todos os demais indivíduos, “já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro”⁴.

Como posteriormente, outras vertentes dos direitos humanos foram surgindo, em momentos históricos distintos, as garantias de liberdade individual, de natureza civil e política, em função de sua primazia, foram denominadas de direitos humanos de primeira geração. Vale registrar, conforme notícia R.S. Pathak⁵, que a noção de diferentes gerações de direitos humanos foi concebida por Karel Vasak.

Após a primeira Guerra Mundial (1914-1918), a proteção das liberdades individuais foi complementada com a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, resultado dos movimentos de luta pela desigualdade social, emergentes após a Revolução Industrial, os quais configuram os direitos humanos de segunda geração. Neste momento surge a noção de *welfare state* garantidor dos direitos ao trabalho, à saúde e à educação, que, assim como os direitos de primeira geração, possuem como titular o indivíduo, desta vez, em face do Estado⁶.

Já num terceiro estágio, a complexidade das relações sociais trouxe a consciência de que

uma vida digna requer um cuidado com sua qualidade e com aspectos da coletividade, de modo que o conceito de direitos humanos foi ampliado, dando origem aos direitos de solidariedade ou fraternidade, que compreendem, segundo o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho “o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade”⁷, com a ressalva de que outros autores acrescentam ainda o direito à autodeterminação dos povos e o direito à comunicação.

No tocante, Norberto Bobbio destaca que, quando do reconhecimento dos direitos humanos de terceira geração, ocorreu:

“(...) a passagem da consideração do indivíduo humano uti singulus, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da ‘pessoa’ -, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais”.⁸

⁴ LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*. Tese de concurso para o provimento de cargo de Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, 1988, pp. 126-7.

⁵ PATHAK, R. S. The humans rights system as a conceptual framework for environmental law. *Environmental change and International Law*. WEISS, Edith Brown (org.).Tokio, Japan: United Nations University Press, 1992, p. 216.

⁶ LAFER, Celso. Op. cit., p. 127

⁷ *Direitos humanos fundamentais*. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p.58.

⁸ *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 69.

O citado autor ilustra tal assertiva com o exemplo dos movimentos ecológicos ao considerarem o direito da natureza de ser respeitada e não explorada, “onde as palavras ‘respeito’ e ‘exploração’ são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem”⁹.

Embora se reconheça o caráter didático da classificação dos direitos humanos em gerações, que numa iluminada comparação de Karel Vasak correspondem, na mesma ordem, aos três princípios diretivos da Revolução Francesa, *liberte, égalité, fraternité*¹⁰, há que se ter cautela quanto a eventual interpretação restritiva de tal preceito.

Primeiramente, não se pode negar que a classificação em questão padece de certa artificialidade, visto que a divisão em “gerações” não é estanque, considerando que, *verbi gratia*, a própria Revolução Francesa já continha preocupações sociais, e, o direito a um meio ambiente saudável já estava implícito desde a primeira geração, como extensão do direito à vida.

No particular, R. S. Pathak¹¹, num breve retrospecto até a Carta das Nações Unidas (1948), cujo preâmbulo faz referência expressa ao direito humano fundamental de dignidade e valor da pessoa humana, assim como à melhores condições de vida, já vislumbra num momento anterior ao reconhecimento oficial dos direitos humanos de terceira geração, um entendimento de que o direito a um meio ambiente sadio é manifestação de um direito humano primário, sob pena de, ao se interpretar o direito à vida restritivamente, confinar seu sentido no contexto da proteção do indivíduo contra a morte física.

Ademais, corre-se o risco de entender que há uma certa hierarquia de valores entre cada uma das “gerações”, o que reflete visão distorcida, visto que os direitos humanos, independentemente do momento em que foram reconhecidos, complementam-se e interagem-se, sem jamais se excluírem.

Neste sentido, oportunas são as palavras do internacionalista Antônio Augusto Cançado Trindade, analisando posicionamento de corrente de pensamento que coloca a emergência das políticas ambientais como restrição ao exercício de outros direitos humanos consagrados anteriormente, contrapondo-se ao caráter indivisível dos direitos humanos:

“(...) Tem ademais justificado estas restrições no propósito de proteger o meio ambiente. (...) Como exemplo, tem-se referido aos direitos de livre-circulação, de escolha de residência e de propriedade, em face de áreas ou zonas protegidas; ao direito ao trabalho, diante de medidas anti-poluição; ao direito à igualdade, em face de disparidades em medidas administrativas quanto ao meio ambiente; à liberdade de associação, perante medidas contra a poluição sonora; ao direito à família, em face de medidas e controle da natalidade; aos direitos ao desenvolvimento e ao lazer, diante de medidas de conservação da natureza.

Esse enfoque é, a nosso ver, inadequado e de visão bastante limitada, ainda que não deixe de admitir que um direito a um meio ambiente sadio venha em última análise garantir e reforçar direitos humanos como o direito à vida e o direito

⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁰ Apud PATHAK, R. S. Op. cit., p. 217.

¹¹ Op. cit., p. 217-8.

à saúde. Em perspectiva histórica, a emergência de novos direitos tem gerado a necessidade de sua 'adaptação' ao *corpus* dos direitos consagrados."¹²

E o mencionado autor conclui:

"Em nosso entendimento os 'novos direitos', os chamados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente sadio, interagem com os direitos individuais e sociais e não os substituem, distintamente do que a noção simplista das chamadas 'gerações de direitos humanos' pretenderia ou pareceria insinuar. A invocação da imagem do suceder das gerações, por analogia ao que ocorre com os seres humanos, torna-se inadequada e infeliz quando voltada aos direitos, aos quais não se aplica. É certo que os direitos existentes encontram-se em constante evolução; mas é igualmente certo que, enquanto por um lado os seres humanos se sucedem no tempo, nascem, vivem e em sua maioria procriam, e morrem, por outro lado os direitos existentes não tem a força a luz de 'gerar' outros e novos direitos que venham a substituí-los. (...) Enquanto em relação aos seres humanos se verifica a sucessão generacional, em relação aos direitos desenvolve-se um processo de cumulação. Os seres humanos se sucedem, os direitos se acumulam e sedimentam.

(...)

Somente uma visão atomizada ou fragmentada do universo dos direitos humanos

pode conduzir à aceitação da teoria das 'gerações de direitos'. Seu aparente poder de persuasão muito deve a comentários apressados e descuidados somados à indolência mental com que conta para propagar-se. Ainda que à primeira vista atraente para fins didáticos, tal teoria, do ponto de vista da ciência do direito, do ponto de vista da ciência do direito, em nada é convincente, e não resiste a um exame mais cuidadoso da matéria. Os riscos desta visão atomizada, da fantasia das 'gerações de direito', são manifestos. Quantos governos, a pretexto de buscarem a realização progressiva de certos direitos econômicos e sociais, em um futuro indeterminado, violaram sistematicamente os direitos civis e políticos (e. g., a América Latina das ditaduras, particularmente da década de setenta)! Quantos governos vêm se escudando nas conquistas dos direitos civis e políticos para negar vigência aos direitos econômicos sociais e culturais (e.g., a América Latina de hoje)! Quantos governos se arrogam em promotores de alguns direitos econômicos e sociais para continuarem a minimizar os direitos civis e políticos (e.g., alguns países asiáticos, com reflexos nos trabalhos preparatórios correntes da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos)!"¹³

Na mesma direção, assim se manifesta Cristiane Derani:

"Os direitos fundamentais compreendidos como liberdades não podem anular-se reciprocamente. Uma liberdade prescrita pelo direito não pode perder a eficácia pela imposição de outra

⁽¹²⁾ *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pp. 159-160.

⁽¹³⁾ *Idem*, pp. 222-3.

liberdade igualmente prescrita no direito positivo. Em nada é, por exemplo, a liberdade de iniciativa econômica superior à liberdade de se desfrutar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na verdade, estes princípios não comportam uma consideração de superioridade ou inferioridade."¹⁴

Por fim, como prova de que o *status* de direito humano é conferido ao direito ambiental, R. S. Pathak revela que estes se encaixam com perfeição nas principais características básicas dos direitos humanos, quais sejam: são gerais, isto é, aplicam-se a qualquer ser humano, sem distinção; são mais importantes que os direitos não fundamentais, quer porque representam a base destes, quer porque são condições da sobrevivência humana; são essenciais, pois se mantêm independentemente da cronologia do tempo ou da geografia do lugar, representando a imutabilidade dos valores humanos; são inalienáveis¹⁵.

Assim, apesar dos mencionados méritos da classificação dos direitos humanos em gerações, o conceito do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental "ultrapassa a primeira, a segunda e a terceira gerações de direitos humanos", devendo ser encarado "numa perspectiva holística, como um sistema único, indivisível e integrado"¹⁶.

2. ASPECTOS COMUNS ENTRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS LATO SENSU E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Por ser um direito humano fundamental, como visto anteriormente, o direito ambiental segue um modelo comum dos direitos humanos em geral, mas independentemente disso, percebe-se nitidamente afinidades e aproximações recíprocas entre os dois domínios de proteção, a começar pelo fato de que constituem prioridades do direito internacional contemporâneo.

Afinal, consoante observação de Susana Barràs Pentinat, "o direito ao meio ambiente é inerente à dignidade de toda pessoa humana e está necessariamente vinculado à garantia de outros direitos humanos"¹⁷.

2.1 Direito à vida e direito à saúde

O ponto de contato mais óbvio entre o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos humanos advém do fato de que ambos se fundamentam nos direitos à saúde e à vida, já que sem a proteção do meio ambiente, não é possível garantir uma vida saudável e, em alguns casos, até mesmo a existência de vida, de modo que, sem a sobrevivência da espécie humana, os direitos humanos não podem ser efetivados.

⁽¹⁴⁾ DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. *Temas de direito ambiental e urbanístico*. FIGUEIREDO, José Guilherme Purvin de (org.). São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 99.

⁽¹⁵⁾ PATHAK, R. S. Op. cit., pp. 211-13.

⁽¹⁶⁾ Idem, p. 219. (tradução livre).

⁽¹⁷⁾ La configuración de un nuevo derecho humano: el derecho humano al medio ambiente. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. ANNONI, Danielle (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, pp. 453-4. (tradução livre).

O Relatório final da I Reunião do Grupo de Consultores Jurídicos do PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio-Ambiente), ocorrida em Malta, em dezembro de 1990, concluiu, inclusive, que os direitos à vida e à saúde configuram uma ponte entre os direitos humanos e o direito a um meio ambiente equilibrado.

Num sentido amplo, o direito à vida compreende “o direito de todo ser humano de não ser privado de sua vida (direito à vida, que pertence à categoria dos direitos civis e políticos) e o direito de todo ser humano de dispor dos meios apropriados de subsistência e de um padrão de vida decente (preservação da vida, direito de viver, que pertence à categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais)”¹⁸.

O direito à saúde, por sua vez, consiste na garantia de proteção da saúde humana, evitando-se a prática de qualquer ato que possa colocá-la em risco.

Tanto o direito à vida quanto o direito à saúde compreendem medidas positivas e negativas, o que significa que os todos devem fazer valer tais direitos por meio de ações de preservação (positivas) e de abstenção de certos comportamentos destrutivos (negativas).

Com isso, pode-se afirmar que, numa perspectiva integrada, só é possível viver (direito à vida) com qualidade (direito de viver) e saúde (direito à saúde) se o meio ambiente estiver equilibrado, o que é pressuposto para o gozo de todos os demais direitos humanos.

À guisa de conclusão, portanto, o direito à vida e à saúde “constituem o fundamento e o denominador comum da *ratio legis* do direito

internacional dos direitos humanos e do direito ambiental internacional”¹⁹, voltados à proteção e à sobrevivência da pessoa humana e da humanidade.

2.2. Dimensão espacial universal

Outro aspecto importante, comum à proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, é que ambos apresentam dimensão espacial e temporal amplas.

No que se refere à dimensão espacial, os direitos humanos e ambientais possuem o caráter global, isto é, tratam de questões que dizem respeito à toda a humanidade, sem nenhuma distinção, ultrapassando as fronteiras geográficas entre os Estados.

Nessa linha, partindo-se do raciocínio de que cada indivíduo é o “guardião de valores éticos básicos da dignidade humana”, de modo que o gênero humano é considerado “como um todo e em suas várias manifestações individuais e coletivas”, tal como estabeleceu a Comissão de Direito das Nações Unidas em 1976, quando da elaboração do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados, qualquer ataque a um indivíduo afeta toda a humanidade.

Em se tratando de meio ambiente, a conclusão não é diferente. Um dos princípios basilares do direito ambiental é justamente a ubiqüidade, derivado do brocardo *urbi et orbi* – para a casa e para o mundo, e do vocábulo “ubíquo”, cujo significado é onipresença ou estar em toda parte.

¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Op. cit., p. 73.

¹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Médio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como un derecho humano*. San José, Costa Rica: IIDH, 1993, pp. 13-4.

A necessidade de aplicação do princípio da ubiqüidade ao direito ambiental é claramente vislumbrada quando se percebe que os desastres e os avanços ecológicos “trazem conseqüências que extrapolam as fronteiras ou os limites nacionais, atingindo o planeta, como um todo, bem como o conjunto das condições da existência humana e seu desenvolvimento econômico”²⁰.

A título de exemplificação, podem-se citar, como temas ambientais que refletem seu caráter global, a conservação da biodiversidade biológica e os problemas de poluição atmosférica, como a chuva ácida e a destruição da camada de ozônio, cujas conseqüência não se restringem ao local onde o dano foi causado.

O aludido princípio está, inclusive, implicitamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, junto aos princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, como se infere do art. 4º, IX da CF/88 ao estipular a importância da “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”.

Como conseqüências imediatas deste processo de globalização nos sistemas de proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, o Professor Cançado Trindade em sua obra “Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional”, elenca as seguintes situações: erosão do conceito de domínio reservado, criação de obrigações *erga omnes*, predominância da ordem pública sobre a reciprocidade e emergência do conceito de interesse comum da humanidade, as quais serão analisadas a seguir.

Como cediço, nas relações internacionais, os Estados, sempre que mantêm interesse doméstico diverso do determinado em algum tratado, fazem uso da cláusula de domínio reservado, preservando o direito de não observar a norma conflitante, incidente este definido pelo art. 2º, letra *d*, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que possui a seguinte redação:

“Uma declaração unilateral, feita por um Estado, seja qual for seu teor ou denominação, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ela aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a este Estado.”

Em se tratando da proteção de direitos humanos e ambientais, contudo, as questões de soberania dos Estados não podem impedir a aplicação de seus princípios cogentes, primeiramente porque tais direitos “incorporam obrigações de caráter objetivo, voltados à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados, com base num interesse público geral superior (ou *ordre public*).”²¹

Neste contexto, emergiu o conceito de “interesse comum da humanidade”, expressão cunhada por C. W. Jenks, como informa Antônio Augusto Cançado Trindade²², e objeto da Resolução nº 34-53 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de dezembro de 1988.

A referida expressão veio substituir a de “patrimônio comum da humanidade”, que caiu em desuso em virtude de sua conotação de exploração e partilha de recursos, e, de acordo

⁽²⁰⁾ GOMES, Sebastião Valdir. *Direito ambiental brasileiro*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 48.

⁽²¹⁾ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*, p. 45.

⁽²²⁾ Idem, p. 213.

com as lições de Cançado Trindade, possui como elementos constitutivos:

*"(...) em primeiro lugar, a concentração em questões verdadeiramente fundamentais a toda a humanidade, consoante a noção de commonness, afetando toda a humanidade, desprovidas de conotações proprietárias e assim mais indicadas para tratamento como questões ambientais globais; em segundo lugar, o engajamento necessário, ao lidar com tais questões de interesse comum, de todos os países, todas as sociedades e todos os seguimentos sociais dentro dos países e das sociedades; em terceiro lugar, a dimensão temporal de longo prazo, desvendada pelo próprio termo humanidade, a abranger tanto as gerações presentes quanto as futuras, e a revelar o vínculo com o âmbito dos direitos humanos (a busca da sobrevivência); em quarto lugar, a ênfase no elemento da proteção, com base em considerações de ordem pública, transcendendo a reciprocidade; em quinto lugar, a atenção primariamente nas causas dos problemas, e tanto no caráter preventivo da proteção ambiental quanto nos efeitos conseqüentes ou respostas a serem dadas; e em sexto lugar, a partilha eqüitativa das responsabilidades como princípio subsidiário instrumental na aplicação do próprio princípio de interesse comum da humanidade (i.e., os deveres que derivam deste princípio, de certo modo condicionando o êxito de sua aplicação)."*²³

Desta feita, o caráter universal do sistema de proteção dos direitos humanos e

ambientais transcende o plano internacional entre os Estados, configurando-se como um interesse comum da humanidade de onde emanam obrigações *erga omnes* dos Estados.

Dentre os documentos de direitos humanos que superam o conceito de reciprocidade, pode-se citar: a Convenção de Genebra de 1949 (art. 1º), o Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 (art. 2º), a Convenção Européia de Direitos Humanos (art. 1º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 1º), e, ainda a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 que proíbe a reciprocidade como motivo do não cumprimento das obrigações *erga omnes*. De igual talante, no âmbito ambiental internacional, o Princípio 18 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, faz menção expressa do meio ambiente como "bem comum da humanidade".

Por certo, os mecanismos expostos acabam por fortalecer o sistema de proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, o que não poderia ser diferente, considerando que os valores enfocados merecem o mais alto grau de proteção por tratarem da questão crucial da sobrevivência humana. Pode-se sustentar até mesmo que, o raciocínio esboçado mede na exata proporção a obrigação dos homens com questões tão fundamentais e universais.

2.3. Dimensão temporal preventiva e intergeracional

A proteção dos direitos humanos e dos direitos ambientais coincide também em seu aspecto temporal, que privilegia a prevenção e a equidade intergeracional.

²³ Idem, pp. 217-8.

No direito ambiental tais aspectos restam mais aparentes, eis que, sem a prevenção, determinadas atividades realizadas no meio ambiente podem vir a causar prejuízos irreversíveis ou irreparáveis, tais como, a extinção de espécies animais e vegetais, a destruição de florestas e os desastres com substâncias de efeitos radioativos, dentre outros.

Neste contexto, surge a noção de vítimas potenciais, pois a ciência pode descobrir tardiamente que determinada atividade realizada no meio ambiente é prejudicial ao equilíbrio ecológico, de modo que as futuras gerações é que irão sofrer suas conseqüências, tal como ocorreu no passado, considerando que suportamos hoje o resultado de séculos de degradação do ecossistema provocada por nossos antepassados, quando inexistia a consciência ambiental.

Partindo desta assertiva, Edith Brown Weiss criou o conceito de equidade intergeracional, ou seja, as gerações de hoje possuem a obrigação de garantir o direito de gerações futuras desfrutarem um meio ambiente, que não seja pior ao da geração anterior, o que significa a exigência da manutenção de um patamar mínimo de igualdade entre gerações.

A teoria supracitada, fundada no princípio de que o patrimônio cultural e natural é o mesmo herdado por cada geração, compreende três princípios básicos: a conservação das mesmas opções, da qualidade dos ambientes natural e cultural e do acesso aos recursos do planeta, sintetizados por Edith Brown Weiss sob os seguintes termos:

“Primeiro, cada geração deve ser obrigada a conservar a diversidade dos

recursos naturais e culturais básicos, para que não restrinja excessivamente as opções disponíveis às futuras gerações na resolução de seus problemas e na satisfação de seus próprios valores, e deve ser encarregada da diversidade comparável a das gerações anteriores. Este princípio deve ser chamado ‘conservação das opções’. Segundo, cada geração deve ser obrigada a manter a qualidade do planeta em condição não pior do que a recebida pela geração presente, e deve ser encarregada da qualidade de um planeta comparada à desfrutada pela geração anterior. Este é o princípio da ‘conservação da qualidade’ terceira, cada geração deve prover seus membros com direitos equiparáveis de acesso para as futuras gerações. Este é o princípio da ‘conservação do acesso’.”²⁴

Desta forma, ao mesmo tempo em que somos guardiões do planeta para o futuro, somos beneficiários do legado do passado, o que significa que ao nosso direito de gozar do meio ambiente, em relação às gerações passadas, corresponde o dever de conservá-lo às futuras gerações. A teoria enfocada foi muito bem resumida por Alexandre Kiss no artigo *La notion de patrimoine commun de l'humanité* (Recueil de Cours de L'Académie de Droit International n° 175 de 1982), como relembra Cançado Trindade²⁵:

“os que vivem hoje são elementos de uma corrente que não deve ser interrompida. Existe uma solidariedade mundial não apenas no espaço entre os

⁽²⁴⁾ *In fairness to future generations: international law, common patrimony and intergeneration equity.* Tokio Japan: The United Nations University, 1989. p. 38. (tradução livre).

⁽²⁵⁾ *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional.* p. 57.

povos do mundo, mas também no tempo, entre as gerações que se sucedem."

Ao abordar a teoria da equidade intergeracional, R. S. Pathak, coloca a interessante questão de que "se os direitos não podem ser atribuídos a uma criança não nascida, podem ser atribuídos a uma geração não nascida?", respondendo da seguinte forma:

*"A não ser que a vida no planeta se torne extinta de uma só vez, hipótese em que não iria emergir nenhuma ocasião para se aproveitar os benefícios dos recursos do planeta e da herança cultural, as futuras gerações devem ser observadas com existência certa e definida, apesar de ser no futuro. É possível conceber a continuação do tempo, na qual cada geração humana é posicionada em sucessivos pontos na linha do tempo. Elas terão posição certa e definida, dependendo do número de anos em que se pode considerar que uma geração sucede a outra. Uma relação contínua liga as gerações, e elas se sucedem com certeza definida e constante regularidade."*²⁶

A teoria em estudo encontra, inclusive, raízes profundas no direito internacional,

sobretudo no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quando se refere ao reconhecimento da dignidade inerente e da igualdade e inalienabilidade dos direitos de todos os membros da "família humana", onde devem ser incluídos os nossos descendentes.

Os mais recentes documentos ambientais e relativos aos direitos humanos também trazem esta previsão, podendo-se citar neste sentido, a Declaração de Estocolmo²⁷ (1972) e a Declaração do Rio²⁸ (1992).

Vale registrar que a teoria da equidade intergeracional foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio, como se depreende do *caput* do art. 225 da Constituição de 1988, segundo o qual,

"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". (grifos não originais)

Transportando a questão da amplitude da dimensão temporal do direito ambiental ao domínio de proteção dos direitos humanos, é

⁽²⁶⁾ Op. cit., p. 227. (tradução livre)

⁽²⁷⁾ "Princípio 1. O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e é portador solene de obrigação de melhorar esse meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito as políticas que promovam ou perpetuem o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e dominação estrangeira continuam condenadas e devem ser eliminadas."

"Princípio 2. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou regulamentação segundo seja mais conveniente."

⁽²⁸⁾ "Princípio 3. O direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades das gerações presentes e futuras."

possível reconhecer nos principais instrumentos normativos que abordam o tema, uma constante preocupação com a prevenção das violações aos direitos humanos, na medida do possível, para fins de se evitar sofrimentos desnecessários. Nesse sentido, o Professor Cançado Trindade cita os seguintes instrumentos, demonstradores da existência da dimensão intertemporal no domínio de proteção dos direitos humanos, a saber: a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra de Lesa-Humanidade de 1968 cujo preâmbulo faz referência expressa à prevenção dos crimes contra a humanidade; a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (art. VIII); a Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Punição do Crime de Apartheid de 1973 (art. VIII); as três Convenções sobre a Tortura: Convenção Interamericana para Prevenir a Tortura, de 1985 (arts. 1º e 6º); Convenção Européia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante, de 1987 (art. 1º); Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, de 1984 (arts. 2(1) e 16).²⁹

De igual modo, no próprio conceito de refugiado estabelecido pela Convenção relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951 (artigo 1(A)(2)) e pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1966 (artigo 1(2)), incluem na esfera protetiva o “temor fundamentado de ser perseguido”, para o qual é suficiente a ameaça ou risco de perseguição.

3. APROXIMAÇÕES NORMATIVAS DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO MEIO AMBIENTE NO DIREITO INTERNACIONAL – ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O meio ambiente “passou a integrar o mundo jurídico como um valor autônomo”³⁰ somente em meados do Século XX. Antes disso, ainda que algumas religiões orientais como o xintoísmo e o budismo pregassem a harmonia do homem com a natureza³¹, o pensamento corrente era de que os recursos naturais jamais se esgotariam, ou como observa o Professor Guido Fernando Silva Soares,

“à falta de problemas agudos, havia um entendimento generalizado de que a natureza (entendida como um dado exterior ao homem) seria capaz de absorver materiais tóxicos lançados ao meio ambiente, e por um mecanismo ‘natural’ (talvez ‘mágico’ ?!), o equilíbrio seria mantido de maneira automática”³².

Por esta razão, a proteção normativa do meio ambiente, em seu início, decorria de interesses meramente econômicos ou utilitários, ligados à desvalorização da propriedade, ou à noção de direito de vizinhança, desconsiderando a relação de tais fatores com o meio ambiente como um todo³³. A ilustrar tal assertiva pode-se citar a Convenção de Berna entre Baden e a Suíça “para o estabelecimento de regulamentações uniformes concernentes à pesca no Reno entre Constança e Basileia” de 9 de

⁽²⁹⁾ *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*, p. 58-9.

⁽³⁰⁾ SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 39.

⁽³¹⁾ WEIS, Edith Brown. Op. cit., p. 20.

⁽³²⁾ SOARES, Guido Fernando Silva. Op. cit., p. 35.

⁽³³⁾ Idem. Op. cit., p. 39.

dezembro de 1869, assim como a Convenção de Basileia entre Baden, França e Suíça, “para o estabelecimento de regulamentações uniformes concernentes à pesca no Reno e nos seus tributários, inclusive o Lago de Constança”, de 25 de dezembro de 1875, cujos interesses preponderantes não eram a preservação das espécies, mas de natureza comercial entre os Estados³⁴.

De igual talento, a Convenção de Paris de 1911, para “Proteção das Aves Úteis à Agricultura”, não buscava alcançar eventual equilíbrio ecológico, mas apenas o que sua própria denominação sugere. Tanto é assim que não preserva as aves de rapina, como a águia e o falcão, “ao contrário dos dias atuais, em que se sabe do perigo da extinção delas e se luta por sua preservação, baseando-se na consciência do importante papel que representam no referido equilíbrio ecológico, em relação aos pequenos roedores”³⁵.

No campo da arbitragem internacional, há que se destacar o caso da Fundação Trail (Trail Smelter), ocorrido em 1941, em que uma fábrica localizada no Canadá foi responsabilizada pela poluição atmosférica que causou nos Estados Unidos. Este incidente é considerado “a primeira manifestação formal do direito internacional do meio ambiente, quanto às relações bilaterais”, devido, sobretudo, à parte principal da sentença resultante, estipulando que “nenhum Estado tem o direito de usar ou de permitir o uso de seu território de tal modo que, cause dano em razão do lançamento de emanações no, ou até o território do outro”³⁶.

A profunda mudança de mentalidade ocorreu quando o mundo deparou-se com

“situações emergenciais ou catastróficas, efetivamente acontecidas e não previstas, e constitutivas de graves ameaças à saúde pública”³⁷, (v.g., os efeitos do grande volume de dejetos nocivos não recicláveis nos núcleos urbanos, poluição transfronteiriça, derramamento de petróleo, utilização de energia nuclear), e só então passou a valorar o meio ambiente equilibrado como elemento essencial à sobrevivência da espécie humana.

Como resultado desta conscientização, surgiu a necessidade de conferir base legal ao meio ambiente no âmbito internacional. A Organização das Nações Unidas, então, resolveu convocar em 1972, a Conferência de Estocolmo, ocorrida entre os dias 5 e 16 de junho do aludido ano, ocasião em que, além da Declaração de Estocolmo (Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente), foi instituído o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA), órgão subsidiário à Assembléia Geral da ONU, composto por um Conselho de Administração de 58 membros e de um Secretariado com 181 funcionários internacionais, com sede em Nairóbi, no Quênia.

Antes da Declaração de Estocolmo, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 protegia indiretamente o meio ambiente através do reconhecimento do “direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível e saúde física e mental” (artigo 12), além do “direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria continua das condições de vida” (artigo 11). O mesmo pode ser dito da Declaração Universal dos

³⁴ Idem. Op. cit., p. 39-40.

³⁵ Idem. Op. cit., p. 43.

³⁶ Idem, ibidem.

³⁷ Idem. Op. cit., p. 40.

Direitos do Homem de 1948, ao preconizar que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis”.

A partir da Conferência de 1972 foram celebrados vários tratados multilaterais e regionais sobre meio ambiente, sendo que, em sua maioria tratam que questões setoriais de proteção ambiental. Considera-se tarefa por demais árdua saber com exatidão o número de tratados vigentes relacionados à proteção ambiental, como os próprios estudiosos do direito internacional ambiental confessam³⁸.

Para o presente trabalho foram selecionados, então, para fins de análise mais detalhada, somente os instrumentos normativos mais significativos que tratam da questão ambiental e dos direitos humanos, incluindo a Declaração de 1972.

3.1. A Declaração sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo de 1972

A Declaração sobre Meio Ambiente Humano, também conhecida como Declaração de Estocolmo, é o marco do direito internacional ambiental, podendo ser equiparada em termos de importância para a Diplomacia dos Estados, à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

A Declaração de Estocolmo é formada por um Preâmbulo de 7 pontos e 26 Princípios.

Já no Princípio 1, depara-se com o reconhecimento do direito ambiental como direito humano fundamental, a saber:

“Princípio 1. O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e é portador solene de obrigação de melhorar esse meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito as políticas que promovam ou perpetuem o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e dominação estrangeira continuam condenadas e devem ser eliminadas.”

Muito se discute acerca da natureza jurídica de tal documento, se é mera recomendação, ou se chega a ser uma soft law. Sem adentrar nesta complexa seara, importa saber que tal Declaração tem servido como um guia para as políticas normativas adotadas pelos Estados tanto no âmbito doméstico quanto internacional e sua importância reside justamente no fato de ter conseguido criar “um novo entendimento político-social e jurídico do ambiente e da co-responsabilidade mundial na sua proteção”³⁹, numa contínua postura dos Estados “na busca de respostas ao clamor social pela imperiosa tutela do ambiente”⁴⁰.

3.2. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981

A Carta Africana dos Direitos Humanos foi aprovada na 18ª Conferência de Chefes de

⁽³⁸⁾ SOARES, Guido Fernando da Silva. Op. cit., p. 56.

⁽³⁹⁾ CARVALHO, Carlos Gomes. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 19. São Paulo: RT, julho-setembro, 2000, p. 203.

⁽⁴⁰⁾ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 98.

Estado e de Governo, reunida em Nairóbi, no Quênia, em 1981.

O grande mérito da Carta Africana dos direitos Humanos e dos Direitos dos Povos foi ter sido a 1ª Convenção a afirmar o direito dos povos à preservação do equilíbrio ecológico⁴¹ transcrever, bem como o desenvolvimento sustentável⁴², dentre outros direitos coletivos.

Ainda que o documento em questão não tenha previsto mecanismos jurídicos de realização de tais direitos, como o Professor Fábio Comparato aduz, “a simples afirmação solene de um direito dessa espécie, em convenção internacional, não é sem importância para suscitar entre os povos, o ‘sentimento jurídico’ (o Rechtsgefühl dos alemães) dessa exigência, independentemente da constituição de garantias adequadas no ordenamento positivo dos diferentes Estados”⁴³.

3.3. A Carta Mundial da Natureza de 1982

A Carta Mundial da Natureza foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 1982 e, logo em seu preâmbulo estipula que “a humanidade é uma parte da natureza e a vida depende do funcionamento ininterrupto dos sistemas naturais”, com a ressalva de que se deve assegurar a preservação das espécies para as presentes e futuras gerações.

Outrossim, a Carta da Natureza estabelece uma série de princípios dirigidos à humanidade, para se efetivar o respeito ao meio ambiente.

3.4. A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente de 1987 – Comissão Brundtland

A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Comissão Brundtland, que se reportou à Assembléia das Nações Unidas em 1987 propôs diversos princípios para a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável que definiu como sendo “aquele que se atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

No seu princípio 1, considera que “todos os seres humanos têm o direito fundamental a um meio ambiente adequado a sua saúde e bem-estar”.

3.5. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, ou Protocolo de São Salvador contém inovações relativamente ao pacto Internacional sobre estes direitos, aprovado no ano de 1966.

Interessa no presente a inclusão da garantia do meio ambiente sadio (art. 11), no sentido de que “toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos” e que “os Esta-

⁽⁴¹⁾ “Art. 24. Todos os povos têm direito a um meio ambiente satisfatório, que favoreça seu desenvolvimento.”

⁽⁴²⁾ “Art. 22. 1. Todos os povos têm direito ao desenvolvimento econômico, social e cultural, no devido respeito à sua liberdade e identidade, e na igual fruição da herança comum da humanidade.

2. Os Estados têm o dever de assegurar, individual ou coletivamente, o exercício do direito ao desenvolvimento.”

⁽⁴³⁾ Op. cit., p. 401.

dos-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente”.

3.6. A Declaração do Rio de Janeiro e a Agenda 21 de 1992

A Declaração do Rio e a Agenda 21 foram resultados da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a ECO/92, que reuniu entre os dias 1 e 12 de junho de 1992 mais de 100 Chefes de Estado ou Governo e 178 governos no Brasil.

Dentre os principais motivos que levaram à realização da ECO-92, salientam-se: a necessidade de se analisar a situação ambiental mundial, bem como as mudanças ocorridas após a Conferência de Estocolmo; a identificação das estratégias regionais e globais referentes às questões ambientais; o aperfeiçoamento da legislação ambiental internacional; a conscientização da proteção ambiental, através de políticas de desenvolvimento sustentável, que consistem na exploração racional dos recursos naturais.

Obviamente, muitos dos assuntos em pauta quando da Conferência de Estocolmo continuaram em evidência na ECO/92, todavia, esta inovou pelo destaque dado ao tema do desenvolvimento sustentável, isto é, a inserção de questões ambientais nos processos decisórios de ordem política e econômica.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento é composta por 27 princípios, objetivando conforme ensinamentos do Professor Guido Fernando da Silva Soares: consagrar a “filosofia da proteção

dos interesses das presentes e futuras gerações”; fixar os “princípios básicos para uma política ambiental de abrangência global, em respeito aos postulados de um Direito ao Desenvolvimento, desde há muito reivindicados pelos países em vias de desenvolvimento”; consagrar a “luta contra a pobreza” e recomendar uma “política demográfica”; reconhecer “o fato de a responsabilidade de os países industrializados serem os principais causadores dos danos já ocorridos ao meio ambiente mundial”⁴⁴.

O reconhecimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito humano fundamental está explicitado logo no Princípio 1, que possui a seguinte redação:

“Princípio 1. Os seres humanos constituem-se o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.”

Além da Declaração do Rio, resultou do mesmo encontro a Agenda 21, contendo as ações que os estados pretendem realizar ao longo do Século XXI. O conjunto de diretrizes traçadas tratam de questões que envolvem: “estímulo à cooperação, seja internacional, seja dentro dos países; ênfase na gestão ambiental descentralizada e participativa; valorização e incremento do poder local; multiplicação de parcerias para desenvolvimento sustentável; mudança de padrões de consumo e nos processos produtivos”⁴⁵.

⁽⁴⁴⁾ Op. cit., p. 79.

⁽⁴⁵⁾ MILARÉ, Edis. Agenda 21: A Cartilha do Desenvolvimento Sustentável. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 5, São Paulo: RT, janeiro-março de 1997, p. 52.

3.7. A Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992

A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) foi assinada em 5 de junho de 1992, durante a ECO/92 e entrou em vigor no plano internacional em 29 de dezembro de 1993. No Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2 de 03.02.1994, e promulgada pelo Decreto nº 2.519 de 16.03.1988.

Logo em seu preâmbulo, evidencia-se a relação entre direitos humanos e meio ambiente, quando prescreve que “a conservação da diversidade biológica é um interesse comum da humanidade”.

O artigo 1º da referida Convenção estabelece seus objetivos sob os seguintes termos:

“Os objetivos desta Convenção a serem cumpridos de acordo com a disposições pertinentes, soa a conversação da diversidade biológica, a utilização sustentada de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada das tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.”

Destarte, a Convenção em questão foi criada visando à preservação de animais e espécies vegetais em seu habitat natural, considerando conclusões científicas de que até

o presente, de 1,4 milhões de espécies identificadas, aproximadamente 50 desaparecem diariamente, seja em razão da cadeia alimentar, seja pela intervenção humana para a produção de alimentos ou de medicamentos⁴⁶.

No que se refere especificamente à produção de medicamentos e às técnicas de aperfeiçoamento agrícola, opera-se uma flagrante injustiça, pois os países desenvolvidos, detentores de alta tecnologia, usam a matéria prima dos países em desenvolvimento para a fabricação de seus produtos que depois ficam protegidos pelos direitos à propriedade industrial e, eventualmente, são revendidos aos países de onde saiu o insumo, pelo preço internacional, sem qualquer desconto.

Inclusive, por esta razão, os Estados Unidos se recusaram a assinar a Convenção em questão em 1992, que no seu ponto de vista “além de anular tais direitos de propriedade intelectual (pelo fato de os recursos genéticos naturais passarem a ser acessíveis a quaisquer pessoas), a Convenção sobre a Diversidade Biológica teria como subproduto o dever de os Estados pagarem *royalties* aos Estados de onde crescem e vicejam aqueles recursos naturais, tornando nulos os benefícios relacionados à biotecnologia e biossegurança, Ademias dos aspectos relacionados à instituição de um mecanismo financeiro permanente, alimentado, indiscriminadamente, pelos Estados, inclusive aqueles carentes de recursos genéticos naturais (arts. 39 e 21).⁴⁷”

Durante o Governo Clinton, os Estados Unidos finalmente assinaram a CDB, em 04 de junho de 1993⁴⁸.

⁽⁴⁶⁾ SOARES, Guido Fernando da Silva. Op. cit., p. 78.

⁽⁴⁷⁾ Idem, p. 79.

⁽⁴⁸⁾ Esta informação foi obtida no artigo *Breves Considerações sobre o acesso a recursos genéticos e alguns assuntos correlatos*, de Eugênio de Costa e Silva, publicado na Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), nº 28- maio/jun de 1997.

3.8. Convenção-quadro sobre Mudança do Clima de 1992

Firmada durante a ECO/92 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.652 de 1º de julho de 1998, a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima estabelece normas para reduzir a emissão de todos os gases causadores de efeitos estufa, ou seja, que destroem a camada de ozônio e terminam por causar o aquecimento global, a elevação dos nível dos oceanos e alterações nos regimes de chuvas. Dentre os gases que enumera estão, além dos contemplados pelo Protocolo de Montreal, adotado em 1987, os provenientes de combustíveis fósseis, como o metano (CH₄), o dióxido de Nitrogênio (N₂O) e o dióxido de Carbono (CO₂).

Logo na abertura de seu preâmbulo, reconhece que “a mudança do clima da terra e seus efeitos adversos são um interesse comum da humanidade”, assim como no art. 3º do preâmbulo determina que as Partes signatárias “protejam o sistema climático em benefício das gerações presentes e futuras da humanidade”.

Na definição do Professor Guido Fernando da Silva Soares, uma Convenção-Quadro é aquela em que:

“(...) os Estados traçam grandes molduras normativas, de direitos e deveres entre eles, de natureza vaga e que, por sua natureza, pedem uma regulamentação mais pormenorizada; para tanto, instituem, ao mesmo tempo, reuniões periódicas e regulares, de um órgão composto de representantes dos Estados-partes, a Conferência das Partes, COP, com poderes delegados de

complementar e expedir normas específicas, órgão este auxiliado por órgãos subsidiários, técnicos e científicos, previstos no Tratado-Quadro, composto de representantes de cientistas, técnicos de todos ou alguns dos Estados-partes.”⁴⁹

Durante a 3ª Sessão da Conferência das partes em 10.12.97, foi assinado o Protocolo de Kyoto, composto de 24 artigos. Além de reforçar os ditames da Convenção do Clima, tal instrumento acrescentou dentre os gases poluidores, outros três denominados sintéticos ou exóticos, quais sejam: o hidrofluorcarbono, NFC, o perfluorcarbono, PFC, e o hexafluoreto sulfuroso, SFC.

Assim como a Convenção do Clima, o Protocolo de Kyoto repete a idéia de responsabilidade comum, levando em conta a contribuição individual de cada Estado, mormente os industrializados. Dentre seus preceitos, há inclusive a possibilidade de criação de um crédito para emissão de carbono, que poderá ser quantificado monetariamente e negociado nos mercados financeiros internacionais.

Por fim, é válido ressaltar que os autores Alexandre Kiss e Antônio Augusto Cançado Trindade juntaram-se a outros especialistas para compor o Grupo Internacional de Especialistas em Direitos Humanos e Meio Ambiente, que, de 16-18 de maio de 1994, elaborou no escritório das Nações Unidas em Genebra, um Esboço de uma Declaração de Princípios de Direitos Humanos e Meio Ambiente, publicado na volume 21 da Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos (janeiro-junho/1995). Este

⁴⁹ SOARES, Guido Fernando da Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002, p. 63.

seria o primeiro instrumento internacional dirigindo-se expressamente à ligação entre os direitos humanos e o meio ambiente.

Dentre os principais pontos tratados no referido esboço, está o reconhecimento de que os direitos humanos, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o desenvolvimento sustentável e a paz são interdependentes e indivisíveis.

CONCLUSÃO

A análise dos pontos aqui tratados não deixa dúvidas de que, mais do que o fato de serem as maiores preocupações do Direito Internacional atual, os direitos humanos e ambientais restam intimamente ligados, seja porque são condições de garantia dos direitos à vida e à saúde, seja porque ultrapassam as fronteiras tradicionais entre os países e entre as gerações de indivíduos.

De igual talante, o retorno ao momento histórico em que a conscientização ambiental passou a ser a “ordem do dia”, exigindo normatização nas esferas domésticas dos Estados e no âmbito internacional, possibilita vislumbrar que a proteção ao meio ambiente está profundamente relacionada ao desfrute dos demais direitos humanos e é um dos principais valores de garantia da dignidade da vida em todos os seus sentidos.

Evidentemente que, ainda falta um documento internacional que torne explícita esta relação, tal como o mencionado Esboço da Declaração de Princípios de Direitos Humanos e Meio Ambiente pretende fazer, para que não restem margens a interpretações em sentido contrário.

Por fim, cabe comentar que o presente trabalho deixou claro o caráter antropocêntrico

da aproximação do meio ambiente aos direitos humanos, na medida em que a natureza é preservada em benefício do homem e não como um fim em si mesma. Todavia, sabe-se que o equilíbrio ecológico depende da manutenção da biodiversidade, que exige do homem a consciência de que, em função de sua racionalidade, é responsável pela conservação do valor intrínseco de cada ser, de modo que deve, sempre que possível, priorizar a harmonia entre todos os seres vivos.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, Carlos Gomes. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 19. São Paulo: RT, julho-setembro, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. *Temas de direito ambiental e urbanístico*. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

GANETTI, Érica Marta. A proteção dos direitos humanos no Brasil contemporâneo. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. ANNONI, Danielle (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

GOMES, Sebastião Valdir. *Direito ambiental brasileiro*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

KISS, Alexandre e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Two major challenges of our time: humans rights and the environment. *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*. n. 21, jan./jun. de 1995.

LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*. Tese de concurso para o provimento de cargo de professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, 1988.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 98.

_____. Agenda 21: A Cartilha do Desenvolvimento Sustentável. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 5, São Paulo: RT, janeiro-março de 1997, p. 52

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PATHAK, R.S. The humans rights system as a conceptual framework for environmental law. *Environmental change and International law*.

WEISS, Edith Brown (org.). Tokyo, Japan: United Nations University Press, 1992.

PENTINAT, Susana Borràs. La configuración de un nuevo derecho humano: el derecho humano

al medio ambiente. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. ANNONI, Danielle (org.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SILVA, Eugênio da Costa e. Breves Considerações sobre o acesso a recursos genéticos e alguns assuntos correlatos. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI)*, n° 28, maio/jun de 1997, pp. 40-51.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____. *Medio ambiente y desarrollo: formulación e implementación del derecho al desarrollo como um derecho humano*. San José, Costa Rica: Ed. IIDH, 1993.

WEISS, Edith Brown. *In fairness to future generations: international law, common patrimony, and intergenerational equity*. Tokyo, Japan: United Nations University, 1989.

CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À SAÚDE: NORMAS PROGRAMÁTICAS OU OPERATIVAS?

Luiz CIETTO*

RESUMO

O presente trabalho faz uma introdução à teoria e dogmática principialistas. Discorre sobre o conceito, natureza jurídica, funções e importância atual dos princípios jurídicos e constitucionais. Fala da distinção entre normas e princípios, e discute a diferença entre princípios e regras constitucionais. Procura analisar a solução para as colisões de princípios e regras. Estuda as relações da questão principiológica e as disposições constitucionais sobre saúde. Busca debater o controvertido tema da natureza do Art. 196 da Constituição Federal, sobre o direito à saúde: norma programática ou operativa? Apresenta as tendências jurisprudenciais dos tribunais sobre o tema e sugere soluções sobre a tutela dos direitos à saúde.

INTRODUÇÃO

Hodiernamente não se pode prescindir dos conhecimentos da teoria e dogmática principialistas, dada a sua participação fundante em nosso ordenamento jurídico. Tanto os princípios gerais de direito, como os princípios constitucionais são fundamentais na elaboração hermenêutica e no processo de integração. Os

princípios jurídicos, quando considerados como princípios constitucionais, são dotados da mais alta normatividade. Não mais exercem apenas a função de colmatação de lacunas do sistema jurídico, segundo a superada orientação positivista, e como prescrevem nossa Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, bem como o art. 126 do Código de Processo Civil.

* Professor Titular da FCM - UNICAMP. Livre-Docente e Doutor pela UFRJ. Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Advogado Militante no Estado de São Paulo.

Estamos assistindo a uma verdadeira revolução conceitual principialista do Direito. Aliás, é perfeitamente compreensível a completa assimilação das procedentes lições de Bonavides, consideradas a seguir: “Os princípios jurídicos, ao saltarem dos códigos para as constituições, do Direito Privado para o Direito Público, da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma completa mudança no modo de compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico”.¹ Com efeito, a progressiva positivação de princípios, ensejou a integração dos mais significativos valores éticos, políticos e jurídicos ordenadores da Sociedade e do Estado.

Assim, começa transparecer a real importância e atualidade desta temática. Porém, dadas as naturais limitações de tempo e espaço, circunscrevemo-nos a uma simples análise introdutória, reservando o aprofundamento para outra oportunidade

Qual o conceito e a natureza de princípios jurídicos e princípios constitucionais?. Deve-se fazer uma distinção entre normas e princípios? Qual a diferença entre princípios e regras constitucionais? Como resolver a questão das colisões de princípios e regras?

Depois de abordados os tópicos em apreço, procuraremos focar, ainda que em caráter introdutório, as relações da questão principiológica com as disposições constitucionais sobre a saúde. Tentaremos questionar destacados aspectos como: quais os princípios embaixadores dos direitos à saúde? Qual a natureza desse direito; seria um direito

subjettivo? As normas constitucionais pertinentes são apenas normas programáticas, normas indicativas dos fins do Estado, ou são normas operativas? É possível defender a aplicação direta dessas normas em alguma circunstância, ou será imprescindível a integração legislativa? Há precedentes jurisprudenciais favoráveis à operatividade dessas normas? Como se pode antever, a tarefa é desafiadora, e sobremaneira complexa, mas a oportunidade de introdução ao estudo é tão relevante, que não pode ser colocada à margem. Contamos, todavia, com a boa vontade e compreensão dos leitores por nossa ousadia em adentrar tão nobre seara, própria de autorizados constitucionalistas e juspublicistas.

I - ASPECTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

1. Conceito e Evolução dos Princípios Jurídicos

1.1 – Conceito

Em sentido amplo, toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, ou seja, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber, leciona Miguel Reale.² Quanto aos princípios gerais de direito, ensina, “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração

⁽¹⁾ Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 7. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 228-266. Apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 285.

⁽²⁾ Lições preliminares de direito. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 305.

de novas normas”.³ E prossegue, dada a magnitude da importância de alguns princípios, o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de *modelos jurídicos*. No âmbito constitucional, v.g., dispõe nossa Lei Maior sobre o princípio de *isonomia* (igualdade de todos perante a lei), sobre o princípio de *irretroatividade* da lei para proteção dos direitos adquiridos.

Muitos princípios gerais de direito, contudo, não estão positivados, sendo parte integrante da doutrina. E “enquanto são princípios, explica Josef Esser, apud Reale, eles são eficazes independentemente do texto legal. Este, quando os consagra, dá-lhes força cogente, mas não lhes altera a substância, constituindo um *jus* prévio e exterior à *lex*.”⁴

“Em direito *princípios* são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico”, diz Odete Medauar,⁵ referenciando Karl Larenz. Prossegue, discorrendo sobre a relevância atribuída aos princípios pela nossa Carta Magna vigente, que faz decorrer direitos dos princípios por ela adotados, como segue (verbis): “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...” (parágrafo 2º do art. 5º da CF).⁶

Para Rizzatto Nunes,⁷ com sua vivência de magistrado e professor, “os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito mas por todos que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam”. Daí entender que nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio, porque este sempre irá influir no conteúdo e alcance de todas as normas. E essa influência, completa, tem uma eficácia efetiva, real, concreta.

No contexto do Título I (Princípios Fundamentais) de nossa Constituição, *princípio* exprime a noção de “*mandamento nuclear de um sistema*”, leciona José Afonso da Silva.⁸

A enunciação dos princípios de um sistema, ensina Sundfeld,⁹ tem a utilidade de ajudar no ato do conhecimento. Ou seja, “o cientista, para conhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso, jamais poderá trabalhar com o direito”.

1.2 - Evolução

A partir da década de cinquenta, os estudos sobre o conceito de princípios jurídicos e constitucionais, no âmbito da Teoria do Direito, tem experimentado significativo desenvolvimento. A posição positivista então prevalente,

⁽³⁾ Idem, p. 306.

⁽⁴⁾ Idem, p. 307.

⁽⁵⁾ Direito administrativo moderno. 6. ed., rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 146.

⁽⁶⁾ Idem, p. 147.

⁽⁷⁾ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana : doutrina e jurisprudência. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 19.

⁽⁸⁾ Curso de direito constitucional positivo. 20. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 91, servindo-se das palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello.

⁽⁹⁾ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed., 2. tir. São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 143.

que atribuía aos princípios apenas uma função integrativa na aplicação do direito, foi superada por estudos de autores como Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Wilhelm Cannaris, Genaro Carrió e outros, que passaram a considerar a normatividade dos princípios em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores, como relata Espíndola.¹⁰ A positivação dos princípios pode ser comprovada em várias legislações, encontrando-se em nosso ordenamento a expressa disposição: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.¹¹

Atualmente, admite-se que os princípios estão incluídos não apenas no conceito de lei como no de princípios gerais do direito, mencionando-se princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos, segundo Eros Grau e Norberto Bobbio. Exemplo de princípios explicitados pelo ordenamento são os previstos no art. 37 da Constituição brasileira, segundo o qual “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Exemplo de princípio implícito é o da função, que resulta da lógica própria do Estado de Direito,

implantado pela Constituição.¹² Essa tendência, diz Espíndola,¹³ é chamada de pós-positivista, e avança consideravelmente ao considerar “os princípios como normas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica”. Em consonância com outros autores, consideram as normas de direito como gênero, e os princípios e regras, suas espécies.

Mas é no domínio do Direito Constitucional que se confirma a tendência de aprofundamento dos estudos principialistas, com reflexões conseqüentes, reveladas em autores como Vézio Crisafulli, Robert Alexy, Eduardo Garcia de Enterría e José Joaquim Gomes Canotilho, em relação não exaustiva. Nossa própria Carta Magna vigente é o reflexo de considerável progresso em alguns aspectos normativo-constitucionais, fundado em avanços doutrinários do constitucionalismo democrático atual, demonstrando respeitável dimensão principiológica.¹⁴

Se é verdade que a evolução dos estudos principiológicos, nos domínios teórico e dogmático, é significativa e já pode ser considerada perceptível, também é inegável a existência de discordâncias e polêmicas, máxime no que tange à operatividade e auto-execução de princípios e regras constitucionais, como veremos adiante.

(10) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais : elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

(11) Cf. art. 4º do Dec-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), e CPC, art. 126. Na mesma linha: Código Tributário Nacional, arts. 108, II, III e 109; Código de Processo Penal, art. 3º; Código de Defesa do Consumidor, mais adiantado, prescreve que dos “princípios gerais de direito” podem decorrer “direitos” (art. 7º).

(12) SUNDFELD, op. cit., p. 149.

(13) Idem, p. 34.

(14) Idem, p. 36.

2. NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

Na teoria da metodologia jurídica tradicional normas e princípios integravam categorias distintas e diferenciáveis entre si (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*).¹⁵

O conceito de **princípio jurídico como norma de Direito** passou por um processo de evolução. Como vimos, inicialmente a concepção de princípio era diferente do conceito de norma. Divergiam no significado. Foi com as elaborações teórico-analíticas de Dworkin e Alexy que se estabeleceu o conceito de **norma de direito como um gênero**, ao qual pertencem tanto os **princípios** como as **regras**, na qualidade de **espécies** deste gênero. Entretanto, Jean Boulanger, que é considerado por Banavides como o mais destacado precursor da normatividade dos princípios, já havia feito a distinção entre regras e princípios anteriormente, embora de forma diferente da preconizada por Dworkin e Alexy, relata Espindola.¹⁶

Aceita a premissa de que norma é um gênero, não é tarefa tão simples estabelecer a diferença entre as duas espécies: princípio e regra. Mas Espindola¹⁷ faz a diferenciação de forma bem didática. Senão vejamos. A primeira distinção, de valor teórico reconhecido, foi proposta por Boulanger, com base no critério de generalidade, tendo esta sentido diferente quando aplicado a cada uma das espécies mencionadas. Ele demonstrou que **regra** é geral porque é estabelecido um número indeterminado de atos ou fatos. Mas, ao mesmo tempo, é

especial, pois regula atos ou fatos determinados, ou seja, é editada para ser aplicada a uma situação jurídica definida. Já o **princípio** é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*.

Posteriormente Dworkin introduziu mais dois critérios, fundado em duas idéias: a primeira, a do *tudo ou nada*, e a segunda, a do *peso* ou da *importância*. No primeiro critério, como o nome indica, ou as **regras** são aplicadas integralmente, ou não o são. Presentes os pressupostos de fato aos quais a regra se refira, em uma situação concreta, e sendo ela válida, terá que ser aplicada sempre. Já os **princípios** jurídicos atuam diferentemente. Quando presente uma colisão de princípios, a solução do conflito dependerá de criteriosa análise, que levará em conta o peso relativo e a importância de cada um no caso em questão.

A matéria é abordada com propriedade, em seus aspectos teórico e praxeológico, por Canotilho,¹⁸ como segue:

“Saber como distinguir, no âmbito do superconceito **norma**, entre **regras** e **princípios**, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

- a) *Grau de abstração*: os **princípios** são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as **regras** possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os **princípios**, por serem vagos e indeterminados, carecem de

⁽¹⁵⁾ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1998. p. 1.144.

⁽¹⁶⁾ Idem, p. 66.

⁽¹⁷⁾ Idem, p. 69-72.

⁽¹⁸⁾ Op. cit., p. 1.144-1.146.

mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema de fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *“Proximidade” da idéia de di-reito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “idéia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogênica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante.

Como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais:

1) saber qual a função dos *princípios*: têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta?

2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma “família” e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.”

Com relação à primeira questão, Canotilho¹⁹ distingue dois tipos de princípios, a saber, os **princípios hermenêuticos** e os **princípios jurídicos**. Os hermenêuticos podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ([...] cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, analogia jûris*).

O mesmo autor ainda assevera: “Os **princípios** interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das **regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se;

(19) *Ibid.*

2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

3) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objeto de ponderação e harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea das regras contraditórias.

4) os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).”

Para uma identificação prática de regra e princípio, Sundfeld²⁰ exemplifica:

A norma do art. 151 do Código Penal é uma regra: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena – detenção, de 1 a 6 meses, ou multa”. A norma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal é um princípio: “Todos são iguais perante a lei”. É completa, esclarecendo que tanto os princípios quanto as regras integram o ordenamento jurídico. Mas “o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”.

⁽²⁰⁾ *Ibid.*, p. 145.

⁽²¹⁾ *Ibid.*, p. 148.

3. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Na aplicação do direito, a saber, na edição das leis, na produção de atos administrativos, na solução judicial dos litígios, entre outras, os princípios podem exercer uma função hermenêutica das regras, como ainda possibilitar a colmatação de suas lacunas.

3.1 – Função Hermeneútica

Quanto à função hermenêutica dos princípios, isto é, na sua função de interpretação das regras, Sundfeld²¹ afirma que:

a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios;

b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios;

c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio.

3.2 – Função Integradora

Quando faltar uma regra para regular determinada situação, isto é, em caso de lacuna regrística, será necessário construir a regra faltante, para realizar concretamente a solução indicada pelos princípios. Aliás, é o que determina a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º), e igualmente o Código de Processo

Civil em seu art. 126, a saber: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*”.

Atente-se que se configure a aplicação de uma regra por analogia a hipótese distinta da que tem em vista, é indispensável considerar os princípios. E Sundefeld explica claramente o mecanismo:²² “O cabimento da analogia depende da similitude das situações (a tratada pela lei e a por ela olvidada) e esta só existe quando o princípio realizado pela regra é também aplicável à situação não regulada. A integração por analogia implica a aplicação, à hipótese não versada pela lei, do princípio embutido na regra que se vai transpor. Assim, a utilização da analogia é um meio abreviado de preencher a lacuna através dos princípios”.

4. PRINCÍPIOS GERAIS E FUNDAMENTAIS

Sem adentrarmos o complexo e amplo capítulo da tipologia dos princípios, o que ultrapassaria de muito as fronteiras deste limitado trabalho, teceremos agora algumas considerações sobre o conceito e conteúdo dos princípios fundamentais.

Aliás, José Afonso da Silva²³ avisadamente faz a advertência de que os “*princípios constitucionais fundamentais* são de natureza variada e nada fácil de fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético”. Com fundamento em Canotilho e Vital Moreira afirma que os “princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”. Sua

capital importância é posta em evidência no contexto da constituição, sendo que os artigos que os consubstanciam “constituem por **assim** dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas. Formam o cerne da Constituição e consubstanciam a sua identidade intrínseca”.

Canotilho²⁴ adota o seguinte conceito de princípios jurídicos fundamentais (Rechtsgrundsätze): “consideram-se princípios jurídicos fundamentais *os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”. Primeiramente cita-se sua função negativa, aplicável nos “casos limites” (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e ditadura). Esta função é igualmente importante quando emerge o perigo do “excesso de poder”. É o que ocorre, por exemplo, com o princípio da proibição do excesso de poder.

O constitucionalista acima mencionado fala também da *função positiva* dos princípios gerais, “informando” materialmente os actos dos poderes públicos. Um exemplo é o caso do *princípio da publicidade dos atos jurídicos*. Está vinculado a este princípio a exigência de segurança do direito, a proibição da *arcana praxis* (política de segredo), a defesa dos cidadãos perante os atos do poder público.

E aqui, dando grande amplitude ao conceito, Canotilho fala do *princípio do acesso*

⁽²²⁾ Ibid.

⁽²³⁾ Idem, p. 93-95.

⁽²⁴⁾ Idem, p. 1.149.

ao direito e aos tribunais (cfr. art. 20º), como um princípio geral que postula não só o reconhecimento da possibilidade de uma defesa sem lacunas, mas também o exercício efectivo deste direito (ex.: direito ao patrocínio judiciário, direito à informação jurídica).

Os princípios fundamentais não são homogêneos quanto ao conteúdo e ao objeto, e dividem-se em três grupos: o primeiro é constituído pelas chamadas *opções políticas fundamentais* conformadoras da Constituição; o segundo grupo integra os preceitos que *definem e caracterizam juridico-constitucionalmente a coletividade política*, isto é, definem a República e o Estado em que ela se organiza; o terceiro grupo é constituído pelos preceitos que contêm *princípios fundamentais da ordem juridico-constitucional*.²⁵

Relembrando monografia anterior de sua autoria, a propósito da lição de Crisafulli sobre as normas-princípio, Afonso da Silva²⁶ fala do exemplo que indicou na ocasião, apontando os arts. 1º a 6º da Constituição de 1969, a que chamou de *normas fundamentais*. Este mesmo autor pátrio elaborou uma classificação destes princípios, de certo modo mais complexa e ampla do que a do autor português, assim estruturada: princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: (...); princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: (...); princípios relativos ao regime político: (...); princípios relativos à prestação positiva do Estado: (...); princípios relativos à comunidade internacional (...);²⁷ destacando a importância dos princípios para a hermenêutica das normas da Constituição, destacou a dimensão constitutiva dos princípios fundamentais.

Espíndola²⁷ afirma que “os princípios fundamentais podem ser considerados de acordo com o conteúdo específico de cada um ou conjugadamente, na inter-relação que se pode estabelecer entre princípios de conteúdos distintos”.

Analisemos, digamos, o aspecto de conjugação. Atuando conjugadamente os princípios se completam, condicionam-se e modificam-se reciprocamente. Atuam sobre uma *base antropológica comum* – o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador, apontando para o reconhecimento da dignidade humana e para a autonomia individual perante o Estado (dimensão de Estado de Direito); também atuam numa inserção do homem livre num *processo democraticamente comunicativo* (princípio democrático), e quanto à garantia existencial do individuo nos planos econômico, social e cultural (princípio do Estado social), esclarece o mesmo autor.²⁸

5. FORÇA NORMATIVA IMEDIATA DOS PRINCÍPIOS

Esta é uma questão polêmica. Segundo Canotilho²⁹, podemos enfocá-la sob três diferentes aspectos: a) como fundantes de uma pretensão em juízo (administrativo ou judicial); b) como limites ao poder de reforma constitucional; e c) como parâmetros no juízo de constitucionalização por ação.

Quanto ao primeiro questionamento, o constitucionalista supra referenciado reconhece que, atualmente, não é possível *fundamentar*

²⁵ Cf. Ruy Samuel Espíndola. Conceito de Princípios Constitucionais, p. 205.

²⁶ Idem, p. 94. Referência a sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 108, 1. ed. de 1968.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Idem, p. 206.

²⁹ Apud Espíndola, idem, p. 210-211.

autonomamente “recursos de direito público” com princípios constitucionais. Explicitando, a idéia é que a norma princípio possa fundar, de forma única ou predominante, o juízo de formulação da norma jurídica concreta: a norma de decisão. Todavia, este autor, sem afirmar explicitamente, parece inclinar-se em favor desta possibilidade, é o parecer de Espíndola.³⁰ E prossegue, dizendo se deva considerar, ainda, que “o ato de aplicar o Direito é um ato de aplicação da ordem jurídica globalmente considerada (Bobbio e Grau), e não ato aplicativo de uma norma isolada, ilhada em uma disposição, alínea, parágrafo ou artigo legal nos quadrantes do sistema jurídico positivo”. Mas seria o caso de perguntar-se: no que tange às condições da ação, quanto à *possibilidade jurídica do pedido*: pode um princípio fundamentar, juridicamente, uma pretensão em juízo?

Reforçando a posição defensiva da força normativa imediata dos princípios constitucionais, Espíndola³¹ traz à colação a assertiva de Celso A. Bandeira de Mello e Luiz Barroso, que sustentam poder um princípio constitucional ser fonte de direito subjetivo ou poder embasar uma pretensão jurídica anulatória, em que se discute a legitimidade de ato praticado em desacordo com princípio constitucional. E mais, para Gilmar Ferreira Mendes e Roque Antonio Carraza, “a violação a princípio constitucional pode ensejar, inclusive, a interposição de recurso extraordinário, com base no art. 102, III, *a*, da Constituição vigente, pois

os princípios, tanto os expressos como os implícitos, enquanto normas, enquadram-se na categoria normativa “dispositivo da Constituição”. Estas autorizadas interpretações estão acordes com o pensamento de Canotilho de que seja discutível a não aceitação dos princípios como fundamento autônomo de recursos.

Por outro lado, cabe considerar o parecer de Inocêncio Mártires Coelho,³² que afirma: “A propósito do tema, ao ensejo do exame do Mandado de Injunção n. 107, quando nos manifestamos, como representante do Ministério Público Federal, sobre a preliminar relativa à auto-aplicabilidade do dispositivo que instituiu essa nova garantia constitucional, estudamos a questão ..., tendo concluído que não existe um critério que permita identificar, com segurança, quais dispositivos constitucionais podem ser reputados auto-aplicáveis e quais outros dependem de regulamentação”.

E prossegue o autorizado jurista e professor: “... em que pese o prestígio de alguns dos modernos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, as respostas por eles oferecidas, em sua quase totalidade, embora pareçam ministrar novos critérios para resolver o velho problema, em verdade o que têm feito é repetir as teses expostas pelos antigos, sem avançar um passo sequer no ponto em que a questão permanece criticamente estacionada. Mais, ainda, padecendo do mesmo vício tautológico das propostas que pretendem superar, esses pensadores “pós-modernos” acabam por

⁽³⁰⁾ Idem, p.213. Esta parece ser uma lícita conclusão, de acordo com uma visão atenta de sua obra. Essa conclusão também permite assemelhar, *mutatis mutandis*, essa posição de Canotilho com a de Kelsen, para quem da norma geral – princípio, no caso – se pode deduzir a norma individual, concreta, veiculada pelo ato sentencial ou administrativo que a dita, nas hipóteses da vida.

⁽³¹⁾ Idem, p. 214.

⁽³²⁾ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Hermeunética constitucional e direitos fundamentais. 2. tir. Brasília : Brasília Jurídica, 2002. p. 41-43.

afirmar, em linguagem rebuscada, que são auto-aplicáveis as normas constitucionais que não dependem de outras para a sua aplicação”. Finaliza este autor, formulando críticas aos estudos de Jorge Miranda e Canotilho ao dizer: “Quanto aos modernos doutrinadores, apesar dos louváveis esforços que têm feito para densificar a eficácia das normas constitucionais não auto-aplicáveis, nomeadamente a das chamadas disposições *programáticas*, ... forçoso é reconhecer-se que pouco avançaram nesse árduo empreendimento ... O mesmo se poderá dizer sobre o balanço de Gomes Canotilho, essencialmente idêntico, no particular, ao do seu ilustre compatriota (Jorge Miranda), apesar ou por causa da afirmação otimista de que “ ... marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da *morte* das normas constitucionais programáticas”.

6. COLISÃO ENTRE NORMAS

6.1 – Conflito entre regras

Espíndola³³ informa que Grau inclui esta questão nas chamadas antinomias jurídicas. Tratando do assunto, pode-se considerar o “conflito entre regras” e a “colisão de princípios” (Alexy). O conflito entre regras é o que se chama de *antinomias jurídicas próprias*; enquanto a colisão entre princípios são designadas de *antinomias jurídicas impróprias*.

Na hipótese de confrontação entre regras, a solução do conflito se dá pela exclusão da regra conflitante do sistema jurídico, tendo em vista sua incompatibilidade com outra norma de igual validade, integrantes do mesmo ordenamento. A solução do conflito ocorre no âmbito da

validade. Os critério de afastamento da regra incompatível é estabelecido em cada ordem jurídica. Por exemplo: *lex superior derogat inferiorem* – critério hierárquico; *lex specialis derogat generalem* – critério da especialidade; *lex posterior derogat priorem* – critério cronológico.

Considerando os direitos fundamentais, por exemplo, verifica-se que estes são heterogêneos e seu conteúdo é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais. Logo, é freqüente o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente, são as lições de Farias.³⁴ Para este autor, a colisão dos direitos fundamentais pode ocorrer de duas formas: a) colisão do exercício de um direito fundamental com outro similar (colisão entre os próprios direitos fundamentais); b) colisão do exercício de um direito fundamental com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais).

A solução destes conflitos pode ser atribuída ao legislador, quando a Constituição remete à lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Assim, havendo reserva de lei na Constituição para um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver o conflito, comprimindo o direito ou direitos restringíveis, respeitado o núcleo essencial dos direitos envolvidos. Em se tratando de direitos não sujeitos à reserva de lei, a solução caberá aos juízes ou tribunais.

⁽³³⁾ Idem, p. 74-75.

⁽³⁴⁾ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. 2. ed. Porto Alegre : Fabris Editor, 2000. p. 116.

O intérprete-aplicador deve ponderar os bens envolvidos para resolver a colisão, sempre buscando o mínimo de sacrifício dos direitos envolvidos. Para tanto, poderá utilizar-se dos princípios da concordância prática ou da harmonização, da proporcionalidade, entre outros, respeitando o princípio da unidade da Constituição.

6.2 – Colisão entre princípios

Consideremos agora a colisão entre princípios. Neste caso, o das chamadas *antinomias jurídicas impróprias*, não há exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes. Embora possa haver incompatibilidades, pois sendo a Constituição um sistema aberto de princípios, potencializa a possibilidade de tensões ou conflitos, não é o caso de exclusão, cabendo ao aplicador do Direito escolher um dos princípios, valendo-se da análise do *peso* e da *importância*, como esclarece Dworkin.³⁵ Deve-se buscar um balanceamento de valores e interesses. O princípio afastado, entretanto, continua válido no ordenamento jurídico e apto a ser aplicado em outro caso concreto, quando cabível.

II – PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO À SAÚDE

1. Conceito e natureza jurídica de saúde

Em recente estudo realizado, abordamos a questão da saúde em nosso contexto jurídico e

social, sendo dignas de consignação algumas das considerações expendidas.³⁶

O **tema da saúde** continua revestido da mais **alta relevância**, por se tratar de elemento vital a todo ser vivente, subsistindo **inquestionável** a sua **atualidade**. Saúde, tanto pessoal quanto pública, é um dos mais significativos aspectos da cidadania. Daí seu exaustivo tratamento no texto constitucional, contemplado com mais de cinquenta referências. Embora as questões de tratamento da saúde sejam geralmente do âmbito médico-ético, transcendem tais limites, para alcançar a esfera jurídica, quando se busca proteção mais ampla e completa da pessoa humana.

Mas, afinal, qual é o conceito de saúde aceitável para o presente estudo? Vejamos, inicialmente um conceito geral, introduzido por uma organização de saúde internacional. A Organização Mundial da Saúde – OMS conceitua saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Como se pode observar, é significativamente ampla a abrangência conceitual e sua área de ação. Para Segre e Ferraz, apud Schwartz,³⁷ “Um aspecto decisivo é o de que a saúde é a realidade de cada um, isto é, um estado de razoável harmonia entre o sujeito e sua própria realidade”. Ou, nas palavras de Dallari, por este autor lembradas: A saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser alcançado. Uma “imagem-horizonte” da qual tentamos nos aproximar. É uma busca constante do estado de bem-estar. Ou ainda, o conceito formulado por Schwartz: “saúde é um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa a melhor qualidade

⁽³⁵⁾ Cf. Espíndola, op. cit., p. 75.

⁽³⁶⁾ CIETTO, Luiz. Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 18, n. 2, p. 118-168, 2002.

⁽³⁷⁾ SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde : efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 42-43.

*de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar”.*³⁸

Então, qual a natureza jurídica deste bem, de tão grande importância para a conservação e desenvolvimento da vida humana? **É a saúde efetivamente um direito, e um instrumento afirmativo da cidadania?** Como alcançar este ideal? Continuamos entendendo que se trata de questão das mais complexas, intrincadas e polêmicas, a desafiar a argúcia e pertinácia de quantos se propõem a estudá-la.

Para deslindar este problema há que se estudar não apenas a natureza jurídica deste instituto, como igualmente buscar as garantias e proteção de tais direitos, eventualmente disponíveis. Uma análise da mais adequada tutela jurisdicional deve ser definida. É o que perseguiremos nas análises subseqüentes.

2. DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS SOCIAIS

2.1 - Direitos subjetivos e sociais

É incontestável que a categoria **direito subjetivo** tem sido, de há muito, fundamental na teoria do direito ocidental, sem embargo de análises e críticas doutrinárias. Igualmente, tem sido outorgada primazia ao direito subjetivo na

prática jurídica dos tribunais, pelos operadores e usuários do direito, enfim, por todos os envolvidos com o campo jurídico. Em todos os questionamentos está sempre presente a idéia de direito subjetivo. Tenho direito de fazer isto? Tenho direito de fazer aquilo?³⁹ Por outro lado, dispõe o art. 75 do nosso Código Civil: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Logo, pode-se deduzir logicamente: **direito subjetivo é direito de ação**.

Todavia, vem se consolidando ultimamente uma espécie de “direitos” quase desprovido de tutela. Referimo-nos aos direitos sociais. Segundo o disposto no art. 6º de nossa Constituição Federal (“*verbis*”): **São direitos sociais** a educação, a **saúde**, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Quais as ações que asseguram, garantem e viabilizam os tais “direitos sociais?” A quem corresponde o dever reflexo respectivo? LOPES⁴⁰ pergunta e ele mesmo responde às suas próprias perguntas, num percuciente estudo. Diz tratar-se de análise mais ampla e profunda que a exegese e a filologia jurídicas. Insere-se no campo da teoria geral do direito, pois trata do ordenamento de modo geral e de uma categoria jurídica em si, antes de ser um instituto particular. Alcança as raízes da organização da cidadania. E completa: “Coloca-se também na esfera da Filosofia do Direito, visto que diz respeito à justificação racional da justiça de uma norma e, muito particularmente, à realização da justiça”.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁾ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In FARIA, José Eduardo (organizador). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2002. p. 113-114.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid*, p. 113-114.

É indiscutível que os direitos sociais constituem tema da mais alta relevância e atualidade para os operadores e usuários do direito. Integram hoje considerável número de ações sub-judice, estão em discussão nos legislativos e na administração pública, sendo objeto de preocupação dos estudiosos do direito. Deve-se reconhecer, entretanto, que os direitos sociais, mesmo reconhecidos como direitos subjetivos, diferem substancialmente dos direitos individuais, pois sua fruição é distinta.

Não se trata de saber simplesmente se existe uma possibilidade de agir em juízo. Antes urge reconhecer a necessidade de ação estatal para a completa efetividade dos direitos sociais. Preliminarmente é necessário esclarecer se todos os cidadãos têm o direito de exigir, judicialmente, a execução real de políticas públicas e a prestação individual de serviços públicos. Em seguida, resta saber se e como o Judiciário poderia determinar a execução de políticas públicas, respeitando a independência e harmonia dos poderes.

A prestação de serviços está diretamente relacionada a planejamento e à disponibilidade de recursos. "Sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado. Paradoxais e quase inúteis seriam, então, as decisões judiciais a respeito de qualquer direito social?" À sua própria indagação, novamente LOPES⁴¹ responde: "eventualmente não".

Ante a insuficiência de instituições de saúde, da rede de ensino, de servidores qualificados para a prestação dos serviços, qual a providência cabível? Terão preferência os afortunados detentores de uma liminar ou tutela antecipada? E como ficariam os demais,

igualmente necessitados e à espera do atendimento?

A viabilidade jurídica desta solução é instigante e altamente discutível, quando somos obrigados a considerar que o serviço público é obrigado a respeitar os princípios da universalidade, impessoalidade, isonomia, subordinando-se, ainda, o atendimento a certas prioridades. Assim, surgem grandes dificuldades para defender direitos sociais com instrumentos individuais.

Ademais, impõe-se considerar o fato de **muitos dos direitos sociais não serem exercíveis exclusivamente contra o Estado**, como muito bem nos lembra LOPES⁴². Exemplifica: o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal), ou o direito à promoção da defesa do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, V). Como se observa, o conflito de interesse não está, primariamente, entre o Estado e o cidadão, mas entre cidadãos. E completa este respeitável jurista, afirmando: "**Cada vez mais, os direitos sociais interessam à proteção de alguns cidadãos contra outros, capazes de violarem a ordem pública, o bem comum, o gozo pacífico do patrimônio comum da humanidade, etc.**".

Mencionando a criação de alguns **remédios constitucionais destinados à exigibilidade concreta dos direitos**, poder-se-ia falar do **mandado de injunção**, previsto no art. 5º, inciso LXXI. Este, porém, parece mais indicado para a proteção de direitos negativos (limitação do poder público), do que à defesa ativa e promocional dos direitos sociais. Outro é a **iniciativa popular de leis**, disciplinado pelo

⁽⁴¹⁾ Ibid, p. 133-134.

⁽⁴²⁾ Ibid, p. 131.

art. 61, parágrafo 2º, embora não incluído no âmbito judicial.

2.2 – Os novos direitos sociais

Os chamados *novos* direitos sociais estão integrados a diversos dispositivos do nosso texto constitucional vigente, e também a anteriores. Constatam ainda de diversas constituições contemporâneas. **Diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos e deles se distinguem, não apenas por serem coletivos, mas também por exigirem remédios distintos, segundo entende Amaral⁴³.**

Assim, os direitos da liberdade (negativos) têm sede constitucional. Já os direitos sociais (positivos) dependeriam de meios materiais, e da mediação legislativa e orçamentária. Esta é a posição da doutrina dominante, muito embora **persistam grandes polêmicas quanto à possibilidade de direitos a prestações positivas diretamente da constituição**. É o caso do direito americano (e também do brasileiro, como veremos adiante). Enquanto as constituições de cinquenta estados norte-americanos asseguram prestações positivas, os tribunais estaduais relutam em reconhecer tais normas como geradoras de deveres estatais⁴⁴. Adiante, discutiremos mais detidamente a posição dos tribunais brasileiros sobre este tema.

De acordo com esta mencionada dicotomia, apresentam-se três grandes correntes, a saber:

2.1.1 – a dos que entendem ser exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais;

2.1.2 – a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos;

2.1.3 – a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, ficando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

2.3 – Direito difuso e direito coletivo

Rocha⁴⁵ considera a saúde como um direito difuso, com base no art. 196 da Constituição vigente, que dispõe ser este bem um direito de todos, em consonância com o conceito normativo do CDC (art. 81, I), como direito transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Afirmar ainda que Mauro Cappelletti assim o considera, quando ensina que o direito à saúde e à segurança social têm caráter difuso, pertencente à coletividade. Contudo, concorda este autor que a Carta Magna garante o direito à saúde como um direito público subjetivo exigível contra o Estado. E cita o pensamento de Sueli Dallari, para quem “nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988”.

Completa Rocha reconhecendo a possibilidade de análise do direito à saúde sob diferentes óticas, dependendo da titularidade e

⁴³ Ibid, p. 59-60.

⁴⁴ AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 60-61.

⁴⁵ ROCHA, Julio César da Sé da. Direito da saúde : direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo : LTr, 1999. p. 46-47.

da divisibilidade do bem tutelado. Diz ser incontestável, por exemplo, “a existência de um direito individual à saúde, enquanto restrito à incolumidade ou segurança individual”. Lembra, porém, que a tendência contemporânea centra-se “na dimensão da proteção dos direitos metaindividuais da sociedade”.

3. DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

3.1 – Primórdios constitucionais

Sem adentrar em uma revisão histórica dos direitos à saúde, vamos consignar alguns marcos históricos de sua evolução. Encontramos os primeiros registros da positivação do direito à saúde em sede constitucional a partir de 1934. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1.934, estabelece que (verbis):

Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

II – cuidar da saúde e assistência públicas;

Já a Constituição Federal de 1.946 dispõe em seu art. 5º que compete à União legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde.

Em nosso ordenamento jurídico vigente o ápice do sistema de saúde ascendeu à dignidade constitucional, enquanto coube à legislação ordinária organizar o Sistema Único de Saúde - SUS. A Constituição de 1.988 avança em matéria de políticas de saúde, ao adotar um conceito de seguridade social. Logo no início, no art. 6º estabelece os direitos sociais, dentre os quais a **saúde**. No art. 7º dispõe sobre direitos do trabalhador, visando à melhoria de sua

condição social, e disciplina a questão salarial, para garantir o atendimento de necessidades básicas, como moradia, educação e a **saúde**, entre outras. A Carta Magna, no Título VIII (Da Ordem Social) abre o Capítulo II (Da **Seguridade Social**), dispondo sobre **saúde**, previdência e assistência social, denotando significativa inspiração no *Welfare State* europeu. A Seção II trata especificamente - Da Saúde. Outros dispositivos da Constituição que versam sobre a saúde podem ser citados: artigos 5º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230, em relação não exaustiva.

3.2 – Particularidades da Constituição de 1.988

3.2.1 – Saúde – direito de todos e dever do Estado

Mas a disposição normativa central sobre saúde encontra-se no **art. 196** da Constituição Federal vigente, ao estabelecer que **a saúde é direito de todos e dever do Estado**. O amplo direito assegurado no título em epígrafe inclui a garantia da redução do risco de doença e de outros agravos. Garante, também, **acesso universal e igualitário** às ações e serviços. E isto não é tudo, pois garante, ainda, além de tratamento curativo, a promoção e proteção da saúde, ações de caráter preventivo, além da reabilitação. Isto é o que reconheceu o constituinte, no mencionado art. 196.

Este generoso e compreensivo conceito estabelece, desde logo, um compromisso com o princípio da universalidade da prestação dos serviços e ações, e mais, sob os auspícios e responsabilidade estatais. No plano discursivo, o Estado assume os riscos em prol da cidadania e do reconhecimento da saúde como direito

social. No campo das realidades fáticas, e diante da frieza assustadora do espectro das possibilidades, seria o caso de se indagar: este dispositivo é viável ou constitui mera utopia?

A propósito da universalidade do atendimento pelos serviços públicos de saúde, determinado pelo referido dispositivo da Constituição, entendemos oportuno relembrar as judiciosas **palavras do infectologista David Uip**, professor da Faculdade de Medicina da USP e diretor de uma entidade de apoio a aidéticos, reproduzidas por Amaral⁴⁶:

“Acho que isso é engano de retórica: não há recursos para atender todos com dignidade. ... o Estado tem de saber até onde pode chegar, e a sociedade vai ter de ... fazer o resto. O modelo está pronto. (...). Se você tira do SUS os 41 milhões de pessoas que têm plano de saúde, o atendimento para quem fica vai melhorar.”

O art. 197 disciplina aspectos de relevância pública para as ações e serviços de saúde, e atribui competência ao Poder Público para legislar sobre sua regulamentação, fiscalização, controle e execução direta, terceirizada, ou exercida por pessoa física ou jurídica de direito privado.

4 - A DEFESA DOS DIREITOS À SAÚDE: POSSIBILIDADES, LIMITAÇÕES E TENDÊNCIAS

4.1 – Considerações gerais

Como já analisamos, a questão dos direitos à saúde enseja farta discussão quanto à

sua natureza, fundamentos, classificação dos direitos, e outros aspectos, bem como quanto à instrumentalização de sua defesa. Surgem acalorados debates doutrinários e divergências jurisprudenciais, quando se demandam direitos da saúde. Como direitos sociais, a saúde encontra sérias limitações nas lides individuais.

Sendo os recursos financeiros disponíveis nesta área sempre escassos ou insuficientes, há que se estabelecer critérios de alocação. Os critérios de alocação são objeto de estudo da justiça distributiva e de seus princípios que, dada as naturais limitações do presente trabalho, também não serão aqui abordados, ficando para outra oportunidade.

Todavia, as implicações práticas da questão nos levam a considerar a necessidade de cuidadoso tratamento hermenêutico e judiciosa fundamentação jurídica por parte dos operadores do direito na defesa destes inalienáveis direitos, essencialmente ligados à própria vida, e recomendam também o questionamento do papel do Judiciário. Se tudo se modifica, e com velocidade sempre ascendente, é difícil entender que só a justiça deixe de modificar-se. As decisões judiciais devem evoluir constantemente. E estão evoluindo.

4.2 – Eficácia da tutela jurisdicional

Merece consideração a respeitável assertiva do eminente **Ministro Asfor Rocha**⁴⁷: *“como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de*

⁽⁴⁶⁾ Ibid, p. 36.

⁽⁴⁷⁾ ROCHA, Asfor César. Temas de medicina na jurisprudência do STJ. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 371.

encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável”.

Tanto na esfera das reivindicações judiciais em face do Poder Público, quanto nas relações jurídicas no âmbito privado, nota-se significativa evolução no pensamento e atuação do Judiciário em matéria de direitos da saúde.

Com relação aos acalorados debates sobre o caráter programático de normas constitucionais sobre saúde e quanto à possibilidade de tutela de direitos fundamentais originários o Supremo Tribunal Federal tem evoluído em suas decisões. As posições doutrinárias também não são pacíficas. Destas questões nos ocuparemos mais adiante.

Merece nossa atenção a análise do pensamento dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e dos Tribunais dos Estados no que tange à interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos diversos contratos de natureza privada, envolvendo relações de consumo, incluídos os contratos de planos e seguros de saúde.

Considera-se relevante a discussão sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde. Avulta a questão da cobertura assegurada aos clientes, especialmente quanto ao aspecto temporal, e no que tange às doenças por ela abrangidas, e ainda sobre as cláusulas abusivas.

Quanto à **limitação temporal** ao direito de usufruir o plano de saúde, informa o referido Ministro do STJ, houve uma inicial divergência entre as Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Para dirimir a divergência, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afetou à Segunda Seção o julgamento do REsp. n. 251.024/SP, julgamento realizado em 03-04-2000, a pacificar

o entendimento no sentido de que, sendo a doença coberta pelo contrato de seguro, não se pode impor limite temporal para o seu tratamento, porque o consumidor não tem como prever quanto tempo durará a sua recuperação.

Do v. acórdão restou sumariado (*verbis*):

II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Quanto ao rol das **doenças abrangidas** pelos planos de saúde, sabe-se que as empresas do ramo se utilizam de **cláusulas de exclusão** das chamadas **doenças preexistentes**, ou seja, as que já se manifestavam no beneficiário no momento da contratação, mesmo que de forma modesta ou incipiente.

Contudo, a **abrangência** ou não dessas doenças **dependerá da prova** de que o mal já afligia o consumidor ao tempo da contratação, bem como de que o mesmo tinha efetivo conhecimento desse fato.

Essa é a linha de decisão no AgRgAg n. 3.727/SP e nos REsp. n. 40.491/RJ e n. 191.241/PR.

No REsp. n. 198.015/GO (Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 17.05.1999), decidiu-se que “se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume o risco do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar”.

Resta registrar que em diversos precedentes tem sido admitida a cobertura de Aids por planos de seguro-saúde, desde que não tenha havido má fé do segurado, bem como restrição à referida síndrome no período da contratação, ou que a empresa não tenha providenciado a feita de exames prévios.

Por oportuno trazemos à colação pronunciamentos de órgãos do Judiciário ao dirimir conflitos referentes a questões de saúde, conforme relato do ilustre membro do Ministério Público carioca, Ronaldo Simão⁸⁸, ao intervir em ação movida contra o Poder Público. São suas as seguintes narrativas.

“Recentemente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro veio a pronunciar decisão em lide envolvendo o poder público estadual em face de número significativo de pleiteantes, em reivindicação referente a tema de saúde coletiva, de pronunciada atualidade.

Refiro-me à querela em que entidades de defesa e cidadãos portadores do vírus da imunodeficiência humana pretenderam compelir o órgão governamental específico ao fornecimento gratuito e sistemático dos medicamentos desenvolvidos recentemente, e popularizados sob a genérica denominação de coquetéis e que levaram à cronificação da doença, estendendo, a princípio ilimitadamente, a sobrevida dos soropositivos.

A ação, ainda em forma de medida cautelar, foi proposta originariamente frente ao Juízo Fazendário, que, tendo deferido liminarmente a pretensão, obrigou o poder público ao fornecimento dos medicamentos ao universo dos solicitantes.

Esta circunstância levou a Procuradoria do Estado a produzir agravo de instrumento, em

que, em face da intervenção obrigatória do Ministério Público, a nós coube formular o parecer cabível, afinal acolhido unanimemente pelo Tribunal”.

Em idêntico sentido, e de forma sensivelmente mais precisa, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, também em ação cautelar promovida contra o estado:

Ação Cautelar. Liminar contra o Estado. Fornecimento de coquetel de medicamentos para tratamento da AIDS. Admissibilidade. Estando presentes as condições especiais do processo cautelar, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, posto que o direito à vida é o maior deles e que a droga é de comprovada eficácia, porém custosa e fora das possibilidades econômicas dos enfermos, é dever do Estado custeá-la. Inteligência do art. 196 da CR. Liminar mantida. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento 22.239 -5-São Paulo - 8ª Câmara de Direito Público - Relator: Felipe Ferreira - 18-12-96 - v.u.).

Prosseguindo na análise do tema, Simão acrescenta:

“Os exemplos apresentados parecem eloqüentes de como, através de adequado exercício interpretativo, pode o conflito de interesses em matéria de saúde, quando laborado de forma embasada frente ao Poder Judiciário, produzir deslinde significativo de superior exercitação de cidadania.

Até mesmo com repercussão na sociedade como um todo, eis que, nesta específica matéria, lides como as aqui referenciadas, em somatório a outras similares, raras, aliás, findariam por resultar na imediata generalização da prática de distribuição dos produtos em nível nacional, como hoje se vê.

⁸⁸ Ibid, p. 3-7.

Curiosamente nem por isto o alegado caos financeiro nos orçamentos de saúde que pretensamente resultaria de decisão favorável aos pleitos jamais aconteceu; nada, pelo menos, além da desordem já conhecida de todos...

Trata-se, pois, de uma faceta da complexa questão da garantia de preservação da saúde, individual e pública, cuja solvabilidade vem de ter berço nos órgãos judiciários do país”.

4.2.1 – Abrangência dos litígios sobre saúde

Cada vez se amplia mais o campo de litígios sobre saúde, tanto em relação aos entes públicos, como no que tange ao Plano Privado de Assistência à Saúde. Ações condenatórias, declaratórias e mandamentais são propostas. Vicejam medidas cautelares e pedidos de tutela antecipada. Os direitos tutelados abrangem amplo espectro, versando sobre aspectos contratuais os mais diversos, como prazo e tipo de internação, carência, doenças pré-existentes, publicidade enganosa, responsabilidade civil de profissionais de saúde, solidariedade dos hospitais, e outros.

Os tribunais têm protegido inclusive os danos morais de pacientes e familiares.

Sobre o tema Rizzatto Nunes narra marcantes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo⁴⁹:

INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Dano moral – Plano de saúde – Pessoa idosa e seriamente doente – Profundo desgosto diante da ameaça constante de não receber tratamento médico-hospitalar contratado – Ver-

ba devida – Valor fixado que não se afigura elevado, sopesadas a extensão dos danos e a posição sócio-econômica da contratada – Recurso não provido.

O v. acórdão é de 15 de outubro de 1998, sendo Relator o douto Desembargador Ivan Sartori.

Veja-se este outro interessante enfoque do direito à saúde, sutilmente captado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ampliando a abrangência da garantia deste direito.

DANO MORAL – Empresa prestadora de serviços médico-hospitalares – Descredenciamento de hospital sem prévio aviso – Associado e familiares submetidos à demora vexatória e humilhante em face desse desligamento – Indenização devida – Apelo provido.

(AC 62.883-4 – SP – Aptes.: R.R.G e outros – Apdo.: C.T.) (Voto n. 2.653)

O v. acórdão é de 11 de fevereiro de 1999, sendo relator o douto Desembargador Testa Marchi que, em seu VOTO, faz assertivas de grande significância, dignas de registro, a saber:

3. O não-atendimento da paciente pelo convênio porque a empresa prestadora de serviços médicos não avisou, com antecedência, o associado sobre o descredenciamento do hospital, o que provocou demora e desconforto à usuária e seus familiares, expondo-os a vexame público, está a exigir a reparação do dano moral sofrido, sabido que este tem também função punitiva para o ofensor.

De fato, só não foram prestados melhores serviços pelo hospital pelo fato de não mais

⁽⁴⁹⁾ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 3-6-1988). 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 268-273.

existir o convênio. Se a cliente tivesse sido avisada com antecedência pelo réu, certamente seus familiares procurariam outro estabelecimento em busca de tratamento, sem necessidade de incorrerem nos riscos da demora no atendimento e de se exporem às dificuldades, obstáculos, dissabores e aflição que a situação lhes causou. A dor, o vexame e humilhação, no caso, fugiram à normalidade de uma demora num nosocômio qualquer, não estando fora de órbita a necessidade da reparação porque o réu descuidou do exercício de suas atividades, pois lhe competia avisar, com a antecedência necessária sobre o desligamento daquele hospital, cabendo-lhe indenizar a segurada e seus familiares que se viram impedidos do atendimento com presteza, provocando um desconforto e uma situação que gerou sofrimento, angústia, humilhação e abatimento moral, além de obrigar os autores a procurarem a Justiça para o ressarcimento dos gastos tidos com o tratamento.

Outrossim, não é exercício regular do direito o encerramento do convênio entre a empresa prestadora de assistência médico-hospitalar e o nosocômio, sem prévio aviso ao associado, fazendo com que este se dirija ao hospital descredenciado quando o caso requeria tratamento de urgência, ofendendo a sua integridade moral como também de seus familiares acompanhantes, atingindo-os internamente no seu sentimento de dignidade, causando-lhes não só constrangimentos ou melindre e, indiscutivelmente, dano moral pelos sentimentos repulsivos que a dispensa unilateral do nosocômio, sem prévio aviso, gerou.

4.3 – TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS DO STF E STJ

4.3.1 – O entendimento do STF

Importantes discussões doutrinárias afloram quando em estudo a relevante questão do **direito à saúde**. Pode-se defender o direito originário a prestações positivas do Estado, sem a intermediação do legislador? É plausível a defesa da teoria maximalista ou estamos presos às decisões minimalistas? Que dizer da posição doutrinária da proteção do mínimo existencial?

O Supremo Tribunal Federal – STF tem evoluído no julgamento destas questões em recursos apreciados em 1999 e 2000. Proferiu importantes decisões sobre o fornecimento de remédios para aids, ampliando sobremaneira seu posicionamento quanto ao direito em apreço.

Lobo Torres, comentando julgamentos do STF sobre o direito à saúde, produz percuciente estudo, a que denominou “O Supremo Tribunal Federal e as Decisões Minimalistas”.⁵⁰

Informa o jurista que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da legislação gaúcha – Leis n. 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 – que reconheceu o direito dos portadores de AIDS, sem recursos financeiros, à obtenção de medicamentos por parte do Estado.

Esclarece que as decisões do STF deram pela constitucionalidade com o argumento de que as leis ordinárias eram plenamente compatíveis com o art. 196 da Constituição Federal.

⁽⁵⁰⁾ TORRES, Ricardo Lobo. O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas (comentário à ementa do AGRRE 273.834-4, Ac. de 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, D.O.U. de 02.02.2001, p. 137). In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 388-391.

No RE 242.859 – RS, sendo relator o Min. Ilmar Galvão, decidiu a 1ª Turma, em 29.06.99, DJ 17.9.99:

“ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93), por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados.”

Diz Lobo Torres que as ementas dos acórdãos proferidos no RE (AgRg) 271.286 – RJ (Informativo 210) e no RE 267.612 (decisão de 2.8.2000, DJU de 23.8.2000, informativo 202), em que foi relator o Min. Celso de Mello, reproduzem aproximadamente o mesmo texto.

Segundo suas palavras, “exurgem dos acórdãos referidos algumas conclusões da maior importância para o futuro dos direitos fundamentais no Brasil”.

A **primeira conclusão** diz respeito ao **acatamento ao princípio da “reserva do possível”** ou da “reserva do orçamento”. Ou seja, a proteção estatal se faz baseada em lei estadual, compatível com a Constituição e com a legislação federal para aidéticos (Lei n. 9.313/96), que também prevê medicamento gratuito. Afirma Lobo Torres que o STF não

afirmou o direito originário a prestações positivas do Estado, sem a intermediação do legislador, como defendia antigamente o professor português J.J. Gomes Canotilho.

A **segunda conclusão** deste jurista consiste em que o fornecimento de medicamento se restringe às pessoas carentes, enquadrando-se, portanto, na **proteção do mínimo existencial** que, como assevera, é região na qual os **direitos sociais**, como o direito à saúde curativa, se **transformam em direitos fundamentais**, ganhando, para alguns, o *status* de direitos fundamentais sociais.

A seguir, **Lobo Torres** faz acurado **comentário** sobre o **AGRRE 273.834-4, STJ, Ac. de 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, D.O.U. 02.02.2001.**

Reconhece que a conclusão é justa e de grande alcance. Mas critica o STF por estender-se demasiadamente na fundamentação, e declara que esta trouxe desnecessárias dúvidas para a afirmação do direito à saúde no país. Prefere seguir a linha do constitucionalista americano Cass Sunstein, segundo o qual “as decisões dos tribunais constitucionais devem ser minimalistas, isto é, devem se restringir à solução do caso emergente, sem generalizações que lhes vinculem as ulteriores decisões”.

Afirma que o referido acórdão, “preferiu adotar o estilo maximalista, esparramado e bombástico”, ao proclamar de forma retórica e contrastante com o teor e o alcance da decisão que:

“O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível

assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).

Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário a assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSISTENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Após a fiel transcrição supra, comenta Lobo Torres que “a leitura da longa e

desnecessária ementa pode conduzir à conclusão de que o direito ao fornecimento de remédios é obrigação do Estado e direito fundamental do contribuinte. É inegável que **as ementas maximalistas deixam sem respostas as principais indagações que se fazem sobre os direitos humanos** e conduzem à banalização de tão importante temática”. E apresenta as indagações seguintes:

a) o direito à saúde, qualificando-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, é protegido em sua extensão máxima em todo o Brasil ou apenas em Estados, como o Rio Grande do Sul, que expediram legislação específica?

b) o direito a medicamentos estende-se, além da AIDS, a outras doenças terminais?

c) o direito a medicamentos e a prestação de medicina curativa restringe-se aos carentes ou beneficiam toda a população?

d) como fazer nas hipóteses de inexistência de verba orçamentária ou de programas específicos, ou de garantias institucionais (hospitais e centros médicos)?

e) em que extensão tem o Estado o dever de prolongar a vida dos doentes terminais, utilizando a tecnologia moderna?

E o eminente jurista conclui seu comentário dizendo que “a questão apresenta intrincados problemas jurídicos e éticos que desaconselham decisões tão genéricas e superficiais como as que o STF vem proferindo”.

4.3.2 - Direito à saúde: norma programática ou direito fundamental originário?

Ainda sobre o mesmo tema, e a mesma decisão do STF, parece-nos oportuno destacar a

posição do magistrado federal e docente de direito Leonardo Tavares⁵¹, que declara:

A decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal fundamenta-se na efetividade da prestação, pelo Estado, do direito social à saúde pública previsto no art. 196 da Constituição da República:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Segundo José Afonso da Silva, citado por Tavares, a saúde é uma espécie de direito da seguridade social, ao lado dos direitos à assistência e previdência social (art. 194 e art. 6º, da CF/88), sendo normatizada por meio de regras de natureza programática ou de baixa densidade.

Para Tavares **“todas as normas constitucionais, mesmo a que fixam programas ou tarefas prestacionais por parte do Estado, possuem caráter de autênticas normas jurídicas**, no sentido de que, na falta de ato legislativo concretizador, se encontrariam aptas a desencadear algum efeito jurídico, seja para colmatar a produção legislativa ou deixar de receber normas infraconstitucionais editadas anteriormente à Carta com ela incompatível, **não parecendo sustentável hodiernamente o fato de que essas normas seriam meras proclamações de cunho ideológico e político”**.

Comentando a supra referida decisão do STF sobre o direito à saúde, este jurista esclarece que a decisão em apreço apóia-se não apenas nas disposições do art. 196 da Constituição Federal, mas também na legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul, instituidora de programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Assim, entende que a decisão do Supremo “não enfrentou diretamente o tema da possibilidade de se exigir do Estado determinada prestação do direito à saúde com base exclusivamente na norma constitucional, pois havia legislação ordinária integradora”.

A dificuldade surge, diz Tavares, na efetivação de norma constitucional garantidora de direito fundamental de natureza social e de cunho prestacional carente de complementação legislativa.

Aqui teremos a oportunidade de ampliar nossas considerações sobre os *novos* direitos sociais, iniciadas anteriormente no item 2.2, da Parte II deste estudo.

Na ausência da integração legislativa, apresentam-se **três correntes doutrinárias**, buscando solucionar o problema.

A **primeira** delas defende a **máxima efetividade da aplicação direta dos direitos prestacionais positivos sem a necessidade de integração legislativa**. É a teoria maximalista, segundo a qual seria possível exigir do Estado as prestações sociais vinculadas à saúde, com fundamento em ilação interpretativa do texto constitucional. No caso, deve-se prover a saúde pública como direito subjetivo individual a ser cobrado do Estado com apoio exclusivo na

⁽⁵¹⁾ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito à saúde (STF): Comentário à jurisprudência. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). Arquivos de direitos humanos (v. 3). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 392-401.

normatividade do art. 196 da Carta Magna. Segundo Tavares, este é o entendimento de **Luís Roberto Barroso** ao afirmar: “**em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no máximo possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional**”.

Todavia, como se depreende da exposição, esta importante tese desconsidera a limitação real das previsões orçamentárias. Aliás, Tavares afirma que a posição da máxima eficácia não dá elementos suficientes para a solução do conflito e que seus defensores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional.

Uma **segunda** corrente reconhece a existência de limitações na obrigatoriedade das prestações estatais, impostas pela reserva da possibilidade orçamentária, também conhecida como **teoria da reserva do possível**. Em situações de escolhas dramáticas caberia ao Estado demonstrar que tem motivos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas, num processo de inversão do ônus da prova. Ao Judiciário ficaria reservado o julgamento da razoabilidade e da faticidade dessas razões. A opção política, segundo esta escola, é preferencialmente do legislativo e executivo, cabendo ao judiciário apenas o controle da razoabilidade.

Tavares reconhece a necessidade de uma terceira opção. E argumenta: “a tese da máxima efetividade na concretização de direitos sociais de cunho prestacional, apesar de sedutora, corre o risco de cair no vazio da impossibilidade de aplicação prática”, face às restrições orçamentárias.

Já a imposição fria da teoria do possível pode ser considerada tímida demais, especialmente em casos imprevisíveis ou impossíveis de inclusão em previsões orçamentárias. Não se pode descartar, ainda, o fundamentado argumento de incompetência do Judiciário na escolha de destinação de despesas, diante da discricionariedade do legislador e do executivo nesta matéria. Por outro lado, pode-se considerar de extrema passividade a intervenção do Judiciário apenas para controle da razoabilidade da opção do Legislativo ou Executivo. Isto porque podem surgir situações em que esta tese, embora bem aplicada tecnicamente, pode levar a conseqüências injustas, lesivas de outros princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana.

Neste quadro descrito, e buscando-se o necessário equilíbrio, parece haver espaço para uma **terceira opção**, que resguarde a exigência judicial de **um mínimo de prestações estatais, capazes de garantir a sobrevivência humana**, respeitada a discricionariedade de opções legislativas e executivas na alocação de recursos.

Considere-se que, estando em jogo a dignidade da pessoa humana, não podem prevalecer as opções dos mandatários do povo, embora legítimas, diante de uma agressão aos princípios permanentes estabelecidos pelo Poder Constituinte, também legitimamente eleito, afirma este mesmo jurista. E pondera não ser o caso de invasão de poderes. Trata-se, isto sim, do **controle de constitucionalidade** e exercício da nobre função de **guarda da constituição** (art. 102, caput, da Constituição da República). Com grande propriedade, Tavares esclarece não haver infração à limitação do exercício das funções do Poder, mas tão somente evita-se que este princípio venha a servir de “escudo formal à preservação dos valores mais caros

estabelecidos na Constituição e protegidos por cláusula de imutabilidade – os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Completando seu pensamento, Tavares parte da “visualização de diversas dimensões do conceito de cidadania para chegar ao parâmetro do **mínimo existencial ou mínimo social**⁵², aquém do qual a existência humana encontrar-se-ia ameaçada, condição que exige prestações positivas do Estado, a fim de cumprir o fundamento da República relacionado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), valor unificador de todos os direitos fundamentais”.

Tavares cita Ingo Wolfgang Sarlet⁵³ que, balizando o mínimo existencial, sustenta: “a existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta... E prossegue: É no direito à saúde ... que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana... Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham opor - além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada - os habituais argumentos de ausência de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. **No caso do direito à saúde, o**

reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”.

Considerando o estágio atual da evolução doutrinária, e os precedentes jurisprudenciais, Tavares afirma:

“As prestações relativas à garantia da dignidade da pessoa humana no conceito do mínimo existencial teriam a natureza de direitos fundamentais originários, ou seja, direitos subjetivos a prestações estatais deduzíveis diretamente das normas constitucionais consagradoras”.

Para J.J. Gomes Canotilho, *apud* Tavares⁵⁴, pode-se constatar a existência de direitos originários a prestações quando, “a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício desses direitos; e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitucionais desses direitos”.

Se o Estado deixar de cumprir sua obrigação constitucional de garantir o mínimo existencial, caberá a intervenção do Judiciário para determinar seu cumprimento. Do contrário, perecerá a força normativa da Carta Magna, garantidora dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁽⁵²⁾ Termo utilizado por John Rawls em *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 370.

⁽⁵³⁾ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ed. Livraria do Advogado, 1988, p. 294/299.

⁽⁵⁴⁾ *Ibid*, p. 399.

Contudo, Tavares recomenda toda prudência na verificação do limite do mínimo existencial, nos casos concretos, a fim de se evitar a invasão da competência legislativa.

4.3.3 – Tutela de direitos fundamentais originários e a separação de poderes

Sobre a momentosa questão da incompetência do Judiciário para decidir sobre direitos individuais à saúde, que envolvam alocação de recursos, matéria de competência do Poder Legislativo e sujeita à discricionariedade do Poder Executivo, façamos algumas reflexões adicionais.

Está assentado que o **princípio da separação de poderes**, como princípio organizatório estrutural, é uma das grandes constantes do Estado Constitucional, segundo ensina o douto constitucionalista Canotilho⁵⁵. Assim, ficam bem estabelecidas as funções dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Mas, observe-se, trata-se de um princípio de **separação e interdependência**. E este “**não é um esquema constitucional rígido, nem há que considerá-lo como um dogma de valor intemporal**”, afirma o conceituado jurista citado.

Canotilho defende a **inexistência de uma separação absoluta**, propugnando pela prevalência da teoria do núcleo essencial, com fixação de funções fundamentais (legislativas, administrativas e jurisdicionais), sem qualquer caráter de exclusividade. O que se busca, o fim colimado é a proibição do monismo do poder.

4.3.4 – Posição do STJ sobre direitos fundamentais originários e a saúde

4.3.4.1 – Fornecimento de medicamento por ente público

Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça ficou firmado o entendimento da possibilidade de ser determinada a prestação do direito à saúde fundada diretamente na norma constitucional.

É o que se deduz da conclusão a que chegou a 1ª Turma do STJ, como transparece na transcrição seguinte da ementa do **ROMS n. 11183/PR, rel. Min. José Delgado, DJ de 04/09/2000, p. 00121:**

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA – ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88. ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1 – A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltado para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a

⁽⁵⁵⁾ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra – Portugal : Livraria Almedina. p. 549-553.

gravidade do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 – É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 – Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG n. 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp n. 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 – Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196 da CF/88 normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”(art. 196).

5 – Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 – Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

7 – Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.

4.3.4.2 – Exclusão de tratamento de Aids: Cláusula contratual abusiva

As disposições constitucionais garantidoras do direito à saúde estão ganhando corpo, ampliando seu entendimento e campo de ação, ficando cada vez mais definida sua ação no campo do direito privado. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, por exemplo, está firmado o entendimento de que a cláusula de exclusão de tratamento de Aids é nula, por ser abusiva e contrária à boa-fé. (Recurso Especial 333.169-SP, relator ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 17 de setembro de 2002). Ao decidir várias ações que envolvem conflitos provenientes das relações de portadores do HIV e as empresas que exploram planos de saúde, o Judiciário brasileiro assume importante papel na luta pela preservação do equilíbrio e justiça contratual.

Reconhecendo como de consumo a relação entre o segurado e o plano de saúde, o STJ aplica aos contratos de seguro-saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre contrato de adesão (art. 54) e abusividade de cláusulas contratuais (art. 51). Os contratos utilizados pelos planos de saúde caracterizam-se como contratos de adesão, isso quer dizer que o consumidor não participa da elaboração do instrumento contratual, cujas cláusulas são unilateralmente estabelecidas pelo fornecedor. Ao consumidor resta somente aceitar em bloco as cláusulas ou, quando muito, discutir e modificar o que não seja da substância do negócio jurídico.

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

Envolvendo polêmicos aspectos constitucionais, o tema dos direitos à saúde é deveras intrigante e assaz desafiador para os operadores e estudiosos do direito, como confirma o presente estudo, especialmente para os que buscam novos caminhos em direção à eficácia da tutela jurisdicional.

Foram enfrentadas questões concernentes à natureza jurídica dos direitos à saúde e discutido o problema dos chamados princípios programáticos e operativos, em face de nosso ordenamento jurídico pátrio, da doutrina e a novel tendência jurisprudencial, sendo vislumbrados sinais de alterações promissoras neste campo.

Por isto, já **podemos concluir** que, apesar da acirrada polêmica sobre a natureza e extensão dos direitos à saúde, **todos têm o direito de exigir, administrativa ou judicialmente, a execução real de políticas públicas e a prestação individual de serviços públicos, pois a saúde, além de um direito, é um instrumento afirmativo de cidadania.**

Pelos expressivos exemplos trazidos à colação, também somos autorizados a **concluir** que, **através de adequado exercício integrativo, os interesses em matéria de saúde terão soluções mais abrangentes e consentâneas com os direitos humanos, se formos buscar os fundamentos nos preceitos e princípios constitucionais, preferentemente à legislação ordinária.**

Como os constituintes tiveram um amplo descortino em suas formulações sobre saúde, tendo haurido princípios de fontes superiores, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, começa a ser reconhecida a

procedência dessa posituação normativa pelos nossos tribunais.

Todo nosso esforço deverá ser no sentido de consolidar, ampliar e tornar realidade efetiva as conquistas alcançadas em formulações de nossa Carta Magna.

Creemos que podemos finalizar afirmando que, embora sejam elevados os princípios e significativos os direitos relativos à saúde, já integrados em nosso ordenamento jurídico, e promissores os sinais da tendência doutrinária e jurisprudencial, há um longo caminho a palmilhar, para vencer a distância entre o plano discursivo e a áspera realidade fática.

As conquistas a alcançar certamente estão integradas aos estudos e elaborações doutrinárias e jurisprudenciais. É de mais alta relevância a participação dos operadores e estudiosos do direito, especialmente nos campos do Direito Constitucional Processual, Processual Constitucional e Constitucional, sempre em busca da viabilização do acesso à Justiça, no seu mais amplo sentido, perseguindo a eficácia da tutela jurisdicional e efetividade do processo.

IV - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro, 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho; BENETI Filho, Sidnei Agostinho. Planos e seguros de saúde In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, coordenador. Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra – Portugal : Livraria Almedina.

CIETTO, Luiz. Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 18, n. 2, p. 118-168.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais : elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. In FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre : Fabris Editor, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 3ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos (Diretores)*. Vol. 02. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2000.

_____. *Arquivos de Direitos Humanos (Diretores)*. Vol. 03. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 2. tir. Brasília : Brasília Jurídica, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à lei de plano privado de assistência à saúde*

(Lei n. 9.656, de 3-6-1988). 2. ed. rev., modificada, ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2000.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana : doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

ROCHA, Asfor César. *Temas de medicina na jurisprudência do STJ*. In: TEIXEIRA,

Sálvio de Figueiredo, coordenador. *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

ROCHA, Julio César de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo : LTr, 1999.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde : efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed., 2. tir. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito à saúde (STF): comentário*. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos (v.3)*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Supremo Tribunal Federal e as decisões minimalistas*. In MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de direitos humanos (v. 3)*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

TOLERÂNCIA E DIREITOS HUMANOS

João Carlos José MARTINELLI*

Os direitos humanos, cujo núcleo essencial é a vida e a dignidade da pessoa, nascem com a própria humanidade, encontram-se presentes na história do ser humano e sofrem evolução de acordo com cada época. Esse desenvolvimento progressivo, culminando na sua proteção pelo Direito Internacional, é produto de lutas de milhares de pessoas, de povos valentes e às vezes, de nações inteiras. Graças a tais esforços, é possível agora constatar a existência, também nas constituições de vários países, da declaração de direitos humanos e dos instrumentos para garanti-los ou protegê-los.

Segundo concepção doutrinária moderna, os direitos humanos se - dividem em três gerações¹." A primeira, a geração dos direitos civis e políticos, correspondentes às liberdades individuais, tais como a liberdade de - manifestação do pensamento, a de crença, a de religião, a de reunião, a de locomoção e a de associação. A segunda: dos direitos econômicos e sociais, que se distinguem das liberdades individuais e consistem em direitos trabalhistas de um lado e em direitos independentes de relação de emprego do outro - por exemplo, a saúde, a

moradia, e educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social. A terceira está assentada nos princípios da solidariedade entre os povos e na autodeterminação destes e fundada na concepção da vida humana mediada pela comunidade universal. É a geração dos chamados direitos dos povos, que compreendem exigências coletivas e universais e correspondem aos direitos básicos dos povos, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz e à participação no patrimônio comum da humanidade, composto pelos recursos naturais do planeta e pelo acervo de conhecimento científicos, artísticos e tecnológicos".

As três gerações de direitos - civis e políticos, econômicos e sociais, e dos povos - não se incompatibilizam entre si, são categorias que não se excluem. A união das mesmas, sobretudo das duas últimas, não pode ser separada do esforço pela implementação de uma nova ordem internacional, que torne viáveis os direitos desde o ponto de vista da justiça econômica e que os ponha efetivamente em vigência. É inimaginável, por exemplo, que não seja do interesse comum dos povos latino-americanos a situação da

⁽¹⁾ Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-Campinas.

⁽¹⁾ R. BARBOSA, Marco Antonio - revista "Família Cristã" - pág. 457 - 11/1990.

Colômbia, de El Salvador, a questão da dívida externa dos países do assim chamado Terceiro Mundo e, mais recentemente, as modificações políticas ocorridas no Leste europeu.

Ressalte-se que a tríplice geração dos direitos humanos ganhou maior importância com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, na qual os conceitos de dignidade da pessoa e da autodeterminação dos grupos Sociais, foram evidenciados, tornando-se princípios básicos de um estado que se pretende democrático de direito.

Também é de se destacar que há autores que propugnam por mais uma categoria de direitos. Com efeito, invoquemos Etienne-Richard Mbaya²: - “É preciso desde logo anunciar, com vigor, a necessidade de uma pesquisa em profundidade com vistas à promoção de uma nova geração - a quarta -que seria, no nosso entender, a dos direitos à democracia, às comunicações e aos pluralismos cujos beneficiários serão os indivíduos, as comunidades e os povos. Em caso de sua violação, sanções, conseqüentes e correspondentes deverão ser aplicadas para terminar, desse modo, o infeliz costume da impunidade”.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Cinqüenta e quatro anos depois, muros e regimes caíram, a tecnologia transformou o cotidiano e o mundo se encontra fatiado em blocos econômicos: adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU)

em 10 de dezembro de 1948, no Palácio de Chaillot, em Paris, a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS ambicionava um futuro melhor. Recém-saído do trauma da Segunda Guerra, e ainda com imagens na memória como a de Hiroshima devastada, o mundo - ou pelo menos a parcela representada pelos quarenta e oito (48) países que votaram pelo “sim” na ONU, incluindo o Brasil - concebeu nos trinta (30) artigos do documento, uma forma de dizer basta às atrocidades.

A intenção, contudo, não chegou completamente às vias de fato, como se viu no massacre da Praça da Paz Celestial (Pequim) em 1989, na chacina da Candelária em 1993 e na limpeza étnica na Iugoslávia. Cinco décadas depois, um encontro em Paris celebrou em dezembro de 1998, o cinquentenário do texto e pôs em pauta desafios então inimagináveis.

- “Não diria que há uma decepção, mas é triste ver a multiplicação de conflitos, a violência e a pobreza resultantes de uma economia mundial mal ou quem sabe demasiadamente bem conduzida” - afirmou, num misto de ironia e entusiasmo, Stéphane Hessel³, um dos criadores da ONU que participou da comissão de redação da declaração, completando: “Não nos livramos dos conflitos, não conseguimos chegar a um equilíbrio de recursos. Mesmo assim sou otimista. Não houve uma terceira guerra, a economia vai mal, mas vai em frente, confio na capacidade intelectual dos contemporâneos. O avanço foi grande em termos de convenções: contra a tortura, pelo direito das crianças. Textos existem em grande número. A própria universalidade da declaração foi reiterada em Viena em 1993. A questão é aplicá-los”.

⁽²⁾ MBY A, Etienne-Richard, “Gênese, Evolução e Universalidade dos Direitos Humanos frente à Diversidade de Culturas” - Estudos Avançados (30) - 1997 - pág. 33.

⁽³⁾ HARA, Hélio, autor da matéria “Em busca de um mundo melhor”, publicado pelo jornal “O Globo” (06.12.1998 - pág. 54).

Hessel foi um dos mais de mil convidados à reunião de 1998 em Paris, na qual foram apresentados relatórios referentes a oito encontros realizados na França nos meses que antecederam o evento e que tiveram como tema a atualidade do texto em relação à emergência de novas questões como o direito a um meio ambiente sadio, as dúvidas criadas pela biotecnologia, e os novos fluxos migratórios surgidos a partir de conflitos internos. Robert Badinter, dirigente da missão interministerial francesa que preparou a reunião, qualificou os direitos humanos como uma criação contínua. Ele lembrou, por exemplo, da dificuldade de se definir hoje o direito à liberdade de expressão por causa da Internet, que exige respeito à privacidade e à criação individual, enquanto levanta problemas como a proteção de crianças e adolescentes expostas a uma quantidade de dados jamais vista antes.

Mas há questões mais palpáveis: hoje, acima de tudo, a economia global é considerada um dos pontos cruciais na questão dos direitos humanos. Constatou-se que o avanço econômico, medido através de índices como o PIB, foi incapaz de acompanhar as aspirações da Declaração e externas, tanto na África Central quanto nos guetos das grandes metrópoles. O problema hoje, avaliou Michel Forst, diretor da Anistia Internacional na França, é que o poder econômico interfere diretamente no político: - "Basta ver o caso da China, onde continua a haver desrespeito aos direitos humanos. Como ela se transformou numa força política e tem enorme potencial econômico, os governos interessados no país não sabem lidar com opositores ao regime de Pequim como o Dalai Lama" - disse ele, referindo-se ao fato de o

líder tibetano não ter constado da lista de convidados do Governo francês.

Entretanto, num movimento incessante que indica progresso em determinados pontos e inércia em outros, os defensores dos direitos humanos celebraram nos últimos tempos o caso Pinochet na Inglaterra- que poderia ser o primeiro nome de uma longa lista de ditadores impunes -e a aprovação em Roma, em julho de 1998, do texto de criação de um Tribunal Penal Internacional, idéia proposta já em 1924 pela Associação Internacional do Direito Penal.

A INTOLERÂNCIA E OS COMPORTAMENTOS, FONTE DE CONSTANTES CONFLITOS

Dentro de uma síntese elaborada sobre a questão da tolerância e a sua importância no contexto da efetividade dos direitos humanos, apresentamos a visão de Paul Ricoeur⁴.

No plano ético, *tolerância* é virtude moral dos indivíduos e virtude política do Estado; na filosofia moderna, é sinônimo de respeito ao homem, na sua dignidade, como condição de seu desenvolvimento e da felicidade. Para Cristi, é a busca do consenso e da paz, enquanto para Younan, é a aceitação do outro, no que o distingue de cada um. Pode-se vislumbrar a questão em vários planos: no individual, consiste em reconhecer o direito à diferença; no do Estado visa a unidade dos cidadãos, sem vincular a identidade do Estado a uma raça, um povo, uma língua, ou uma religião e no social, é a expressão da igualdade entre os homens. No entanto, há necessidade de integrar o problema da preservação da natureza do tema da tolerância pois se trata de um problema de

⁴ "O Problema da Tolerância em Paul Ricoeur"- Constança Marcondes César -"A Hermenêutica Francesa: Paul Ricoeur"- material utilizado nos debates em sala de aula.

convivência entre culturas diferentes, tanto que, o modelo de tolerância de Gandhi implica no respeito e no amor a todos os seres.

O ponto de partida do estudo é o conceito de *tolerância* em Ricoeur: *tolerância* e *intolerância* estudados nos limites do *intolerável*. Este último é o que deve ser rejeitado, o que é abjeto, surgindo o conflito: o que é *intolerável*, quando somos confrontados com a diversidade cultural, filosófica, religiosa?. Assim, a tolerância deve ser entendida, no nível institucional, como um consenso conflitual, que consiste em reconhecer o direito ao adversário existir e na vontade expressa de convívio cultural e no acordo sobre valores comuns, fundados diversamente, mas enunciados em termos próximos. No plano religioso, significa diálogo entre cristãos e leigos, abertura ao encontro de diferentes conjuntos simbólicos. Ricoeur coloca a intolerância como fusão da justiça e da verdade, cabendo ao Estado expressar a justiça, e não impor a sua verdade. O problema atual da interpretação é a inexistência de uma teoria única de hermenêutica. Para ele, há um campo comum às hermenêuticas: as expressões com vários sentidos; o denominador comum das hermenêuticas opostas são as raízes ontológicas da compreensão. A reflexão deve ser um instrumento de interpretação para incluir todos os métodos de compreensão do homem e o paradoxo do político - que consiste na violência inelutável do Estado e da convivência humana ("Do maior bem - o bem-viver juntos - poder surgir o maior mal - os totalitarismos e a violência") - deve ser desenvolvido pelas virtudes políticas (exercício da cidadania e da participação como realização da liberdade).

A universalização é, em si mesma, um bem, porque aflora à consciência a noção de uma única humanidade; não é fácil permanecer o que somos e praticar a tolerância face às outras

civilizações. Só poderá sobreviver a cultura que integre a racionalidade científica, considerando que a singularidade de homem para homem não é jamais absoluta. A solução para o confronto, segundo Ricoeur, é o encontro das imagens e dos símbolos, e a tarefa da filosofia é a busca do núcleo simbólico da humanidade. A sua tônica de reflexão é a exigência do amor e amizade aos homens e à natureza, a fim de que a universalização gerada pela técnica do pensamento não traga como resultado a massificação e os temas de seus escritos sobre o tema, assentam-se na responsabilidade e na democracia.

CONCLUSÃO

O debate em torno da tolerância em relação aos comportamentos traz questões relevantes e atuais. Tempo de desafios, de reflexões, de pensar o passado e de, enfim, chamar atenção para aqueles grandes erros que a nossa história, seja pessoal ou coletiva, produziu. Um desses equívocos parece que veio para ficar, o que quer dizer que se fixou como base de boa parte de nossa conduta. Trata-se da nossa incapacidade de conviver com o diferente e as formas encontradas para solucionar os problemas de convívio social onde o que menos importa parece ser o diálogo, a comunicação direta e honesta, sem truques, golpes, violências, onde o respeito pela vida do outro e sua forma específica de manifestação e expressão fosse considerado.

Sabemos que a lista de tipos sociais que são alvos de discriminação e exclusão que nossa sociedade construiu é grande. Mas, por outro lado, também reconhecemos que já está ficando cada vez mais difícil excluirmos e exterminarmos simbólica ou fisicamente algumas formas de expressão da vida em função de conquistas

históricas importantes: é o caso das mulheres, homossexuais, pobres, índios, negros, portadores do HIV, crianças, do pessoal da melhor idade entre tantos outros.

Quando voltamos nossa atenção para todas formas de vida, inclusive distintas de nossa espécie, um conjunto de expressões variadas e complexas da denominada natureza, então o problema torna-se diferente. Recentemente em um programa de TV onde a palavra regia-se pela vida e a audiência solicitava preces e orações para “sua vida” e a de entes queridos e em dificuldades, parte significativa da mesma audiência pedia a morte de pessoas presas pela prática de infrações. Não é sem surpresa que ouvimos cotidianamente a reivindicação de falecimento àqueles que incomodam e os adjetivos mais baixos utilizados para denominá-los. Na verdade, são os mesmos usados muitas vezes para descrever aqueles tipos sociais listados acima. Palavras que brotam rapidamente, sinceras e com uma tranqüilidade assustadora para quem rapidamente, sinceras e com uma tranqüilidade assustadora para quem procura refletir sobre os rumos e as escolhas da história,

para quem procura roteiros menos cruéis para as futuras gerações, para quem aposta na experiência humana como um lugar onde as idéias se transformem e possam orientar-se por valores pautados pelo respeito e tolerância.

Não nos surpreendemos com a forma com que a palavra morte ao próximo surja com tanta tranqüilidade já que não temos refletido suficientemente sobre tal circunstância. O extermínio tem sido uma prática permanente em nossa sociedade, a tolerância zero institucionalizou-se e parece que esquecemos as palavras bonitas que mencionamos em festividades cívicas ou religiosas. Não custa lembrá-las: amor, respeito, reflexão” solidariedade, afeto, ajuda a quem sofre e, finalmente, vida. Parece impossível não se sensibilizar pelo descaso com a cidadania, pela fome e sede, pela dor e sofrimento. Mas uma sociedade que não vive o amor e o respeito ao próximo está longe de aprender a conviver com os semelhantes. Enquanto isso, alguns humanos continuarão a sentir-se mais humanos do que outros e continuarão a acreditar que as suas vidas são as únicas que valem a pena serem vividas.

A FILOSOFIA POLÍTICA DE ORTEGA Y GASSET*

Danilo Santos DORNAS**

RESUMO

Neste trabalho indicaremos como o filósofo José Ortega y Gasset analisou os problemas de seu tempo e a partir deles consolidou suas teses sociais e políticas. A partir dos textos sobre política do filósofo podemos verificar que sua preocupação fundamental era incentivar o homem em sair da sua condição de minoridade e caminhar meios para construir a sua vida singular.

Palavras-Chave: *Filosofia. Política. Raciocionalismo.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

José Ortega y Gasset foi um filósofo que viveu os problemas de seu tempo e se preocupou com o destino da Espanha. O país se encontrava fragmentado, dividido e semeado por vários problemas sociais e políticos que o impediam de acompanhar o desenvolvimento das outras nações européias. Para enfrentar esses problemas, o filósofo pensou as questões políticas à luz de uma teoria da realidade, que ele elaborou e que se tornou conhecida como raciocionalismo. Essa teoria centrou a discussão no conceito de vida experimentado na primeira pessoa. Com a frase: *Eu sou eu e minha*

circunstância, Ortega y Gasset particulariza os problemas de cada homem. A continuação desta mesma frase: *se não salvo a ela (circunstância) não salvo a mim*, Ortega y Gasset indica que o homem pode mudar a sua vida transformando a realidade em que vive. Se não fizer afunda-se na circunstância e não dá sentido a sua própria vida.

Neste trabalho, indicaremos como, segundo o filósofo, devemos olhar os problemas sociais e políticos como estratégia para mudar a circunstância. O caminho mais simples é melhorando a educação e o nível cultural das pessoas, que são instâncias que aproximam os homens.

(*) Artigo que serviu de base para o relatório final do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica, PIBIC/CNPq durante os anos 2001/2002, orientado pelo Prof. Dr. José Mauricio de Carvalho.

(**) Acadêmico de Filosofia da Universidade Federal de São João del-Rei.

Os escritos analisados estão reunidos nas *Obras Completas* editadas pela Alianza Editorial de Madri. Procuramos também nos valer, na elaboração desse artigo, da interpretação de diversos estudiosos de Ortega y Gasset, notadamente dos artigos editados na *Revista de Estudios Ortegaianos*, o principal veículo de estudo da obra do filósofo espanhol.

1. A DISCUSSÃO CONTEMPORÂNEA SOBRE OS TEMAS POLÍTICOS DE ORTEGA Y GASSET

Os problemas políticos integram um importante capítulo de filosofia da razão vital, fazem parte da dimensão social e história do viver. Julián Marias em sua *História da Filosofia* (1959) afirma que temos que dedicar atenção à reflexão de Ortega y Gasset sobre política porque aí encontramos elementos para entender o funcionamento da sociedade. Essa nunca está parada e a tentativa de estabelecer equilíbrio é sempre precária. A negociação política é a forma de violência menor para solucionar os problemas sociais. Em outras palavras, Julian Mariás afirma que ao estudar a política, Ortega y Gasset estava enfrentando aspectos essenciais do mundo dos homens, vencendo obstáculos que o impediram de viver bem.

Luis Gabriel Stheeman, no artigo *La etimologia como estratégia retórica en los textos políticos de Ortega y Gasset* (*Revista de Estudios Ortegaianos*, 2000) exorta os estudiosos de Ortega y Gasset a observar a preocupação do filósofo com a clareza e a exatidão dos temas que utiliza no campo político. Essa é uma exortação válida que procuramos incorporar à esta pesquisa, manter a clareza dos conceitos.

Na mesma revista, Maria Teresa Lopes de la Vieja escreveu um artigo intitulado

Democracia e massas onde esclarece que o conceito de hiperdemocracia traduz a tentativa de imposição das massas de um certo comportamento uniformizado. Esse artigo nos esclarece que Ortega y Gasset não era contrário à democracia embora considerasse que as instituições políticas e as relações sociais e pessoais seguem regras distintas. Em nossa pesquisa adotamos esse entendimento que nos parece fiel ao espírito do raciovitalismo.

Um conjunto de artigos publicados no segundo número da *Revista de Estudios Ortegaianos* sobre o livro *La Rebelión de las masas*, dentre dos quais se destaca o intitulado *El mal radical* de Felipe Ledesure, revela que a propensão a inércia do homem-massa constitui um mal radical. De fato, no atual momento de interpretação da obra orteguiana, o comportamento do homem-massa é representativo de uma crise mais profunda do homem. Essa foi a interpretação que demos ao assunto central da referida obra orteguiana.

No terceiro número da revista de *Estudios Ortegaianos*, José M. Sevilla esclarece, no artigo intitulado *Ortega y Gasset y la idea de Europa*, que a noção de Europa corresponde a nova crença orteguiana, radicalmente ontológica e inseparável da realidade histórica. De fato, observamos que Ortega y Gasset desenvolve uma meditação centrada na necessidade da unidade européia e na defesa da cultura, temas que são atuais e importantes.

Dos intérpretes brasileiros de Ortega y Gasset, os mais notáveis são Gilberto de Mello Kujawski e Ubiratan Macedo. O primeiro autor do clássico *Ortega y Gasset e a aventura da razão* (1964), insiste na responsabilidade pessoal nos assuntos políticos lembrando que nisso consiste o principal freio contra as ditaduras. O mesmo autor esclarece também no ensaio *A experiência de Ortega* publicado no

livro *Discurso sobre a violência* que o homem europeu viveu experiências diversas de organização política. Ele já foi democrata, liberal, absolutista e feudal e de cada período retirou experiências que devem ajudá-lo hoje na solução dos problemas políticos. Ubiratan Macedo escreveu ensaios memoráveis como *A Filosofia de Ortega y Gasset* (2001), publicado no livro *A presença da moral na cultura brasileira*, onde mostra que o engajamento do filósofo é com a razão, descartando toda tentativa de ver em Ortega y Gasset um filósofo militante na política, embora ele fosse um teórico que adotava posições políticas e assumia o risco delas.

Os elementos interpretativos destes teóricos foram considerados na condução desta pesquisa.

2. OS PROBLEMAS POLÍTICOS

A geração de Ortega y Gasset encontra uma Espanha mergulhada em problemas sociais. Tais problemas surgiram do mal uso da razão no exame da vida social e política. Para o filósofo, os homens de sua época deveriam utilizar a razão e a sensibilidade para examinar os problemas sociais que impedem a Espanha de se firmar como nação. Estes problemas sociais são originados pelo mal exercício da participação política. Maus governantes completam a dificuldade.

Primeiro, é preciso entender o que o filósofo designa por *nação*. Ortega y Gasset explica que *nação* não é uma simples delimitação de terras, e sim o objeto de uma virtude que acompanha cada homem. Esta virtude é o *patriotismo*. A nação passa a existir se os homens exercitam seu patriotismo no país onde vivem.

Faz parte do patriotismo identificar os vícios que aparecem em uma determinada nação.

Os vícios nascem da distração dos membros dessa sociedade, distração que permite que pessoas pouco virtuosas cheguem ao comando da nação. Essa era a situação política da Espanha; regida por governantes não preparados, a nação não atendia o bem-estar do povo. Ortega y Gasset conclui que o povo espanhol, ao perder a capacidade de refletir sobre si mesmo, tornou-se motivo de desprezo por outras nações da Europa.

É necessário esclarecer que Ortega y Gasset entende por homem desprezível aquele que não se esforça para superar as dificuldades que se lhe apresentam nem sequer reflete sobre suas ações. Entretanto, o homem desprezível não é o que simplesmente cai, mas o que não consegue reerguer-se após uma queda.

O filósofo entende que sua geração estava mal preparada política e moralmente. Por isso, ele supõe que era necessário discutir os males da Espanha, assim como fazem outras nações da Europa. Os males políticos que atravessavam a Espanha se fundamentavam na má formulação do conteúdo moral das gerações precedentes. O filósofo diz que uma geração que não se prepara moralmente para as dificuldades que se avizinham deixa questões trágicas e não resolvidas para as que se seguem. Então, cada geração é mestra da que se segue, o que nos sugere uma valorização dos pressupostos históricos para a edificação de uma sociedade contemporânea, resgatando a moralidade que se encontra desvirtuada. Eis o que nos diz:

É certo que a geração anterior não nos deixou de herança nenhuma virtude moderna. Cada geração chega ao mundo com uma missão específica, com o dever adscrito nominalmente a sua vida (Los problemas nacionales y la juventud. p. 15).

Não custa recordar que, para o filósofo, a moral não é constituída de fórmulas abstratas. Isso porque a moralidade deve aparecer como um desafio vital ou uma tarefa a ser cumprida pelos homens. A resposta ao desafio faz com que os indivíduos mereçam o título de entes sociais. E, para agir moralmente, o homem deve se pautar em normas que foram desenvolvidas pelas gerações anteriores. A realidade histórica de cada geração consiste em ser o ponto de interseção da geração que lhe antecedeu e da outra que a seguirá. Essa dupla função é importante porque o filósofo coloca a educação como medula da história e regente da moral do homem:

Cada qual faz o que é capaz de fazer, mas sua capacidade depende completamente de sua preparação: isto nos obriga a manter desperta a consciência de nossa solidariedade com as forças e até com os vícios do passado (idem. p. 16).

Desse modo, Ortega y Gasset entende que, antes de mudar o sistema político, se deve observa-se falta ao povo entusiasmo, energia, pureza, sensibilidade para as instâncias morais. Essa a situação da Espanha e ela devia ser alterada. No entanto, a geração de Ortega y Gasset, assim lhe pareceu, não herdou virtudes nem ideais, herdou unicamente falta de entusiasmo e desânimo. Os homens estão destinados a viverem numa nação com características particulares e regionais, isso é o que tipifica e diferencia as nações. Essa característica particular e regional de uma nação significa um modo que antecede a desintegração por não considerar as qualidades do mundo ao redor.

Os líderes políticos de cada povo devem ser sensíveis à vontade de seus cidadãos para que essa regionalização se extinga impedindo a formulação dos flancos, grupos particulares, para

que a necessidade de todos sejam perseguidas por meio de uma discussão entre todos os homens. Um político que cria leis sem um debate entre os cidadãos não educa o povo, prejudica a nação e dificulta que ela se forme integralmente.

Ortega y Gasset entende que resgatar a moral pública é tarefa da metafísica e não da sociologia, mas que tem implicação na política. Isso porque deve recuperar uma virtude comum aos cidadãos da Espanha. O filósofo grego Platão (427-347 a. C.), em sua *República*, pretendia que um rei-filósofo administrasse com sucesso a *polis*. Ortega y Gasset não pede tanto ao se referir à administração do Estado. Para ele, o governante precisa ser um homem preparado para enfrentar as dificuldades da administração pública. Governantes cultos são importantes porque eles identificam a *alma* de seu Estado e assim governam com mais eficácia. Ortega y Gasset diz que na Espanha, por exemplo, a alma identificada é a valentia e por isso há tantas guerras na história de seu povo:

Na Espanha só temos a tradição de valentia: por um gesto de valentia vendemos a alma nacional ao diabo (idem. p. 21).

Os problemas políticos são solucionados com o exercício da liberdade de cada ser humano. Para os atenienses, explica o filósofo, liberdade significava viver como quisessem, atendendo à busca de felicidade na *polis*. A liberdade, para Ortega y Gasset, não pode ser mais entendida como entre os gregos; ele a vê como respeito ao indivíduo e ao Estado. Ortega y Gasset completa que a liberdade de consciência só pode ser desenvolvida numa organização política forte que eduque o povo espanhol. E consciência significa sensibilidade, conhecimento dos deveres morais.

Como educar o povo? Ortega y Gasset afirma que é promovendo a paz entre todos os

homens. E a paz só é conseguida por um povo que possua uma alma culta:

Paz e cultura tem um valor recíproco em meu vocabulário: paz é a postura da alma culta, e cultura é cultivo (idem. p. 23).

Nesse sentido, o pensador espanhol se mostra contrário às revoluções como estratégia para introduzir mudanças políticas, entendendo que elas são constituídas por uma sucessão de crimes. Assim, impedem o exercício da paz entre os homens e não podem conduzir uma nação à liberdade por não respeitarem a individualidade de cada um. As revoluções mostram que quanto mais injustiças existirem mais os homens serão culpados em não refletir sobre o próprio compromisso moral que serve de guia para a vida social. Portanto, Ortega y Gasset entende que é exigência moral evitar as ações dos revolucionários, mas deve-se entender seu sentido porque elas só surgem como tentativas de solucionar os problemas encontrados em uma sociedade.

3. O HOMEM MASSA E OS PROBLEMAS GERADOS PELA POLÍTICA

As teses sociais e políticas de Ortega y Gasset são uma resposta aos inúmeros problemas sociais provocados pelo individualismo exagerado, nascido segundo o filósofo do idealismo subjetivista. O autor explica em seus textos que os problemas sociais e políticos gerados na Europa são causados pela superlotação dos lugares públicos e pela padronização do comportamento que forma a *massa social*. O individualismo exagerado culmina na sociedade de massa.

O que o preocupa é o homem não se comprometer com sua vocação ou missão. O

homem massa, como ele o trata, é o indivíduo que não atribui a si um valor e, certamente, não se angustia com isso, sente-se bem ao ser idêntico aos demais indivíduos. Essa análise do filósofo destaca a preocupação em melhorar a qualidade de vida de cada homem para melhor identificar no corpo da nação uma *coluna vertebral* que une os homens.

Dessa forma, o problema social evidente é o aglomerado de homens sem a preocupação de discutir os rumos políticos que devem seguir sua nação, e desorganizados na sociedade, distribuídos em blocos individuais. Esse distanciamento dos homens nos assuntos políticos consolidou lideranças conduzidas pela demagogia e pela ignorância. Esse acontecimento é o que ele chama de *hiperdemocracia das massas* cuja lei é: quem não for como todo mundo, quem não pensar como todo mundo, correrá o risco de ser eliminado. Essa hiperdemocracia é a imposição das massas, quanto aos seus gostos, que muitas vezes estão vinculadas a pressões materiais e ao desejo de poder sem o reconhecimento de leis, sem se preocuparem com a vida. O conceito de massa explica as dificuldades da sociedade contemporânea em se firmar como sociedade.

Um dos sintomas mais evidentes da hiperdemocracia é o propósito das massas de fazer justiça por seus próprios meios. Ela recorre ao linchamento sem o reconhecimento das leis que garantam a paz. Ortega y Gasset verifica que quando as massas triunfam, reina também a violência como doutrina e única razão. Para controlar a violência das massas, nasce o Estado.

O homem massa não se preocupa com sua civilização, sua cultura, e sua educação, que são os caminhos que ele tem para sair da condição de vulgaridade. O resultado dessa situação é fatal para a vida de cada ser humano porque os homens passam a viver em função do

Estado, tornando-se peças da máquina estatal. Após certo tempo, trabalhando como máquinas, enferrujam. Essa é a razão dos governos totalitários que se espalharam ao longo do século XX, o homem perdeu a responsabilidade e o sentido de uma vida que é única, vivida na primeira pessoa.

Os governos totalitários, comunistas e socialistas, e também a sociedade de consumo são potenciais fabricantes de homens massa porque o impedem de viver singularmente. Por isso, é perigoso se render a esses projetos políticos. Nessas formas políticas, o homem não tem nenhum valor próprio, não tem particularidade que o distinga dos demais homens. Está agarrado em suas circunstâncias de “massa” e a ela não se esforça para sair.

Ortega y Gasset postula uma rebelião individual contra os desejos do homem massa em suas obras sobre política. Ou seja, defende a revolta pessoal contra a consciência coletiva para manter o homem numa posição seleta pela sua própria capacidade de trabalhar, construir e se esforçar cada vez mais para melhorar sua vida.

Ortega y Gasset apresenta uma nova forma de encarar o mundo com a experiência individual identificada por raciovitalismo. Ele é um defensor do valor próprio de cada ser humano, enquanto, o homem massa é o inimigo consciente de sua singularidade.

4. A PREOCUPAÇÃO COM O SOCIAL

A primeira coisa a se fazer para melhorar a vida na Espanha, na avaliação de Ortega y Gasset, é socializar os homens fazendo com que saiam da condição de homens massa. Isso pode parecer um paradoxo, mas não o é. A vida singular do homem se dá no meio social e só nele o homem está como que em casa. Preocupar-se com a

política é ocupar-se com a vida social, o que só pode ser conseguido pelo humanismo e pela cultura. Assim, preocupar-se com o social é cultura, construção que, por sua vez, promove a paz social pelo princípio de amizade. Logo, o socialismo é construtor da paz, afirma o filósofo.

Por socialismo Ortega entende não a teoria marxista, como foi comum no seu tempo, mas uma preocupação com a vida social e senso de responsabilidade quanto aos destinos de seu grupo.

Ortega y Gasset diz que os socialistas não devem ser inimigos de seus inimigos, mas amigos de seus amigos. Em seguida explica os ideais que entende o socialismo alimenta. Os socialistas devem se agrupar, comungar, comunicar e socializar todos os homens: antes de mais nada, o socialismo é um princípio de amizade aos homens, uma forma de humanismo, que o filósofo julga necessário existir nas relações sociais. Como naquele momento socialismo estava identificado com marxismo, o filósofo procura explicar o que entende por socialismo.

Ortega y Gasset explica que o marxismo consiste em solucionar toda variação histórica como uma variação de relações econômicas: cada época se caracteriza por um tipo de produção, por uma maneira especial de obter o produto, de decidir a coisa econômica como meio para a vida.

O que interessava a Karl Marx era determinar que tudo de mal que compõe a história social humana, religião, política, moral são sempre formas de realidade econômica, que não tem sentido sem referir ao econômico (La ciencia y la religión como problemas políticos. p. 32).

A economia é entendida, segundo Karl Marx (1818-1883), como matéria para a vida.

Ortega y Gasset não concorda com esse entendimento porque não admite reduzir a vida humana às relações econômicas. Para o filósofo espanhol, sempre haverá o capitalismo porque sempre existirão instrumentos de produção. E, ainda completa, o socialismo nasceu com Platão quando afirmou que os cidadãos não devem se empenhar em uma perpétua luta entre ricos e pobres na *polis*. Erradicar a luta de classes como meio para socializar a produção é proposta do marxismo, mas essa forma não promove a paz e a liberdade entre os homens. Em outras palavras é inútil tentar eliminar a luta de classes, mas é possível mantê-la sujeita a estrita regras. Os acontecimentos históricos dos últimos anos confirmam a avaliação do filósofo.

O socialismo, tal como ele o propõe, eleva o nível cultural das sociedades. E cultura, para Ortega y Gasset, não é uma palavra vaga, sem sentido. Cultura é o cultivo científico do entendimento de cada homem, de sua moralidade e de seu sentimento. Por isso, a cultura é o verdadeiro poder espiritual para reconstruir a sociedade onde todos os homens podem participar juntos. Homem, em seu sentido soberano, é o que pensa e constrói. Ortega y Gasset diz que todos devem se comportar moralmente para a paz ser edificada. O socialismo garante a paz entre os homens porque todos devem trabalhar para o benefício de todos, porque só assim existirá uma comunidade firme.

5. A PEDAGOGIA SOCIAL COMO SOLUÇÃO PARA OS PROBLEMAS SOCIAIS E POLÍTICOS

Nossa consciência necessita de um motor para se colocar em movimento. Ortega y Gasset diz que este motor é a educação. Por educação, o filósofo entende a transformação de um homem imperfeito em indivíduo com irradiações

virtuosas. A pedagogia, enquanto ciência, trata de modificar o caráter, tem por objetivo integrar os indivíduos em uma comunidade. Desse modo, a pedagogia deve começar por um ideal moral.

O homem, segundo Ortega y Gasset, não é apenas um indivíduo biológico. O homem se difere de um cavalo por saber determinar o que é bom para si e para sua comunidade. Então, a pedagogia não significa um adestramento de homens, e sim de uma atividade formadora que insere o homem singular, consciente de sua situação, em um grupo social. É o que afirma o filósofo:

O cavalo é uma coisa física, é toda uma exterioridade, vive só uma vida espacial. Agora bem, o problema da pedagogia não é educar o homem exterior, o anthropos, e sim o homem interior, o homem que pensa, sente e quer (La pedagogia social como programa político. p. 51).

As características da ciência, da moral e da arte são que seus conteúdos pertencem ao patrimônio comum, apesar dos amores, ódios e caprichos serem subjetivos. Portanto, existe um *eu individual*, que sente tais emoções e um *eu comunitário*, que pensa algo que é comum a todos. Para que exista uma comunidade entre os homens é necessário que exista uma linguagem comum. Ortega y Gasset completa que sem linguagem não há pensamento.

O pensar é um monólogo e o monólogo não é originário, e sim a imitação de um diálogo, um diálogo de uma só dimensão" (idem p. 52).

Ortega y Gasset explica que, sem o uso da linguagem, o espírito não chega a possuir conteúdo para a interação. Um indivíduo que extingue sua comunicabilidade com os outros se

mantém solitário e se transforma em um átomo social.

Todo individualismo é mitológico e anticientífico. Assim, Ortega y Gasset considera a pedagogia individual um erro e projeto inútil. Platão, na sua *República*, que é preciso primeiramente educar a *polis* e depois o indivíduo. Então, a pedagogia platônica privilegia a dimensão social. Ortega y Gasset explica que a escola só é um espaço momentâneo e que a verdadeira educação se adquire em casa, nas praças e estabelecimentos públicos; enfim, onde as relações humanas sejam mais intensas. A pedagogia é entendida pelo filósofo como a ciência que transforma as sociedades, pela moralidade, em um reunião de pessoas com ideais.

Antes, essa transformação do indivíduo era entendida como produto da política, explica o pensador. Mas não se pode fazer política sem antes passar por uma pedagogia social. O social é a combinação dos esforços individuais para realizar uma obra comum. Um grupo de homens, ao trabalharem em uma obra comum, recebem em seus corações, por reflexão, a unidade dessa obra e, assim, nasce o elo da unanimidade. Ortega y Gasset conclui que pela cooperação se forma uma sociedade unida.

Socializar o homem é fazer do trabalho uma magnífica tarefa humana, pela cultura, onde a cultura abarca tudo, desde cavar a terra até compor versos (idem. p. 58).

Não pode participar bem da sociedade quem não trabalha. Ortega y Gasset entende que pela consciência do trabalho podem-se superar as lutas entre ricos e pobres na nação. Erradicar a luta de classes como meio de socializar a produção é proposta do marxismo, e não promove a paz e nem assegura a liberdade entre

os homens. Ao contrário, é onde a luta de classes encontra meios políticos de expressão que a sociedade consegue os melhores benefícios.

O verdadeiro poder espiritual para reconstruir a sociedade onde todos os homens podem participar juntos e reconstruir a moralidade do homem. Homem, em seu sentido soberano, é o que pensa e constrói. Ortega y Gasset diz que todos devem se comportar moralmente para a paz ser edificada. O socialismo garante a paz entre os homens porque todos com seu trabalho contribuem para o destino da comunidade, só assim o futuro poderá ser mirado com esperança.

6. REFLEXÕES DE ORTEGA Y GASSET ACERCA DOS GOVERNOS TOTALITÁRIOS

Para Ortega y Gasset, os governos totalitários não incentivam a democracia porque não restauram os sucessos do passado nascidos na liberdade e na pluralidade de opinião. Ao invés de tornar o Estado um espaço de homens virtuosos, o totalitarismo transforma o Estado em algo “forte” e emprega meios dissolventes para fazer valer as convicções da minoria, violentando os direitos individuais. Assim, o governo totalitário extermina a liberdade dos homens, transformando-os em seres alienados de sua vida e do seu destino. Ortega y Gasset explica que em épocas anteriores havia a necessidade de preservar a intimidade de cada um, problema cuja solução foi buscado pela liberal-democracia. Porém, o sistema totalitário surge como uma reação ao liberalismo, considerando-o incapaz de resolver os problemas sociais.

Partindo desta constatação, o filósofo espanhol, considera o totalitarismo como um fenômeno histórico. Isso significa que a verdadeira natureza do totalitarismo está fora

do tempo histórico. Trata-se de tentativa em ocultar a liberdade humana e é uma forma de garantir o poder e a autoridade do grupo. Ortega y Gasset explica ainda que o totalitarismo cria as armas para sua autodestruição ao abandonar a liberdade vital.

O totalitarismo é algo inautêntico porque entende que os homens são aquilo que eles verdadeiramente não são – seres coletivos. Paralelamente, os ideais que os totalitários acreditam não constituem a verdadeira realidade da vida. Por esta razão, é ilusório buscar no totalitarismo um sentido autêntico porque ele não considera a vitalidade humana.

Toda agremiação política não é mais do que uma palavra vaga, e só adquire sentido autêntico quando reúne os ideais distintos integrando uma fase histórica. Para Ortega y Gasset, exatamente o que o totalitarismo não almeja é socializar seus ideais com a pluralidade de opiniões, e além disso, prefere ocultar o que pretende de forma violenta.

O totalitarismo é uma forma de massificar os homens e encobrir suas contradições. Uma destas contradições é supor que o vencedor de uma disputa necessita da ajuda dos vencidos. Desse modo, o vencedor forja a debilidade de seu inimigo. A análise do filósofo revela que a busca do poder nada mais é que um jogo de estratégia, onde o mais débil não têm forças para se erguer, e por isso deve ser mantido nesta condição pela força de autoridade.

Por isso, Ortega y Gasset entende que se deve buscar nas circunstâncias a explicação para a debilidade dos homens, ou seja, buscar na vida aquilo que permitiu o governo totalitário chegar ao controle de vários estados europeus. Comparando, o totalitarismo com a chegada ao poder do romano Júlio César, no século 70 a.C. Ortega y Gasset explica:

A dificuldade (da sociedade romana) que falamos é idêntica a que sentimos diante do totalitarismo. Mais que o triunfo de César sobre os demais homens, nos parece que são os demais homens quem desejam o triunfo de César (Sobre el Fascismo. p. 500).

É necessário esclarecer que Ortega y Gasset não considera que as épocas históricas possam se identificar, mas têm algo em comum. O fator comum, por exemplo, entre o governo de César, no período romano, e o totalitarismo, estabelecido na Europa no século XX é o prévio desprestígio das instituições estabelecidas. O fato mais grave nestes sistemas de governo, na avaliação do filósofo, são as mudanças radicais nas idéias e nos sentimentos que o totalitarismo provoca. Ortega y Gasset está preocupado com a vida de cada um ao tratar as mudanças circunstanciais como algo grave.

O totalitarismo comporta partidos de posições autoritárias, conforme afirma no texto que se segue:

Um partido autoritário, como o são muitos; confusamente antidemocráticos, como vem sendo todas as direitas e esquerdas extremas; nacionalistas, como outra meia dúzia de grupos, de revolucionários, socialistas, etc. (Idem p. 501).

Para o filósofo, as características destes sistemas de governos são a violência e a ilegitimidade. O primeiro é consequência do segundo, e vice-versa formando um círculo vicioso. Os governos autoritários adquirem o poder através da violência e por isso são ilegais, assim como a violência que é um crime e favorece os autoritários chegarem ao poder.

Ortega y Gasset explica que o totalitarismo exerce o poder em nome da justiça,

de uma ética e concepção de universo elaborados por um grupo particular. Estes valores são criados conforme as conveniências de consolidar a autoridade daqueles que mandam. Para fazer valer seus valores, os grupos autoritários usam a violência sem se preocupar em dar um fundamento jurídico a suas ações, além de, não se preocupar em construir nenhuma sólida teoria política. Esses governos totalitários não pretendem governar com os direitos subordinados a uma ética comum que respeite a pluralidade dos homens. Os direitos que os autoritários conhecem são: a força e a violência das quais se valem para impor suas vontades.

A permanente prática da arbitrariedade estabelece um caos jurídico nos Estado autoritário. Ortega y Gasset indaga-se sobre os motivos que fizeram as forças sociais, que estiveram sempre presentes na defesa da liberdade, não se esforçarem para impedir a vitória do caos jurídico que se instala com o autoritarismo. A resposta a que o filósofo chega é a seguinte:

Pela sensível razão de que hoje não existem forças sociais importantes que possam viver esse entusiasmo; ou, porque hoje não existe nenhuma nação continental capaz de dar legitimidade que satisfaça a ilusão dos espíritos (Idem p. 503).

Ortega y Gasset explica que a política que possibilita o triunfo da liberdade é o espírito público. O filósofo ensina que esse espírito “dá a forma externa a profunda realidade oculta nos corações” (Idem p.503).

Isso significa que se deve abrir bem os olhos para tentar surpreender o enigma da realidade e extrair do que se averigua na política massificante férteis sugestões para evitar novos erros desta natureza. A fragilidade do sistema

autoritário é que depende para existir de que haja uma debilidade nos homens, uma ignorância dos assuntos vitais e políticos.

7. REFLEXÕES DE ORTEGA Y GASSET ACERCA DO LIBERALISMO

Ortega y Gasset pensa o Liberalismo a partir das transformações científicas ocorridas no século XIX. Da mesma forma que o cientificismo influenciou a vida dos homens também influenciou no exercício da política. Assim, houve um processo de adequação entre as idéias científicas e as idéias políticas, o que gerou inúmeros choques de in-culturalização.

O filósofo explicita que na Europa existem muitos conservadores, e todo conservadorismo entende que não há mais nada para criar ou edificar numa cultura. Os conservadores querem construir um conjunto forte de homens, e assim não partem do princípio vital, base de vida de cada indivíduo, mas da necessidade do Estado em submeter todos os homens sob seu comando.

Conservadores são, no sentir do filósofo, os governos autoritários e totalitários. O governo conservador não deseja que os homens adquiram forças para sair das suas circunstâncias, e viver é vencê-las. Ortega y Gasset diz que o homem é um eu e sua circunstância e isto significa mencionar a acomodação imposta pelos conservadores às massas. Os sistemas políticos que preferem a coletividade não incentivam o indivíduo a sair das suas circunstâncias que o impedem de dar uma melhor significação a sua vida. Essa idéia conservadora de que o homem não saia da sua circunstância é típica das políticas anti-liberais. Ela promove uma incultura no homem, estagnando e fragmentando a nação. Na passagem que se segue o filósofo explica que as políticas de massa considera os

homens simples resultado das circunstâncias em que vivem, mas lhes impede de refletir sobre o mundo ao redor:

Não nos é perguntado antes se queremos ser fortes; poderia ser que preferia ser bons, nada mais que bons; justos, nada mais que justos; discretos, em último caso, nada mais que discretos. E se nos proíbe a direção, nos impõe o dever da incultura (La Reforma Liberal. p.32).

O principal instrumento de educação política para que o homem vença os seus problemas, é a imprensa. A imprensa tem um papel fundamental na definição dos rumos da política. Entretanto, os periódicos não abordam seriamente os temas sociais e políticos, são artísticos. Ortega y Gasset esclarece que essa forma de arte controla as emoções sociais, por isso não dá ao povo a chance de debater os assuntos e não lhes mostra caminhos para seguir:

Os periódicos estão carregados de idéias da emoção para que expande a carga emotiva; não lhes toca elaborar afirmações ou negações, isto é para o sábio. Para o estadista; sua tarefa se reduz a expressar robustamente essas afirmações ou negações desempenhadas por outros (Idem p.33).

Para o filósofo é fundamental ressuscitar o Liberalismo e instaurar na Europa um verdadeiro partido liberal com atenção voltada para a liberdade. Mas, para isso, Ortega y Gasset analisa que é preciso contar com o auxílio dos espíritos revolucionários. De que tipo de revolucionário ele fala? Não de um revolucionário armado, que usa a força para impor sua ideologia, mas um revolucionário capaz de unir os homens por um ideal de liberdade.

O Liberalismo para ser edificado e seguir seu curso na História deve se apresentar como o “partido da revolução”. Eis o que diz:

O Liberalismo se não quiser seguir sendo um fenômeno da História, tem que se confessar e se declarar inequivocamente sistema da revolução. Aos ânimos que acostumaram espantar-se com a sombra que desejam o ar das palavras proponho este ponto de meditação: que preferem: um sistema de revolução ou revolucionários sem sistema? (Idem p. 34).

O Liberalismo, para Ortega y Gasset, é uma forma de pensamento político que antepõe a realização de um ideal moral não dividir os homens em classes. O caminho seguido pelos totalitários, ao contrário, não atende as exigências vitais, nega o valor ético dos homens e atende este ponto de vista quando constrói uma constituição política sem identificar os valores éticos do seu tempo.

O Liberalismo acredita que nenhum regime social é definitivamente justo. Ortega y Gasset explica que sempre a norma ou idéia de justiça necessita de uma visão que transcenda a lei escrita:

Como os peripatéticos tinham que buscar fora do mundo e falavam em um Deus invisível ou primeiro motor imóvel, que impulsiona as coisas que vemos mover-se, assim o primeiro motor jurídico das transformações constitucionais é esse direito não escrito, esse direito ideal, centro da energia ética da História. A este direito sobreconstitucional que é sua vez de grado dever, chamo de revolução (Idem. p.35).

O Liberalismo, no entendimento de Ortega y Gasset, é o exercício de liberdade.

Porém, que liberdade é essa a que o filósofo se refere? Trata-se de uma liberdade mencionada na política platônica, aquela que reconhece o indivíduo fora do Estado. O Liberalismo orteguiano é resposta aos erros originais da fundamentação positivista utilitária do Liberalismo inglês. Tal forma é norma em toda Europa, provocando um individualismo exacerbado.

Na visão utilitária do Liberalismo, a palavra liberdade se reduz a certa forma de tolerância, explica Ortega y Gasset. Na passagem que se segue o filósofo explica o que entende por tolerância:

A tolerância não é renúncia ou extinguir a luta, e sim a utilização desta palavra, significa a confirmação e a legalização das armas de combate (Idem p. 36).

Para Ortega y Gasset, o exercício da liberdade é mais do que isto, significa modificar a constituição na medida que as gerações exigirem tal modificação. Não indica somente que há de respeitar as leis escritas: este valor negativo não distinguiria o liberal do conservador. Liberdade, em seu valor positivo, para o filósofo, é dada pela ética que encaminha os homens, respeitando seus conceitos vitais. Desse modo, o filósofo conclui que o Liberalismo serve para estabelecer virtudes necessárias para a socialização dos homens:

Não creio que há uma missão mais perfeita e gloriosa na terra; porque se há algo certo é que este gigantesco alambique do Universo está posto aqui para que tú, senhor leitor, e eu, e nossos filhos, vamos destilando do nossos corações umas gotas de virtude (Idem. p.38).

8. DESEMPENHOS SOCIAIS DOS SISTEMAS DOS GOVERNOS TOTALITÁRIOS E LIBERAL

As diferentes formas de governo identificadas acima por Ortega y Gasset têm como alicerce a educação. Cada forma de governo tem um paradigma de educação que fornece valores para serem seguidos pela sociedade.

Desta forma, educação significa conduzir alguém para fora do lugar onde se encontra. Essa definição tem um sentido para Ortega y Gasset. Ao criar meios para que o homem saia da sua minoridade, como já dizia Immanuel Kant (1724-1808), Ortega y Gasset envolve o homem no abandono de suas referências ou circunstâncias. Portanto, o processo educativo, para Ortega y Gasset, significa uma dilatação da vida para fora do meio em que ela está situada.

Ortega y Gasset afirma que as políticas totalitárias não cuidam de levar o homem para fora das suas circunstâncias. Ao contrário, as políticas totalitárias prendem o indivíduo no conjunto de referências ou circunstâncias e se esforça por manter o indivíduo preso na minoridade. Dessa forma, entende-se este método como uma doutrina, e não como uma educação no sentido clássico de levar alguém para determinado objetivo.

Como exemplo, podemos citar o filósofo russo Anton Semiónovitch Makarenko (1888-1939) que desenvolveu uma pedagogia socialista entendendo que o coletivo é um organismo social vivo. Suas idéias tinham como base que nenhum método pode ser elaborado à base do par aluno-professor, mas só à base da idéia geral da organização da sociedade e do coletivo, extinguindo o talento individual.

Entendemos que toda educação é atividade essencialmente política, pois trabalha

com dois problemas vitais: o homem e a sociedade. Unir estes dois problemas foi o que tentou Makarenko. Para Ortega y Gasset, o homem tem a condição de ser livre e essa liberdade é que esclarece sua vida social. Sem a liberdade não se chega à compreensão do que é a vida de cada indivíduo. A educação liberal faz com que o homem perceba sempre a existência de novos caminhos a serem seguidos. Trata-se de buscar na experiência vital de cada um os meios para chegar ao objetivo, que é a formação de cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teses examinadas anteriormente traduzem aquilo que é essencial para a discussão da filosofia política de Ortega y Gasset. Elas nos ajudam a entender os problemas do homem do século XX e o significado e amplitude da crise observada por vários filósofos.

O problema encontrado pelo filósofo no campo da política é o que ele chama de “hiperdemocracia das massas” que significa que as massas atuam sem leis, por meio de pressões materiais, impondo suas aspirações e seus gostos. Desse modo, as massas propuseram se a distanciar dos assuntos políticos, não discutindo e não participando das atividades políticas, o que consolidou lideranças conduzidas pela demagogia e ignorância.

Entretanto, o grande feito do mundo ocidental é a criação da civilização, por meio da socialização. Isso porque, por mais de dois milênios os homens se esforçam para edificarem uma construção comum, mas mesmo com todo o esforço e sucesso o homem continua vulnerável, fraco e até adoecer por causa de seus problemas e suas inseguranças. O homem não consegue viver humanamente sem manter uma

tensão criadora e precisa estar alerta aos desafios de sua época para vencer os desafios.

A partir do momento em que o homem não consegue responder aos seus desafios, ele experimenta problemas psicológicos, ele perde horizonte. Ortega y Gasset entende que o homem deve-se ocupar com o que ele identifica como desafio, caso contrário, experimentará o fracasso, transformando-se em “homem-massa”. Cabe aos educadores e filósofos enfrentarem essa doença do século. Eles não devem se limitar a ensinar as técnicas da vida moderna, mas educar o homem para que ele socialize as preocupações e encontre soluções.

Neste trabalho examinamos as teses políticas e sociais de Ortega y Gasset. Vimos os problemas causados por uma sociedade de massa que desarticula a noção de responsabilidade pessoal e tira o caráter único do viver. Tal influência deve ser alterada para não se transformar a nação numa hiperdemocracia. A hiperdemocracia é o exercício das massas e imposição de seus costumes ao restante da sociedade com todas as implicações negativas daí decorrentes. Entretanto, isso não significa uma posição antidemocrática, que o filósofo condenava. Pensamos que ele espera superar o democratismo de inspiração rousсенiana (cf. Carvalho, 2001. p. 411-415), ou melhor, conforme diz Maria Teresa Lopez de la Vieja, a crítica à hiperdemocracia é uma tentativa de suplantar os abusos da imposição e os inconvenientes do domínio do homem massa ao longo do século XX. Nossos estudos comprovam a correção desta tese.

Um dos modos de evitar a hiperdemocracia é permitir que a educação seja o exemplar fio condutor para os homens e assim privilegiar as decisões políticas de forma exemplar, valorizando o conhecimento e a competência. Aqui se verifica que, Ortega y Gasset dialoga

com Aristóteles (367–322 a. C.), e assume a virtude da prudência. Aquele que se guiar nestes moldes será sempre um modelo a ser seguido. No que se refere ao exame do papel da educação na vida social, os intérpretes não se afastam do que aqui propusemos.

Há leitores de Ortega y Gasset que identificam a preocupação em formar homens puros como uma estratégia aristocrática. Essa não era a intenção do filósofo conforme já podemos deixar esclarecido. Esses intérpretes desconhecem que o filósofo valoriza a vida de todos de modo igual. E, para que haja uma vida política sem destruir os valores de cada pessoa, teria a educação a função de unificar, socializar os homens num princípio de amizade; essa é a real intenção do filósofo que nada revela de elitista. A posição aparentemente elitista de Ortega y Gasset se refere a aspectos psicológicos e antropológicos que, conforme nos indicou Maria Teresa Lopez de la Vieja, significa colocar a inteligência para guiar a atividade utilitária. Trata-se de um convite ético a ser bom, mas não de um governo para poucos.

O filósofo não discute questões como eleições, partidos e formas de governo, e sim, deseja estabelecer bases de uma “pedagogia política”. Essa pedagogia seria o modo para regular os conflitos de interesses e os valores. Refletir, formar opinião e animar a vida pública através do meio cultural não são tarefas dos políticos, e sim de uma elite cultural. São poucos os homens que contam com a capacidade de esforço suficiente para transcender a vida comum. Como se vê o problema é de ordem moral. O instrumento com que conta cada homem para se orientar em sua vida não é outro que a razão, uma razão voltada para a vida. A vida é, pois, uma atividade que se fortalece com a razão, mesmo sendo mais do que ela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO, José Maurício de. Lições de Ortega sobre a vida humana. *Ética e Filosofia Política*. Juiz de Fora: UFJF, 1996. v. 1.
- _____. *Contribuição Contemporânea à História a Filosofia Brasileira*. Londrina: EDUEL, 2001.
- GONZÁLEZ, Leopoldo Jesus Fernández. *A gratuidade na ética de Ortega y Gasset*. São Paulo: Annablume, 2001.
- KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *Ortega y Gasset e a aventura da razão*. São Paulo: Moderna, 1994.
- _____. *Discurso sobre a violência*. São Paulo: Soma, 1985.
- LAVEDÁN, Maria Isabel Ferreiro. La docilidad de las masas en la teoría social de Ortega y Gasset. *Revista de Estudios Orteguianos*. v.2 Madrid: Fundación José Ortega y Gasset, 2001.
- LEDESURE, Felipe. El moral radical. *Revista de Estudios Orteguianos*. v.2 Madrid: Fundación José Ortega y Gasset, 2001.
- MACEDO, Ubiratan. *A Filosofia de Ortega y Gasset*. Londrina: EDUEL, 2001.
- MARIAS, Julián. *História da Filosofia*. Tradução Alexandre Pinheiro Tavares. 2. ed. Porto: Sousa e Almeida, 1959.
- ORTEGA Y GASSET, José. Los problemas nacionales y la juventud. *Discursos Políticos*. Madrid: Alianza Editorial, 1990.
- _____. La ciencia y la religión como problemas políticos. *Discursos Políticos*. Madrid: Alianza Editorial, 1990.
- _____. La pedagogia social como programa político. *Discursos Políticos*. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

_____. Vieja y nueva política. *Discursos Políticos*. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

_____. *A Rebelião das Massas*. Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. La rebelión de las masas. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo IV. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. El hombre y la gente. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo VII. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. España Invertebrada. Madrid: Revista de Occidente en Alianza Editorial, 2000.

_____. ¿Qué es Filosofía? *Obras Completas*. 2. ed. Tomo VII. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Mirabeau, el político. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo III. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Una interpretación de la historia universal. *Obras Completas*. - 2ed Tomo IX. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. La reforma liberal. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Reforma del carácter, no reforma de costumbres. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. De re política. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. La cuestión moral. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. El recato socialista. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Meditación de Europa. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo IX. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Ideas políticas. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Hacia una mejor política I, II e III. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Ideas políticas. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Ideas de estas elecciones. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Gobierno de reconstrucción nacional. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Rectificación de la república. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. La nación frente ao Estado. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Al servicio de nuevo Estado. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. El Estado que hay de hacer. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. En el debate político. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Imperialismo y democracia. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Miscelánea Socialista. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

_____. Sobre el Fascismo. *Obras Completas*. 2. ed. Tomo X. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

PAIM, Antônio. *Do Socialismo à Social Democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

SEVILLA, José M. Ortega y Gasset e la idea de Europa. *Revista de Estudios Ortegaianos*. v.3

Madrid: Fundación José Ortega y Gasset, 2002.

STHEEMAN, Luís Gabriel. La etimología como estrategia retórica en los textos políticos de Ortega y Gasset. *Revista de Estudios Ortegaianos*. v.1 Madrid: Fundación José Ortega y Gasset, 2000.

VIEJA, María Teresa López de la. Democracia y masas en Ortega y Gasset. *Revista de Estudios Ortegaianos*. v.1 Madrid: Fundación José Ortega y Gasset, 2000.

UMA REFLEXÃO SOBRE A “ECOLOGIA HUMANA”

Rodrigo Andreotti MUNETTI¹

RESUMO

O artigo apresenta um convite à reflexão sobre temas como cultura, natureza, ética, política, meio ambiente e desenvolvimento, visualizando-os a partir do Direito Ambiental como um direito humano fundamental. Ao sugerir algumas medidas mitigadoras para a solução dos problemas sócio-ambientais da atualidade, conclui-se que, antes da proteção ambiental, é preciso salvaguardar as condições morais e éticas de uma autêntica “ecologia humana”, sem a qual nada nos restará.

ABSTRACT

The article presents an invitation to the reflection on themes as culture, nature, ethics, politics, environment and development. We will be able to visualize them arising from the Environmental Law as a fundamental human right. Suggesting some relieved measures for the solution of the partner-environmental problems of the present time, it was concluded that before the environmental protection it is necessary to safeguard the moral and ethical conditions of an authentic “human ecology”, without the one anything will be remained.

“A insustentabilidade social e ambiental do projeto desenvolvimentista vem nos conduzindo a um impasse. As conseqüências

desastrosas do atual modelo desenvolvimentista nos força a repensar as condições de sobrevivência e melhoria da vida humana e

⁽¹⁾ Advogado ambientalista, Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo – ESMP/SP, e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC-Campinas.

da natureza.” (Conferência Nacional dos Bispos – CNBB; 18 a 21 de maio de 1992)

O grande e rápido crescimento da civilização moderna, as antigas concepções de desenvolvimento e a falta de reflexão e de conhecimento sobre os direitos fundamentais do homem, influenciados por desmedidos interesses econômicos, cada vez mais ávidos por novas fontes de lucro e de poder, encravados numa sociedade progressivamente imediatista e consumista, onde a concentração de riquezas faz aumentar o abismo entre as classes sociais, determinam a destruição dos ambientes naturais e conseqüentemente do humano², sob o pretexto de um desenvolvimento dito irremediável.

Prevenir a degradação ambiental, preservar o que resta dos ambientes naturais e recuperar seus atributos ambientais é uma necessidade vital; em verdade, significa preservar o que resta de nós mesmos, seres humanos, e recuperar as condições que garantam nossa própria sobrevivência com qualidade. Esta é a

finalidade, por excelência, do Direito Ambiental. Não se trata de “modismo ecológico”, de “bandeira verde”, de “ideologia de eco-chato”; trata-se de responsabilidade³ ética e social da geração presente para com ela mesma e para com as futuras.

A proteção ambiental⁴ (prevenção⁵, conservação⁶ e preservação⁷) é ato de inteligência reservado à espécie humana, que, embora racional, é a única capaz de destruir seu próprio *habitat* e todas as formas de vida nele existentes. Porém, não é menos verdade que a espécie humana também é a única dotada da capacidade de recuperar o ambiente degradado, de amenizar os impactos ambientais negativos e, especialmente, de prevenir a degradação ambiental.

Para a espécie humana, não são suficientes as condições orgânicas de sobrevivência; é preciso haver condições morais e éticas (e aqui entra a questão da dignidade e dos direitos humanos) para que a vida humana

² Segundo o “*Living Planet Report 2002*” (Relatório Planeta Vivo, divulgado em 2002 pela WWF – maior entidade conservacionista do mundo, com sede na Suíça), existe tanta pressão sobre as fontes de água, florestas, terra e fontes de energia do planeta que, dentro de 150 anos, suas riquezas serão exauridas e as temperaturas subirão inexoravelmente. Seguindo as atuais taxas de exploração e crescimento populacional, o uso dos recursos naturais é 20% maior do que sua capacidade de regeneração, a cada ano, ou seja, no ano 2050 serão necessários dois planetas Terra para suportar as exigências de recursos.

³ Leitura complementar: JONAS, Hans. *Le Principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique. Traduit de l'allemand par André Greisch. Paris: Les Éditions du Cerf, 1993.* Ou: JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad – ensayo de una ética para la civilización tecnológica.* Barcelona: Herder, 1995.

⁴ A proteção ambiental ocorre de forma antecipada na prevenção e de forma direta na conservação e preservação.

⁵ Prevenção ambiental é a efetivação de todas as medidas necessárias, capazes de prever a ocorrência de degradação e destruição dos entes ou recursos naturais e de impedir sua ocorrência.

⁶ Conservação ambiental é a utilização dos entes ou recursos naturais de modo a garantir sua renovação (se renováveis) ou sustentabilidade (se não renováveis). Assim, protege-se o ambiente visando sua utilização sustentada e seu manejo adequado.

⁷ Preservação ambiental é a proteção direta e específica de entes ou recursos naturais contra a destruição e degradação ambiental. Protege-se diretamente o ambiente especificado de forma a não permitir sua utilização e manejo.

tenha qualidade. É a cultura humana que clama pela qualidade de vida – o ser humano não quer simplesmente viver ou sobreviver⁸, ele precisa viver de forma digna e feliz. O mundo natural apenas existe!⁹ É do Direito Ambiental, em especial, o dever de garantir efetivas condições de vida com qualidade.¹⁰

Embora o universo cultural nos cause a falsa impressão de que vivemos ou possamos viver de forma independente (e esta independência do homem moderno guarda uma profunda relação com o egoísmo) do mundo natural (não só porque perdemos a noção do que seja o princípio gerador – de onde provêm as coisas, mas porque o modelo consumista parece transmitir a mensagem subliminar de que sempre podemos comprar e consumir tudo – oxigênio, água, animais, plantas, etc., obviamente, desde que paguemos pelo preço!), não o podemos. Exemplo singelo desta constatação é a grave situação dos recursos hídricos no mundo. Hoje, cerca de 1,4 bilhão de pessoas não têm acesso à água limpa; a cada oito segundos, morre uma criança por uma doença relacionada a esse

recurso, como disenteria e cólera, e 80% das enfermidades no mundo são contraídas por causa da água poluída.¹¹

É preciso lembrar que, desde o século XVI, o meio ambiente foi percebido pelo homem, que era tido como componente único das relações sociais, como mero objeto de conhecimento e domínio. O trabalho era sinônimo de apropriação e não de interação. O único valor do meio ambiente era o de uso. Com o advento da era industrial, a racionalidade moderna considerou o meio ambiente como um reservatório inesgotável e/ou um depósito de lixo, transformando-o em mercadoria para o consumo e fazendo do homem mera força de trabalho a ser vendida no mercado.

“Esta ideologia toma forma mais acabada já em meados do século XX quando, no contexto da guerra fria, vincula-se ao movimento de expansão imperialista e à afirmação da hegemonia norte-americana. A sociologia do desenvolvimento, formulada pelos técnicos do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), ofereceu a base científica que reforçava as

(8) No Brasil, onde 2% dos brasileiros detêm 60% da riqueza nacional; 18% deles possuem renda superior a um salário mínimo; 31% possuem subemprego intermitente e 49% vivem na miséria absoluta; muitos sobrevivem diariamente! Nosso País tem sua economia classificada em 9º lugar no mundo, porém é o 56º em qualidade de vida.

(9) Com isso não estamos afirmando que não exista *animus* no mundo natural.

(10) Nos dias 09 e 10 de novembro de 2001, em Limoges, na França, reuniram-se juristas especializados em Direito Ambiental a fim de formular recomendações destinadas à II Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (chamada de “Rio + 10”), a ser realizada de 26 de agosto a 04 de setembro de 2002, em Johannesburg, na África. Neste documento, intitulado de “Declaração de Limoges II” foi declarado que “... a extrema pobreza constitui a negação dos direitos humanos e da dignidade humana, constituindo um obstáculo maior à proteção do meio ambiente e do desenvolvimento sustentado; relembrando que os direitos fundamentais são indivisíveis e indissociáveis na sua substância e que, conforme as resoluções do programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, sem um meio ambiente de qualidade suficiente e sem desenvolvimento sustentado a Declaração Universal dos Direitos Humanos não poderá jamais ser executada.” (Declaração de Limoges II. Tradução de Paulo Affonso Leme Machado. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2002. p. 19.)

(11) SPERLING, Von Marcos. Introdução à qualidade das águas e ao tratamento de esgotos. 2. Ed., Belo Horizonte-MG: Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental; Universidade Federal de Minas Gerais, 1998.

condições de credibilidade às palavras do presidente dos E.U.A, em 1949, Hary Trumam. Em seu discurso de posse, Trumam anunciava um mundo, cuja maior parte se encontrava na condição de subdesenvolvimento. O desenvolvimento ou modernização eram postulados como o caminho inevitável a ser trilhado por essas sociedades subdesenvolvidas, ou atrasadas, na superação de sua pobreza. O paradigma de desenvolvimento a ser alcançado era a sociedade de consumo norte americana.

Como condição para concorrer a um projeto de futuro que apontava para o ingresso em uma vida de bem estar e consumo, as sociedades periféricas deveriam crescer economicamente, industrializar-se, urbanizar-se, ainda que isto custasse sacrifícios como o crescente endividamento no plano econômico, a desvalorização e a marginalização das práticas, da cultura e dos saberes tradicionais populares, a depredação e destruição da natureza e a exploração da força de trabalho. Junto com o mito do desenvolvimento, que iria redimir os

povos da ignorância, do atraso e da pobreza, estruturava-se uma rede de relações de dominação econômica e política entre os países então definidos como desenvolvidos e subdesenvolvidos. A questão da dívida externa mostra muito claramente o uso de um dispositivo financeiro a serviço da subordinação política.”¹²

Nessa linha de pensamento, a cultura apropriou-se do meio ambiente (daí a expressão “recursos” naturais), condicionando-o a ser um mero objeto a serviço do citado e pretendo crescimento econômico e do chamado “desenvolvimento”.¹³ Dessa forma, tenta-se fortificar um dos postulados mais evidentes do mundo hodierno, a ausência de limites à ciência e à técnica¹⁴, garantida, no âmbito da economia, com a autovalorização indefinida do capital, assumindo a forma do crescimento econômico exponencial, com o escopo de firmar o capitalismo como modo de produção sustentável.¹⁵ Alerte-se que esse modelo gera uma perigosa apatia, com nefastos e indesejáveis efeitos sócio-ambientais: “Essa gente tem

⁽¹²⁾ CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, 1992, Brasília. Seminário Ecologia e Desenvolvimento.

⁽¹³⁾ Vale lembrar que a recusa dos EUA em ratificar o Protocolo de Kyoto foi motivada por razões econômicas; ao trabalharem menos, produzirão e enriquecerão menos. A proposta do Brasil (elaborada no VII Fórum dos Ministros do Meio Ambiente da América Latina e Caribe, em maio de 2002) em elevar para 10%, até 2010, o uso de energias renováveis no planeta sofre forte resistência dos países produtores de petróleo, que não desejam abrir mão deste mercado, um dos maiores do mundo.

⁽¹⁴⁾ A clonagem de embriões humanos (a oficialização do primeiro embrião humano clonado foi feita pela empresa americana de biotecnologia *Advanced Cell Technology* – ACT, em novembro de 2001) e de animais (a maioria dos embriões clonados de macacos que parecem normais têm, na verdade, aberrações genéticas – em vez dos cromossomos permanecerem no núcleo, eles se espalham por toda a célula); a tecnologia *Terminator*, utilizada na geração de sementes transgênicas; a vivissecção (aos 15/05/2002, a agência de supervisão independente *GeneWatch* denunciou publicamente que, no Reino Unido, mais de meio milhão de animais são submetidos a cada ano a experiências genéticas sem que sejam obtidos avanços médicos ou científicos importantes), mormente para servir ao mercado da cosmética; a inseminação artificial e as mulheres que alugam seus ventres para terceiros, etc., são frutos de um modelo de desenvolvimento altamente lucrativo, seletivo e elitista, totalmente desregrado e desgovernado do ponto de vista de sua finalidade existencial e da justiça. O surgimento da Bioética e do Biodireito pretende resgatar a ética deste modelo de desenvolvimento descontrolado e desnorteado.

⁽¹⁵⁾ Sobre o assunto: MÜLLER, Marcos Lutz. Uma Filosofia da Crise Ecológica. Cad. Hist. Fil. Ci., Campinas, Série 3, v. 6, n. 2, p. 9-62, jul.-dez. 1996.

demonstrado não apenas uma insensibilidade em relação aos sofrimentos dos que estão na pobreza, como uma completa irresponsabilidade em relação ao destino do país. Insensibilidade moral e despreocupação irresponsável são as duas conotações básicas da postura do americano em situação economicamente favorável.”¹⁶

Nesse contexto, faz-se necessária uma referência ao pronunciamento do Papa João Paulo II, na sede das Nações Unidas, em 1979: “Uma análise crítica da nossa civilização moderna mostra que, nos últimos cem anos, houve a maior contribuição de todos os tempos para o desenvolvimento de bens materiais; mas que esta também gerou, tanto teoricamente quanto na prática, uma série de atitudes nas quais a sensibilidade para a dimensão espiritual da existência humana é reduzida, em maior ou menor grau, graças a certas premissas que limitam o significado da vida humana principalmente aos muitos e diversos fatores materiais e econômicos - quero dizer, às demandas da produção, do mercado, do consumo, do acúmulo de riquezas ou da crescente burocracia com que se procura regular esse mesmo processo. Esse não é o resultado de se ter subordinado o homem a uma única concepção e escala de valores? ... Nisso tudo se manifesta a tendência mais geral da sociedade moderna, que subtrai a política e a economia a considerações éticas, tais como o respeito dos direitos básicos de toda pessoa humana, a primazia do trabalho, a solidariedade.”¹⁷

O Direito Ambiental, em sendo um dos instrumentos destinados a viabilizar o desenvolvimento sustentável ou durável (como preferem os Franceses), é a expressão legítima e imprescindível de um direito supra-individual (o meio ambiente resguardado, capaz de propiciar condições de vida digna e saudável), abrangido, em sede constitucional, na própria gênese do direito ao progresso econômico-social.¹⁸ Assim como não há verdadeira política sem ética, não existe desenvolvimento sem proteção ambiental.

Política, do grego *politikos*, derivado do latim *politice*, significa o estudo do agir humano, da conduta humana relacionada ao próprio fim do homem enquanto integrante da cidade (*pólis*). Assim, a política diz respeito à finalidade da cidade enquanto sociedade humana por excelência. Sãdia qualidade de vida, desenvolvimento sustentável e preservação ambiental integram a finalidade da *pólis*. Para Platão, há uma relação dialética entre o conhecimento da realidade, seja individual, seja social, e o fim do homem enquanto indivíduo e enquanto integrante da cidade. Se ocorrer uma desarmonia na alma do homem, enquanto indivíduo, fatalmente ocorrerá uma desarmonia na cidade; a harmonia na alma e na cidade corresponde à justiça. A *pólis* é a “ciência do bem”, uma ciência que conduz a uma boa existência. “A *pólis* tem por fim encarnar a justiça e assim libertar os cidadãos da violência provocada por quem ainda não sabe ser senhor do seu corpo.”¹⁹ O agir político deve estar intimamente ligado ao conhecimento da

⁽¹⁶⁾ GALBRAITH, John K.. *The culture of contentement*. Houghton Mifflin Co., Boston, 1992.

⁽¹⁷⁾ BUNSON, Matthew E. A Sabedoria do Papa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 81.

⁽¹⁸⁾ Sobre o assunto: BENJAMIM, Antonio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das áreas de preservação permanente, 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Anais, p. 29 e 30.

⁽¹⁹⁾ NOGUEIRA, João Carlos. Ética e Política no Pensamento de Platão - Um Estudo a Partir da República. ÉTICA E POLÍTICA, Campinas - SP, n. 67/68, p. 7-209, jan./ago. 1997.

realidade²⁰ e ao “bem” - valor supremo que deve orientar o Estado. O bem comum²¹ é condição para o bem individual. Quando a política não visar ao bem do homem, não será uma política autêntica, verdadeira. Platão chama a atenção para o fato de que o homem é a sua alma, enquanto seu corpo é apenas a prisão da alma. Assim, para Platão, a política autêntica, verdadeira deve considerar o espírito humano. A política que apenas visar aos caprichos egoístas do corpo será uma política falsa e ilegítima. Para Aristóteles, a cidade é um lugar de promoção humana, de cidadãos unidos visando à felicidade. Felicidade e poluição ambiental são incompatíveis. A cidade não é tida somente como simples comunidade - onde se busca a sobrevivência da espécie; é mais que isto, na cidade busca-se o bem viver, busca-se qualidade para se viver e não somente condições que satisfaçam as necessidades elementares. A liberdade, o desenvolvimento sustentável e a ética são fundamentais para a vida plena na cidade, para a felicidade do homem. Só existe política com ética; quando há uma ruptura entre ética e política, a cidade deixa de ser cidade para acolher uma comunidade onde reina a troca de favores de quaisquer natureza, econômicos, políticos, etc.

Hodiernamente, “Se a política é concebida como a parcela da ação humana que visa o gerenciamento de recursos com vistas à promoção do bem-estar humano, à realização da justiça social e à defesa dos direitos dos

cidadãos, então ela não é sequer pensável como dissociável da ética. E, sendo esta uma reflexão sobre o agir humano, orientada por valores tais como justiça, respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, respeito à natureza, respeito às gerações futuras, então a ação que promana de um caráter ético ou que é praticada de acordo com os imperativos éticos não têm como deixar de ter impacto sobre a vida política.”²² “Nossa sociedade vai se habituando a conviver com contravalores e perdendo a capacidade de distinguir o justo do injusto, o verdadeiro do falso. Aquilo que é desprovido de todo e qualquer caráter ético começa a se impor como legítimo. A conseqüência é o crescimento descontrolado da corrupção, do abuso do poder, da exploração institucionalizada, favorecidos pela impunidade.”²³

A política que adere, sem nenhuma resistência/reflexão, aos interesses que norteiam a destruição e a poluição ambiental, indevidamente e propositadamente globalizados, favorece a sustentação e o alastramento de uma excessiva valorização do “ter” em detrimento do “ser”, com uma fortificação da mentalidade materialista e hedonista. Nessa investida inconseqüente, o lucro desmedido e a ganância têm um lugar de relevo na desvalorização e destruição do meio ambiente, não só artificial e natural, mas também, da própria cultura.

René Dubos, renomado professor da Universidade Rockefeller de Nova York, convida

(20) O saber real é a “ciência do bem”, é o saber em prol da *pólis*.

(21) Utilizando a insuperável definição do Papa João XXIII, na Encíclica *Mater et Magistra*, “o bem comum é o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana.”

(22) CARVALHO, Maria Cecília M. de. O que pode a ética na política? ÉTICA E POLÍTICA, Campinas - SP, n. 67/68, p. 7-209, jan./ago. 1997.

(23) Estudos da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Doc. n. 77. Missão e Ministérios dos Leigos e Leigas Cristãos. DESAFIOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E POLÍTICOS. 2ª ed. São Paulo - SP: Paulus, 1998. Item 17.

o ser humano a encontrar, além do ambiente, o seu "lugar" no mundo: "Entretanto, do ambiente em que vivemos esperamos mais do que simples condições favoráveis à nossa saúde, recursos para fazer funcionar a máquina econômica e tudo o que signifique boas condições ecológicas. Queremos experimentar as satisfações sensoriais, emocionais e espirituais que somente podem ser conseguidas mediante uma interação íntima, ou melhor, uma real identificação com os lugares onde vivemos. ... O ambiente adquire os atributos de um lugar pela fusão das ordens natural e humana. Todos os seres humanos têm quase as mesmas necessidades fundamentais quanto ao bem-estar biológico, mas muitos de seus diversos anseios de humanidade só podem ser satisfeitos em determinados lugares."²⁴ Convictamente, acreditamos que este "lugar" só é ocupado quando o ser humano assume sua responsabilidade sócio-ambiental.

Sobre a evidente existência de inter-relação entre o mundo natural (natureza) e o mundo cultural (cultura), o russo V. Mezhúiev, notável filósofo da cultura, observou: "A cultura não somente se diferencia da natureza, senão que a pressupõe, encontra-se em determinada inter-relação com ela. A natureza não apenas antecede a cultura no tempo, senão que constitui condição permanente e necessária de sua existência posterior e do seu desenvolvimento."²⁵ Dentre nós, o destacado filósofo Regis de Moraes, refletindo sobre as idéias de C. Marx, notou, com muita propriedade, a íntima relação entre natureza e cultura: "A vida do homem é constante intercâmbio com a natureza. Podemos mesmo dizer que a característica maior

da saúde é a possibilidade de trocas espontâneas e normais, enquanto a doença é exatamente uma situação na qual, por motivação exógena ou endógena, um organismo se vê desequilibrado em sua capacidade de trocas vitais. Nessa mesma linha de raciocínio, o envelhecimento é o processo de cansaço organísmico com o qual ocorrem dificuldades crescentes para intercambiar com o nosso mundo, por um complexo de razões fisiológicas e mesmo citológicas. Assim, a morte se caracteriza por ser a própria cessação das possibilidades organísmicas de trocas ambientais. Penso que, apesar das formas simplificadas de explicação que acabo de oferecer, fica suficientemente frisado que, realmente, a natureza se mostra o corpo inorgânico do homem. ...

... ao mesmo tempo em que há uma visível separação entre o mundo da natureza e o da cultura, há uma tal interdependência entre ambos que acaba por evidenciar sua unidade essencial. O ser humano depende da natureza, precisa dela e a ela recorre incessantemente; ele é natureza e faz parte dela."²⁶

Com efeito, a degradação do mundo natural significa a degradação do próprio homem, de sua dignidade e felicidade, de seu corpo e de sua alma. O que realmente dificulta esta verídica e sutil constatação é o fato de que, muitas vezes, as conseqüências da destruição ambiental demoram a afetar diretamente o ser humano (no caso de enchentes, incêndios, de poluição pontual, etc., esta realidade é mais evidente). Constantemente, a reação do mundo natural às agressões do mundo cultural é indireta, difusa, complexa, lenta, cumulativa e de difícil

⁽²⁴⁾ DUBOS, René. *Namorando a terra*. São Paulo: Melhoramentos/EDUSP, 1981. p. 96. Trad. de Maria Cristina Carnevale. Apud MORAIS, Regis de. *Estudos de Filosofia da Cultura*. São Paulo: Loyola, 1992. p. 31.

⁽²⁵⁾ MEZHÚIEV, V. *La cultura y la historia*. Moscou: editorial Progreso, 1980. Trad. Mariá Regla. Apud MORAIS, Regis de. , op. cit. p. 29.

⁽²⁶⁾ MORAIS, Regis de. op. cit. p. 30/1.

quantificação empírica (acreditamos que a racionalidade humana, incluindo a Ciência, seja incapaz de compreender e quantificar todas as inter-relações e intra-relações existentes em todos os complexos componentes do mundo natural).

Não obstante, o desenvolvimento, nos moldes em que está sendo imposto, parece ignorar a vital relação entre cultura e natureza, demonstrando a sua fragilidade, insustentabilidade e nocividade. As autoridades investidas das funções legislativa, judiciária e executiva, precisam dispensar suficiente atenção às futuras gerações, objetivando a melhora da qualidade de vida. Parece-nos que o trinômio Universidade, Poder Público e Cidadãos é indispensável e essencial para a adequada gestão do meio ambiente brasileiro. Sociedade, do latim *societate* (associação, reunião, comunidade de interesses), significa reunião, agrupamento, ou agremiação de pessoas, na intenção de realizar um fim, ou de cumprir um objetivo de interesse comum, para o qual todos devem trabalhar, cooperar e se empenhar. Um agrupamento enorme de pessoas que assistem passivamente à destruição de seu hábitat e da qualidade de vida não pode constituir uma sociedade, não é digna dessa denominação!

À sociedade culturalmente sadia, consciente de seus direitos fundamentais, compete o exercício integral da cidadania, que, aliás, não se exaure no mero uso e gozo dos direitos políticos, como insinuam algumas obras jurídicas. Cabe à esta sociedade, capaz de reflexão e crítica apuradas, exigir seus direitos garantidos formalmente pelo Direito - Ciência jurídico-social, seja através do representante do

Ministério Público, o Promotor de Justiça, ou da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ou mesmo pela atuação do cidadão em seu ambiente familiar e profissional. Não será pela força física, civil ou militar, nem através de movimentos ilegais, particulares e restritos que resgataremos nosso direito ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento sustentável, mas sim, por meio do Estado Democrático de Direito, pressuposto básico para um sociedade que almeja alcançar a justiça humana. Embora constantemente massacrada por várias formas de banalização intelectual, a sociedade brasileira, gradativamente, tem demonstrado interesse e participação na gestão do meio ambiente nacional. Aquilo que a jurista Ada Pellegrini Grinover chamou de corpos intermediários (hoje evidenciados pelo chamado Terceiro Setor), as associações (de moradores, de pais, de alunos, de amigos, etc.), as cooperativas, e todas as formas de organização não governamental são as novas e imprescindíveis células da emergente e aperfeiçoada genética social brasileira. O futuro do ambiente no mundo (e de vários outros campos de atuação) dependerá da capacidade social em formar estas espécies de células sociais. Cada bairro e cada cidade devem, juntos, formar organizações sociais, por menores que sejam, para que cuidem, setorialmente, do ambiente em que estarão inseridas.²⁷ Desse modo, espera-se que a participação social na política de gestão dos bens públicos ambientais seja progressiva no sentido de contribuir para o amadurecimento da democracia e progresso sustentável.

Finalmente, é necessário observar que, numa sociedade onde a repartição das riquezas

⁽²⁷⁾ Ressalte-se que a Declaração de Limoges II (ver nota 10), no tópico "Democracia e Direito ao Meio Ambiente", recomenda a "Gestão Local do Meio Ambiente", apontando-a como um dos princípios diretores, baseada no objetivo do desenvolvimento sustentado. (Declaração de Limoges II. Tradução de Paulo Affonso Leme Machado. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2002. p. 23.)

se faz de forma injusta e imoral, o desenvolvimento insustentável não é notado pela maioria da população. Os pobres (materialmente), em especial, sentem, penosamente, os efeitos deste desenvolvimento inconseqüente e, pior que isto, o aprovam por falta de conhecimento e espírito crítico. Os “novos” sofistas da política moderna (afastada da ética), por conveniência, aproveitam-se desta lamentável situação de debilidade e poluição cultural (para ricos e pobres), de forma ilegal e prejudicial ao bem comum. Obras lesivas ao meio ambiente são tidas como indispensáveis ao desenvolvimento dito inevitável e necessário. Entretanto, onde há destruição ambiental, há também degradação humana, em razão de sua interdependência.²⁸ Conforme a observação sempre perspicaz do Papa João Paulo II, “Além da destruição irracional do meio ambiente natural, também devemos mencionar a destruição mais séria do meio ambiente humano, algo que não está, de forma alguma, recebendo a atenção que merece. Embora as pessoas fiquem devidamente preocupadas – mas muito menos do que deveriam – com a preservação dos habitats naturais das várias espécies animais ameaçadas de extinção, por perceberem que cada uma delas dá sua contribuição particular ao equilíbrio da natureza em geral, pouquíssimos esforços são empenhados para salvaguardar as condições morais de uma autêntica ‘ecologia humana’.” (*Centessimus Annus*, 38)

Se as condições morais e éticas capazes de propiciar essa autêntica “ecologia humana” não forem urgentemente resgatadas e garantidas, talvez não sejamos capazes de compreender

nosso sofrimento (físico e espiritual) e a real possibilidade de nossa extinção, como seres humanos, absolutamente dependentes do Planeta Terra, enquanto seres vivos. Trata-se de proteger a cultura a fim de que tenhamos condições de proteger a natureza e garantir a sobrevivência de todos os seres, juntamente com a do homem, com qualidade, alegria e esperança, para a atual e futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIM, Antonio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da Reserva Legal e das áreas de preservação permanente, 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental, Anais, p. 29 e 30.

BUNSON, Matthew E. A Sabedoria do Papa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 81.

CARVALHO, Maria Cecília M. de. O que pode a ética na política? ÉTICA E POLÍTICA, Campinas - SP, n. 67/68, p. 7-209, jan./ago. 1997.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, 1992, Brasília. Seminário Ecologia e Desenvolvimento.

DUBOS, René. Namorando a terra. São Paulo: Melhoramentos/EDUSP, 1981. p. 96. Trad. de Maria Cristina Carnevale.

Encíclica *Mater et Magistra*, Papa João XXIII.

Estudos da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Doc. n. 77. Missão e Ministérios dos Leigos e Leigas Cristãos. DESAFIOS

⁽²⁸⁾ Sobre a “Rio + 10” (ver nota 10), Frank Guggenheim, Diretor do *Greenpeace* do Brasil, aponta que “A Conferência Mundial para o Desenvolvimento Sustentável em sua versão 2002 terá que responder não só ao desafio da proteção ambiental numa economia globalizada, como também à necessidade de reduzir a pobreza para garantir um futuro sustentável.” (“Rio + 10: A caminho do fracasso?”, <http://www.rits.org.br>)

ECONÔMICOS, SOCIAIS E POLÍTICOS. 2ª ed. São Paulo - SP: Paulus, 1998. Item 17.

GALBRAITH, John K.. *The culture of contentement*. Houghton Mifflin Co., Boston, 1992.

JONAS, Hans. *Le Principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique. Traduit de l'allemand par André Greisch. Paris: Les Éditions du Cerf, 1993.*

..... *El principio de responsabilidad – ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

MEZHÚIEV, V. *La cultura y la historia*. Moscou: editorial Progreso, 1980. Trad. Mariá Regla.

MORAIS, Regis de. Estudos de Filosofia da Cultura. São Paulo: Loyola, 1992. p. 30/1.

MÜLLER, Marcos Lutz. Uma Filosofia da Crise Ecológica. Cad. Hist. Fil. Ci., Campinas, Série 3, v. 6, n. 2, p. 9-62, jul.-dez. 1996.

NOGUEIRA, João Carlos. Ética e Política no Pensamento de Platão - Um Estudo a Partir da República. ÉTICA E POLÍTICA, Campinas - SP, n. 67/68, p. 7-209, jan./ago. 1997.

SPERLING, Von Marcos. Introdução à qualidade das águas e ao tratamento de esgotos. 2. Ed., Belo Horizonte-MG: Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental; Universidade Federal de Minas Gerais, 1998.

PODER LEGISLATIVO - FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA

Wilson Roberto MATEUS*

*“Nas favelas, no Senado
Sujeira para todo lado
Ninguém respeita a Constituição,
Mas todos acreditam no futuro da
Nação...
Que país é este?”*

*Extraído da letra da música
“QUE PAÍS É ESTE?”*

Renato Russo

Consta no Art. 2º da Constituição Federal/88:

“São Poderes da União, independentes harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

As funções de cada Poder estão limitadas pelo Texto Constitucional, o qual repete a regra geral, de que, preponderantemente, ao:

- Executivo, cabe a administração;
- Judiciário, cabe a guarda e controle das normas;
- Legislativo, elaborar o ordenamento jurídico e proceder a fiscalização,

sendo este o assunto afeto ao nosso interesse.

Para entendermos o papel fiscalizatório do Poder Legislativo, devemos imaginar que a liberdade de cada Poder, assim como a de cada indivíduo na sociedade, é tal qual a margem ou leito por onde passa um trem, ou seja, aquilo que exorbitar desta margem virá a ferir ao ordenamento jurídico, e tal qual o trem, irá descarrilar.

Desta feita, não há liberdade fora da margem, a qual é representada pelo parâmetro constitucional.

Consta no Art.70 da Constituição Federal/88:

(*) Aluno do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

“A fiscalização contábil, financeira, orçamentaria, operacional da União e das entidades da Administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

Destarte, é preciso estabelecer que é a Constituição Federal/88, quem define que as entidades da Administração Pública, direta e indireta, terão mecanismos de controle interno, além do sistema de controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, órgão de natureza política, com o auxílio do Tribunal de Contas, órgão de natureza técnica.

CONTROLE INTERNO

Antes de tratar do controle exercido pelo Poder Legislativo, também deve ser lembrado que a Constituição Federal/88 estabeleceu em seus Arts.70 e 74, que cada Poder deveria ter um mecanismo de controle interno, a fim de:

- *Avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução de programas de governo e o orçamento da União;*
- *Comprovar o cumprimento a legalidade e avaliar os resultados quanto a eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;*
- *Exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;*

- *Apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.*

Por mecanismos de controle interno pode ser entendido todo tipo de controle existente, desde o controle do almoxarifado, de bens patrimoniais, contábil em geral, organização de processos, hierarquia de funções etc.

Contudo, o controle interno também será exercido por alguém ou grupo de pessoas definido pela Administração, o(s) qual(is) terá(ão) o importante papel de efetuar uma verificação preventiva, alertando ao Administrador, e em especial, no cumprimento de Instruções baixadas pelo TCESP, de enviar mensalmente relatórios à Corte, além de assinar, conjuntamente com a Autoridade Política, e a Autoridade Fazendária, os relatórios de Gestão Fiscal.

Quanto ao controle interno, diz o Texto Constitucional que os responsáveis pelo controle interno ao tomarem conhecimento de qualquer ilegalidade ou irregularidade, deverão dar conhecimento ao Tribunal de Contas – sob pena de responsabilidade solidária.

Frise-se que, infelizmente, de um modo geral os Administradores não têm compreendido a importância da nomeação de um responsável pelo Controle Interno, que seja isento e de fato exerça a plenitude de suas funções.

CONTROLE EXTERNO – PODER LEGISLATIVO

O Controle Externo ou *fiscalizatório* é exercido, por excelência, pelo Poder Legislativo.

Ou seja, os membros do Legislativo poderão e *deverão* questionar os atos da Administração, sempre que entendam necessário, ou ao menor reclamo da sociedade.

Aliás parece que os membros do Poder Legislativo, em especial, no nível dos Municípios, não têm idéia do poder que detêm.

A Constituição Federal/88 prevê a formação de CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), com poderes de investigação próprios de autoridades judiciais.

Serão criadas por qualquer uma das Casas, ou em conjunto, subscrita por um Terço de seus membros, e aprovada pela sua maioria, a fim de investigar fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, conforme o caso, enviadas ao Ministério Público.

Em análise o que seriam os poderes próprios de autoridades judiciais, há necessidade de verificarmos a amplitude do *campo de atuação e limites do poder investigatório*.

Em relação à amplitude do campo de atuação, está limitado aos fatos específicos relacionados com o objeto em questão, embora não se possa impedir a apuração de fatos conexos ao principal, que surgem no decorrer das investigações. Há necessidade de haver nexo causal na gestão da coisa pública.

Assim, caso a CPI não seja sobre fato determinado, sob pena de estar sendo constituída meramente para constranger ou obstruir o exercício regular da Administração, poderá ser

determinado o encerramento dos trabalhos pelo Poder Judiciário.

Em face do princípio federativo, a gestão da coisa pública nos Estados e Municípios deverá ser avaliada pelas congêneres Assembléia Legislativa e Câmara Municipal.

Com relação aos limites de seu poder investigatório, em regra terão as CPI's os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual.

Compreende-se em tais prerrogativas:

- *Possibilidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados.*
- *Oitiva de testemunhas, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva – respeitando-se porém a existência de eventual sigilo profissional.*
- *Ouvir investigados ou indiciados – consagrando-se o direito ao silêncio.*
- *Realização de perícias, requisição de documentos e busca de todos os meios de provas legalmente admitidos,*

Porém não têm poder para decisões cautelares, por lhes faltar o **poder geral de cautela, próprio de juizes.**

Assim, não podem as CPI's:

Instruções nº 2 - TCESP - DOE 30.12.98

“Do Controle Interno

Artigo 29 - Mensalmente, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente, o(s) responsável(is) pelo controle interno da Prefeitura remeterá(ão) a este Tribunal cópia de todos os relatórios e pareceres exarados no mês, em cumprimento às obrigações dispostas no artigo 35 da Constituição Estadual, ou comunicação da não elaboração destes.

Parágrafo único - Em ocorrendo qualquer ofensa aos princípios consagrados no artigo 37 da Constituição Federal, a comunicação de que trata o “caput” deste artigo deverá ocorrer, impreterivelmente, em até 03 (três) dias da elaboração do relatório ou parecer respectivo.

Artigo 30 - Cabe, também, ao controle interno, em apoio ao controle externo, acompanhar os diversos setores da Administração, na observância dos procedimentos e prazos previstos neste capítulo”.

- *Decretar qualquer tipo de prisão, exceto prisão em flagrante delicto.*
- *Decretar medidas cautelares;*
- *Proibir ou restringir a assistência jurídica aos investigados – não podendo proibir a presença do advogado ou o exercício da atividade profissional, lembrando que o inquérito é inquisitivo e não existe o contraditório.*

Também deve ser lembrado sobre a **cláusula da reserva jurisdicional**, momento em que há expressa previsão constitucional de competência do judiciário para determinados atos, a exemplo de:

- *invasão domiciliar (durante o dia);*
- *interceptação telefônica.*

Nestes casos as CPI's deverão solicitar ao órgão jurisdicional competente que tome tais medidas, necessárias à condução dos trabalhos.

Excessos cometidos pelas CPI's poderão ser revistos em sede de *Habeas Corpus* ou Mandado de Segurança, junto ao STF.

Agora, há um problema quanto à investidura de atos próprios de autoridades judiciais para as CEI's (Comissões Especiais de Inquérito) formadas nas Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais.

Por simetria, tais colegiados, acompanhando o Texto Constitucional, deveriam ter os mesmos poderes e prerrogativas, transcritos nas Cartas Estaduais e Leis Orgânicas, a fim de cumprir seu mister.

Contudo, há uma dificuldade, um *breque*, criado junto ao Art. 22 da Carta Maior, o qual indica que a legislação sobre direito processual é privativa da União.

Assim sendo, como se adaptar os Textos das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas sem ferir de morte o Texto Maior, e sem que os trabalhos das comissões caiam em desmoralização, por exemplo, ante a resistência para o comparecimento de testemunhas?

O Art.20, XIV a XVI, da Carta Bandeirante prevê a possibilidade de convocação de Secretários de Estado, Procurador Geral do Estado, e demais dirigentes da Administração Pública direta e indireta para prestar pessoalmente informações, e bem como requisitar informações dessas autoridades, sob pena de crime de responsabilidade, contudo, é silente quanto à inquisição de testemunhas recalcitrantes.

Também é oportuno observar, que dado ao princípio da separação dos Poderes, a Carta não prevê o poder para convocação do Governador do Estado.

Apenas argumentando, se entendermos que no nível federal há a Justiça Comum Federal, e no nível Estadual congênere Justiça Comum Estadual, a questão fica ainda um pouco mais delicada, no caso do Município, eis que não há autoridade judicial neste nível.

Estabelecido o impasse, socorremo-nos do excelente trabalho desenvolvido pela FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA - CEPAM, denominado "*A CÂMARA MUNICIPAL E O PAPEL DO VEREADOR - ORGANIZAÇÃO, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO*", emitido pela Unidade de Produção de Pareceres e Informações Jurídicas, SÃO PAULO, 2001, disponível na *internet* junto ao endereço www.cepam.sp.gov.br/pp_1/publicacoes.

Estudo de extrema valia faz distinção entre comissões processantes e comissões especiais de inquérito.

Enquanto a CEI apura atos irregulares e a sua autoria, as comissões processantes apuram o cometimento de infrações político-administrativas do prefeito e dos vereadores a veracidade de denúncias formuladas contra os membros da Mesa Diretora.

Assim, a CEI será criada para apurar fato determinado e por prazo certo, conquanto este poderá ser renovado.

A CEI deverá ser criada mediante requerimento de 1/3 dos membros, cuja autorização dependerá de deliberação do Plenário, devendo ser composta por no mínimo 3 membros (CF/88 - Art.58,§3º).

São impedidos de integrar a CEI:

1. os envolvidos com o fato;
2. os que tiverem interesse pessoal;
3. os arrolados como testemunhas.

São Atribuições da CEI:

1. apurar os fatos
2. investigar sua autoria
3. exarar parecer meramente informativo.

Deverá fazer as diligências necessárias na busca de informações, compreendendo:

1. proceder a vistorias e levantamentos em repartições públicas municipais e entidades descentralizadas;
2. requisitar a exibição de documentos e a prestação de esclarecimentos;
3. transportar-se aos lugares onde se fizer necessária a sua presença para apuração dos fatos.

Cabe ao Presidente da CEI:

1. determinar as diligências que se reputarem necessárias;
2. requerer a convocação de secretário municipal;
3. tomar depoimento de quaisquer autoridades e testemunhas.
4. Proceder a verificações contábeis em livros, papeis e documentos;
5. E, o mais importante, que fecha o problema da investidura de autoridade judicial para a prática dos atos, solicitar a intervenção do PODER JUDICIÁRIO para a realização de suas atribuições - inclusive condução de testemunhas, nos termos do Art.218 do CPP.

Ressalte-se que há necessidade de aprovação em Plenário do Relatório conclusivo da CEI, na forma regimental, e embora possa ter concluído pela comprovação dos fatos e de sua autoria, poderá vir a ser rejeitado.

Ainda dentro do âmbito do Legislativo, além da CEI e da Comissão Processante, o poder fiscalizatório do Legislativo poderá ser exercido mediante:

1. Pedido de informações - questões de alçada do Executivo, mas de interesse público;
2. Convocação de Autoridades Municipais - a fim de prestar informações sobre assuntos de interesse público, não cabendo a convocação do Prefeito,

CPP

"Art.218 - Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública".

em função do princípio da independência dos Poderes;

3. Pedido de Remessa de cópias de documentos;
4. Sustação de atos do Executivo - quando exorbitantes do poder regulamentar;
5. Ação Direta de Inconstitucionalidade - quando a norma local estiver ferindo a Constituição do Estado.
6. Apreciação das Contas Municipais.

Importante ressaltar que a rejeição de contas do Executivo importa em inelegibilidade do Chefe do Executivo, conforme dispõe a Lei Complementar Federal nº 64/90, Art. 1º.

Neste julgamento deve prevalecer o princípio da ampla defesa do gestor das despesas questionadas, e mais, a revisão pelo Poder Judiciário somente alcançará questões de ilegalidade formal na condução do processo.

CONTROLE EXTERNO – TRIBUNAL DE CONTAS

Quanto ao controle externo, enfocando o papel dos Tribunais de Contas, primeiramente lembrando que o TCU foi criado pelo Decreto 966-A de 07.11.1890, por iniciativa de Rui Barbosa, devendo ser dito, que no presente estágio inexistente Estado democrático sem um

órgão encarregado de fiscalizar a aplicação do dinheiro público.

Do extenso rol de atribuições elencadas pela Constituição, como pontos de análise neste trabalho, destacamos a competência para:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

L.C.64/90

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a

decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Ou seja, a Constituição Federal dá grandes poderes ao TC, inclusive para agir em determinados casos com sanções administrativas, em especial a aplicação de multas, e em outros casos, determina que após a apuração de irregularidade, proceda a representação ao órgão competente para que esse tome as medidas necessárias. Via de regra, a remessa é feita ao Legislativo, ou ao Ministério Público, para as providências de sua alçada.

Mas é preciso salientar que o TC susta ato, conquanto o Legislativo tem poder de sustar contrato.

É preciso também destacar no que se refere às Contas do Executivo, o TC emite Parecer, submetido ao crivo do LEGISLATIVO – e somente não subsistirá se tiver votação contrária de 2/3 daquela Casa.

Quanto aos demais entes da Administração, inclusive o próprio Legislativo,

o TC emite julgamento, não comportando nova apreciação pela Câmara.

Sobre o assunto, aqueles que entendem que os TC desempenham funções exclusivamente administrativas fazem-no, principalmente, fulcrados no Art.5, XXXV da Constituição Federal/88, que estatui *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Contudo, parte da doutrina, Seabra Fagundes e Pontes de Miranda entendem que se trata de uma jurisdição de contas; assim, o cerne da questão não aparenta estar na força que teria a lei ou a Constituição de excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, e sim nos limites dessa apreciação, que no caso das Cortes de Contas, e mesmo em se tratando de atos meramente administrativos, não pode adentrar ao mérito da decisão, devendo restringir-se tão somente ao exame da legalidade formal.

Há um julgado em Apelação Cível junto ao TRF 1ª. Região – 3ª. Turma registrando que *“o TCU só formalmente não é Órgão do Poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e têm portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado”*.

Em síntese, não pode o TC julgar contas irregulares, e o Judiciário julgá-las regulares, posto fugir-lhe tal competência.

Outra questão importante é frisar que o TC não é órgão vinculado ao Legislativo, quer seja administrativa ou politicamente.

Embora algumas leis infraconstitucionais insistam em colocar o TC parelhado ao Legislativo, na verdade, até mesmo a organização e condução funcional da Casa é exercida autonomamente pelo Órgão, e nesta mesma linha a aplicação de seu orçamento.

Outro argumento, talvez de maior quilate, a fim de sepultar qualquer dúvida desta

natureza, é que também as contas do Legislativo passam pelo crivo do TC, e neste caso, em julgamento, e não emissão de parecer.

Os membros do TCU são tratados por Ministros, enquanto os membros dos TCE são tratados por Conselheiros, e bem assim, dos TCM (Tribunais de Contas do Município).

“Art.73 - O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

...

§ 2º - Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista triplíce pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional”.

Talvez uma das críticas aos Tribunais de Contas, de um modo geral, resida na forma de nomeação dos Ministros/Conselheiros, mas não podemos nos esquecer que também os Tribunais Judiciais, nas mais altas esferas, têm em sua composição, membros nomeados pela vontade do Poder Executivo.

Além disso, foi o Legislador Constituinte, eleito pelo voto popular, e em sua representação, que de forma livre e soberana criou a forma de investidura dos Membros do Tribunal de Contas.

Na verdade, parece-nos que a intenção foi criar um órgão técnico em meio a uma composição de forças entre os poderes democráticos (Legislativo e Executivo).

Precisamente sobre o TCESP (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo) podemos dizer que é composto por sete conselheiros, nomeados nos termos dispostos pela Constituição Federal/88, e dentro de um organograma, na área fim, temos a Assessoria Técnica Jurídica, Econômica e de Engenharia; temos diretamente ligada à fiscalização a Secretaria Diretoria-Geral, Departamentos de Supervisão de Fiscalização I e II, e logo a seguir, 11 Diretorias de Fiscalização junto à Sede, e congêneres 11 Unidades Regionais, espalhadas pelo interior do Estado.

As Unidades Regionais estão situadas nas cidades de Campinas, Bauru, Sorocaba, Araras, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, Fernandópolis, Marília, Rio Preto, SJCampos e Araçatuba.

É importante destacar esta estrutura do TCESP, a fim de que se dê a dimensão da vontade do Órgão de estar próximo aos entes jurisdicionados, a fim de melhor cumprir toda a gama de atribuições constitucionais.

Sua jurisdição abrange 644 Municípios, e respectivas Câmaras Municipais e Administração Indireta, além das Unidades do Estado, em um total aproximado de 3000 contas fiscalizadas todos os anos.

Destaque-se que o Município de São Paulo tem um Tribunal de Contas do Município, ao qual está afeto.

Curiosidade: contam os veteranos do TCESP, que antigamente as auditorias eram feitas a base de charrete... dada a dificuldade de locomoção da Sede (Capital) até os municípios

mais distantes, que por vezes não contavam com transporte ou estradas adequadas... Não sabemos, honestamente, se é puro folclore ou se é apenas conversa para impressionar os auditores mais novos.

Mas a verdade, é que quem conhece o TCESP, há algum tempo, deve ter percebido nitidamente o empenho para o aperfeiçoamento de seu trabalho.

Hoje, o Tribunal está empenhado na busca pela modernização, buscando na Informática, um meio hábil e eficaz para a obtenção rápida e precisa de informações.

Já é possível acessar a página do TCESP junto à Internet (www.tce.sp.gov.br) e obter informações sobre a atuação do Órgão.

Aliás, é pela página da Internet, que os jurisdicionados têm acesso aos comunicados do TCE, e lá podem baixar os programas desenvolvidos para a análise entre outros, da ordem cronológica, admissão de pessoal, aplicação no ensino e Lei de Responsabilidade Fiscal.

Esta opção pelo aperfeiçoamento não é gratuita, decorre de uma cobrança firme da sociedade, a qual se tornou mais consciente e exigente com o tempo. Afinal, não foi à toa que fora destituído de seu cargo um Presidente da República, e também, Senadores de renome e diversos Deputados Federais e Estaduais caíram em desgraça.

Só para ilustrar, indicamos a especial atenção que o TCE passou a dar nos últimos anos, respectivamente a:

- *Licitações e contratos, com o advento da Lei 8666/93;*
- *Ordem Cronológica de Pagamentos, com o advento da Lei de Licitações e*

denúncias de pagamento de pedágios junto à Administração;

- *Déficit da execução orçamentária, com o advento do plano de estabilização econômica;*
- *Venda de ações e ordem cronológica de precatórios, em face das impropriedades cometidas, noticiadas pela imprensa.*
- *Aplicação no Ensino e recursos do FUNDEF, com o advento da Emenda 14;*
- *Aplicação na Saúde, com o advento da Emenda 29;*
- *Aplicação dos recursos advindos das multas de trânsito, em face do advento do CTN, e reclamo popular pela imposição de uma indústria de multas;*
- *E finalmente, a grande vedete do momento, a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal.*

Sobre a sistemática de trabalho do TCE, temos a dizer, que via de regra, a análise será *a posteriori*.

É que a prestação de contas das Prefeituras, Câmaras e Autarquias será, nos termos da LC 709/93, feita em 31.03, com a apresentação de documentos pertinentes ao Exercício findo em 31.12.

Exceção a esta regra é o Exame Prévio de Edital, disciplinado pelas Instruções baixadas pelo TC, situação em que mediante representação, a E.Corte procede a análise da legalidade de edital de licitação, não sendo rara, a determinação para correção de rota, visando o cumprimento dos princípios constitucionais da Administração Pública, quais sejam, da

legalidade, moralidade, eficiência, publicidade e impessoalidade.

Evidentemente, a análise *a posteriori* traz inconvenientes de ordem prática, uma vez que pode ser apontada uma situação de irregularidade, a qual já se consumou e não reste mais tempo para correção efetiva.

Assim, o TC vem lançando mão do expedientes denominados *ACESSÓRIOS*, que residem no envio de documentação para uma análise, ainda que posterior, mas contemporânea ao ato.

O Acessório 1 se presta à análise do cumprimento da Ordem Cronológica, e os documentos pertinentes são enviados mensalmente; o Acessório 2 à análise do Ensino, mediante envio trimestral; e o Acessório 3, a análise do cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No caso da LRF há o envio bimestral, pelo Executivo, do Relatório Resumido da Execução Orçamentária; e envio quadrimestral, do Relatório de Gestão Fiscal por parte das Prefeituras e Câmaras, além dos Poderes do Estado e Ministério Público.

Através da análise da documentação enviada, o TC terá condições de avaliar o cumprimento das determinações previstas pela lei, e especificamente quanto à Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo detectada qualquer anomalia, nos termos do Art.59 da LRF, ao TC caberá emitir Ofício de *alerta* ao jurisdicionado, para correção de rota.

Findo o período, os Acessórios servirão de subsídio para a análise das Contas do Exercício do Órgão pertinente.

Neste momento, a auditoria fará um cotejo das informações prestadas, com aquilo que ele possa observar da análise dos

documentos verificados *in loco*, e neste caso, procederá os ajustes necessários.

A Auditoria, via de regra, não se satisfaz com as informações prestadas junto ao Acessório, e procurará por outros meios, quer seja pela análise de contratos, procedimentos licitatórios, registros contábeis, despesas, pessoal, registro de atos do órgão, enfim, todos os documentos possíveis, a fim de aferir os dados informados.

Neste segundo momento, feitos os ajustes, os dados colhidos após a inspeção regular são levados ao Relatório das Contas.

Além disso, o TC procede a análise da admissão de pessoal do Exercício findo, nos termos de Instrução própria, por meio de procedimento à parte, no qual também será verificada matéria pertinente a LRF, sobretudo se as admissões ocorreram em período vedado, ou se em momento de dificuldade quanto aos percentuais de despesa face a receita corrente líquida.

Também há processos específicos para a análise de auxílios/subvenções, podendo as entidades privadas, as quais manipularam verbas públicas, ser visitadas pelos auditores do TCE.

Quanto aos contratos, aqueles que têm valor abaixo de R\$ 650.000,00 são verificados por testes, em meio à auditoria geral sobre as contas do Exercício (entregues em 31.03), e aqueles que têm valor superior, são remetidos para análise específica do TCE, logo após a sua celebração.

Na área estadual, além dos relatórios e processos já citados, a preocupação maior reside na análise de adiantamentos, que é um tipo de processo em que se adianta valor ao servidor para que este exerça gastos com despesas miúdas e/ou emergentes.

Assim, em síntese, demos uma noção da estrutura do TCE, sobre a sua busca pela modernização, e a sua forma de interagir com os jurisdicionados.

E ainda, junto ao *site* do TC, podemos verificar que a E.Corte procede o registro dos órgãos que não cumpriram adequadamente a entrega da documentação pertinente à LRF.

A última atualização da página, registrando Câmaras que não entregaram o RGF (Relatório de Gestão Fiscal), referente ao 6º Bimestre/01, indica somente 06 (seis) unidades nesta situação.

Quanto às Prefeituras, sobre o RREO (relatório resumido da execução fiscal) e RGF(Relatório de Gestão Fiscal) do 6º Bimestre/01, tão somente 10 (dez) unidades encontravam-se naquela situação.

Vejam os Srs. que o número de órgãos inadimplentes, é ínfimo frente ao conjunto de 644 Prefeituras e 644 Câmaras.

Devemos lembrar ainda, que a Lei 10.028/00 de 19.10.00, a qual inseriu os crimes contra as finanças públicas e alterou dispositivos da Lei 1079/50 e Decreto-Lei 201/67, ambos tratando de crimes de responsabilidade, previu como infração administrativa contra as leis de finanças públicas as seguintes situações:

- *Deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao TC o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;*
- *Propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;*
- *Deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com*

pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.

Nestes casos, a citada lei, prevê a cominação de multa de 30% dos vencimentos anuais do agente que der causa a qualquer dessas situações, sendo a multa de responsabilidade pessoal, processada e julgada pelo TC.

No caso do TCESP, tem-se observado, de forma mais amena, a previsão contida na sua Lei Orgânica, Art.104, com aplicação de multa, invariavelmente, no limite de 100 UFESP's.

Há apenas um registro de aplicação de multa de 300 UFESP's.

Para ilustrar, o *site* TCESP indica que fora aplicado o seguinte:

É fácil perceber que a imposição de multas reduziu consideravelmente em comparação com os dois períodos, o atraso/falta de entrega dos documentos, o que demonstra o

caráter pedagógico do instrumento.

Também destacamos que os valores recebidos a este título, são revertidos para um fundo próprio, o qual serve a despesas para o aperfeiçoamento da fiscalização.

Com relação aos crimes propriamente ditos, o que podemos dizer, é que o Tribunal, após a elaboração dos Relatórios, e após o exercício da ampla defesa, verificando indícios de materialidade e presunção de autoria, representará tal situação ao Órgão do Ministério Público para propor as ações pertinentes, inclusive para os casos de improbidade administrativa, no campo cível.

Sobre este assunto, podemos afirmar que o TCE já enviou ao MP, até a presente (set/02) cerca de 200 representações, todas com base na falta de cumprimento ao Art.42, parágrafo único da lei, ou seja, a assunção de despesas nos dois últimos quadrimestres do mandato, sem previsão de recursos financeiros.

2º E 3º Quadrimestres de 2000	Multa a 51 prefeituras Multa a 64 câmaras
1º quadrimestre de 2001	Multa a 05 câmaras Multa a 09 prefeituras

Lei Complementar 101/00 - Lei de Responsabilidade Fiscal

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Código Penal - Alterado pela Lei 10.028/00

"Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura"

"Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa."

"Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

Contudo, não se deve esquecer que o TC também poderá vir a representar ao MP, quanto às demais hipóteses previstas no ordenamento penal, eis que são passíveis de ação penal pública incondicionada.

Por fim, há previsibilidade de que o TCE atue por meio de denúncia – que terá caráter sigiloso até a apuração dos fatos, devidamente subscrita, eis que a Constituição Federal/88 proíbe o anonimato – e dependendo do caso haverá uma inspeção própria, ou subsídio para exame das contas.

Também é bom lembrar que se constatado que houve dolo ou culpa no oferecimento da denúncia, nos termos da LC 709/93 o TCE enviará a documentação ao Ministério Público para as medidas cabíveis.

CONCLUSÃO

A fim de concluir este trabalho, não podemos deixar de dizer que de nada valerá a sistemática criada pelo Legislador, quer seja por mandamento constitucional ou infra-constitucional, e bem assim, todo o empenho e dedicação dos Órgãos/pessoas responsáveis pelos controles interno e externos, se o verdadeiro órgão fiscalizador, que é a sociedade, e em última análise, o cidadão comum, não se engajar no processo de construção de uma sociedade democrática.

É a sociedade quem determina o engajamento das instituições, quer pela crítica séria, quer pelo apóio.

De nada valerão os Órgãos Democráticos, tais como Ministério Público, Tribunais de Contas, Poder Legislativo e Judiciário, pilares do Estado de Direito, ou o esforço individual de

cada Membro que lhes compõe, se o povo, fim ao qual a norma se destina, não exigir a efetividade da intenção do Legislador Constituinte, que em última análise, visa o bem comum e o desenvolvimento social, para construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando a pobreza e a marginalização, nos exatos termos das regras programáticas instituídas em 1988, junto ao Artigo 3º da Constituição Federal, as quais todos nós sonhamos em um dia alcançar.

BIBLIOGRAFIA E FONTES DE PESQUISA

1. Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM. *A CÂMARA MUNICIPAL E O PAPEL DO VEREADOR - ORGANIZAÇÃO, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO*, Unidade de Produção de Pareceres e Informações Jurídicas, SÃO PAULO, 2001, disponível no site www.cepam.sp.gov.br/pp_1/publicacoes
2. www.tce.sp.gov.br/leifisc.htm
3. *MORAES, Alexandre de*. Direito constitucional. Atlas, 2001.
4. Fernandes, Jorge Ulisses Jacob. *Eficiência e Eficácia dos Tribunais de Contas*. Medeiros Adilson Moreira de. *Controle Externo e os Tribunais de Contas*, “L & C - Revista de Direito e Administração Pública”, Editora Consulex, Ano III, nº 27, setembro/2000
5. *Mateus, Wilson Roberto*. Palestra proferida no “Espaço Funcamp de Políticas Públicas” - Unicamp, 31.08.02, representando o TCESP, Mesa 5- Tema: “*A responsabilização Administrativa e Penal dos Gestores Públicos na Lei de Responsabilidade Fiscal*”.

LIMITAÇÕES AO *JUS PUNIENDI* ESCOLAR: EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS PUNIÇÕES COLETIVAS

Eduardo Fortunato BIM

1. INTRODUÇÃO

D. H., aluna da turma de engenharia civil da Universidade ...¹ – Instituição de Ensino Superior privada – consultou-nos acerca da licitude de eventual conduta do Diretor da Faculdade de Engenharia em punir disciplinarmente toda a classe, indiscriminadamente, com pena de suspensão por 3 (três) dias, sob a alegação de “algazarra geral”.

Expôs a consulente que o i. Diretor daquela Faculdade privada ameaçou os alunos com uma punição coletiva sumária.

Indaga-nos sobre a licitude de eventual conduta tendente a punir sumária e indiscriminadamente todos os alunos, como ameaçou o i. Diretor.

2. O PODER DISCIPLINAR DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO

Vezió Crisafulli, ao comentar sobre os grupos sociais organizados, disse que a “idéia de organização reclama e implica a de ordem”.² O poder disciplinar (*jus puniendi*) escolar da organização escolar vem exatamente ao encontro desse anseio: o de ordem! Ele tem a finalidade de preservar a ordem interna da instituição superior de ensino, para que as suas atividades possam ser realizadas sem perturbações, dentro da harmonia que deve imperar na convivência acadêmica.

Equivocado o entendimento de que somente no Estado existe o poder disciplinar, pois ele faz parte da própria organização social, conforme ressaltado por Crisafulli. Paulo

⁽¹⁾ O teor deste parecer foi alterado para manter a privacidade da consulente, bem como a da instituição de ensino superior envolvida.

⁽²⁾ CRISAFULLI, Vezió. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. 2ª ed. Pádua: CEDAM, 1970, vol. I, p. 2, tradução livre.

Borssard corretamente observou que esse poder “não se circunscreve ao direito público nem ao direito privado, não se restringe a pessoas jurídicas, nem a pessoas físicas. Está presente em todas as formações sociais, das mais simples às mais complexas.”³

O poder disciplinar que tem determinados órgãos das instituições de ensino é embasado, de forma imediata, na liberdade que a Constituição lhes confere para se auto-regulamentarem. Esse poder de auto-regramento está implícito no art. 207 da Constituição, que prevê a autonomia administrativa conferida às universidades⁴ e, de maneira mais ampla, no “poder normativo dos grupos sociais”.

Maria Helena Diniz – catedrática da PUC-SP – define o “poder normativo dos grupos sociais” como sendo o “poder de cada grupo social de elaborar suas normas, para garantir a consecução dos fins que pretendem atingir e reger a sua vida interna. Há uma legislação canônica da Igreja Católica; há uma *legislação corporativa de entidades públicas ou privadas, com objetivos culturais, econômicos, políticos ou desportivos, obrigatórios para todos os seus*

componentes, sujeitando-os a sanções, inclusive de caráter penal.”⁵

Quem se matricula em instituição de ensino superior, mesmo que privada, deve sujeitar-se ao seu regulamento, subordinando-se, conseqüentemente, ao poder estabelecido em seu estatuto. Esse poder disciplinar conferido pelo estatuto é pressuposto para que se mantenha a ordem, a disciplina na instituição de ensino; por isso mesmo, é um poder imanente a qualquer organização social. Assim, é perfeitamente legítimo e lícito o poder outorgado ao Diretor de instituição de ensino de punir os alunos para manter a disciplina⁶ escolar.

Ressaltamos, porém, que esse poder não pode estar em desconhecimento com nosso pacto fundador, particularmente com os direitos fundamentais.

A Constituição da República Italiana reconhece e assegura, em seu art. 2º, “os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, *quer dentro dos agrupamentos sociais em que projeta a sua personalidade.*” O próprio STF já decidiu que o fato da Universidade “gozar de autonomia didática, administrativa, disciplinar, financeira,

(3) BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 130. E tanto isso não é novidade que este autor cita (*Op. cit.*, p. 130) obra de 1938 que trata do poder disciplinar das instituições privadas: LÉGAL, Alfred & BRETHER DE LA GRESSAYC, Jean. *Le Pouvoir Disciplinaire dans les Institutions Privées*. Paris, 1938.

(4) “A apuração de infrações praticadas por alunos, através de sindicância, é um poder decorrente da autonomia administrativa da Universidade” (*RSTJ* 110/74). “(...) 3 – Gozando as universidades de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial (Constituição, art. 207), cabe-lhes dispor em seus regimentos ou estatutos sobre os instrumentos para a apuração da prática de atos faltosos” (TRF, 3ª Região, 4ª T., v.u., AMS 95.03.083133-4/SP, Rel. Juiz Homar Cais, j. em 13/03/1996, *RTRF* 27/352).

A autonomia disciplinar já era prevista na legislação infraconstitucional (Dec. 19.851/31, art. 9º; Lei 4.024/61, art. 80; Lei 5.540/68, art. 3º); com a CF/88 ela foi simplesmente constitucionalizada (*RTJ* 148/6 e 11).

(5) DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 3, p. 619, verbete: poder normativo dos grupos sociais – grifamos.

(6) Assim como definido pelo Aurélio: “2. Ordem que convém ao funcionamento regular duma organização (militar, escolar, etc.)” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio Eletrônico*. Versão 3.0, Editora Nova Fronteira, Novembro de 1999, verbete: disciplina).

não faz dela um órgão soberano, acima das leis e independente da República.”⁷

Em suma, a “*autonomia universitária não pode ser confundida com independência que deixe a Universidade indene às leis do País*”,⁸ mormente aos direitos humanos!

Destarte, esses “microsistemas normativos” não podem desrespeitar nossa Magna Carta, especialmente os direitos fundamentais, fruto de um processo histórico de amadurecimento sobre a própria existência do homem. Isso porque é o ordenamento jurídico que defere ao indivíduo e as instituições o poder de se auto-regular; assim, nada mais óbvio que a primeira grande limitação a esse poder resulte da necessidade de seu reconhecimento pelo ordenamento.

3. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm eficácia horizontal e vertical. Esta surte na relação do indivíduo-Estado; aquela na relação indivíduo-indivíduo.

Canotilho e Vital Moreira lecionam que os direitos fundamentais “vinculam as *entidades públicas e privadas* (art. 18º – 1, 2ª parte), ou seja, impõem-se não apenas nas relações entre

os particulares e os poderes públicos, mas também nas próprias relações entre os particulares entre si (o chamado ‘efeito externo’, ‘em relação a terceiros’, ou ‘horizontal’ dos direitos fundamentais), o que é particularmente relevante nas relações de dependência ou de subordinação privadas”.⁹

Os alunos, embora se submetam ao poder disciplinar da instituição de ensino, devem ter seus direitos fundamentais respeitados. Isso porque são Homens, e estes valem o que valem seus direitos! Eventual exegese reducionista dos direitos dos alunos levaria à conclusão de que não são homens porque não têm direitos fundamentais. E se até os criminosos não perdem a condição de cidadãos, *a fortiori*, os alunos. Em suma, além da eficácia externa dos direitos fundamentais, os alunos não devem receber pior trato que os criminosos.

Andou bem a Constituição Portuguesa de 1976, que em seu art. 18, 1, deixa claro que os direitos e garantias vinculam também entidades privadas.¹⁰ Como visto no item anterior, a Constituição Italiana também não deixou por menos (art. 2º).

Essas disposições só confirmam o óbvio ululante: que a autonomia, seja a da vontade ou a universitária (CF, art. 207), está limitada pelos direitos fundamentais;¹¹ toda e qualquer manifestação de poder (público e/ou privada) deve respeitar esse limite inalienável do homem.

⁽⁷⁾ RTJ 148/9.

⁽⁸⁾ RTJ 148/17 – grifamos.

⁽⁹⁾ MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 121 – grifos nossos.

⁽¹⁰⁾ De forma mais tímida, porém incisiva, é a redação da Constituição do México de 31 de Janeiro de 1917, ao prever em seu art. 4º que “O Estado não pode permitir que se leve a efeito qualquer contrato, pacto ou acordo que tenha por objecto a diminuição, a perda ou o irrevogável sacrifício da liberdade do homem, seja por causa do trabalho, por causa da educação ou por voto religioso”.

⁽¹¹⁾ “Desta directa eficácia resulta o óbvio limite negativo à autonomia privada que se traduz na nulidade dos negócios contrários aos direitos fundamentais” (PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 138).

É imperativo que os direitos humanos sejam eficazes em relação aos particulares porque, como ressaltou Canotilho, “a agressão aos direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de ‘*poderes sociais*’ ou ‘*privados*’ (associações, empresas, igrejas, partidos [universidades]).”¹²

Segundo Jorge de Miranda, “não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder político; *é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas.*”¹³

Constantino Mortati anota que “a constituição, ao conferir o caráter de ‘inviolabilidade’ aos direitos da pessoa, pretendeu subtrai-los a qualquer atentado, seja qual for a sua proveniência”.¹⁴

Luigi Ferrajoli,¹⁵ José Afonso da Silva¹⁶ e Alexandre de Moraes¹⁷ parecem reconhecer a chamada eficácia horizontal quando definem os direitos fundamentais. Tratam-se de direitos que, tendo surgido historicamente frente ao Poder Público, adquiriram também sentido frente a particulares, daí sua eficácia horizontal.

4. A NATUREZA E AS LIMITAÇÕES DO PODER DISCIPLINAR (*JUS PUNIENDI*) ESCOLAR

É imprescindível não perder de vista que o poder disciplinar é um poder reconhecido e limitado pela Constituição, mais especificamente pelos direitos humanos fundamentais. Ora, sabemos que os direitos fundamentais surgiram para proteger o cidadão do Estado, mas também para proteger o cidadão do outro cidadão (eficácia horizontal).

O poder disciplinar conferido às Instituições de Ensino Superior não é soberano, independente, uma ilha no ordenamento constitucional. Nas palavras do STF: “A autonomia, de evidência solar, não coloca a Universidade em posição superior à lei. Fora assim e a Universidade não seria autônoma, seria soberana. E no território nacional, haveria manchas nas quais a lei não incidiria, porque afastada pela autonomia.”¹⁸

Esse poder só é reconhecido como jurídico porque outro *poder*, esse sim, soberano,¹⁹ aquele que se exprime no pacto fundante, o autoriza a isso.

(12) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 598-599.

(13) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional (tomo IV – Direitos Fundamentais)*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 288 – sem grifos no original.

(14) *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 9ª ed. Pádua: CEDAM, 1976, tomo II, p. 1.026, tradução livre.

(15) FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2001, p. 21.

(16) *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 188.

(17) *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 48.

(18) RTJ 148/8.

(19) Embora não seja tão soberano e ilimitado a ponto de poder desprezar os direitos humanos fundamentais (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994 e SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Poder Constituinte Originário e sua Limitação Material pelos Direitos Humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999). Sob esta óptica, o Direito juridifica o poder, institucionalizando-o, e acaba, *ipso facto*, conferindo limites ao seu exercício; portanto, se o poder constituinte originário está limitado pelo respeito aos direitos humanos, a *fortiori*, estará o poder constituído, no caso, o *jus puniendi* reconhecido às Instituições de Ensino Superior.

Mas qual é a natureza do produto do poder disciplinar das universidades?

Embora exista para manter a ordem e a paz na academia, trata-se de produto com natureza punitiva, já que se utiliza de técnicas sancionatórias para tanto. Desta maneira, como seu produto é sempre algum tipo de penalidade, não podemos negar a sua natureza sancionatória. Por ter natureza sancionatória, deve sujeitar-se às limitações constitucionais, ou seja, aos princípios do direito sancionador insculpidos em nossa Lei Suprema.

O importante é deixar consignado que há princípios que, apesar de desenvolvidos e comumente aplicados em determinado ramo do Direito, e aqui falamos, principalmente, do Penal e do Administrativo Sancionador, são típicos do Direito Punitivo, inclusive do Direito Disciplinar Escolar; isso porque eles fazem parte de um direito mais geral, que engloba todos esses ramos quando tratam de matéria punitiva. São os princípios do Direito Sancionador.

Os princípios do Direito Sancionador, bastante desenvolvidos pelo Direito Penal e, em menor escala, pelo Direito Administrativo Sancionador, são extensíveis, porque descendentes do mesmo tronco, ao Direito Escolar que inflige penas, eis que regulam a disciplina jurídica das penalidades onde quer que elas ocorram.

De tudo isso, pode-se concluir que a Instituição de Ensino Superior, mesmo que privada, não pode fazer uso de seu poder disciplinar no espaço de proteção outorgado pelos direitos fundamentais.

5. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS COROLÁRIOS

O Estado de direito não se define mais como sendo aquele que se submete ao seu ordenamento jurídico; esta visão formal não pode ser mais vista de maneira solitária. Há novos elementos que o constituem e que não devem ser descartados, pois se “a forma é importante (Estado de direito formal), ela não pode ser uma cobertura acrílica de qualquer conteúdo. Na indagação deste conteúdo (justiça, socialidade, *pessoa humana*) se concentram hoje os esforços da teoria do Estado de direito material e da teoria do Estado Social do direito.”²⁰

Canotilho, depois de afirmar que o Estado de direito é composto pela (1) juridicidade, (2) constitucionalidade e (3) direitos fundamentais, ao comentar o tópico 3 (direitos fundamentais), não deixa dúvidas que a CRP tem uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito.²¹ Virgílio de Jesus Miranda Carvalho também pondera que uma das dimensões normativo-materiais fundamentais da Constituição é a dignidade da pessoa humana.²²

⁽²⁰⁾ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed., 1996, p. 349 – grifamos. Parece também ser a lição de Régis Fernandes de Oliveira. *Receitas Públicas Originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 12.

⁽²¹⁾ *Op. cit.*, p. 362. “A pessoa humana tornou-se o epicentro do constitucionalismo brasileiro” (ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 140).

⁽²²⁾ CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os Valores Constitucionais Fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 10. Para Miguel Angel Alegre Martínez (*La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León: Univesidad de León, 1996, p. 14) a dignidade da pessoa humana não necessita de reconhecimento jurídico para existir e fazer-se obrigatória.

Lição mais que válida para nosso ordenamento jurídico, principalmente tendo em vista o art. 1º, III da CF.

Pois bem, nosso Estado democrático de direito tem como fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), o da igualdade (CF/88, art. 5º, *caput*) e o do devido processo legal, em sua feição substantiva e processual (CF/88, art. 5º, LIV), com todos os seus corolários.

Por isso, quem viver dentro do Estado que prevê a dignidade humana, a isonomia e o respeito ao devido processo legal (*substantial due process e procedural due process of law*) – como é o caso do Brasil – deverá respeitar seus limites, inclusive quando falarmos em direito disciplinar (*jus puniendi*) escolar.

Assim como o Estado, o particular também deve respeitar os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição. Embora o Diretor da Faculdade seja detentor de um poder de punir (*jus puniendi*), esse poder é limitado pela Constituição, não podendo extravasar os limites impostos por esta a todos que se submetem à ordem jurídica brasileira.

6. OS COROLÁRIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

José Afonso da Silva nos alerta que a dignidade da pessoa humana é princípio “que

atrai a realização dos direitos fundamentais do homem”.²³

“Esse princípio, ainda que seja de pouca densidade normativa, deve ter uma proeminência absoluta, presidindo todo o trabalho de interpretação e implementação efetiva das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, *podendo servir de fundamento autônomo e bastante, por si só, para embasar decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de preceitos que venham a afrontá-lo.*”²⁴

As pessoas nunca devem ser instrumentalizadas ou coisificadas! Barbosa de Melo ressalta que “deve imperar, sem quebras, a norma primordial segundo a qual *ninguém deve instrumentalizar ninguém*. Esta é a ‘norma fundamental’ (Grundnorm) da ordem jurídica e social da democracia.”²⁵ Este é o substrato do princípio da dignidade da pessoa: a não instrumentalização, coisificação do homem.²⁶

Por isso, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta, ao tratar do princípio do contraditório e da ampla defesa, que “a faculdade concedida aos litigantes de pronunciarem-se e intervirem ativamente no processo impede, outrossim, que se sujeitem passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial, e *exclui*, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantido o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado,

⁽²³⁾ “A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia”, *RDA* 212/94.

⁽²⁴⁾ ALVES, Cleber Francisco, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 176-177.

⁽²⁵⁾ MELO, A. Barbosa de, “Democracia e Utopia – Reflexões,” separata da revista *Humanística e Teologia*, Porto, 1980 *apud* CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda, *Os Valores Constitucionais Fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*, p. 23.

⁽²⁶⁾ PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madri: Civitas, 1986, p. 115; SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 27; ALVES, Cleber Francisco, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 23.

desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. *A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores intrínsecos da democracia*”.²⁷ Jorge Miranda também assevera que um dos fundamentos do princípio do *direito à defesa* é a dignidade da pessoa humana.²⁸

Mas não é só a ampla defesa que decorre da dignidade. O Tribunal Constitucional português reconhece que o princípio do *nulla poena sine culpa* também é seu corolário.²⁹

Outro princípio que decorre do Estado democrático de direito é o do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Este tem como corolários a ampla defesa³⁰ e, na sua feição material

(*substantial due process*), dentre outros, o princípio da igualdade.³¹

Em suma, a ampla defesa decorre do princípio da dignidade da pessoa e do devido processo legal; o *nulla poena sine culpa* somente do princípio da dignidade; e a igualdade do devido processo legal material e, como veremos adiante, da própria concepção de democracia.

7. A IGUALDADE E SEUS COROLÁRIOS

A isonomia é um dos princípios estruturantes da ordem democrática,³² derramando seu conteúdo em diversos setores do ordenamento,³³ inclusive sobre o poder

(27) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, “A Garantia do Contraditório”. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: RT, 1999, p. 139 – sem grifos no original.

(28) MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional (tomo IV – Direitos Fundamentais)*, p. 170. Jessé Torres Pereira Júnior (*O Direito à Defesa na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 84) também entende que o direito à defesa decorre da dignidade da pessoa humana.

(29) MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 170. Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um sustentáculo do Estado de Direito (CF, art. 1º, III), seu conteúdo impede o coisificação do homem, a sua instrumentalização. Quando se prescinde do elemento subjetivo (dolo ou culpa), punindo alguém de boa-fé, viola-se esse princípio que fundamenta o Estado de Direito porque trata-o como um objeto, prescindindo de sua razão e consciência, ou seja, da sua dignidade como pessoa humana. Este também foi o fundamento do voto-vogal, no HC nº 11.231/MA (6ª T., v.u., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 03/08/2000, DJU 13/11/2000, p. 158), do Min. Fontes de Alencar, no qual se declarou a inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva no direito penal.

(30) MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, p. 100.

(31) MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33.

(32) SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 206; CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Fundamentos da Constituição*, p. 80; SOUSA, Daniel Coelho de, *Interpretação e Democracia*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1979, p. 147; SOUZA, José Pedro Galvão de, *Iniciação à Teoria do Estado*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1976, p. 66; TOCQUEVILLE, Alex, *O que é Democracia?*, 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 1996, p. 104; FERREIRA, Wolgran Junqueira, *Direitos e Garantias Individuais: comentários ao art. 5º da Constituição Federal de 1988*, Bauru: Edipro, 1997, p. 20.

(33) Nos ensina Celso Bastos que “sua função [princípio da igualdade] é a de um verdadeiro princípio a informar e condicionar todo o restante do direito. É como se tivesse dito: assegura-se o direito de liberdade de expressão do pensamento, respeitada a igualdade de todos perante o direito... A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não vindo recanto onde ela não seja impositiva” (BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 13). Fazendo nossas as palavras dos constitucionalistas citados, diríamos que assegura-se o poder disciplinar dos diretores das instituições de ensino, respeitada a igualdade na sua aplicação. Igualdade que, como veremos, se desdobra no princípio da individualização da pena.

disciplinar conferido aos diretores de instituição de ensino sobre seus alunos.

Por este princípio não deve haver discriminações desarrazoadas em relação aos que se encontram em situações idênticas. Assim, grande avanço ocorreu no direito penal quando este previu que a pena deverá ajustar-se a cada um (princípio da *individualização da pena*) para evitar tratamentos estigmatizados, que renunciassem às peculiaridades individuais. Se o ser humano não pode ser tratado como objeto (tem dignidade), deve-se levar em conta suas individualidades, evitando tratar de forma igual seres humanos diferentes.

8. O PROCESSO DISCIPLINAR SANCIONADOR

Existem dois tipos de processos disciplinares administrativos, seja ele público ou privado: o que aplica penas (*punitivo*) e o que não pune (meramente *investigatório*, comumente chamado de *sindicância*). Este é o processo “que tem por escopo esclarecer uma ocorrência. Não tem acusado formal. Não terá, por conseqüência, fase de contraditório e defesa. E, por fim, dele não resultará diretamente a aplicação de qualquer penalidade.”³⁴ Aquele tem natureza punitiva e não dispensa a observância ao devido processo legal com todos os seus corolários. O critério que deve ser utilizado para diferenciar um do outro é a existência ou não de pena. Havendo pena há necessidade de observância do *due process of law* (CF/88, art. 5º, LIV); em não havendo, dispensada estará essa garantia constitucional.

Aqui, como o Diretor ameaça punir os alunos, obviamente estamos diante de um processo punitivo, no qual devem-se observar todos os princípios a ele aplicáveis.

9. ALGUNS PRINCÍPIOS DO PROCESSO SANCIONADOR

Os princípios abaixo relacionados são princípios do Direito Sancionador e aplicam-se ao presente caso por serem desdobramentos de princípios estruturantes do Estado democrático de direito, quais sejam: dignidade da pessoa, igualdade e devido processo legal.³⁵

Se o processo for punitivo, aplica-se a ele estes princípios:

1. *Incontagiabilidade* (ou *personalidade da pena*) (CF/88, art. 5º, XLV);
2. *Igualdade*, com seu desdobramento na *individualização da pena* (CF/88, art. 5º, XLVI); e do
3. *Contraditório e ampla defesa* (CF/88, art. 5º, LV).

Há inúmeros vícios em eventual processo que se pune indiscriminada e sumariamente uma coletividade, no caso, a classe inteira da turma de engenharia civil. Vários princípios do direito sancionador são violados quando em presença da punição coletiva exposta na consulta.

9.1. O princípio da incontagiabilidade ou personalidade da pena

O primeiro desses princípios que é violado, é o *princípio da incontagiabilidade da*

⁽³⁴⁾ ALVES, Léo da Silva. *As Teses da Defesa na Sindicância e no Processo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 30.

⁽³⁵⁾ Não temos aqui a pretensão de esgotar o rol de princípios que norteiam o direito sancionador escolar, apenas abordaremos alguns (que, obviamente, não excluem os outros) que achamos pertinentes e suficientes para responder a consulta.

pena. Reza nossa Constituição em seu art. 5º, inc. XLV: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”. Já a Constituição da República Portuguesa (1976), ainda em vigor, prescreve: “*As penas são insusceptíveis de transmissão*.”

Segundo esse princípio a aplicação da pena a determinada pessoa não poderá ser transmitida a terceiros não participantes do ato ou fato.³⁶ É um truismo necessário. “A pena é o mal da sanção ao mal do crime. Há nela o aspecto retributivo. Conseqüentemente, só deve recair sobre aquele que praticou o mal.”³⁷ Proíbe-se, assim, a transmissão da pena para colegas de classe que nada fizeram ou que nem estavam na sala de aula nos dias da “algararra geral”. Não se tolera a responsabilidade por fato de outrem!³⁸

Assim é que Alcino Pinto Falcão, embaçado na doutrina alemã (Drs. Georg August Zinn e Erwin Stein), leciona sobre o princípio em tela:

“A proibição do inciso tem outro alcance ainda: proibir as punições coletivas (Kollektiveschulden)”.³⁹

Quando se pune a classe inteira, uns poucos ou muitos (não importa!) inocentes pagarão por um fato que não cometeram, serão

apenados pela conduta de terceiros, o que é vedado por esse dispositivo. Desta maneira, se aplica o brocardo: “*Nocentem absolvere satius est quam innocentem damnare*” (É preferível absolver um culpado que condenar um inocente).

Mortati nos ensina que a personalidade da pena tem como um de seus desdobramentos a vedação da responsabilidade objetiva.⁴⁰ Punir alguém por fato de outrem é retornar com a medieval e proscrita responsabilidade objetiva na seara sancionatória,⁴¹ violando, desta maneira, a dignidade da pessoa humana.

Nem se argumente que esse dispositivo tem como destinatário somente o Estado; na verdade é endereçado tanto ao Estado como ao particular, por decorrer de um princípio geral de direito (não pode haver pena se não houver fato ou vantagem imputáveis a determinada pessoa) e ser, *ipso facto*, direito fundamental (CF, art. 5º, inc. XLV) com eficácia horizontal. E na dúvida sobre essa vantagem ou fato, devemos nos inclinar a favor dos réus (*in dubio pro reo*); princípio este que, segundo entendimento do Tribunal Supremo espanhol,⁴² foi “fagocitado” pelo princípio constitucional da presunção de inocência (CF/88, art. 5º, LVI). Ou seja, sendo o princípio da presunção de inocência princípio de direito sancionador aplicável a espécie direito

⁽³⁶⁾ FERREIRA, Wolgran Junqueira, *Direitos e Garantias Individuais: comentários ao art. 5º da Constituição Federal de 1988*, p. 345; BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 231.

⁽³⁷⁾ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 71. Como dizem Shecaira e Corrêa Júnior, “ninguém responderá por um crime se não o tiver cometido ou ao menos colaborado com a sua consumação” (CORRÊA JÚNIOR, Alceu, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995, p. 29).

⁽³⁸⁾ RSTJ 107/394.

⁽³⁹⁾ CUNHA, Fernando Whitaker da e outros. *Comentários à Constituição (1º vol. – Arts. 1º ao 7º)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 277.

⁽⁴⁰⁾ MORTATI, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9ª ed., CEDAM, 1976, tom. II, p. 1.316.

⁽⁴¹⁾ José Maria Quirós Lobo reconhece que o princípio da culpabilidade é princípio do Direito Sancionador (*Principios de Derecho Sancionador*. Granada: Comares, 1996, p. 47-50).

⁽⁴²⁾ LOBO, José Maria Quirós, *Principios de Derecho Sancionador*, p. 85.

sancionador escolar, e tendo constitucionalização – pela absorção – o *in dubio pro reo*, este princípio é plenamente aplicável ao caso em questão.

9.2. O princípio da individualização da pena

O segundo princípio ferido é o da isonomia ou igualdade no tratamento dos punidos (lembramos que a igualdade é postulado que decorre da Democracia). Não se pode punir de forma igual pessoas que tiveram comportamentos diversificados. No moderno direito punitivo ou sancionador (seja ele penal, administrativo ou de outras instâncias de poder) há um princípio constitucional imperativo a todas as pessoas submetidas à ordem jurídica brasileira: é o da *individualização da pena* (CF/88, art. 5º, XLVI).

Esse princípio, corolário da igualdade, manda aplicar a pena observando vários critérios diferenciadores que foram muito bem resumidos pelo art. 59 do Código Penal:⁴³ culpabilidade do agente, seus antecedentes, a conduta em si, a sua personalidade, os motivos, as circunstâncias do fato, o comportamento da vítima. Vejamos a

lição do Superior Tribunal de Justiça: “Ao proceder a individualização da pena, o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e conseqüências do crime –, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito”.⁴⁴

Esse princípio vige tanto para o Estado como para os particulares, pois é decorrência da aplicação do princípio da igualdade (que permeia todas as manifestações de poder dentro do Estado) e o da justiça. Da igualdade porque tratar com a mesma pena pessoas que são diferentes, que tiveram motivos diferentes, que agiram diferente (pelo menos na intensidade) é violentar o postulado da isonomia.⁴⁵ Da justiça, porque ao se violentar a igualdade se estará, *ipso facto*, sendo injusto. Por isso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho disse que “personalizada a pena, cumpria individualizá-la, a fim de se atender à Justiça. Esta exige a correspondência entre a responsabilidade e a punição. Assim, reclama que a pena seja ajustada, graduada, segundo essa

⁽⁴³⁾ (...) 2. O Juiz encontra no artigo 59 do CP os parâmetros necessários para o dimensionamento e individualização da pena” (TRF da 3ª Região, 5ª T., ACR 95.03.066199-4/SP, Rel. Juíza Ramza Tartuce, j. em 26/04/1999, *DJU* 15/06/1999, p. 890).

⁽⁴⁴⁾ 6ª T., HC nº 4.487/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Vicente Leal, j. em 28/06/1996, *DJU* 07/10/1996, p. 37.686, *in www.stj.gov.br*. A doutrina acompanha este posicionamento: “A pena objetiva a reeducação do indivíduo e de sua recuperação; tem uma finalidade utilitária, levando em conta as condições endógenas, próprias do criminoso e, até, as exógenas, resultantes do ambiente social. Forçoso, pois, a individualização, que transcende do aspecto puramente retributivo da sanção. É nesse sentido o exposto no art. 59 do Código Penal” (GUIMARÃES, Ylves José de Miranda, *Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas*, 2ª ed., p. 72).

⁽⁴⁵⁾ Por isso, o STJ já decidiu: “PENAL. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE COMUM A TODOS. NULIDADE. EXISTÊNCIA. 1 – Na hipótese de concurso de agentes, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP não pode ser coletiva, mas individualizada para cada co-réu. Precedente desta Corte. 2 - Ordem concedida” (STJ, 6ª T., HC nº 15.143/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 20/03/2001, *DJU* 02/04/2001, p. 342).

responsabilidade.”⁴⁶ Obviamente que esta responsabilidade varia de pessoa para pessoa da classe, nunca sendo igual para duas pessoas.

Como se punir uma classe com a mesma pena se as pessoas que lá estão têm antecedentes, motivos e personalidades diferentes? Como individualizar a pena se provavelmente (o Diretor ameaçou com punição sumária) não haverá contraditório, que sabemos ser indispensável para a boa colheita de provas?⁴⁷ E aqueles que não foram à aula todos os dias que ocorreu a alegada “algazarra geral” na sala de aula?⁴⁸

“Se cada ser humano é um indivíduo, cada infrator deve receber um tratamento individualizado, particular,”⁴⁹ o que, obviamente, é impossível com a espécie punição pretendida pelo Diretor, ou seja, com a punição coletiva.

9.3. O princípio da ampla defesa e do contraditório

Outro princípio de magnitude constitucional, que inevitavelmente seria violado pela punição indiscriminada e *sumária* de todos os alunos é o da *ampla defesa e do contraditório* (CF, art. 5º, LV).

Preliminarmente, é preciso eliminar o preconceito de dizer que o contraditório e a ampla defesa só se aplicam na relação dos particulares com o Estado ou seus prepostos. Esse direito fundamental também tem eficácia horizontal. Jessé Torres Pereira Júnior, o maior estudioso deste princípio no Direito nacional, nos ensina:

“... o direito à defesa não socorre o cidadão apenas quando litiga com ou perante o Estado; quer a Constituição pôr o cidadão recato também quando defrontado com o arbítrio de outras instâncias de poder, cujos atos sejam dotados de cogência suficiente para submetê-lo unilateralmente a seus desígnios. Relações jurídicas dessa índole resultam das chamadas normas estatutárias, a que estão sujeitos, para alinhar as situações mais evidentes, os sócios de clubes e associações, os integrantes do corpo discente das Universidades, os filiados aos entes controladores do exercício profissional, entre outros.

.....
 “O poder de impor, unilateralmente, penalidades e normas de conduta interna corporis, inerente aos regimes

⁽⁴⁶⁾ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. I, p. 61.

⁽⁴⁷⁾ Alceu Corrêa Júnior e Sérgio Salomão Shecaira, comentando sobre os critérios para a correta individualização da pena, lecionam que o exame das circunstâncias previstas no art. 59 do CP (que servem de base para a correta e não arbitrária individualização de eventual pena imposta pelo Diretor) “dependem de uma boa colheita de provas na fase instrutória. Muitas das questões que, posteriormente, servirão para fundar o *quantum* da pena fixada dependem de um eficiente interrogatório (art. 188 do CPP), o que nem sempre é feito. *Como saber-se, por exemplo, sobre a conduta social prévia do agente do crime se o próprio agente e as testemunhas arroladas não o disserem?*” (*Pena e Constituição*, p. 178 – grifamos).

⁽⁴⁸⁾ Se o aluno não foi nenhum dia, o princípio da pessoalidade ou incontagiabilidade da pena (CF, art. 5º, XLV) é o aplicável, inviável, pois, falar-se em pena.

⁽⁴⁹⁾ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000, p. 342.

estatutários, confere aos órgãos que o detêm (conselhos e diretores) manifesta supremacia em face dos associados, alunos e profissionais inscritos, a qual há de encontrar no direito à defesa o fator de equilíbrio jurídico quando estes forem acusados de transgressões às normas estatutárias.

“Esses são os ‘acusados em geral’ a que se alude o art. 5º, LV, da Constituição Federal, o que se ajusta aos lindes do Estado de Democrático de Direito porque o direito à defesa atua na estimulação de uma cultura democrática à qual repugna toda forma de arbitrio, quer se localize entre os Poderes do Estado ou nas estruturas da organização social. A formação de hábitos e costumes democráticos não depende apenas da postura que se exija das autoridades públicas, se não que, igualmente, dos comportamentos que a sociedade reconheça e pratique no dia-a-dia das relações interpessoais

e coletivas, também na esfera privada.”⁵⁰

Por isso já decidiu o TRF da 1ª Região:

“Prescrevendo o art. 5º, LV, da Constituição Federal que aos acusados sejam assegurados o contraditório e ampla defesa em processo judicial ou administrativo, ilídima a suspensão de integrante do corpo discente de estabelecimento de ensino, quando precedida de sindicância em que não lhe foram garantidos prazos para defesa e recurso.”⁵¹

O TRF da 3ª região tem o mesmo e correto entendimento:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. PUC. SINDICÂNCIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1 – A Sindicância é meio hábil para a imposição de penalidades administrativas a corpo discente.

⁽⁵⁰⁾ PEREIRA JR., Jessé Torres, *O Direito à Defesa na Constituição de 1988*, p. 37-38 – grifamos. Por isso que a Bíblia já nos iluminava com duas passagens que prestigiam o referido princípio: “Porventura condena a nossa lei um homem sem primeiro ouvir e ter conhecimento de que fez?” (*João 7:51*); “Aos quais respondi não ser costume dos romanos entregar algum homem à morte, sem que o acusado tenha presentes os seus acusadores, e possa defender-se da acusação” (*Atos 25:16*). Nos relata Augustín Gordillo que, em 1724, uma corte inglesa se pronunciou no famoso caso Dr. Bentley: “Até Deus não sentenciou Adão antes de chamá-lo a fazer sua defesa. Adão – disse Deus – onde estavas tú? Não comeu da árvore de que não devia fazê-lo? (Wade y Philips, “Constitutional Law”, 3ª ed., London, 1946, pág. 276)” (“La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo”, *RDP* 10/17, tradução livre). Tão arraigado está este princípio no ordenamento jurídico brasileiro, que ele não passa de mero corolário do direito à informação e da participação política (Cf. FRANCO, Fernão Borba. “A Fórmula do Devido Processo Legal”, *RP* 94/81, 84 e 101).

⁽⁵¹⁾ TRF, 1ª Região, 1ª T., AMS 91.01.09971-0/BA, Rel. Juiz Catão Alves, j. em 21/11/95, *DJU* 02.09.96, p. 63.473 – grifamos. No mesmo sentido: TRF da 1ª Região, 1ª T., AC 94.01.29226-4/MG, Rel. Juiz Catão Alves, j. em 13/08/1997, *DJU* 27/10/1997, p. 89.536. O TRF da 5ª Região trilha o mesmo caminho: “(...) Viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ato de diretor de instituição de ensino superior consubstanciado em pena disciplinar de suspensão de aluno sem apuração sumária da falta, através de sindicância administrativa, não observando, assim, o devido processo legal” (1ª T., v.u., AMS nº 61.027/PE, Rel. Juiz Abdias Patricio Oliveira, j. em 16/10/1997, *DJU* 21/11/1997, p. 100.538).

2 – Servindo a Sindicância de instrumento de imposição de pena, devem-se observar as garantias do contraditório e da ampla defesa, insculpidas no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

3 – Sindicância anulada, por inobservância do devido processo legal e seus apanágios.”⁵²

Nesse sentido foi mais feliz a Constituição Italiana, que, por sua redação aberta, permite uma maior proteção deste direito fundamental. Reza esta Constituição, em seu art. 24, que “a defesa é direito inviolável em qualquer situação e grau de processo.”

Um dos aspectos deste princípio é o que garante aos acusados a oportunidade de apresentar sua *prévia* defesa. Para Augustín Gordillo, “toda a decisão que seja suscetível de afetar os direitos ou interesses de uma pessoa deve ser ditada ouvindo *previamente* a pessoa alcançada pelo ato.”⁵³

Se defender pressupõe uma série de atos no processo disciplinar (ou sindicância), tais como: 1) *ser notificado* (aqui devem ser expostos com clareza a acusação, ou seja, os fatos imputados à pessoa notificada além do prazo para apresentação da defesa); 2) *poder apresentar provas* (testemunhas, documentos

etc. que infirmem a acusação) e *contraprovas*; 3) inquirir as *testemunhas e impugná-las* (caso de testemunha inidônea ou suspeita, isto é, que tenha algum interesse no resultado da sindicância); 4) direito de ver suas *razões apreciadas motivadamente* (de nada valeria ter a chance de se defender se não houvesse obrigação do julgador examinar, um a um, os motivos da defesa motivadamente, ou seja, dizendo o porque da aceitação ou refutação das teses da defesa). É o núcleo essencial (intangível, irredutível, duro)⁵⁴ do direito de defesa.

Os alunos, como vimos, também têm direito à ampla defesa.

Nas palavras de Geraldo Ataliba: “Ninguém, portanto, deixa de gozar do direito público subjetivo à *ampla* defesa, seja quem for a outra parte.”⁵⁵ Para Gordillo, “o princípio cardinal do procedimento administrativo, *como em qualquer outro procedimento, através do qual se há de exercer poder sobre um indivíduo, é o devido processo*”,⁵⁶ que sabemos ser um dos fundamentos da ampla defesa e do contraditório. A dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) impede que o homem seja instrumentalizado, coisificado, tratado como objeto; assim é imperativo reconhecer que despojar o homem (= alunos) do seu direito à defesa é tratá-lo como objeto, é violar sua dignidade.⁵⁷ Não se pode subtrair este direito

(52) TRF da 3ª Região, 6ª T., v.u., AMS 95.03.075506-9/SP, Rel. Juiz Américo Lacombe, j. em 04/03/1996, RTRF 27/294.

(53) “La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo”, RDP 10/22 – tradução livre.

(54) Sobre o assunto, confira a excelente obra coletiva coordenada por Antonio Marzal. *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.

(55) “República, Igualdade e Ampla Defesa: o caso ‘Folha’”, RT 661/236 – grifos no original.

(56) “La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo”, RDP 10/18 – tradução livre.

(57) O Tribunal Constitucional de Portugal corretamente entende que o direito à defesa decorre da dignidade da pessoa humana (COSTA, José Manuel M. Cardoso da. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 198). Cf. notas 27 e 28.

fundamental dos alunos porque não os deixar defenderem-se é ignorar que eles são seres dotados de razão e consciência, em suma, é tratá-los como coisa, é violar sua dignidade enquanto pessoa.

Sindicância, que não intime aluno por aluno a apresentar sua defesa, possibilitando a pertinente produção de provas, estará eivada de nulidade insanável por desrespeitar imperativos constitucionais (artigos. 1º, III e 5º, LV). Não que haja obrigatoriedade de se defender, isto ficará a critério de cada um; mas a oportunidade de fazê-lo não pode faltar.

Este princípio, aliado com o da presunção de inocência,⁵⁸ também veda que haja penalidade de caráter cautelar,⁵⁹ ou seja, antes de concluído o processo administrativo (sindicância ou outro meio que assegure a ampla defesa dos acusados).

9.3.1. Inadmissibilidade de analogia com a verdade sabida

Muitos poderiam pensar que eventual conduta do Diretor assemelhar-se-ia ao instituto

da verdade sabida, autorizando uma analogia com este. Há muito tempo, quando o espírito democrático jazia sobre o cano do fuzil, havia uma forma de aplicação sumária de penalidades: a verdade sabida. Por ela, quando o superior competente para a aplicação da pena tivesse presenciado o cometimento da infração (que teria que ser leve), poderia aplicar a punição imediatamente, sem que houvesse possibilidade de defesa.

Queremos ressaltar que além deste não ser o caso (não consta que o Diretor da Faculdade tivesse presenciado a “algazarra geral” na sala), este método de punição foi banido de nosso ordenamento por absoluta incompatibilidade com o Estado democrático de direito.

O instituto da verdade sabida é repellido pela doutrina⁶⁰ e jurisprudência⁶¹ por seu total descompasso com o princípio da ampla defesa. Esta exige a prévia defesa, aquela que existe antes de um ato prejudicial aos acusados. Inviável, deste modo, a comparação de eventual punição dos alunos com este alijador instituto do direito fundamental à defesa.

⁽⁵⁸⁾ Indubitavelmente princípio de direito sancionador (LOBO, José María Quirós, *Principios de Derecho Sancionador*, p. 91-96).

⁽⁵⁹⁾ “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. SUSPENSÃO DE REMATRÍCULA. PUNIÇÃO SUMÁRIA. AUSÊNCIA DE AMPLA DEFESA. EFEITOS DA MEDIDA LIMINAR CONFIRMADA EM SENTENÇA. FATO CONSUMADO. Aplicada a penalidade antes de encerrado o processo administrativo, como medida cautelar, violados os princípios previstos nos inc-46, inc-56 e inc-55 do art-5º da CF-88” (TRF da 4ª Região, 4ª T., v.u., REO 95.04.22883-6/RS, Rel. Juíza Silvia Goraieb, j. em 28/04/1998, DJU 01/07/1998, p. 737 – grifamos).

⁽⁶⁰⁾ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 189; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 447; GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 573 e 585; ALVES, Léo da Silva, *As Teses da Defesa na Sindicância e no Processo Administrativo*, p. 27; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Principios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 485; MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 254.

⁽⁶¹⁾ Cf., exemplificadamente, STJ, *JSTJ e TRFs-LEX 84/381*; TFR, 1ª T., v.u., AMS 102.203/SP, Rel. Min. Costa Leite, j. em 07/10/1986, DJU 18/12/86, sem página de publicação; TRF da 1ª Região, 2ª T., REO 91.01.17099-6/DF, Rel. Juiz Jirair A. Meguerian, DJU 15.04.96, p. 23. 954; TJSP, *RJTJSP 16/297, JTJ-LEX 243/64*, 191/84, 181/42, 188/156; TJRJ, 4ª C. Cível, v.u., AC 1995.001.06567, Des. Rel. Wilson Marques, j. em 30/09/1997; TJRS, 4ª C. Cível, APC nº 70000368514, Rel. Des. Vasco Della Giustina, j. em 12/04/2000.

10. CONCLUSÃO

Conclui-se, pelo exposto, que:

a) as Instituições de Ensino Superior têm o poder de punir disciplinarmente seus alunos pelas faltas cometidas por estes; esse poder decorre da autonomia universitária (art. 207 da CF) e do poder normativo dos grupos sociais;

b) os direitos fundamentais, embora tenham surgido historicamente frente ao Estado, adquiriram também sentido frente a particulares (eficácia horizontal);

c) a natureza do poder disciplinar escolar é sancionatória, devendo respeitar os direitos fundamentais do homem nesta seara, ou seja, é limitado pelos princípios de direito sancionador;

d) o Estado de direito não se define mais como sendo aquele que se submete ao seu ordenamento jurídico. Esta visão formal não pode ser mais vista de maneira solitária. Há novos elementos que o constituem e que não devem ser descartados, um deles é o respeito aos direitos fundamentais, *v.g.*, dignidade da pessoa humana, a igualdade e o respeito ao devido processo legal, com todos os seus apanágios;

e) a dignidade da pessoa humana é princípio plurissignificativo; no entanto, a doutrina é unânime em concordar que ela impede o tratamento do homem como um objeto, uma coisa. Daí decorre que ela fundamenta a responsabilidade subjetiva na seara sancionatória – impedindo a responsabilidade por fato de terceiro – e o princípio da ampla defesa. Portanto, é inviável falar-se em pena coletiva, porque ressuscita a medieval responsabilidade objetiva (por fato de outrem), desprezando a razão e a consciência dos alunos da turma de engenharia, de maneira que aqueles que nada

fizeram pagarão pelos atos de terceiros “desordeiros”;

f) a isonomia – base do regime democrático e corolário do devido processo legal substantivo – veda que pessoas desiguais sejam punidas de forma igual, por isso a nossa Constituição prevê o princípio da individualização da pena como garantia fundamental (art. 5^a, XLVI). Esse princípio veda a punição de uma coletividade com a mesma pena;

g) o processo disciplinar que aplica penas – chame-o de sindicância ou de processo administrativo disciplinar – deve respeitar os princípios da ampla defesa, por esta ser consequência da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. Assim, inviável a punição coletiva dos alunos sem que haja oportunidade de defesa de cada um;

h) o poder disciplinar escolar deve observância a todos os direitos fundamentais, mas alguns, por serem corolários dos explicitados na alínea *d*, avultam por sua importância, são os princípios do direito sancionador: incontagiabilidade (ou personalidade) da pena (CF/88, art. 5^o, XLV), individualização da pena (CF/88, art. 5^o, XLVI) e o direito à ampla defesa (CF/88, art. 5^o, LV). O primeiro se viola quando se pune alguém por fato de terceiro; o segundo em penalizações divorciadas das circunstâncias do fato, dos alunos e da vítima, planificando a todos, desprezando a individualidade de cada aluno; e, *last but not least*, a ampla defesa em eventual ato punitivo que não possibilitasse aos alunos a sua prévia defesa, com todos os seus corolários;

i) Em suma, eventual conduta do Diretor em penalizar coletivamente a classe de engenharia civil da Universidade ..., ainda mais em procedimento sumário (no sentido de não

oferecer possibilidade de defesa aos alunos), é juridicamente inviável por ferir os corolários dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e devido processo legal (na sua feição processual e substantiva), fundamentos do Estado democrático de direito, sendo, desta maneira, inconstitucional.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALVES, Léo da Silva. *As Teses da Defesa na Sindicância e no Processo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- ATALIBA, Geraldo. “República, Igualdade e Ampla Defesa: o caso ‘Folha’”, *Revista dos Tribunais* nº 661.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BROSSARD, Paulo. *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os Valores Constitucionais Fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CORRÊA JÚNIOR, Alceu, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa.” *In: Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. 2ª ed. Pádua: CEDAM, 1970, vol. I.
- CUNHA, Fernando Whitaker da e outros. *Comentários à Constituição (Arts. 1º ao 7º)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, 1º vol.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 3.
- FERRAJOLI, Luigi e outros. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2001.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio Eletrônico*. Versão 3.0, Editora Nova Fronteira, novembro de 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, vol. I.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e Garantias Individuais: comentários ao art. 5ª da Constituição Federal de 1988*. Bauru: Edipro, 1997.
- FRANCO, Fernão Borba. “A Fórmula do Devido Processo Legal”, *Revista de Processo* nº 94.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GORDILLO, Agustín A. “La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo”, *Revista de Derecho Público* nº 10.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

- LOBO, José María Quirós. *Principios de Derecho Sancionador*. Granada: Comares, 1996.
- MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. *La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León: Univesidad de León, 1996.
- MARZAL, Antonio. *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998.
- MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Principios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional (tomo IV – Direitos Fundamentais)*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- MORTATI, Constantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 9ª ed. Pádua: CEDAM, 1976, tomo II.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “A Garantia do Contraditório.” In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: RT, 1999.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Receitas Públicas Originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O Direito à Defesa na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*. Madri: Civitas, 1986.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Principios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- SILVA, José Afonso da. “A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia”, *Revista de Direito Administrativo* nº 212.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Poder Constituinte Originário e sua Limitação Material pelos Direitos Humanos*. Campo Grande: Solivros, 1999.
- SOUSA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1979.
- SOUZA, José Pedro Galvão de. *Iniciação à Teoria do Estado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976.
- TOCQUEVILLE, Alex. *O que é Democracia?* 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

CINCO TEMAS DO CULTURALISMO

André Firmino CARDOSO*

REALE, Miguel. São Paulo: Saraiva, 2002

Nascido em São Bento do Sapucaí/SP, no dia 06 de novembro de 1910, o Professor Miguel Reale - seu principal ofício - ocupa desde 1975 a cadeira nº 14 da Academia Brasileira de Letras, e seu pensamento filosófico ou filosófico-jurídico já foi, merecidamente, reconhecido aqui e além-mar.

Em *Cinco Temas do Culturalismo*, o autor acrescenta não só mais uma obra (propositadamente breve) em sua vasta bibliografia, mas nos brinda com suas intensas reflexões e pesquisas, que ora visam esclarecer questões e trazer complementos ao estudo do *Culturalismo* que, para ele, é a corrente de filosofia brasileira mais extensa e original. A propósito, no prefácio do livro, consigna que uma de suas finalidades “é mostrar que, não obstante suas matrizes kantianas, o culturalismo não corresponde a qualquer escola neokantiana, estando nele presentes outras influências, como as da fenomenologia e do historicismo contemporâneo, cujo sentido axiológico e hermenêutico é reconhecido”.

Dentre as principais direções ou orientações culturalistas, está a de Reale, desenvolvida principalmente nos seus livros *Experiência e Cultura* (1977) e *Verdade e Conjetura* (1983).

Explicitado isso, seguem-se os cinco temas (ou tópicos), como o próprio título do livro diz, em que o mestre paulista objetivou esclarecer alguns pontos do culturalismo.

No primeiro tema, “Ontognoseologia e Culturalismo”, o autor pretende esclarecer algumas dúvidas que surgiram de seu pensamento, demonstrando assim que na sua compreensão, “tanto *lógica* quanto *ôntica* de cultura já se encontra no conceito mesmo de Ontognoseologia...”. À frente, diz que com a Ontognoseologia, visa “superar qualquer resquício de idealismo que porventura possa existir na fenomenologia, a partir da observação inicial de que o conhecimento pressupõe dois elementos correlativos e interdependentes: o poder nomotético *a priori* do sujeito cognoscente (o que foi genialmente visto por Kant, ao formular as condições transcendentais subjetivas do conhecimento) e a existência a

(*) Advogado, pós-graduado em Direito Processual Civil - PUC-Campinas.

priori no objeto de condições, igualmente transcendentais, que o tornam suscetível de ser captado pela consciência intencional (o que foi não menos genialmente visto por Husserl, com a sua idéia de “*a priori material*”). Com isso, salienta que a Ontognoseologia “é a teoria do conhecimento baseada concomitantemente em suas condições transcendentais subjetivas e objetivas, compondo uma unidade concreta e dialética”. Adiante, no que se refere à relação existente entre a Ontognoseologia e o Culturalismo, assinala que “a cultura só pode ser vista como extensão e composição histórica dos atos ontognoseológicos, que se sucedem no tempo, com as conseqüentes atividades que deles derivam. É a razão pela qual a cultura apresenta a mesma concreção subjetiva e a mesma dialeticidade que são próprias do processo ontognoseológico, fonte primordial e perene do processo cultural”. Para Miguel Reale, o conceito de cultura é de caráter universal, “compreendendo em si tudo o que o conhecimento ontognoseológico propicia em todos os domínios da atividade humana”. Nesse quadrante, ele assevera ainda que “enquanto o liame entre sujeito e objeto na Ontognoseologia é de natureza lógica (*lato sensu*), na cultura é de natureza *existencial*”.

No segundo tema, “Universalidade da Cultura”, assevera o mestre paulista que a sua idéia de cultura, além de ter sentido existencial, ou, mais amplamente, *experencial*, consoante acepção lata que dá a este adjetivo, não pode ser compreendida sem a relacionar com a Teoria dos Objetos, mas com uma alteração substancial, que é a distinção entre objetos segundo o *ser* (objetos naturais - físicos e psíquicos - e objetos ideais) e objetos segundo o *dever-ser*, que são propriamente os objetos valiosos. Nesse ponto, apresenta a conclusão de que “a cultura - abrangendo tudo o que o homem sente, pensa e quer - no fundo não é senão a *unidade sintética de todos os objetos do conhecimento e das criações da*

espécie humana”. Mais à frente, explica que quando fala em *dever-ser lógico* ou *axiológico* está empregando estes dois adjetivos para indicar que, se nos objetos naturais ou ideais prevalece a logicidade de sua estrutura e de seu desenvolvimento, nos objetos valiosos prevalece o sentido do valor que informa a cada um deles. Por aí, diz ele, vê-se que a cultura, do ponto de vista ontognoseológico, é a *globalização de todas as estruturas do ser enquanto dever-ser*, este entendido na sua dupla e complementar configuração lógica e axiológica, e também que como a compreensão culturalista acaba por superar as aporias realistas e idealistas, ficando demonstrado que esses dois modos de pensar se correlacionam e se complementam, como se correlacionam e se complementam sujeito e objeto na visão ontognoseológica. Ainda, acrescenta que “assim como os objetos naturais e ideais são, mas seu *ser* implica *dever-ser* do ponto de vista lógico, também os objetos valiosos, enquanto expressão de *dever-ser*, não deixam de *ser* como momentos do mundo cultural, o que explica que todos eles componham o que denominamos *cultura*”. Ao perguntar, adiante, sobre a relação entre conhecimento e verdade, acentua que “Numa posição culturalista, na qual sujeito e objeto se implicam e dialeticamente se correlacionam, e onde *ser* e *dever-ser* se exigem reciprocamente, o conhecimento põe-se sempre em distinta unidade de concreção, sempre *in itinere*, sem jamais ficar de antemão subordinado a um alvo considerado a expressão máxima do saber”. E, nesse conhecimento em contínuo desenvolvimento, duas são as vias metódicas seguidas: a dialética de complementaridade e o pensamento conjetural, formando um todo orgânico.

O terceiro tema, “Teoria do Conhecimento e Teoria da Cultura”, é introduzido pelo Prof. Miguel Reale com as seguintes palavras:

“Os problemas fundamentais da Filosofia, a maioria dos quais formulados na Grécia antiga, se, uma vez trazidos à plenitude da consciência crítica, adquirem valor permanente, nem por isto deixam de adquirir configurações distintas à medida que se desenvolvem as respectivas pesquisas e apreciações teóricas”. Essa colocação do tema o leva a perguntar se -dado o dominante consenso quanto à necessidade de situar questões filosóficas à luz dos valores e diretrizes que compõem o vigente “mundo da cultura” - não foi ultrapassado o clássico modo de investigar a possibilidade e os limites do conhecimento a partir exclusivamente de um sujeito situado *in abstracto* perante um objeto, de conformidade com o exemplo modelar de Immanuel Kant na *Crítica da Razão Pura*. É óbvio, diz ele, “que nunca se deixará de indagar das condições *a priori* de natureza subjetiva, nem tampouco de estudar as ‘condições transcendentais objetivas’ do real enquanto objeto do conhecimento, mas se trata de saber em que medida a idéia de cultura - com síntese total dos objetos do sentir, do pensar e do querer da espécie humana na totalidade do tempo vivido - vem influir sobre a Gnoseologia”, ou, como prefere falar, a ‘Ontognoseologia’. Aliás, conforme consigna, essa mudança de denominação já corresponde à nova colocação do assunto, visto como é sabido que, enquanto Kant se limitou a indagar das formas e categorias do conhecimento em função do sujeito transcendental, já Husserl se preocupou com o “objeto” para o qual necessariamente se volta a consciência intencional, segundo seu conhecido enunciado de que conhecer é sempre conhecer algo, assim como desejar importa em desejar algo. Em seguida, justifica que com tal mudança, deu-se parcial retorno à antiga compreensão do conhecimento como “visão do ser”, porquanto jamais deixou de ficar em pé a contribuição subjetiva do *criticismo kantiano*, a partir do qual

a Gnoseologia passou a ter estrutura e sentido essenciais como condicionalidade prévia da Ciência. Nessa linha, prossegue dizendo que “Não há dúvida que ninguém que admita a Teoria do Conhecimento como estudo basilar ou prévio poderá deixar de perquirir as condições transcendentais, subjetivas e objetivas, do ato de conhecer, partindo concomitantemente dos ensinamentos de Kant e de Husserl”, mas tal ordem de indagação deve situar-se, a seu ver, em um “contexto cultural”. Em outras palavras, adverte que “a questão do conhecimento não pode se reduzir a uma relação puramente lógica entre ser cognoscente e realidade cognoscível, porquanto um e outra se situam *ab initio* em um contexto cultural, alargando-se, desse modo, o espectro da transcendentalidade”. À frente, Reale pensa ainda que “com a consideração do que poderíamos designar como sendo o *a priori cultural*, o problema do conhecimento adquire mais concretude, operando-se, por assim dizer, a socialização do ato cognoscitivo”. Por isso, ele entende que a Teoria do Conhecimento deve ser estudada em conexão com a Teoria da Cultura, alargando-se, assim, as condições *a priori* da cognição. Resumidamente, em seu sentir, continuar a situar o problema gnoseológico - ou, como prefere dizer, ontognoseológico - apenas segundo as condições do sujeito cognoscente em sua abstrata universalidade não leva em conta ser ele um ente essencialmente histórico - cultural.

Para a abordagem do quarto tema, “O *A Priori Cultural*”, assinala, de início, que a Gnoseologia ou Teoria do Conhecimento Moderna começa com Kant, que, antes de se manifestar sobre os diversos aspectos da realidade ou da experiência, para saber quais as suas relações e o que ela é em si mesma, declarou que havia um estudo prévio sintetizado na pergunta: “que posso eu conhecer?”, e que são

duas ordens de estudo que surgem concomitantemente: a da *experiência* e a das condições de sua *cognoscibilidade*, para, então, consignar que “a realidade não é jamais captada como ela poderá ser em si mesma, e sem se levar em conta as duas apontadas ordens *a priori* de condições subjetivas, as quais, por isso, convertem a realidade em *experiência*, em algo que se experienciou”. Adiante, diz que “Há, em suma, condições ‘materiais’ que condicionam, tanto *objetiva como subjetivamente*, o nosso ato de conhecer. O conhecimento tem, portanto, sentido hermenêutico, de interpretação e desenvolvimento do que está insito no real, porque conhecer é conhecer *algo*, sendo de sua essência essa *intentio*. Por outras palavras, se não houvesse um *a priori* material no mundo das sensações, como *pré-noção* a ser esclarecida e determinada, o ato do conhecimento seria impossível. Conhecimento é *invenire*, descobrir algo que em princípio é cognoscível, não sendo o conhecimento mera cópia, mas antes uma *síntese subjetivo-objetiva*”. Assim, conclui que como há condições transcendentais no sujeito que conhece, há condições transcendentais de cognoscibilidade na realidade cognoscível. E, avançando um pouco mais no tocante à transcendentalidade do processo cognoscitivo, em certa altura, Reale escreve que “é necessário ver o ato do conhecimento como um *ato cultural*, uma vez que, no instante mesmo em que se pensa algo, algo se objetiva como um elemento transsubjetivo, que, por mais elementar que seja, compõe o mundo da cultura”. É por essa razão que lhe parece necessário reconhecer que na Gnoseologia, ou melhor, na Ontognoseologia, há também um *a priori cultural*, como *condição de objetivização*, na qual está inerente o *poder nomotético*, o qual, ao mesmo tempo em que intelectivamente ordena o mundo disperso e confuso das impressões sensoriais, o *torna objetivo*. Como consequência dessa ordem de

idéias, diz que “Na raiz do conhecimento há, pois, subjetivização, objetivização e, como resultado imediato, *cultura*”. À frente, arremata a sua linha de pensamento com a conclusão de que “o conhecimento é sempre - um *ato cultural*, devendo-se reconhecer que o *a priori cultural* está tão presente no ato de conhecer quanto o *a priori formal*, visto por Kant, e o *a priori material*, visto por Husserl”.

No quinto e último tema, “Experiência e Axiologia”, Miguel Reale reforça que “Admitindo-se o *a priori cultural*, ou seja, que o ato de conhecimento não se conclui senão com a objetivização das notas características apreendidas graças ao *a priori subjetivo*, sensível e intelectual, e graças ao *a priori material*, pelo qual a consciência intencional apreende hermeneuticamente os dados materiais cognoscíveis, verifica-se que o ato de conhecer é um ato de integração e concreção” para, um pouco adiante, observar que “a mais relevante das conseqüências do pressuposto transcendental do *a priori cultural* é, por assim dizer, a *axiologização universal da experiência*”. A seu ver, “é impossível pensar-se a experiência, a não ser se considerando *ipso facto válida* a relação que ela expressa e toma objetiva”. Acrescenta também que “Na realidade, a idéia de experiência é necessariamente axiológica, uma vez que o resultado de uma investigação só pode ser considerado válido à luz de um critério de valor que transcende o campo da Física *qua tale*”. Ainda, diz que “O mundo da experiência é um mundo de relações, a fim de que se objetive um juízo acerca de algo, ao passo que a Metafísica situa-se além das relações particulares, daquilo que é relativo, numa pretenciosa captação do Absoluto. Daí a sua inexperiencialidade”. Assim, a seu ver, “a inexperiencialidade do Absoluto é superada graças ao pensamento conjetural ou problemático, o qual corre paralelamente com a

experiência, sem conflitar com ela...”, concluindo a seguir que “do Ser em si só podemos falar em *termos conjecturais*, sendo a *experiência conjectural* por sua natureza problemática, virtual e plausível, em cotejo com a experiência, não conflitante com ela, mas jamais identificada com ela”. Passando a outra ordem de assunto, pensa que o problema da história, inclusive o do sentido da história, torna-se mais transparente se temos presente o *a priori cultural*, que põe à vista a natureza construtiva do conhecimento. Nesse passo, diz, à frente, que “O homem é um ser essencialmente histórico, que se pode conjecturalmente conceber em marcha para o Absoluto, mas nos limites e horizontes de sua liberdade criadora. Não se instaura o historicismo à luz do Absoluto, ou em função de uma Idéia Suprema, mas como momento de opções necessárias. Daí estar certo Luigi Bagolini quando apresenta meu historicismo como *historicismo axiológico*, no qual necessidade e liberdade se compõem segundo uma dialética de complementaridade, ou de implicação - polaridade”; que “Esse sentido axiológico da história

já está presente na intencionalidade da consciência, dirigida essencialmente para o real a fim de apreendê-lo, na medida de suas forças e na medida da cognoscibilidade do objeto em sua apriorística materialidade”; e que “Como se deve levar em conta, no processo da cultura, a natureza do real, é natural que o conhecimento se bifurque em função de tratar-se de realidade física (*lato sensu*) ou de realidade humana. Naquela, a consciência intencional capta *nexus causais* que interligam os fenômenos naturais; nesta, consoante terminologia feliz de Husserl, o fato humano é compreendido em razão de *causalidade motivacional*”.

Na obra em referência, o Professor Miguel Reale nos traz preciosas idéias e contribuições que inexoravelmente fomentam o estudo e a pesquisa acerca das teorias dos valores e do conhecimento, bem como e notadamente, sobre o *a priori cultural* que, em suma, há de ser reconhecido como um complemento ao *aprioriformal* (subjeto), de Kant, e ao *a priori material*, de Husserl.

EXECUÇÃO DE PRESTAÇÕES SUCESSIVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Luciana A. Machado Gonçalves da SILVA*

I – INTRODUÇÃO

A apreciação do tema execução de prestações sucessivas é de notória oportunidade, devido à sua relevância no contexto dos dissídios laborais e às dificuldades práticas que seu procedimento impõe aos operadores do direito.

A relação de emprego ou o contrato de emprego engasta a característica ser de trato sucessivo, vale dizer, o ajuste entre empregado e empregador gera obrigações recíprocas continuadas.

Destarte, em não se tratando de contrato que se executa em ato único, em razão de que constitui peculiaridade da relação laboral as prestações protraírem-se no tempo, a Consolidação das Leis do Trabalho dedicou a seção V (Da Execução por Prestações Sucessivas), do Capítulo V (Da Execução) encastado no Título X (Do Processo Judiciário do Trabalho), ao procedimento executório de

prestações sucessivas, delineado nos artigos 890 a 892.

Nesse diapasão, em observância à dinâmica das relações trabalhistas, vislumbrou-se a necessidade de pormenorizar o trâmite da execução de prestações sucessivas, sublinhando as dissidências nas opiniões de conceituados juristas que militam na Justiça do Trabalho em diversos aspectos do tema.

II – CONCEITO

Em regra, a obrigação é satisfeita mediante uma única prestação. Entrementes, em certos casos, a obrigação se desdobra em prestações sucessivas, que devem ser realizadas periodicamente.

Com percuciência, Mozart Victor Russomano¹ assevera “a natureza da dívida é que define a prestação sucessiva”. Portanto, mister se faz não confundir a execução por prestações sucessivas com aquela em que o

⁽¹⁾ É especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁽¹⁾ In *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p.1.544.

devedor não possui bens suficientes para garantir, de uma só vez, a total satisfação do crédito. Nesta última hipótese, ressalta o autor, “*não é a execução que se faz por forma sucessiva; a penhora é feita e repetida tantas vezes quantas sejam possíveis e quantas bastem ao integral cumprimento da obrigação*”². Significa dizer que nem sempre a repetição de penhoras conduz ao desfecho de que a prestação é sucessiva; indispensável, para assim inferir, analisar a natureza da dívida.

Mister se faz distinguir, por conveniente, a condenação a prestações sucessivas e a condenação condicional. A primeira encontra suporte na natureza da obrigação de que deriva (a obrigação contínua ou de trato sucessivo). No que pertine à segunda, a sentença declara uma relação, na qual o pressuposto ainda não se deu, e condena a entrega de um bem, sob a condição de que o pressuposto ainda não realizado venha a concretizar-se. Entretanto, após o advento do Diploma Processual Civil de 1973 já não há, no sistema processual brasileiro (civil e trabalhista), lugar para as condenações condicionais, em apreço ao estatuído no parágrafo único do artigo 460, *in verbis*:

“A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”

Cumprido salientar, o douto Arnaldo Lopes Süssekind³ imaginou que a execução de trato sucessivo “*só pode ser aceita quando o executado estiver em condições de poder cumprir desde logo o julgado ou o acordo*”, sustentando, ainda, que o intuito do legislador:

*“foi o de proteger apenas o empregador economicamente fraco, para o qual o pagamento imediato de grandes quantias poderá acarretar a falência. Assim sendo, cabe ao juiz, ou presidente do tribunal, verificar, em cada caso concreto, se se justifica a execução por prestações sucessivas”*⁴.

Com propriedade, objeta o ora citado pronunciamento o festejado mestre Manoel Antonio Teixeira Filho⁵:

“É de questionar-se, antes de mais nada, se a amplitude de poderes que a lei (CLT, art. 765) outorga ao juiz, na qualidade de reitor do processo, chegaria ao extremo de, afrontando a própria coisa julgada material, fragmentar, em várias parcelas, a obrigação pecuniária imposta pela sentença ao devedor, em nome de uma (presuntiva ou comprovada) dificuldade financeira ou econômica deste, no que respeita a solver essa obrigação mediante uma só prestação. Até onde sabemos, esse parcelamento só será legítimo se com ele concordar o credor, de maneira expressa, sendo, pois, desfeito ao juiz substituí-lo a que pretexto seja, nesse ato de manifestação de vontade”

III – CLASSIFICAÇÃO

Importa anotar, nenhuma execução pode ser admitida sem a prévia declaração de certeza

⁽²⁾ *Ibidem*, mesma página.

⁽³⁾ Süssekind, Manual da Justiça do Trabalho, p. 396 e 397, *apud* Manoel Antônio Teixeira Filho, *Execução no Processo do Trabalho*, p. 217.

⁽⁴⁾ *Ibidem*, p. 218.

⁽⁵⁾ *In Execução no Processo do Trabalho*, p.218.

a respeito do direito do credor, esteja ela contida numa sentença ou em outro documento a que a lei reconheça força equivalente à de uma sentença.

Em observância aos escólios de Enrico Tullio Liebman⁶, no processo de execução adquire particular relevo a figura do título executório, “*ato que se apresenta como condição necessária e suficiente, não só para iniciar, mas também para conduzir a seu termo a execução: ele contém acumulada – digamos assim – em si mesmo, toda a energia necessária para que o credor possa eficazmente exigir e o órgão público possa efetivamente desenvolver a atividade destinada a atingir o resultado prático que, pelo teor do próprio título, se deve considerar conforme o direito*”.

Assim, constituem pressupostos legais do processo de execução o inadimplemento do devedor e um título executivo judicial ou extrajudicial, consubstanciado aquele na sentença condenatória passada em julgado ou da qual não tenha havido recurso com efeito suspensivo, ou no acordo não cumprido, e este, por sua vez, embasado no termo de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público do Trabalho ou no termo de conciliação assentado perante as Comissões de Conciliação Prévia.

Nesse passo, no processo do trabalho dois são os tipos de procedimentos catalogados para a execução de prestações continuadas, quais sejam: aquele que envolve prestações sucessivas devidas por tempo determinado e o que abarca prestações sucessivas destinadas a tempo indeterminado.

IV – PRESTAÇÕES SUCESSIVAS POR TEMPO DETERMINADO

As prestações consecutivas por tempo aprazado, cujos vencimentos se dão em oportunidades distintas, por estarem assim previstas no ajuste ou por determinação legal, são, normalmente, conhecidas de antemão das partes, inclusive quanto ao respectivo valor.

Por força de disposição legal (CLT, art. 891), nas prestações periódicas com tempo estabelecido, a execução pelo inadimplemento de uma das parcelas acarretará a precipitação do vencimento das que se lhe sucederem, “*tornando virtualmente única a prestação exigível*”, segundo o magistério do insigne mestre José Augusto Rodrigues Pinto⁷. Isto ocorre porque há uma espécie de presunção a favor do exequente de que se o réu violou as vencidas, violará as vincendas.

Impende acrescentar, por oportuno, o vencimento das prestações subsequentes à inadimplida ocorre independentemente de requerimento do credor, ou de declaração judicial, porquanto isso emana de previsão legal (CLT, art. 891).

Nessa direção, já preceituava o artigo 48, parágrafo 2º, do Decreto-Lei nº 1.237, de 02 de maio de 1939.

À guisa de exemplo das prestações em comento, citam-se os acordos celebrados em juízo e não cumpridos, nos quais o reclamado se obriga a pagar ao autor determinada quantia, fracionada em diversas parcelas, com datas certas de vencimento.

⁶ In *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 45.

⁷ In *Execução Trabalhista*, p.46.

Como dilucida Manoel Antônio Teixeira Filho⁸, de um modo geral, realizada a transação, em juízo, costuma-se fixar dia, hora e local para o cumprimento de cada prestação (além de se estipular cláusula penal). No caso de o reclamado comparecer no dia e local combinado, mas em horário distinto, ou melhor, com atraso, vislumbra-se o não cumprimento de uma das condições, o horário, a ser satisfeita. Eis que, não sendo desse modo, não haveria razão para estabelecer determinado horário. Com efeito, o credor não está obrigado a aguardar o devedor quando já excedido o horário ajustado, cabendo-lhe requerer a execução da prestação vencida e de todas as outras que lhe sucederem, como permite o art. 891 da CLT, sem prejuízo da cláusula penal, acaso, ajustada.

Sob esse ponto de vista, não é despidendo assinalar, em atenção ao princípio da razoabilidade, dessas conseqüências somente poderá eximir-se o devedor se provar que razões ponderosas não lhe permitiram realizar a prestação na hora a que se obrigara a fazer.

Frisa-se, ser da maior valia a disposição legal consolidada, em estudo, uma vez que prestigia os princípios da celeridade e da simplicidade, que informam o procedimento trabalhista, pois dispensa o credor de promover uma execução para cada prestação não efetuada.

V – PRESTAÇÕES SUCESSIVAS POR TEMPO INDETERMINADO

Conforme estatui o dispositivo 892 do Estatuto Consolidado, tratando-se de prestações

sucessivas por tempo indeterminado, “a execução compreenderá inicialmente as prestações devidas até a data do ingresso na execução”.

Imperioso se faz gizar que há dissidência na doutrina quanto à interpretação da locução legal “até a data do início da execução”.

Na fala do eminente jurista Manoel Antônio Teixeira Filho⁹, a expressão suso mencionada deve ser compreendida como “até o momento em que a execução é promovida”, destacando que aquela assertiva legal carece de melhor técnica jurídica. Leciona que, no caso de prestações periódicas por prazo indeterminado, serão objeto de execução todas as prestações vencidas até o instante em que a execução tiver início, ainda que ulteriores à prolação da sentença exequenda, exceto se houver cessado a causa original (determinante da obrigação).

Completam essa idéia as palavras de Sérgio Pinto Martins¹⁰, “a execução é feita das parcelas vencidas e das que se vencerem entre a data da prolação da sentença até os cálculos da execução”¹¹.

Comungamos do entendimento ora destacado, que também encontra amparo e prestígio dos juristas: Christóvão Piragibe Tostes Malta, Wilson de Souza Campos Batalha, Francisco Antônio de Oliveira, Odonel Urbano Gonçalves, Ísis de Almeida e Eduardo Gabriel Saad.

De outra mirante, Russomano¹² escreve, pensamento do qual compartilham José Augusto

⁽⁸⁾ *In Execução no Processo do Trabalho*, p.218 e 219.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, p. 215.

⁽¹⁰⁾ *In Direito Processual do Trabalho*, p.584.

⁽¹¹⁾ No mesmo sentido é o posicionamento do mestre Manoel Antônio Teixeira Filho.

⁽¹²⁾ *In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 1.446.

Rodrigues Pinto¹³ e Valentin Carrion¹⁴, “*se as prestações forem por tempo indeterminado, por não se conhecer, previamente, seu valor total, como no caso de pagamento por diferenças salariais, não se aplica a regra do artigo 892*”, motivo pelo qual, “*a execução atinge apenas as prestações vencidas*”.

Carrion¹⁵ adiciona que “*a autorização legislativa é permissiva, deixando ao poder de iniciativa judicial e às conveniências táticas das partes a opção entre dar celeridade à execução do que já se venceu, se calculou e se penhorou, ficando para o futuro as novas impugnações e novas penhoras*” (grifo nosso).

Nesse complexo de questões, necessário se faz examinar, ainda, a cizânia na doutrina quanto a abrangência da execução das prestações periódicas (que se protraem no tempo), ou seja, no que tange a prescindibilidade ou não de novo processo de execução das prestações vincendas.

Segundo a posição dos renomados juristas Mozart Victor Russomano¹⁶, Sergio Pinto Martins¹⁷ e Valentin Carrion¹⁸, terminada a execução das prestações vencidas, far-se-á nova execução das que se vencerem após a data do ingresso na execução. Não se dá seguimento à execução já iniciada, no que diz respeito às verbas que se vencerem no decorrer da execução, mas é feita nova execução. Esgrimem tal ilação enfatizando que além de conturbar a execução em andamento, na maioria das vezes, não se sabe o valor nem tampouco o prazo das prestações.

De outro vértice, discordando do consignado em linhas transatas, os autores pátrios Arnaldo Süsskind, Odonel Urbano Gonçalves, Ísis de Almeida, Wilson de Souza Campos Batalha, Francisco Antônio de Oliveira, Christóvão Piragibe Tostes Malta, Eduardo Gabriel Saad e José Augusto Rodrigues Pinto proclamam que as demais prestações vencidas e não pagas serão executadas sucessivamente no mesmo processo.

Nessa órbita, não há que se falar em nova execução, correspondendo uma nova instauração de instância pela citação do devedor, à proporção que se tornarem exigíveis novas prestações.

Nessa linha de raciocínio, as prestações sucessivas a prazo indeterminado uma vez iniciada, pela citação do devedor, permanecerá em aberto pelo tempo necessário à cobrança de prestações vincendas, dando seguimento à execução já iniciada, com nova garantia, se estiver esgotada a primitiva, ainda que assegurado ao devedor opor-se mediante embargos à execução.

Com notável mestria, o notável jurista Pedro Paulo Teixeira Manus¹⁹ preleciona:

“Casos há em que uma condenação implica prestações sucessivas, daí por que se seguem várias execuções, uma a cada prestação devida. Tratando-se de processo extremamente trabalhoso e custoso, deve o juízo, o quanto possível, determinar ao executado as medidas necessárias para evitar novas execuções. Há hipóteses em que o

(13) *In Execução Trabalhista*, p. 47.

(14) *In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 750.

(15) *Ibidem*, p. 751.

(16) *In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 1.545.

(17) *In Direito Processual do Trabalho*, p.584.

(18) *In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 750.

(19) *In Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar*, p. 211.

procedimento eficaz do juízo pode evitar novas liquidações e execuções por acessórios. Noutros casos, inserir o exequente em folha de pagamento igualmente evita execução infundável” (grifo nosso).

É espelho da corrente em estudo as lições de Francisco Antônio de Oliveira²⁰:

“em não cumprindo o devedor, espontaneamente, a obrigação e havendo penhora, mesmo que resolva efetuar o pagamento antes da praça ou leilão, o bem não deverá ser liberado, mas continuará retido, transformando-se a penhora em arresto e vice-versa, até o efetivo cumprimento da obrigação”.

Apesar das considerações que sempre mereceram os escólios de Francisco Antônio de Oliveira, tal ensinamento é passível de crítica, uma vez que constrangerá o devedor, na medida em que não terá a disponibilidade do bem penhorado, por dívida ainda não exigível.

É relevante gizar que, relativamente ao equacionamento dos problemas em apreço, melhor atende a diretriz de economia processual e aos ditames da justiça social o entendimento de ser prescindível a propositura de uma nova execução de título executivo de trato sucessivo, tendo em vista que poupa o credor de despesas, incômodos e trabalhos para ver satisfeitas as obrigações (prestações) que se vencerem posteriormente, mormente quando se cuida de dívidas trabalhistas.

O Código Buzaid, no artigo 290, prevê que “quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas

incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor no curso do processo deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação”.

A propósito, encontramos-nos diante de uma norma processual que se amolda, com perfeição, às singularidades do processo do trabalho e, portanto, aplicável subsidiariamente ao feito laboral, com embasamento no artigo 769 do Estatuto Consolidado.

Manoel Antonio Teixeira Filho²¹ explica que a referência a “enquanto durar a obrigação, contida no art. 290 do CPC, parece ter sido trasladada do Código de Processo Civil português”. Elucida, além disso, que:

“Calmon de Passos pôde afirmar, com inegável exatidão jurídica, que, em Portugal, como entre nós, no regime anterior, dúvida não se pôs quanto à abrangência, pela sentença, tanto as prestações vencidas até sua prolação como das que se vencessem posteriormente a ela, enquanto perdurando o negócio jurídico de que elas decorrem”²².

Desse modo, o Estatuto Processual Civil consagrou o princípio de que as prestações periódicas são devidas enquanto perdurar a obrigação de que decorrem e, por conseguinte, podem ser incluídas na mesma execução, contanto que subsistente o negócio jurídico.

De toda sorte, é interessante realçar, no que pertine a imprescindibilidade da existência da causa originária da prestação periódica, poderá haver controvérsias relativas à incoerência de

⁽²⁰⁾ In *A Execução na Justiça do Trabalho*, p. 446.

⁽²¹⁾ In *Execução no Processo do Trabalho*, p.216.

⁽²²⁾ *Ibidem*, mesma página.

condição, quando o credor deverá provar que ocorreu (CPC, arts. 614, II; 618; 572; 582), ou de o credor não ter cumprido ainda sua obrigação (CPC, art. 743, IV). Ademais, esta última hipótese resvalará no excesso de execução insculpido art. 743, IV do CPC do seguinte teor: *“quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento do devedor”*.

Finalmente, não se pode deixar de anotar que o legislador, ao disciplinar ação de consignação em pagamento, dispôs, no artigo 892 do Diploma Processual Civil, preceito segundo o qual *“tratando-se de prestações periódicas, uma vez consignada a primeira, pode o devedor continuar a consignar, no mesmo processo e sem mais formalidade, as que se forem vencendo”*.

VI – AÇÃO REVISIONAL

Para a exata compreensão do assunto que ora constitui escopo de nossas investigações, registra-se as lições de Liebman²³:

“O que foi discutido no processo de cognição, e em geral a situação real de direito material, isto é, a existência ou inexistência atual do crédito, não podem influir diretamente sobre o desenvolvimento da execução, que recebe do título executório, como postulado indiscutível, a norma de sua disciplina formal, desvinculada de qualquer ligação com as relações de direito material”.

Nessa mira, o Estatuto Processual Civil, na parte inicial do artigo 471, explicita a repercussão concreta no mundo jurídico da coisa

judgada material, a saber, a impossibilidade de o juiz da causa, ou outro qualquer, voltar a apreciar o pedido já decidido relativamente a certa lide.

Colocando de maneira escorreita, Cândido Rangel Dinamarco²⁴ explana:

“o instituto da coisa julgada material é movido pelo escopo prático de imunizar os efeitos do julgamento proferido acerca de determinada pretensão ou demanda, para que, naquela situação, outra decisão o caso não possa vir a ter jamais. Nem é por acaso que o direito positivo limita a coisa julgada não só às partes e objeto do pedido, mas ainda à causa de pedir. Fora da tríplice identidade não há a ‘auctoritas rei judicatae’, justamente porque, variando um desses elementos, o litígio já será outro (CPC, art. 301, §2º). Nova situação, nova decisão. A garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI) não vai além de estabelecer que, com relação ao litígio posto em juízo e na situação de fato ali considerada, novos questionamentos serão ilegítimos. Ela imuniza o ‘decisum’, como está claro no direito positivo, nos limites do que foi julgado”.

E mais adiante, o citado Mestre recorda a regra de que:

“passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido” (CPC, art. 474). É a “eficácia preclusiva da coisa julgada, que não se confunde

⁽²³⁾ *Ibidem*, mesma página.

⁽²⁴⁾ *In Fundamentos do Processo Civil Moderno*, p. 1.045.

com esta mas sem a qual a coisa julgada valeria muito pouco. Ela consiste em imunizar a própria 'res judicata' a possíveis esvaziamentos mediante o exame de fatos anteriores. Diz-se que o efeito preclusivo da coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, sendo absolutamente imperativo entender-se, a 'contrario sensu', que não fica abrangida por ele qualquer matéria que, por ser posterior, não fosse (obviamente) suscetível de deduzir-se antes do julgamento da causa. Se o direito se extinguiu ou modificou-se depois da prolação da sentença e do trânsito em julgado, ou se de algum outro modo as relações jurídicas entre os que foram litigantes passaram a reger-se por outro negócio jurídico, tais são as situações novas que, por não terem sido consideradas, não foram objeto de decisão e não ficam portanto cobertas pela coisa julgada ou por sua eficácia preclusiva"²⁵.

Outrossim, em observância que a vida das pessoas e as suas relações entre si e com os bens da vida não são algo estático e imutável, surgindo nova relação ou nova situação oriunda de fato ou negócio novo, essa nova relação considera-se alheia aos efeitos da coisa julgada e, por natural conseqüência, alheia também à sua imutabilidade.

É bem verdade que a coisa julgada se reporta ao momento em que a sentença foi proferida, tendo somente o significado de imunizar, como referência àquele momento, os efeitos da sentença sobre a qual incide. Dessa forma, a coisa julgada impede que se volte a

questionar a existência da situação jurídica naquele momento, sem contudo impedir que se discuta sobre se, depois dela, o direito ou obrigação persiste ou deixou de existir.

Na ordem jurídico-positiva brasileira, o artigo 471, inciso I, da Lei Processual Civil, reconhece a categoria das chamadas sentenças determinativas, quer dizer, aquelas que contêm em seu bojo, implicitamente, a cláusula *rebus sic stantibus*. Tais sentenças transitam em julgado como quaisquer outras, mas pelo fato de veicularem relações jurídicas continuativas, a imutabilidade dos seus efeitos naturais só persiste enquanto não sobrevierem modificações no estado de fato ou de direito.

Demais disso, tais "decisões instáveis", consoante denomina José Frederico Marques, não são passíveis de ação rescisória, porém admitem revisão nos pressupostos de qualidade e quantidade.

Dessa maneira, convém repisar em havendo modificações que provêm da própria natureza dos direitos e obrigações ínsitos na sentença, já que se trata de relação continuativa ou de trato sucessivo, pode o julgado ser adaptado a essa mudança.

Leciona José Frederico Marques²⁶:

"a alteração do julgado é pedida em ação constitutiva, com fundamento na mudança superveniente, e com o objetivo de adaptar-se a sentença às alterações ocorridas. A sentença, portanto, é submetida a verdadeiro processo de integração, tendo em vista a natureza continuativa da relação jurídica que decidiu".

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, p. 1.047.

⁽²⁶⁾ *In Manual de Direito Processual Civil*, p. 343.

Informa, ainda, Alexandre de Paula²⁷:

“no fundo, a revisão se opera em homenagem mesmo à coisa julgada, de vez que a sentença considerou, no momento de sua emissão, fatos e circunstâncias relevantes que não mais perduram, que sofreram alterações de tal ordem, que traduziria suma injúria, verdadeira denegação de Justiça, mantê-la intocável na sua letra, ‘per omnia secula’...””.

Impende lembrar, no que atine a modificação superveniente das contingências que ensejaram a obrigação, objeto de sentença, a norma impingida no art. 15 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, que prescreve *“a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”*.

A eloquente advertência de Nelson Nery Júnior²⁸ merece transcrição:

“existe imprecisão técnica na norma legal ora comentada. Pela própria natureza do direito a alimentos, a sentença proferida nesta ação contém insita a cláusula ‘rebus sic stantibus’. Assim, modificadas as circunstâncias sob as quais foi proferida a sentença, é possível o ajuizamento de nova ação de alimentos. Trata-se de outra ação, completamente diferente da primeira, porque fundada em outra causa de pedir remota. Alterado um dos elementos da ação (causa de pedir) e provavelmente outro elemento (pedido), já não se pode

falar em ações idênticas. A coisa julgada proferida na primeira ação foi totalmente respeitada e continua aparelhando a sentença com o atributo da imutabilidade”.

Dessarte, em tema de execução para pagamento de prestações periódicas não se pode perder de vista a possibilidade de eventual modificação das circunstâncias fáticas que fundamentaram a condenação para o futuro.

Se tais circunstâncias de fato, que serviram de base à condenação de prestações sucessivas, tiverem se alterado, como, por exemplo, no caso de adicional de insalubridade ou periculosidade, que posteriormente foi minorado ou neutralizado, resvalará na inexigibilidade desta obrigação, constituindo cerne de controvérsias na doutrina quanto ao meio de reapreciação da decisão condenatória.

O saudoso mestre Valentin Carrion²⁹ entende que a alteração da situação fática poderá e deverá ser apreciada e instruída dentro da própria execução, no momento da liquidação da sentença.

No mesmo caminho, em decisão proferida no TRT 2ª Região (Processo n. 4.513/73) Campos Batalha³⁰ aduz:

“A execução das prestações sucessivas depende da permanência das circunstâncias que as justifiquem. Condenada a empresa ao pagamento de adicionais de insalubridade ou periculosidade, não fica inibida de, na execução, que se processa por artigos, demonstrar a partir de que data

(27) In Código de Processo Civil Anotado, p. 1.903.

(28) In Código de Processo Civil Comentado, p. 1.717.

(29) In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 751.

(30) In Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, p. 734.

deixaram de subsistir as condições de periculosidade ou insalubridade, quer através de meios próprios de proteção, quer através da modificação das condições de trabalho, quer através de legítimas alterações de funções (I). O reconhecimento, pela sentença exequiênda, de insalubridade e periculosidade, não obsta a que, na execução, a empresa demonstre a partir de que data cessaram as condições de insalubridade e periculosidade, findando, desde então, a obrigatoriedade do pagamento dos subseqüentes adicionais (II)''.

Por outro prisma, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o conceituado Cristóvão Piragibe Tostes Malta adota o entendimento, abraçado por Sérgio Pinto Martins³¹, que:

“surgindo modificações no estado de fato que autorize deixem de ser pagas as prestações, o interessado deve propor nova reclamação para liberar-se da obrigação (CPC, 471,I)”³².

A despeito da doutíssima visão dos célebres doutrinadores Valentin Carrion e Campos Batalha, em nosso sentir a necessidade de ação revisional da sentença, nos moldes do artigo 471 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no processo trabalhista, por força do disposto no artigo 769 da CLT, em atenção ao postulado constitucional do devido processo legal e a impossibilidade de apreciação fática no juízo executório.

VII – CONCLUSÕES

Em desfecho ao presente estudo, salientamos as seguintes ilações:

1 - O contrato individual de trabalho é, em sua essência, de trato sucessivo, ocasionando prestações recíprocas continuadas.

2 - O legislador, preocupado com a proteção do hipossuficiente e com a efetividade das sentenças trabalhistas, instituiu processo de execução das prestações sucessivas.

3 - Dois são os tipos de procedimentos de execução estabelecidos em lei: de prestações sucessivas por prazo determinado e por tempo indeterminado.

4 - Prestigiou-se os princípios da celeridade e da simplicidade a disposição consolidada (CLT, art. 891) que estatui, nas prestações periódicas com tempo aprazado, a precipitação do vencimento das prestações vincendas, quando do inadimplemento de uma das parcelas.

5 - Disciplinando as prestações sucessivas por prazo indeterminado, o legislador utilizou a locução legal “até a data do início da execução”. Examinada a cizânia doutrinária, com o fito de alcançar a amplitude da execução, acreditamos que a melhor exegese do artigo 892 do Estatuto Consolidado é a no sentido de que serão objeto de execução todas as prestações vencidas até o instante em que a execução tiver início, ainda que ulteriores à prolação da sentença exequenda, exceto se houver cessado a causa original.

6 - Impende gizar, outrossim, a despeito da dissonância entre os doutos, a forma, mais coerente com os ditames da justiça social (com vistas à natureza alimentar das prestações trabalhistas) e com o princípio da economia processual, de se executar as prestações periódicas sem prazo certo é a de que as

⁽³¹⁾ *In Direito Processual do Trabalho*, p. 584.

⁽³²⁾ *In A Execução no Processo Trabalhista*, p.44.

prestações vencidas e não pagas serão executadas sucessivamente no mesmo processo, que permanecerá em aberto pelo tempo necessário à cobrança de prestações vincendas.

7 - Em havendo modificação nas circunstâncias fáticas que fundamentaram a condenação para o futuro, a decisão embasada em relação jurídica continuativa deverá ser reapreciada por meio de ação revisional, com fulcro no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo laboral (CLT, art. 769).

8 - Não há como se impressionar com o argumento de que fere a coisa julgada o exame do *decisum*, objeto de execução, através de ação revisional, uma vez que houve alteração na causa de pedir remota e, por conseguinte, não há identidade entre as ações.

VIII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1993.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

_____. *Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho*. 1º semestre. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito Processual do Trabalho na moderna Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2000.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

GONÇALVES, Odonel Urbano. *Direito Processual do Trabalho*. 1ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Bestbook, 2001.

MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *A Execução no Processo Trabalhista*. 2ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1997.

_____. *Prática do Processo Trabalhista*. 30. ed. São Paulo: Ed. LTR, 2000.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Complementar*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil – volume III*. 2ª Ed. Campinas: Ed. Millennium, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 14.ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

OLEA, Manuel Alonso; PUIG, Cesar Miñambres. *Derecho Procesal del Trabajo*. 8ª ed. Madri. Ed. Civitas, 1993.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *A Execução na Justiça do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução Trabalhista*. 7ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1996.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1960.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Direito Processual do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 27. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no Processo do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Ed. LTR, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

DEMOCRACIA, CIDADANIA E PARTICIPAÇÃO

Daniel Freire SANTINI*

Este trabalho tem por objetivo discutir Democracia, cidadania e participação com enfoque na obra *Liberalismo e Democracia*, de Norberto Bobbio.¹ Inicialmente, gostaríamos de fazer algumas considerações de como devem ser entendidos o liberalismo e a democracia. Nessa linha Bobbio diz que:

“Na acepção mais comum dos dois termos, por liberalismo entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social; por “democracia” entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquela em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia. Um estado liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuídas. Um governo democrático não dá vida necessa-

riamente a um Estado liberal: ao contrário, o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal.²”

Importante nos parece ressaltar o pressuposto filosófico do Estado liberal para uma melhor compreensão das sociedades nas quais a participação popular no governo é bastante restrita apesar do Estado ser liberal e onde existe democracia apesar de o Estado não ser liberal.

O pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como estado limitado em contraposição ao estado absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade - direitos esses que o

(*) Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da PUC-Campinas.

(1) Bobbio Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo, Brasiliense, 2000.

(2) Idem. *Ibidem*. p.7-8.

Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros. Atribuir a alguém um direito significa reconhecer que ele tem a faculdade de fazer ou não fazer algo conforme seu desejo e também o poder de resistir, recorrendo, em última instância, à força (própria ou dos outros), contra o eventual transgressor, o qual tem em consequência o dever (ou a obrigação) de se abster de qualquer ato que possa de algum modo interferir naquela faculdade de fazer ou não fazer.³

Pontuadas as diferenças entre liberalismo e democracia cabe agora fazermos as aproximações necessárias para entendermos o que se pretende com a expressão, bastante usual, “liberal-democracia”. Bobbio esclarece que:

“Não só o liberalismo é compatível com a democracia, mas a democracia pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada não pelo lado de seu ideal igualitário, mas pelo lado da sua fórmula política, como se viu, a soberania popular. O único modo de tomar possível o exercício da soberania popular é a atribuição do maior número de cidadãos do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas; em outras palavras, é a maior extensão dos direitos políticos até o limite último do sufrágio universal masculino e feminino, salvo o limite de idade (que em geral concide com a maioridade).⁴”

Nossos estudos em seminários de dissertação nos dão uma idéia clara de como está o nosso ordenamento jurídico, quais os seus princípios filosóficos e quais funções sociais devemos atingir por já serem do clamor de nosso povo.

A social democracia tem-se mostrado o caminho para atingirmos a pacificação e conseguirmos um Estado liberal onde sejam respeitados os direitos fundamentais do Homem.

Procurando interagir os aspectos filosóficos com o que estamos vivendo em nosso país, especificamente no mundo jurídico, podemos dizer que temos tido muitos avanços em nossa legislação, por exemplo, a lei 10257/2001 denominada estatuto da cidade. Com efeito, o estatuto encerra as idéias da democracia participativa, na qual as decisões urbanísticas são tomadas em conjunto com a população, distanciando-se da democracia representativa, cuja eficácia na busca de justiça social é, cada vez mais, questionada.

Não é sem razão que Raquel Rolnik observa o imperativo de intervenção dos governantes diante das exigências feitas pela população. De acordo com suas palavras: “Os cidadãos têm, entretanto, o direito e o dever de exigir que seus governantes encarem o desafio de intervir, concretamente, sobre o território, na perspectiva de construir cidades mais justas e belas”⁵.

Podemos concluir que ao discutir “Democracia, Cidadania e Participação” vemos que a relação é estreita, democracia pressupõe

³ Idem. *Ibidem*. p. 11.

⁴ Idem. *Ibidem*. p. 42-43.

⁵ ROLNIK, Raquel. “Plano Diretor estatuto da cidade -Instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza”. In: *Revista de Direito Imobiliário*, nº 52. São Paulo, 2002, p. 18.

participação, cidadania é o próprio exercício da participação.

Apesar dos avanços no sentido de um Estado liberal democrático ainda nos sentimos longe da justiça social, em razão de políticas que se assemelham às oligarquias, como bem expressa Gofredo da Silva Telles, quando em 08/08/1977 vai ao pátio do Largo de São Francisco e mostra a nação brasileira seus pensamentos que são os sentimentos da comunidade jurídica:

“Nos Estados de Fato, a Sociedade Civil é banida da vida política da Nação. Pelos chefes do Sistema, a Sociedade Civil é tratada como um confuso conglomerado de ineptos, sem discernimento e sem critério, aventureiros e aproveitadores, incapazes para a vida pública, destituídos de senso moral e de idealismo cívico. Uma multidão de ovelhas negras que precisa ser continuamente contida e sempre tangida pela inteligência soberana do sábio tutor da Nação. Nesses Estados, o Poder Executivo, por meio de atos arbitrários, declara a incapacidade da Sociedade Civil, e decreta a sua interdição.

Proclamamos a ilegitimidade de todo sistema político em que fendas ou abismos se

abrem entre a Sociedade Civil e o Governo. Chamamos de Ditadura o regime em que o Governo está separado da Sociedade Civil.

Ditadura é o regime em que a Sociedade Civil não elege seus Governantes e não participa do Governo. Ditadura é o regime em que o Governo governa sem o Povo. Ditadura é o regime em que o Poder não vem do Povo. Ditadura é o regime que castiga seus adversários e proíbe a contestação das razões em que ela se procura fundar. Ditadura é o regime que governa para nós, mas sem nós.

Como cultores da Ciência do Direito e do Estado, nós nos recusamos, de uma vez por todas, a aceitar a falsificação dos conceitos. Para nós a Ditadura se chama Ditadura, e a Democracia se chama Democracia.

Os governantes que dão o nome de Democracia à Ditadura nunca nos enganaram e não nos enganarão.”⁶

Desta forma lutamos pelo Estado Humanista e Democrático de Direito, acreditamos nas leis como forma de organização da sociedade, sabemos da importância da segurança jurídica, queremos um Estado liberal democrata mas não nos enganamos mais.

⁶ Manifesto proferido por Gofredo da Silva Telles, “Carta aos Brasileiros” no Largo São Francisco, em São Paulo.

Editoração: Beccari Propaganda e Marketing
Rua Pedro Álvares Cabral, 183 - Campinas - S.P. - Fone Fax (19) 3255-6311
beccaripropag@uol.com.br
Impresso por: Gráfica e Editora Tecla Tipo Ltda. - Fone: (19) 3216-5566
gtt@teclatipo.com.br

