

**Revista do Curso de
Direito da Faculdade
Campo Limpo Paulista**

VOLUME 5 – 2007

**COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO
VOLUME 50**



Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP

Prof. Dr. Nelson Gentil – Diretor

Curso de Direito

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues – Coordenador

Conselho Editorial

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues (coordenador); Prof. Dr. Luís Antônio Francisco de Souza (UNESP);

Prof. Ms. Robson do Boa Morte Garcez; Prof. Ms. Samuel Antonio Merbach de Oliveira

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 5 (2006) –
Porto Alegre: IOB Thomson 2005 –
v.; 16x23cm. – (CADO: Coleção Acadêmica de Direito v; 48)

Irregular

ISSN 1980-1866

1. Direito. – I. Série.

CDU: 34

CDD: 340

(Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka – CRB 10/855)

**REVISTA DO CURSO DE
DIREITO DA FACULDADE
CAMPO LIMPO PAULISTA**

Endereço para correspondência:

Rua Guatemala, 167 – Bairro Jardim América

CEP: 13231-230 – Campo Limpo Paulista - SP

Fone: (11) 4812.9400

Internet: www.faccamp.br

E-mail: marcosdomingues@faccamp.br

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca

05036-060 – São Paulo – SP

Caixa Postal 60036 – 05033-970

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e grande São Paulo (11)
2188.7900

Demais Localidades 0800.7247000

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.728388

Internet: www.iob.com.br

APRESENTAÇÃO

Completamos mais um ciclo do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista.

Chagamos ao quinto volume da Revista, que desde seu início contou com a participação de professores e alunos.

Atualmente, já se tornou regra a participação de colaboradores externos à Instituição, que demonstra a seriedade e a repercussão positiva do periódico.

A *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista* consolida-se como veículo pluralista, voltado à discussão tanto de temas tradicionais quanto inovadores na seara jurídica.

Neste número contemplamos desde a discussão da ética, do conhecimento jurídico e da violência, entre outros assuntos, como questionamentos de fundo, quanto os aspectos voltados para as questões pragmáticas, como a responsabilidade civil, o aspecto social da propriedade e outras.

No mesmo sentido, ainda que de maneira não planejada ou direcionada, o corpo discente também colabora com amplo conjunto de temas, desde transgênicos, passando por teorias do Direito e aspectos relevantes das provas. Registre-se a pertinência de uma pesquisa sobre casos de crimes praticados por adolescentes na cidade de Jarinu, demonstrando a preocupação não só com a pesquisa bibliográfica, mas também com o estudo de casos.

Ademais, não podemos deixar de fazer referência à conclusão do curso pela primeira turma de alunos, que o iniciou em agosto de 2002.

Desse modo, este ciclo se mostra mais valorizado e consolidado. O Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista completa cinco anos construído pela dedicação de seu corpo docente e discente, ambos irmanados no objetivo de uma educação de qualidade.

Especiais homenagens aos alunos concluintes, que levem para as vidas pessoais e profissionais todo o resultado da vitória que representa a conclusão de um curso superior. Que os ideais de justiça e solidariedade norteiem seus passos futuros e continuem atuando para uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Marcos Abílio Domingues

Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista



SUMÁRIO

DOCTRINAS

1. COMPREENDER A VIOLÊNCIA?
Luís Antônio Francisco de Souza 7
2. AS RAÍZES DA ÉTICAS E DA MORAL
Clóvis Ernesto de Gouvêa 14
3. A PESQUISA E O CONHECIMENTO DO DIREITO
Marcos Abílio Domingues 39
4. ACESSO À JUSTIÇA NO MERCOSUL
Samuel Antonio Merbach de Oliveira 45
5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS GERAÇÕES DE DIREITO DO HOMEM
Priscila Arnoni Sá e Marcus Roberto da Silva 56
6. A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
INSTRUMENTOS DO EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO
Robson do Boa Morte Garcez 66
7. A *VACATIO LEGIS* NA LEI DE INTRODUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL
Fuad José Daud 78
8. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
Renata Helena Paganotto Moura 83
9. O MOMENTO DO INÍCIO DA VIDA PARA O CRIME DE HOMICÍDIO
Mauro Cabral dos Santos 89
10. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DA
TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE
Aparecida Dias de Oliveira Formigoni 99

COLABORAÇÕES EXTERNAS

1. É POSSÍVEL O PROTESTO DE CHEQUE SUSTADO?
Marcus Patrick de Oliveira Manfrin 111
2. A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO
DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/2006, AO CRIME DO ARTIGO 12
DA LEI Nº 6.368/1976
Juliana de Freitas Levy 115

COLABORAÇÕES DE ALUNOS

1. ADOLESCÊNCIA: INÍCIO OU FIM DE UMA VIDA?
Katia Silvana Vasconcelos de Barros 119
2. TRANSGÊNICOS
Márcio Alexandre Lacerda Falcão, Cláudio Aparecido Teixeira, Osmar Donizete da Silva,
Rosângela Almásy 124

3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA Dayane Marciano de Oliveira Castro	128
4. <i>JUS POSTULANDI</i> NA JUSTIÇA DO TRABALHO: INSTITUTO QUE FAVORECE OU PREJUDICA O EMPREGADO? Luciano Aparecido Joaquim e Gisele Bernardes da Silva	134
5. PRINCÍPIO DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DAS PROVAS Ana Paula Pereira, Luciege Maria da Silva, Cíntia dos Santos Correia Rossi e Adriana Aparecida Pereira	137
6. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO Ana Lúcia Krause, Cristiane Nascimento Souza Carvalho, Márcia Nascimento Souza Silva, Maria Bernadete Rodrigues Araújo e Sonia Marques Soares	140
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	144

COMPREENDER A VIOLÊNCIA?

Luís Antônio Francisco de Souza

Professor Assistente Doutor da Unesp, Campus Marília.

RESUMO: A reflexão teórica sobre a noção de violência tem-se tornado obrigatória no contexto atual. Não devemos fazer referência à violência enquanto fenômeno, enquanto categoria explicativa ou mesmo enquanto realidade histórica. A violência não merece o estatuto de uma categoria autônoma que dê conta de um conjunto de fenômenos específicos de nossa modernidade. A violência é a adjetivação repetitiva de atos, comportamentos, processos e problemas para os quais ainda não há explicação totalizadora. A sociologia e a psicologia social, embora não tenham abandonado de todo a pretensão de investigar as causas da violência, caminham com certo interesse para a análise de uma semiótica ou de uma micro-política da violência, perspectiva sem dúvida aberta pela obra de Michel Foucault (1985).

PALAVRAS-CHAVE: Violência; crime; poder; direito.

SUMÁRIO: As explicações da violência; Os sentidos da violência; Um novo paradigma?; Conclusão; Referências bibliográficas.

AS EXPLICAÇÕES DA VIOLÊNCIA

Violência é um tema que tem chamado a atenção das ciências humanas brasileiras há mais de duas décadas e ainda assim não conseguimos construir uma reflexão teórica que, com algum grau de precisão, apreenda as múltiplas significações da violência e, no máximo, podemos fazer referência a Hannah Arendt (1970) como sendo uma das poucas teóricas a procurar colocar o conceito numa perspectiva ao mesmo tempo analítica e histórica. No contexto brasileiro, é importante destacar a crítica à noção de violência feita por Costa (1986), bem como o balanço das pesquisas na área, realizado por Misse, Lima e Miranda (2000). Uma contribuição mais substancial ainda está por ser feita.

No discurso jurídico, geralmente, violência é sinônimo de criminalidade, como ato violento praticado por um indivíduo ou por um grupo. Ressalta-se o aspecto criminal e a intencionalidade da ação violenta, legitimando uma relação entre o agressor e a vítima e o papel primordial do direito penal como mediação universal desse tipo de conflito. Nesse mesmo discurso, encontramos a aceitação tácita de que um comportamento violento deve ser controlado mediante o uso de mecanismos ao mesmo tempo repressivos e punitivos. Para as vítimas, um mínimo de compensação dos danos e do sofrimento e para os agressores, um máximo de punição e uma vaga esperança de re-socialização. A punição é um mecanismo de individualização e propõe uma forma de apaziguamento do sentimento de vingança direcionado contra o criminoso¹. No discurso político, o Estado deve deter o monopólio do uso legítimo

1 Muitos conflitos coletivos e sociais são pensados como violência e sofrem repressão; violência e repressão são estratégias sociais, institucionais e simbólicas que reconhecem os conflitos em sua forma política, no cenário do espaço civil.

da violência e retirar do mundo social a iniciativa para a recomposição dos conflitos, administrando a pena e controlando a agressividade dos indivíduos, pacificando as relações interpessoais. O Estado, dentro desse princípio, deve administrar a punição, minimizar o impacto da violência e criar oportunidades de reintegração social (Adorno, 1998a; 1998b). Esse modelo seria perfeito, não fosse o fato de que nunca teve correspondência com a realidade².

Paralelamente aos discursos jurídico e político, há o discurso e as percepções conservadoras, segundo os quais, a violência é provocada pelo excesso de liberdade e pela aceitação de costumes e hábitos contraditórios em relação aos valores religiosos e familiares tradicionais. Nessa perspectiva, uma sociedade democrática alimenta uma profunda crise de valores na medida em que aceita a existência, como fato normal e cotidiano, da prostituição, da homossexualidade, das igualdades de gênero e étnica, bem como do pluralismo religioso etc. O mundo urbano, ao contrário do mundo rural, criaria novos índices de violência na medida em que os indivíduos, submetidos à mobilidade, a laços societários desengajados e ao anonimato não seriam instados a constituir valores ligados ao respeito ao outro, às instituições e à tradição. A sociabilidade urbana alimenta a crise da sociedade moderna, cujo efeito mais visível é a violência e a desagregação familiar. As liberdades não seriam capazes de acomodar a segurança e a estabilidade da comunidade³.

As pesquisas nas áreas das ciências humanas têm indicado que outros fatores devem ser considerados em relação à violência e à criminalidade. Na perspectiva psiquiátrica, seria necessário considerar as diferentes patologias e os diferentes distúrbios de personalidade naquelas pessoas que se engajam em atividades tidas como violentas e naquelas pessoas submetidas a condições de vida abaixo dos níveis socialmente aceitos. Na perspectiva micro-antropológica, o tráfico de drogas, a bebida alcoólica, doenças não diagnosticadas, desnutrição, orientação educacional insuficiente, convívio com a violência social e com a violência institucional, baixas condições de vida, cultura das gangues e honra masculina seriam responsáveis pelo surgimento de indivíduos pouco afeitos aos controles dos impulsos ou mesmo revoltados com uma sociedade injusta e indiferente ao sofrimento da maioria (Zaluar, 1999). Os serviços públicos não seriam capazes de dar conta desses problemas em sua origem e não se responsabilizariam por seus efeitos colaterais, que seriam sentidos em diferentes instituições sociais. De uma forma geral, ao menos, seria necessário considerar as

- 2 “O mundo jurídico-repressivo, montado sobre a prática legal, tem o significado de um arbitrário organizado, insólito e selvagem, para a sua clientela. Assim que se é constituído como criminoso, desde que se transgrediu a lei sem êxito, começa um longo pesadelo onde os significados se produzem e se destroem em direção à afirmação real daquilo que o poder busca: a submissão pela culpa. Muito poucos, entre os indivíduos criminalizados, entenderam as instâncias, os rituais e os critérios de seu julgamento e só tomaram parte nesta fantástica linguagem mais tarde, quando se familiarizaram com o Código Penal, na tentativa prática de barganhar o tempo de encarceramento” (Paoli, 1982, p. 51-52).
- 3 Esse discurso está muito presente nos grupos sociais urbanos que enfrentam os efeitos da crise econômica e da virtual perda de *status* social, com o apoio incondicional ao endurecimento da pena e à segregação sócio-espacial de parcelas importantes da população, principalmente dos migrantes recém-chegados, tradicionalmente vistos como responsáveis pelo aumento da insegurança (cf. Pierucci, 1999 & Caldeira, 2001).

desigualdades sociais e a pobreza como fatores de aumento da violência e das taxas de criminalidade. Entretanto, é preciso dizer que a teoria social tem afirmado que o simples aumento das taxa de desemprego não produz efeitos imediatos sobre a criminalidade. Constatam-se de forma mais ou menos simples que os desempregados não são mais violentos do que outros indivíduos que não estejam nesta condição (Zaluar, 2004a; Sapori & Wanderley, 2001). Na perspectiva macro-sociológica, afirma-se que a violência criminal seria consequência indesejável de um modelo econômico excludente e violento e, portanto, a melhoria das condições econômicas gerais da população seria suficiente para a redução dos terríveis indicadores de violência. A violência seria um problema de administração pública ligado mais à assistência social e à saúde pública do que ao direito penal. Ao mesmo tempo, esses problemas receberiam soluções permanentes, na medida em que houvesse melhorias substanciais nos indicadores da desigualdade⁴.

Um dos problemas recorrentes nessas abordagens teóricas é um abismo intransponível, que se constrói como sendo necessário e quase-natural, entre indivíduo e sociedade. Esse aspecto cognitivo nos obriga sempre a pensar que a violência é decorrente da recusa consciente ou inconsciente dos indivíduos isolados em aceitar os valores e as regras sociais; ou é fruto da construção, entre grupos específicos, de valores sociais que confrontam a norma jurídica; ou é expressão dos conflitos entre as expectativas do indivíduo e as exigências da sociedade⁵.

OS SENTIDOS DA VIOLÊNCIA

Certamente, podemos compreender uma sociedade tanto pelo sagrado (família, religião, direito) quanto pelo profano (violência, crime, morte). A violência, nesse sentido, é uma chave compreensiva possível, mas não pode ser considerada variável explicativa. Ela é uma variável que requer explicação. Por exemplo, a sociedade brasileira é uma sociedade segmentar e relacional, na medida em que as oposições sociais não são fixas; elas flutuam segundo os contextos e as relações; as posições do dominante e do dominado flutuam segundo a situação concreta. A violência não pode ser compreendida a partir de quadro fixo de referência, de um quadro jurídico-político, segundo o modelo das democracias ocidentais consolidadas. A violência pode significar um mecanismo de recomposição da justiça quando lei e outras formas de administração não funcionam. A violência é a ordem possível, num mundo que oscila entre as hierarquias e o sistema de leis universais (Velho & Alvito, 1996).

- 4 Essa mesma reflexão parece estar presente nas críticas desferidas por diferentes setores bem-pensantes da sociedade em relação aos programas de ação afirmativa: o racismo e as desigualdades raciais podem ser resolvidos com o desenvolvimento econômico e com a distribuição de renda e de capital cultural.
- 5 O psicanalista Jurandir Freire Costa fez a crítica às teorias que recorrem ao modelo dos instintos e do individualismo para explicar a violência (Costa, 1986). Mesmo nas mais sofisticadas teorias, determinados aspectos cognitivos são predominantes, tais como a relação causa-efeito; a intencionalidade, a modalidade, a temporalidade e os danos da ação bem como os mecanismos de controle da violência. Esses aspectos estão presentes, por exemplo, em Michaud (1989).

O dilema brasileiro pode ser referido às fronteiras entre a casa e a rua. Na casa, somos pessoas, somos mais do que um número de identificação. Na casa podemos reclassificar o mundo na medida em que o universo social é feito de pessoas legitimamente desiguais. Na rua somos indivíduos, e temos que nos submeter ao sistema legal, à polícia e a instituições sobre as quais não tenho controle como cidadão. Na rua não somos reconhecidos, perdemos nossa identidade pessoal como amigo, parente, compadre etc. Somos apenas um número, um usuário, um contribuinte ou um passageiro. Nesse mundo, somos medidos pela nossa capacidade para lidar com código universais, com a linguagem impessoal. Nossa lógica classificatória não funciona, na rua, no mundo público, corremos perigo pois somos tratados como desconhecidos: “A regra de ouro de uma sociedade relacional é que quem não tem relações simplesmente não existe como pessoa” (Da Matta, 1982, p. 33). A violência brasileira pode, assim, ser explicada pelo processo custoso de estabelecimento de relações, cujo objetivo é unificar e totalizar as experiências num sistema social fragmentado, dotado de éticas singulares. A violência presta-se tanto a hierarquizar os iguais quanto a igualar os diferentes; ela é um mecanismo de conciliação da lei com as amizades e as fidelidades pessoais, ela articula o *ethos* da casa e as exigências políticas da rua e ela religa este mundo com o outro mundo (Da Matta, 1982).

Na ótica dos atores sociais, portanto, a violência do cotidiano é uma imposição de uma aparente desordem que se define dessa forma porque a ordem é a lei imposta pelo outro, que segue uma lógica exterior à lógica dos atores reais, em seus dilemas cotidianos e seus desafios privados. Entre o certo e errado, entre o justo e o injusto, entre a lei e o crime há um amplo espaço de gradação, que dá margem às violências, ao jeitinho, à malandragem, à discriminação, à corrupção etc. A ordem legal, nesse quadro, perde sua solenidade e também é compreendida como um tipo de desordem ao interferir na lógica privada da barganha. A não ser que a ordem legal também reconheça a universalidade do capricho e do jeitinho⁶.

A violência também clama por explicação quando ficamos chocados com as ações dos criminosos. Os portadores do mal, da tirania, da violência, das patologias afetam nossa capacidade de compreensão e geralmente reduzem nosso senso de compaixão. Não é por menos, pois explicamos suas ações violentas pela violência que é inerente ao seu ser. Homens violentos agem de forma violenta, tautologia incorrigível. Mas não reconhecemos a experiência coletiva da violência, consideramos que o saber dos *criminalizáveis* é um saber sem legitimidade. A violência, assim, decorre da ausência de um espaço civil, de um espaço de reflexão que permita fazer a mediação entre indivíduo e sociedade, entre público e privado, entre Estado e sociedade. Sem mediações possíveis, os conflitos, as recusas, as revoltas do dia-a-dia tornam-se problemas da esfera privada ou sofrem repressão legal implacável. Os conflitos, tornados violências, instalam-se nas relações pessoais e nas práticas judiciais. A violência emerge quando uma mediação deixa de se completar. Em outros termos, a violência surge quando há

6 O que freqüentemente ocorre, segundo as notícias cotidianas que mostram as autoridades negociando com o crime organizado para que determinados serviços públicos entrem nos morros e favelas.

um violento choque entre expectativas sociais e as reais condições do indivíduo de fazer frente a essas expectativas. A violência é fruto da quebra das reciprocidades socialmente constituídas, num momento em que os mecanismos compensatórios existentes não são apropriados para lidar com correntes novas de expectativas. A violência dos linchamentos parece se conformar perfeitamente a essa explicação (Sinhoreto, 2002).

Nessa direção, a violência é uma linguagem que não foi decodificada, que não foi ainda traduzida em conteúdos normativos, e assim, somente emerge como recusa, revolta, negação (Soares, 2000). A violência é produzida na ausência de reciprocidades, de reversibilidade das expectativas e dos conteúdos ideativos de grupos e de indivíduos (Santos, 1999). Não por menos, são esses grupos não reconhecidos e que não encontram expressão numa sociedade que valoriza a cidadania apenas com o *plus* das identidades, do *status* e das fidelidades pessoais. Escapar das simplificações significa reconhecer a pluralidade das violências⁷. As violências não estão adstritas ao conteúdo das ações sociais, nem às estratégias de dominação política. As violências são facetas da sociabilidade contemporânea e a necessidade de explicação ocorre no momento em que novas configurações sociais e históricas forçam-nos a repensar nossos referenciais analíticos (Body-Gendrot, 1998). Segundo alguns autores, uma das características fundamentais da violência contemporânea é sua tendência à dissociação e à indeterminação. Evidentemente, as novas configurações da violência nas sociedades hiper-modernas deixam claro que há um espaço a ser preenchido, espaço que foi deixado vazio pela virtual crise da esfera pública, pelo retraimento da ação política, pelo desengajamento dos atores políticos e pela sensação de esvaziamento simbólico das relações sociais no cenário da vida contemporânea. É uma crise política e intelectual de dimensões públicas e privadas, com efeitos locais e globais (Giddens, 1993; Bauman, 1999).

UM NOVO PARADIGMA?

Para além da crise, Michel Foucault retoma o tema do poder e da violência. Mas, diferentemente da tradição da filosofia política, Foucault entende o poder não no eixo das liberdades políticas e das práticas jurídico-discursivas. O poder segundo ele é a ação de um homem sobre a ação de um outro homem. Nas relações sociais é necessário fazer emergir a submissão, a subjetivação. Embora nada nos permita separar poder de violência, Foucault admite que apenas o poder é exercido sobre homens livres e a ação que recai sobre homens não livres não pode ser considerada senão como violência. Na teoria política e nas ciências sociais, devemos nos render à evidência histórica da afinidade eletiva entre poder e violência, entre guerra e política, sendo que a guerra é a forma máxima da política e a política é extensão da guerra por outros meios.

7 A tarefa de uma sociologia da violência é mostrar as mediações ausentes, os sistemas de relações cuja falta ou o enfraquecimento criam o espaço da violência [...] A sociologia deve então distinguir os problemas, mostrando como a violência contemporânea se renova, tanto em suas percepções subjetivas quanto em suas realidades históricas” (Wieviorka, 1997, p. 25).

A crítica da violência na sociedade contemporânea requer um novo paradigma explicativo no qual sejam considerados igualmente o sistema internacional (emergência do unilateralismo e dos movimentos reativos correlacionados a ele), os estados nacionais (e sua incapacidade de manter o monopólio legítimo da força física), a sociedade (e suas novas formas de organização e de ordenação) e o individualismo (equilíbrio precário entre afirmação da modernidade, a autonomia individual e os novos riscos). Nesse sentido, o novo paradigma da violência deve considerar uma dimensão *infrapolítica* (as práticas privadas de resolução de conflitos); *política* (excesso ou *déficit* de ação das instituições públicas em sua tentativa de implementação do poder do Estado, vale dizer, da lei); e *meta-política* (as relações que decorrem do quadro mais amplo das relações entre estados nacionais, antes e durante a emergência da sociedade global). Não obstante, nos resta falar da sensação de transbordamento, que ainda não foi possível dar conta da imprevisibilidade da violência, do crescimento do sentimento de insegurança; do fato que apenas termos acesso indireto à experiência dos atores sociais; do silêncio dos agressores ou do estranhamento em relação às vítimas.

CONCLUSÃO

Não parece ser possível continuar representando a violência no esquema tradicional em que os fenômenos da cultura e os modelos interpretativos ancoram-se, mutuamente, em polarizações tais como, ordem e desordem, atraso e progresso, urbano e suburbano, riqueza e pobreza; inclusão e exclusão, civilização e barbárie etc (Wieviorka, 1997; Zaluar, 2004b). O desafio atual é conseguir criar um quadro de valores que estimulem o pluralismo, a tolerância e o respeito mútuo entre todos os povos e entre todos os estratos sociais. Não há sociedade sem símbolos e experiências compartilhados; para muitos, estamos num momento histórico em que a violência, esse outro absoluto do poder, impede a troca de idéias, de emoções e de experiências. A situação mais paradoxal da violência atual é sua capacidade de solapar toda e qualquer possibilidade de diálogo e de troca simbólica, e colocar em seu lugar a necessidade, compulsiva, pela eliminação física, moral e simbólica de indivíduos e de grupos sociais inteiros. Abjurar, desnudar ou segregar os outros continua sendo o símbolo da violência da hiper-modernidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades. In: ZAVERUCHA, Jorge (Org.) *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço, 1998a.

_____. Conflitualidade e violência. Reflexões sobre anomia na contemporaneidade. *Revista Tempo Social*, 10 (1): p. 19-47, maio. 1998b.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ARENDET, Hannah. *On violence*. New York: A Harvest book, 1970.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

- BODY-GENDROT, Sophie. *Les Villes face à l'insecurité. Des guethos américains aux banlieues françaises*. Paris: Bayard, 1998.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo. Edusp/34, 2001.
- COSTA, Jurandir Freire. *Violência e psicanálise*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- DA MATTA, Roberto. As raízes da Violência no Brasil. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio Pinheiro. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- FOUCAULT, Michel. Soberania e disciplina. In: *Microfísica do poder*. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Unesp, 1993.
- MICHAUD, Yves. *A violência*. São Paulo: Ática, 1989.
- MISSE, Michel; LIMA, Roberto Kant de; MIRANDA, Ana Paula M. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, n.50. p. 45-123, 2º sem. 2000.
- PAOLI, Maria Célia P. M. Violência e espaço civil. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. A direita e a diferença: o dado empírico. In: *Ciladas da diferença*. São Paulo: 34, 1999.
- SANTOS, José Vicente Tavares dos. Por uma sociologia da conflitualidade no tempo da globalização. In: *Violências no tempo da globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999.
- SAPORI, Luís Flávio; WANDERLEY, Cláudio Burian. A relação entre desemprego e violência na sociedade brasileira: entre o mito e a realidade. *A violência do cotidiano*. Cadernos Adenauer, II (01), 2001.
- SINHORETTO, Jacqueline. *Os justiceiros e sua justiça*. Linchamentos, costume e conflito. São Paulo: Ibccrim, 2002.
- SOARES, Luiz Eduardo. *Meu casaco de general*. Quinhentos dias no front da Segurança Pública do Rio de Janeiro. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.
- VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (Org.) *Cidadania e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1996.
- WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. *Tempo Sócia, Revista de Sociologia*. São Paulo. 9 (1), 1997.
- ZALUAR, Alba. Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. *São Paulo em Perspectiva*, Revista da Fundação Seade, 13 (3), 1999.
- _____. Sociabilidade, institucionalidade e violência. In: *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004a.
- _____. Masculinidades, crises e violências. In: *Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV, 2004b.

AS RAÍZES DA ÉTICAS E DA MORAL

Clóvis Ernesto de Gouvêa

Doutor em Direito pela USP/SP, Professor Aposentado da USF/SP em Cursos de Graduação e Pós-Graduação de Filosofia do Direito e Direito Financeiro e Tributário, Professor da Faculdade Campo Limpo Paulista (Faccamp) de Filosofia Geral, Filosofia do Direito e Ética Geral e Profissional.

RESUMO: O dilema da sinonímia entre ética e moral. As origens da ética grega. Aristóteles e a “filosofia das coisas humanas”. A primeira tentativa de cientificação da ética: as *éticas* aristotélicas. A moral romana e a influência de Cícero, como pensador e tradutor. O estoicismo tardio de Sêneca e Epiteto e a ponte entre a moral estóica e o cristianismo, condutor do tema e do dilema à modernidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ética grega; costumes; ação ética; felicidade; alegria; virtude; ética aristotélica; dianoética; política; moral latina; tradução; tradução filosófica; estoicismo; orfismo; cristianismo.

SUMÁRIO: Introdução; I – Ética; II – Aristóteles: “a filosofia das coisas humanas”; II.1 A ação ética; II.2 Felicidade e alegria; II.3 As virtudes; III – Moral; III.1 Cícero; III.2 A influência de Cícero; III.3 O estoicismo tardio; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Qualquer pessoa de razoável senso e mínima informação cultural inquirida sobre a diferença conceitual entre moral e ética não saberá explicá-la, é certo, mas terá convicção de que se trata de conceitos diferentes, ainda que muito afins. Se afirmamos que tal pessoa imaginada não poderá, ou conseguirá, explicar essa diferença é porque tal explicação, se possível, só poderá ser feita através de meditação e pesquisa adequada. Portanto, exige, dada a impossibilidade de chegar a uma conclusão em nível de curiosidade meramente cultural ou racional, estudo cuidadoso.

Já ouvimos dizer que Aristóteles não fazia distinção entre ética e moral, e mais, que nenhum dos pensadores antigos fazia tal distinção. Essa afirmação é tola já que a palavra *moral* é latina, e ao tempo de Aristóteles esse idioma talvez nem fosse eficientemente dominado em nível cultural pelos gregos, tratando-se, como se tratava, de língua de um povo, para eles, atrasado.

Os romanos foram a um tempo contemporâneos e sucessores dos gregos, ainda que em estágio diferente de desenvolvimento. Todavia, a comunicação entre eles era evidente, mormente considerando a extensa e culta colônia grega do sul da Itália, a Magna Grécia, dos pitagóricos e dos eleatas. A precedência cultural helênica sobre a romana era massiva até os tempos alexandrinos, e isso incluía naturalmente o domínio do saber erudito e o entendimento dos vocábulos originais a eles pertinentes. Enfim, um romano culto conhecia obrigatoriamente o idioma grego, o que, inversamente, podia não ocorrer.

Desta forma, os vocábulos *ética* e *moral*, o primeiro de raiz grega e o segundo latina, guardavam entre si uma distância cultural nítida. Como a cultura latina se desenvolveu à sombra da grega, os romanos introduziam com frequência os vocábulos gregos em seu idioma, especialmente os de natureza filosófica, que passavam inclusive a lhes soar eruditos. Passavam a usar indistintamente a palavra grega e a sua correspondente latina, aquela com toque mais refinado. Este fenômeno acontece até hoje com os idiomas modernos, de origem latina ou não, soando as palavras de origem grega geralmente com toque mais erudito, até por causa do uso de seus radicais na formação de vocábulos ligados à ciência e à medicina.

Ética em grego e *moral* em latim, portanto, têm o mesmo significado. Todavia, os romanos se utilizavam concomitantemente de ambas as expressões, como o faziam com outras palavras: a título de exemplo, *hermenêutica* e *interpretação*. Este uso simultâneo deveria resultar inevitavelmente, com o tempo, em uma distinção de entendimento, de compreensão, dos pares de vocábulos.

Isso faz evidente que a primeira preocupação é com o exame etimológico dessas expressões que, neste caso particular, torna-se especialmente importante em face de suas modernas conceituações.

Ocorre que hoje em dia a filosofia deixou para trás essa discussão que lhe pertenceu, em razão da sutil diferença de entendimento estabelecida entre os romanos para os vocábulos desde seus albores, diferença talvez, frise-se, de caráter meramente erudito; oportunamente analisaremos textos, inclusive do grande Cícero, em que a problemática aflora.

Mesmo entre os pré-socráticos, preocupados fundamentalmente com a origem do universo, mas tendo a alma humana inserida em suas especulações primevas, o assunto mereceu cogitação. Neste preciso momento histórico em que a filosofia ocidental nascia já com os contornos que se perpetuaram, livrando-se do jugo religioso graças às liberdades a que se deram e dotaram a elite formadora da civilização grega, junto com a *polis* e a política, regime, governo, educação, direito – o conceito *ético* emerge. Todavia, como tudo entre os gregos, inspirados criadores de palavras mariscadas em seu linguajar diário, este conceito, derivado de *ethos* (ἦθος), *costume*, necessita, exige, uma preliminar análise etimológica, bem como uma explicação da sua passagem conceitual para o latim, em confronto com a correspondente palavra que aquele idioma utilizava com o mesmo sentido.

O que parece é que o *comportamento ético*, isto é, de acordo com os costumes, não deveria ter a densidade de conteúdo que hoje se empresta à expressão.

Primeiro, isso ocorre porque os costumes variam intensamente de lugar a lugar, de época a época. O bom costume de um lugar e época pode não o ser em outra época e lugar. O costume, por exemplo, *estritamente ético*, de se enterrar o morto ilustre com os seus bens, esposas, criados e parentes, inclusive crianças, dos celtas (portanto há não tanto tempo atrás), hoje e em qualquer época de nossa civilização, entre povos não célticos, é horrendo, o inverso exato de qualquer consideração de valor positivo ou ético – nunca um bom costume, mas um costume aético ou antiético. Em um dos

contos das *Mil e Uma Noites*, Sherazade narra episódio em que cerimônia semelhante foi descrita envolvendo o herói da narrativa, Sinbad. Este, em um reino remoto, foi enterrado vivo com sua rica esposa defunta, mas acabou, depois de muitas peripécias, descobrindo uma saída para o mar da gruta em que fora sepultado e, marinheiro, não teve dificuldade em construir uma jangada e fugir¹. O mesmo se pode dizer do canibalismo, praticado muitas vezes por tribos primitivas com sentido ritual e, mesmo, em homenagem a inimigos valorosos que, devorados, transmitiriam seus dotes ao comensal.

Segundo, dá-se porque as palavras sofrem com o correr dos anos todos os tipos de mutações, desde as fonéticas, mais comuns, até as de significação, de conteúdo semântico, lingüístico. O próprio uso, erudito ou não, dos vocábulos, faz com que eles se modifiquem, mormente os de raízes lingüísticas diversas e, mais ainda, os que funcionam como referenciais dos idiomas formadores do nosso, como os de origem grega e latina. Os citados vocábulos *hermenêutica* e *interpretação*, de uso corrente no campo jurídico, servem de modelo de entendimento do que vimos falando.

Estas considerações não são nem um pouco novas; ao contrário, preocuparam *teólogos* e *sociólogos* desde os primeiros tempos; de qualquer forma, a origem do problema situa-se na altamente questionadora Grécia antiga, berço da civilização ocidental.

Eis a importância de meditar, ainda que de modo sucinto, sobre como o processo de análise dos costumes, na época em que nascia e se desenvolvia a filosofia, leva à compreensão do valor do comportamento ético. Este processo se inicia pelo entendimento etimológico, gramatical. É o que tentaremos inferir.

I – ÉTICA

A palavra *ética* provém do grego. A palavra original formadora do verbete *ética* é o vocábulo grego *ethos* – ἦθος, εἶθος – οὐς (το)² – que significa: *costume, costumes* – ou ainda “hábito”, vocábulo mais adequado à transposição do termo à formação da sua conseqüente “excelência ética”, conforme Aristóteles³.

No plural, tinha uso habitual com o sentido de *laços familiares*, permanência na habitação (estar disponível por certo período de tempo em casa); relativo a animais domésticos: o local de criação, por exemplo, de porcos – chiqueiro, ou de ovelhas – aprisco; de animais selvagens – toca, antro; e lugar plantado de árvores – jardim, pomar.

No singular, tinha caráter habitual, daí os vários sentidos afins: uso e costume, maneira de ser de alguém, hábitos de uma pessoa, caráter. Em sentido positivo absoluto, significa: doçura, maciez, de caráter, mas também, em sentido relativo, fraqueza, tibieza, pouco caráter e, ainda, disposição da alma, do espírito, do que resulta agora em sentido coletivo: *caráter de uma cidade, personalidade de uma classe*.

- 1 GALLAND, A. *As mil e uma noites*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 231-237 (80ª a 82ª noite).
- 2 BAILLY, A. *Dictionnaire Grec-Français*. 26. ed. Paris, França: Hachette, 1963. PEREIRA, S. J. I. *Dicionário grego-português – português-grego*. 8. ed. Braga, Portugal: Liv. A. I., [s.d.].
- 3 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: UnB, 1985. Liv. II, 1, 1.103, a, 14-20, p. 35.

Por extensão, há uma relação complexa de singular e plural: costume, costumes; daí o sentido da expressão “o caráter e os costumes”, representado ainda pelo uso do verbete *ethos*, significando uma relação individual, uma interação, com a comunidade. Em certo sentido particular, era também o vocábulo usado para designar o comportamento animal, o caráter de um ser irracional, de natureza genética ou ambiental.

O verbete *Ethicós* – ἠθικός, η, ον⁴ – significa o que concerne aos costumes, em oposição à dianoético, *intelectual*. A ética, ou moral, parte da filosofia prática, em oposição à filosofia física (ciências naturais) – το φυσικόν, το διαλεκτικόν: τα ἠθικά⁵ –; significa, ainda, tratado sobre a ética e conforme os costumes oratórios⁶, em um discurso ou em uma conversação, sentido este referente à educação de alguém quando presente a uma conversação ou preleção, isto é, a atitude de respeito relativa à opinião alheia: quando alguém discursa ou fala, deve-se manter respeitoso e *ético* silêncio.

Resta-nos caminhar para as considerações no campo da filosofia. Como vimos, a expressão *ética* – ἠθικός – deriva de *ethos* – ἠθος – costume.

É por isso que se tem definido com frequência a ética filosófica como a *doutrina dos costumes, especialmente pela ótica empírica*.

A distinção aristotélica entre as *virtudes éticas* (ἠθικαί ἀρεταί) e as dianoéticas (διανοητικαί ἀρεταί) – *etikai aretai* e *dianoetikai aretai* – indica, sugere que o termo *ética* é tomado, na origem da sua consideração filosófica, em sentido *adjetivo*: trata-se de saber se uma ação, uma qualidade, um hábito, são ou não *éticos*, isto é, bons, virtuosos.

Com efeito, é com Aristóteles que a questão ganha contorno filosófico, vale dizer, científico. O Estagirita intenta, objetivando dar consistência filosófica à *política* (a sua “*Ética a Nicômacos*” serve de preâmbulo à sua “*Política*”), analisar o comportamento ético e estabelecer, com uma *ética* determinada, a base de seus estudos políticos. As virtudes éticas são para ele aquelas que se desenvolvem na prática (πραξις) e que são encaminhadas à consecução de um fim, enquanto as *dianoéticas*⁷ são as virtudes propriamente intelectuais. Às primeiras (éticas) pertencem as que servem para a realização da vida no Estado (considerando que estado para Aristóteles é exatamente a *polis*, cidade-estado nos moldes políticos gregos) – mediante a justiça, a amizade, o valor pessoal – e têm sua origem direta nos costumes e no hábito, pelo que podem se chamar de *virtudes de hábito ou tendência*.

Desta forma, as *virtudes éticas* correspondem aos apetites da alma, desde os originados das necessidades orgânicas, até aqueles identificados pelo gosto, pelo deleite

4 BAILLY, A. Op. cit.

5 A oposição aqui indicada diz respeito, possivelmente, à distinção entre ciência natural e ciência humana, esta sujeita à dúvida, daí o verbete διαλεκτικόν (*dialektikon* = discussão), utilizado.

6 Ou *tratados sobre a moral*, respeitada a cronologia etimológica greco-latina.

7 Dianoético (em grego: διανοητικός = intelectual; de *dianóia*, dianoia, pensamento racional discursivo). Em filosofia permanece o sentido dado por Aristóteles às “virtudes dianoéticas”, ou aquelas que pertencem à parte intelectual da alma, distintas das virtudes éticas, desprovidas de razão, apesar de poderem obedecer à razão; para Aristóteles, são cinco as virtudes dianoéticas: a arte, a ciência, a sabedoria, a sapiência e o intelecto.

ou recreação dos sentidos, e têm sua base numa tendência, num costume, numa tradição, num hábito (alimentar ou não).

Naquilo que obedecem à razão, consistem no *justo meio* entre dois extremos em que um é vicioso por excesso, e o outro é vicioso por defeito, por insuficiência. São virtudes éticas: a coragem, a temperança, a liberalidade, a magnanimidade, a mansidão, a franqueza e a *justiça*, para Aristóteles a maior de todas⁸.

Às segundas (dianoéticas), ao contrário, pertencem as virtudes fundamentais, as que são ou funcionam como *os princípios das éticas*, as virtudes da *inteligência* ou da *razão*: sabedoria (*σοφία, sophia*), e prudência (*φρονησις, phronesis*).

Na evolução posterior, pragmático, do significado do vocábulo (a partir do latim), *o ético* se identificou cada vez mais com *o moral*, e a ética chegou a significar propriamente a ciência que se ocupa dos objetos morais em todas as suas formas, a filosofia moral⁹.

Portanto, para se situar o problema contemporâneo em seu questionamento fundamental, necessário se torna analisá-lo em seu aspecto histórico. É este o caminho. Antes de tudo, cabe advertir que a história da ética como disciplina filosófica é mais limitada no tempo e no material tratado que a história das idéias morais da humanidade. Aqui, desde já fica registrado que se procura dar ao vocábulo latino de que provém moral (*mores*), sentido mais abrangente e geral, como pretendia Cícero (veremos), portanto ligeiramente diferente em conceito do vocábulo original grego, ética (*ethicós*). Enfim, o proposto diz respeito à *moral* pré-helênica, ao interstício entre a pré-história e a civilização grega, difusa e bitolada pelos conceitos primitivos do poder real, sempre mesclado à imposição místico-religiosa.

A história das *idéias morais da humanidade* compreende o estudo de todas as normas reguladoras da conduta humana desde os tempos pré-históricos até os nossos dias. Este estudo não é só filosófico ou histórico-filosófico, senão também social. Portanto, a *história das idéias morais é assunto de que se ocupam a sociologia e a antropologia*. Note-se que a existência de idéias morais e de atitudes morais não implica a presença de uma particular disciplina filosófica. Deste modo, podem-se estudar as atitudes e idéias morais de diversos povos primitivos, de povos orientais, egípcios, sumérios, semíticos, sem que o material necessariamente se enquadre em uma história da ética. “Portanto, só há história da ética dentro do marco da história da filosofia!” – como afirma Mora, dicionarista citado (*vide* nota 9).

Isso corresponde exatamente ao que pensamos sobre o assunto. Dessa forma, a pesquisa se inicia com a etimologia de *ethos* e *ethicós* no idioma grego e a com abordagem pioneira do problema pelos pré-socráticos, sofistas, pelo próprio Sócrates e Platão, até a intervenção clara e definidora de Aristóteles, a quem sem dúvida cabe a primazia de ter fundado a *ética filosófica*.

8 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: UnB, 1992. (II.6 1107 a 1) p. 42-43.

9 MORA, J. Ferrater. *Diccionario de filosofia*. 6. ed. Madrid, Espanha: Alianza, 1988.

Após uma digressão histórica não-helênica, diz Mora: “Com efeito, consideramos que ainda quando em outras comunidades distintas da ocidental se desenvolveram idéias morais, e também importantes *sistemas de idéias morais*, a consideração da ética como disciplina filosófica *especial* surgiu somente, com forma amadurecida, dentro do Ocidente, de modo que uma história da ética filosófica coincide com uma história da ética ocidental”.

Antes de Aristóteles, encontram-se já precedentes para a constituição da ética como disciplina filosófica. Entre os pré-socráticos, como já dissemos, podem-se encontrar reflexões de caráter ético que já não estão ligadas à aceitação de certas normas sociais vigentes, ou como protesto contra tais normas, senão que procuram descobrir as razões pelas quais têm que se comportar de certa maneira. Podem-se citar, a esse respeito, as reflexões éticas de Demócrito, de Abdera. Daí salta-se para as meditações de Sócrates e Platão.

Muitos consideram Sócrates o fundador de uma reflexão ética autônoma, ainda que reconheça que esta não teria sido possível sem o sistema de idéias morais em que vivia o filósofo e, mais importante, *sem os questionamentos acerca dessas idéias suscitadas pelos sofistas*.

Com efeito, ao considerar o problema ético individual como o problema central da filosofia, ao desprezar o questionamento cosmológico e centrar a filosofia no homem, assumindo com isto a opção antropológica da especulação científica associada à sua teoria do conhecimento (*maiêutica*) e no conhecimento de si mesmo como ponto de partida de toda e qualquer indagação de natureza filosófica – Sócrates pareceu centrar a reflexão filosófica na ética.

É deste modo que se insere toda a concepção socrática com respeito à legalidade e à necessidade do respeito à lei como pressuposto básico para a própria sobrevivência da *polis*, acima e mais importante que a própria existência individual.

Neste sentido trabalhou Platão nos primeiros tempos, o Platão essencialmente socrático, antes de examinar a idéia do *bem* à luz da sua *teoria das idéias* e, por conseguinte, antes de subordinar a ética à *prima philosophia* – hoje *metafísica*.

Como dissemos, foi Aristóteles o verdadeiro fundador da ética filosófica. A ele coube situar a problemática que passou a integrar a filosofia até nossos dias. Tratou analiticamente da: a) relação entre as normas e os bens; b) relação entre a ética individual e a social; c) classificação (de que já se ocupara Platão) das virtudes éticas, noéticas e dianoéticas; relação entre a vida intelectual, teórica, e a vida prática.

Depois de Aristóteles, muitas escolas filosóficas (como a dos cínicos, cirenáicos, epicúreos, megáricos e, em boa parte, os estóicos) se preocuparam principalmente de escutar os fundamentos da vida moral desde o ponto de vista filosófico. Estes se ocuparam de estabelecer a relação entre a vida prática e a teórica, optando em geral pelo primado da prática (*πρᾶξις* - prática). Isso os levou, como a muitos dos estóicos, a intentar descobrir os fundamentos da ética na *natureza* (sob evidente influência de Heráclito, principalmente entre os estóicos que incorporaram a doutrina do *logos* à sua filosofia), o que os fez serem classificados em geral como *naturalistas*, sem o sentido

filosófico que depois se incorporou ao termo. Também foi comum estas escolas manifestarem os seguintes entendimentos:

1º) considerar a ética como ética dos bens, vale dizer, estabelecer uma hierarquia de bens concretos aos quais aspira o homem e pelos quais se pode medir a moralidade de seus atos;

2º) o buscar a tranquilidade de ânimo, que, segundo alguns (os estóicos), se encontra na resignação, na passividade; segundo outros (os cínicos), no desprezo às convenções; segundo ainda outros (os epicúreos), no prazer moderado ou, melhor dito, no equilíbrio racional entre as paixões e sua satisfação.

II – ARISTÓTELES: “A FILOSOFIA DAS COISAS HUMANAS”

II.1 A ação ética

O que entre os gregos se entendia por ação ética, uma espécie de comportamento prático, elementar, mas de bom propósito, de um indivíduo isolado, entende-se hoje quase que generalizadamente por *ação moral*. Esta é naturalmente a compreensão moderna comum ou, mesmo, popular. No plano filosófico, o entendimento moderno oscila entre o originado da raiz etimológica grega e da latina¹⁰, línguas clássicas formadoras dos idiomas modernos ocidentais, com as naturais alterações semânticas e o uso doutoral das expressões.

Na fase pré-socrática e ática da filosofia, diversos foram os pensadores que se ocuparam das questões éticas, como Heráclito, Parmênides e os sofistas em geral, além de Sócrates e Platão. Contudo, entendemos que Aristóteles foi o verdadeiro sistematizador da *ética filosófica* ou *científica* e, a partir dele, ela passa a se constituir, sem contestação, em ramo ontológico (metafísico) da filosofia, ou *ciência filosófica*.

Aristóteles escreveu, com certeza, duas *Éticas*: a *Nicômacos* e a *Éudemos*. Há uma terceira, denominada *Grande*, *Magna* ou *Maior*, menor em volume que as outras duas e que, na verdade, mais parece uma condensação das duas primeiras. Além disso também tem tido sua autenticidade contestada. Seria, talvez, obra *didática* produzida por discípulo, ou discípulos, do célebre Liceu peripatético.

Vamos trabalhar, portanto, com a primeira e talvez mais importante, ou necessária, dessas obras, a *Ética a Nicômacos*, escrita após seu retorno da Macedônia, em 335 a.C., onde fora preceptor de Alexandre Magno. Foi quando fundou em Atenas o Liceu, época em que, após a morte da primeira mulher, se casou pela segunda vez, com Herpílis, mãe de seu filho Nicômacos.

A este filho supõe-se ter Aristóteles dedicado a *Ética* de que trataremos. Com que propósito, pensamos, se quando morreu, em 322 a.C., este filho deveria contar

10 Verbete ÉTICA, *adj.*, relativo aos costumes: Εθιχῦς, ἦν; *s.f.*, ciência dos costumes: Εθιχῦς (Dic. Isidro Pereira, 8. ed., Ed. A. I., Braga, Portugal, 1998, p. 941). MORAL, *adj.*, referente aos costumes: *moralis*; *s.f.*: *philosophia quae est de vita et moribus*, a definição de Cícero (filosofia, a qual trata da vida e da moral) (Dic. A. G. Ferreira, Porto Ed., Portugal, 1989, p. 480).

cerca de 10 anos e estaria, portanto, longe da idade de compreensão da obra? Como o pai também se chamava Nicômacos, acham alguns que a ele, sim, o Estagirita teria dedicado a obra.

Para nós, é irrelevante esta história. Importante é sabermos como pensou o grande filósofo para sistematizar sua *Ética* de forma filosófica, científica e qual o objetivo que o nutria. Antes já vimos como o Estagirita distingue as virtudes, em *éticas* e *dianoéticas*.

Todavia, sendo o nosso assunto a *Ética a Nicômacos*, vamos deixar de lado as virtudes dianoéticas.

Por que isso é importante? O abandono das virtudes fundadas por inteiro na razão torna-se necessário para que se entenda exatamente as intenções do filósofo, que se entenda sua metodologia e respectiva coordenação científica em assunto tão fluido, *inexato*, “dialético” em sua própria essência, para chegarmos a uma conclusão aceitável. O próprio Estagirita afirma que não se deve esperar de uma ciência precisão maior do que a admitida pelo assunto¹¹. Conclui essa discussão dizendo:

“Cada tipo de afirmação, portanto, deve ser aceita dentro dos mesmos pressupostos; os homens instruídos se caracterizam por buscar a precisão em cada classe de coisas somente até onde a natureza do assunto permite; da mesma forma que é insensato aceitar raciocínios apenas prováveis de um matemático e exigir de um orador demonstrações rigorosas.”

Isto posto, podemos agora tentar acompanhar o trabalho de Aristóteles. O Estagirita distingue entre a *práxis* (πραξις), que é a ação imanente e que não tem outro fim que o aperfeiçoamento do “agente”, e a *poiesis* (ποιησις), isto é, o senso do mais elevado, a criação duma obra exterior “ao agente”. Essa distinção aparentemente clara fundamenta, parece-nos, a distinção entre ciências práticas, como ética e política, e as ciências *poéticas* (tomadas estas em sentido genérico por Aristóteles, e não em sentido estrito de “teoria da criação literária”).

No detalhe, Aristóteles esquece muitas vezes a distinção apontada e chega a descrever a estrutura da *ação ética* (práxis) – ou *moral* como modernamente costumamos dizer –, tendo por modelo a atividade técnica (τέχνη), ou a arte de fazer, ou apenas arte, ligada à *poiesis*, onde as articulações são mais visíveis: os conceitos convergem, mas esta aproximação não causará, veremos, qualquer tipo de confusão.

Assim, desde o início da *Ética a Nicômacos* utiliza o exemplo das técnicas (medicina, construção naval, estratégia militar, economia)¹² para fazer compreender que cada atividade tende a um determinado bem (objetivo), que é o seu fim. Como

11 ARISTÓTELES, op. cit., I 1094 b 3, p. 18.

12 ARISTÓTELES, op. cit., I 1094 a, p. 17.

esses bens são também diversos, diferentes, das atividades correspondentes – a saúde para a medicina, o navio para a construção naval, a vitória para a estratégia militar, a riqueza para a economia –, ele faz admitir uma hierarquia de técnicas, cada uma estando subordinada a uma técnica mais elevada, onde ela encaixa-se ao final: deste modo, a selaria está subordinada à arte hípica, que é subordinada à estratégia militar, a qual está subordinada à política¹³.

A questão é, agora, qual o fim derradeiro do homem, isto é, um fim para reunir àqueles outros fins que não sejam meros meios e que não sejam eles mesmos meios para um outro fim. Frisemos que este equacionamento do problema pressupõe certo tipo de resposta: Aristóteles, como os outros filósofos gregos, postula pela unidade dos fins humanos. Ele não cogita um só instante da possibilidade de conflito entre fins técnicos (assim como enriquecer, ou ganhar uma guerra) e os fins éticos, nem a possibilidade de um conflito entre fins igualmente éticos – como o conflito, citado pelo Estagirita, de Antígona, entre a piedade familiar, o sepultamento do irmão Polinices proibido pelo tirano Creonte, e o dever de Estado, o respeito à ordem real que deve prevalecer, sem egoísmos e individualidades, sobretudo familiares¹⁴ – de um lado a ética fraterna, de outro a ética pública. Aristóteles exclui este tipo de conflito ético, dado que, para ele, o fim de um bom conceito não pode ser desvirtuado, nem conflitar, o que abalaria a estrutura *lógica* de seu pensamento científico, ainda que voltado a uma ciência menor, como a *práxis ética*.

II.2 Felicidade e alegria

Todos os homens concordam em chamar a *felicidade* o supremo bem, que é a unidade pressuposta dos fins humanos. Todavia, como a felicidade está sempre adiante de nós – como um falso coelho numa corrida de cães –, desejada mais que possuída, é impossível descrevê-la e difícil defini-la. Daí a divergência de opiniões professadas sobre a felicidade: alguns a reduzem ao prazer, outros às honras, outros à riqueza.

Contudo, a primeira opinião degrada o homem ao nível da animalidade; quanto às outras, elas não são mais que meio com vistas de certo fim. O bem supremo está assim sempre além do alcance dos bens particulares. Todavia não é que se trate este *bem supremo* de um *bem* em si, *separado* dos bens particulares: colocando a questão assim, Aristóteles se livra, com elegância, sem choque frontal, da concepção platônica de *bem* entendido como um universal¹⁵, ou *realidade* distinta das formas de *bem* que se realizam em situações particulares e são, a cada vez, diferentes. Assim ocorre na ética como na medicina: “Com efeito, não parece que um médico estude sequer a ‘saúde em si’, e sim a saúde do homem, ou talvez até a saúde de um determinado homem; ele está curando indivíduos”¹⁶.

13 Idem, ibidem, I, 1, 1094 a até b 3, p. 17-18.

14 SÓFOCLES. *Antífona*. 2. ed. Buenos Aires, Argentina: El Ateneo, 1950. (Clásicos Inolvidables)

15 ARISTÓTELES, op. cit., I, 6, 1096 a, p. 21.

16 Idem, ibidem, I, 6, 1097 a *in fine*, p. 22-23. Esta passagem aristotélica lembra o célebre refrão médico: “não há doenças, há doentes”.

Se o bem não tem uma significação única e não é também uma substância (como pretendia Platão, situando-o como um universal em seu *Mundo das Idéias*, ou *Mundo das Formas*, como diz Aristóteles), ele, o bem, não tem mais que uma unidade *analógica* entre estas diferentes acepções, pois que a saúde está para a medicina, a casa está para a arte de construir, e a vitória está para a estratégia militar, isto é, para cada finalidade um fim, uma diferente conotação teleológica para cada ação correspondente.

Quem reconhece o *supremo bem*, isto é, o fim supremo, ou o bem universal? A despeito da crítica anteriormente feita, inspirando-se no *Filebo*, de Platão¹⁷ (sem o revelar, todavia), Aristóteles reconhece no bem três características: o *acabamento perfeito* ou *perfeição*, a *auto suficiência* ou *autarquia*, e *ser desejável por todos*¹⁸. Sobre os dois primeiros pontos, Aristóteles não faz mais que formular o ideal *finalista* que está inserido no cerne, na alma, dos gregos em geral, e os diferencia dos seus contemporâneos, em especial dos romanos: o fim supremo é aquele que não necessita de meios para ser aquilo que é. O homem honrado é aquele que, como um deus, “não necessita de nada nem de ninguém”. O terceiro ponto é meramente tautológico, dado que o bem, seja de que espécie for, deve ser por todos desejado.

Isso significa também que Aristóteles situa a felicidade numa unidade sem risco, renunciando a doutrina estoica segundo a qual a felicidade é um absoluto, suscetível de se realizar em um instante – ou nunca. Aristóteles, ao mesmo tempo em que aceita esta idéia, também lhe impõe restrições. Assim como uma andorinha não faz verão, nem um dia de sol o faz, “da mesma forma um dia só, ou um curto lapso de tempo, não faz um homem bem-aventurado e feliz”¹⁹.

De quebra, a felicidade e seu sucedâneo, a alegria, não se limita à virtude, como iriam ensinar os estoicos, porque ela não pode ser encontrada sem um “cortejo” de bens corpóreos (saúde, integridade) e de bens exteriores (riqueza, boa reputação, poder)²⁰.

Aristóteles é, desta forma, mais sensível que as outras escolas da antigüidade ao sentimento popular do trágico na vida, que faz depender a felicidade do homem não apenas de si próprio, mas também de *circunstâncias* que não dependem dele.

“Isto digo para não dizer nada”, diz Aristóteles a título de sustentar, segundo um paradoxo socrático reutilizado pelos estoicos, que “a sabedoria é honrosa exatamente nas adversidades”.

Este realismo do Estagirita pode parecer degradar sua ética em torno de um oportunismo sem grandeza espiritual. Contudo, Aristóteles saca de suas reflexões um convite não à passividade, mas à coragem: “as pessoas realmente boas e sábias suportarão dignamente todos os tipos de vicissitudes, e sempre agirão da maneira mais nobilitante

17 PLATÃO. *Diálogos* – Filebo. Portugal: Europa-América, 1969. p. 168.

18 GOLDSCHMIDT, V. *Les Dialogues de Platon*. 3. ed. Paris, França: Presses Universitaires, 1971. § 107, p. 239. (II – Définition)

19 ARISTÓTELES, op. cit., I, 7, 1098 a 20, p. 25.

20 Idem, ibidem, I, 9, 1099, b, p. 29.

possível diante das circunstâncias; da mesma forma que um bom general usa do modo mais eficiente as forças de que dispõe, um bom sapateiro faz o sapato mais requintado possível do couro que lhe dão, e o mesmo acontece com todos os artesãos” – aqui claramente se referindo e definindo o que hoje entendemos por ética profissional²¹.

Esta ética esclarece que o homem deve se conter dentro dos limites do “melhor possível” e não perseguir um ilusório absoluto, mas sem perder de vista o ensinamento socrático que sugere sermos indiferentes às circunstâncias. As escolas pós-socráticas da antiguidade não reconheciam a importância deste aspecto da ética do Estagirita: o aristotelismo será muitas vezes criticado por sua opção de excluir os bens exteriores da definição do *Soberano Bem*.

II.3 As virtudes

Restará a *analisar* o último caráter atribuído por Aristóteles ao *Bem*, que é o de ser o ato (*ergon, energéia – εργον, ενεργεια* = ação, energia), próprio de cada ser. Há aqui duas idéias. Uma é que a felicidade reside na atividade, e não em uma potencialidade, que poderia existir em estado de inércia; em uso, não simples possessão; ele, o *Bem*, não consiste em ser, mas em fazer. A outra idéia é que o ato é próprio de cada ser, isto é, é o mais conforme a sua essência. Ele é, poderia se dizer, a *excelência (areté – ἀρετή* = aptidão, mérito, virtude) da parte essencial do homem, que é a alma. Como há duas partes da alma²², racional e irracional, ou sensorial, haverá duas espécies de *virtudes*: as virtudes intelectuais, ou *dianoéticas*, e as virtudes éticas; notando-se que esta última, ética, da parte sensorial, é acessível às exortações da razão, isto é, pode ser comandada pela razão (*vide* nota 7).

O Livro II da *Ética a Nicômacos* propõe uma definição de virtude, que é de fato da virtude ética: “a virtude é uma disposição da alma relacionada com a escolha de ações e emoções, disposição esta consistente num meio termo (o meio termo relativo a nós próprios) determinado pela razão”²³. Diz que a virtude é uma disposição adquirida da vontade, de outra forma dita, *um hábito*.

Não basta, portanto, conhecer o bem para fazê-lo, pois que a paixão pode se imiscuir entre o conhecimento do bem e a sua realização. A eticidade não é somente da ordem do *logos*, mas também do *pathos* (πάθος = paixão) e do *ethos* (costume, hábito, fonte da *ética*).

Podemos dizer, em termos modernos, que a educação moral deve-se esforçar para introduzir a razão, a racionalidade, nos *costumes* de sorte a intermediar a afetividade na constituição dos hábitos.

21 Idem, *ibidem*, I, 10, 1101 a, p. 30.

22 Idéia inspirada em Platão que dizia possuir o homem duas almas, uma imortal sediada na cabeça e outra, mortal, sediada no coração; a primeira racional, a segunda irracional (ou sensorial) (v. *Diálogo Timeu*. Europa-América, p. 241 ss.).

23 ARISTÓTELES, *idem, ibidem*, II, 6, 1106 b 36, p. 42.

A virtude, mesmo quando deva penetrar a parte irracional da alma, é *racional* no seu princípio, como o atesta a clássica definição²⁴, “reta razão”, *orthios Logos* (ορθιος Λογος).

Algo estranho, todavia, é o apelo ao homem prudente, (*phronimos* – φρονιμος = sensato, ajuizado), como critério desta reta razão. Este apelo à autoridade do homem prudente (que sem dúvida resultou nos conceitos de jurisprudente e jurisconsulto dos romanos e de Cícero), avisado, alerta e rico de experiência²⁵, deve-se compreender como uma sobrevivência, anterior mesmo a Sócrates, do ideal que situa no homem prestigioso o fundamento e o meio do valor.

Se Aristóteles recorre assim à autoridade, atende a uma determinação conceitual porque está persuadido de que uma definição geral da eticidade não pode sofrer a adversidade da incompreensão, devido à imprevisibilidade dos casos particulares. Para julgar isso, de cada vez, é a virtude (o famoso golpe de vista, ou do discernimento) que não se adquire apenas pela experiência: nenhum “sistema ético” pode prescindir ao *conselho* do homem prudente.

A definição da virtude contém, entretanto, a referência a uma norma que pode ser objetivada: cada virtude é um *meio* entre dois extremos, que representam cada extremo, um excesso ou um defeito (falta) – definida na expressão latina *in medium virtus*. Assim a coragem é um meio entre a covardia e a temeridade; a generosidade é um meio entre a prodigalidade e a avareza.

De maneira geral, é a paixão a matéria-prima desta métrica: há sempre um costume misturado a uma paixão que é virtude; também, no caso da cólera, é uma virtude se irritar como deve ser e quando deve ser, por oposição aos extremos que são a irascibilidade e a indiferença. Compreende-se com este exemplo que Aristóteles evita enaltecer, sob o nome de *justo meio*, uma ética da mediocridade que estimule a inação, a omissão, pois que, “a respeito da definição que expressa a sua essência, a virtude ética é um meio termo, mas com referência ao que é melhor e conforme ao bem, ela é um extremo”²⁶ – uma *excelência ética*, portanto. Com relação à *excelência* aqui mencionada, é bom lembrar os versos famosos:

“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive”²⁷

24 Integra a célebre definição de Cícero, que citaremos mais à frente.

25 ARISTÓTELES, *idem, ibidem*, I, 3, 1095 a, p. 18, sobre a experiência: “Cada homem julga corretamente os assuntos que conhece, e é um bom juiz de tais assuntos”.

26 ARISTÓTELES, *idem, ibidem*, II, 6, 1107 a, p. 42.

27 PESSOA, Fernando. *Obra poética*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1977. p. 289.

Poderíamos dizer agora que não se trata de um *maximus*, mas de um *optimus*. A idéia de um equilíbrio individualizado e relativo à situação, faz com que Aristóteles reprove a noção de meio como uma oportunidade (*kairos* – καιρος = oportunidade, ocasião, momento oportuno, vantagem) – degradada, corrompida, em oportunismo.

As virtudes particulares e os extremos correspondentes são descritos nos Livros III e IV da *Ética a Nicômacos*. É característico que Aristóteles não proponha, como havia feito Platão na *República*, uma classificação de virtudes fundadas sobre a distinção das partes da alma. Cada virtude é definida a partir de certo tipo de situação (o perigo para a coragem, a riqueza para a liberalidade, o prazer para a temperança, a grandeza para a magnanimidade). Há uma virtude em cada situação. As situações não são sistematizáveis. A ética de Aristóteles se apresenta como puramente descritiva: trata-se de descrever *tipos* de homens virtuosos.

Aqui vamos atribuir a Aristóteles (e, um pouco mais tarde, nos *caracteres* de seu discípulo Teofrasto, que após sua morte ficou à testa do Liceu) uma série de retratos sobre o ideal ético dos gregos: assim é o personagem do “magnânimo” em que a virtude consiste, por oposição à vaidade ou à auto-estima, em ser apenas consciente de seus próprios méritos – do que se conclui que a humildade não tinha lugar no catálogo grego das virtudes.

O Livro V é consagrado inteiramente à virtude da justiça. Esta virtude que consiste em dar a cada um o que lhe é devido talvez, de acordo com a tradição platônica, seja definida com base em uma ordenação matemática: assim a justiça distributiva (a cada um segundo seus méritos) se exprime através de uma proporção.

Contudo, Aristóteles não é muito sensível a esta determinação matemática da ordem jurídica em que se abstrai da rigidez para reportar-se à adversidade dos casos particulares, que ocorre com a aplicação da *justiça comutativa*. A fraqueza da lei, ainda que bem elaborada, é que ela é geral e não pode prever todos os casos. Daí a necessidade de uma justiça que não se deixe contaminar por fórmulas, mas que acolha os casos particulares a que Aristóteles chama *equidade*.

O valor do *equitativo* é precisamente esta regra não ser direito posto, porque o que é direito, o justo legal, é rígido: “disto que é indeterminado, as situações particulares, a regra também é indeterminada”²⁸.

Na seqüência, Aristóteles coloca um texto realmente lapidar sobre este conjunto de questões que envolvem os conceitos de justiça e equidade:

“São estas, então, pouco mais ou menos, as considerações que estão na origem do problema relativo ao equitativo. Todas elas são em certo sentido corretas e não se contradizem, pois o equitativo, embora seja melhor que uma

28 Idem, *ibidem*, V, 10, p. 109.

simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor que o justo. A justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância. E nem por isso a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente imprecisa.

Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissivo e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão.

Por isso o equitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita, mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita de seus ditames. Então, o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissiva devido à sua generalidade.²⁹

O Livro VI estuda as virtudes intelectuais: a maior parte é consagrada a reabilitar a virtude popular da *prudência* (*phronesis*), que é a capacidade de deliberar sobre as coisas contingentes, como as que vimos na exposição do filósofo no parágrafo anterior. Diferente da sabedoria, a prudência não é científica, mas julgamento, discernimento, correto, do possível. Habilidade do virtuoso, ela guia a virtude ética, indicando-lhe os meios para chegar aos seus fins; além disso, ela contém em si mesma um valor ético determinado, porque não é eticamente lícito ser maldito quando tende ao bem. Ela não é sem dúvida a forma mais elevada de saber ou não da virtude: capacidade de discernir e de realizar o “bem do homem”, ela é virtude propriamente humana, *não conhecida nem dos animais nem dos deuses*, virtude que intermedeia a posição do homem no Universo.

Os Livros VIII e IX da *Ética a Nicômacos* tratam da *amizade* e da *vida contemplativa*. O Livro X, após falar do *prazer*, daquilo que é totalmente *mau*, da *verdadeira felicidade*, faz em seu final uma passagem para a *Política*, sua obra seguinte e objetivo final de toda a *Ética*.

A educação e o preparo físico dos cidadãos é dever do Estado. Uma pessoa, para ser boa, deve ser bem exercitada e habituada e deve passar toda a vida procurando estar preparada para a excelência ética. Na falta do Estado, já que poucos são os que se preocupam verdadeiramente com estes problemas – no caso da Grécia de então, no dizer de Aristóteles, só Esparta cuidava seriamente da questão –, é legítimo o cidadão,

29 Idem, *ibidem*, V, 10, 1137 b, p. 109.

no seio da família, suprir a deficiência e ajudar seus filhos e amigos a atingir a excelência ética proporcionada pela educação e pelo saber.

Num e noutro caso, resulta que cada pessoa poderá agir melhor neste sentido habilitando-se para legislar³⁰. O Estado se ordena mediante leis, melhor se com boas leis, sendo indiferente, se boas, que sejam ou não escritas. Estas últimas, consuetudinárias, fonte permanente das leis escritas, se elaboram no seio mesmo do povo, sempre com o sentido benéfico e de aperfeiçoamento dos costumes, de onde elas afinal provêm, e de seu conteúdo *ético*.

Todavia, deve restar claro que o afazer ético-jurídico é atividade não só profissional, mas também científica. Assim, se alguém deseja dominar uma ciência, é indispensável que distinga o que é *universal*, entenda o sentido dessas proposições o melhor possível, pois é do universal que uma ciência trata mediante a sua intrínseca e específica epistemologia.

Quanto à elaboração de leis, é de se investigar como aprender a fazê-las. Mas com quem?

A ciência política, que naturalmente habilitaria um a legislar, é realmente uma ciência? Não mereceria um lugar entre as ciências e as artes? É certo que sim. Desta forma, legislar seria um ramo desta ciência.

Enquanto a medicina e a pintura são ensinadas pelos médicos e pintores, a política é pretensamente ensinada pelos sofistas, que não a praticam; a política é praticada por qualquer pessoa, sem um adequado preparo, levados a ela por inclinação e mais pela experiência de vida do que pela inteligência. Diz o mestre: “efetivamente, nunca vemos os políticos escreverem ou falarem sobre princípios da política (embora esta pudesse ser uma ocupação mais nobre que discursar em tribunais e assembléias populares), nem prepararem seus filhos ou amigos seus para serem estadistas”³¹.

De qualquer forma, não descarta a experiência pessoal, reconhecendo que a arte da política necessita também dela.

Quanto às leis em geral e também em relação às constituições, podem ser úteis às suas elaborações aqueles que sejam capazes de estudá-las e se preparem intelectualmente para isso, pois os que assim não fazem nunca formarão (a não ser acidentalmente) o juízo acertado que elas requerem.

Enfatizando a necessidade de se estudar profundamente as leis e em especial as Constituições, conclui: “Quando tivermos estudado convenientemente esses assuntos é mais provável que possamos ver de maneira mais abrangente qual das várias espécies de constituições é a melhor, e como cada constituição deve ser estruturada, e quais as

30 Costumamos dizer que o curso de Direito, caso não seja o primeiro curso superior de uma pessoa, deve e pode muito bem ser o segundo curso; ninguém perde nada, ao contrário, só ganha se aprender alguma coisa acerca da juridicidade, da lei, quais são seus direitos, sua posição em um estado de direito, por imperfeito que seja, o que é ética profissional e, acima de tudo, como legislar.

31 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, X, 9, 1181 a, p. 207.

leis e costumes que uma constituição deve incorporar para ser a melhor. Começemos a nossa discussão³².

Essa discussão é a *Política*, obra para qual a *Ética a Nicômacos* serve de introdução.

III – MORAL

Assim como a palavra *ética* provém do grego, a palavra *moral* provém do latim. Este idioma importou, ainda em sua fase pré-escrita, o alfabeto grego, o qual adaptou às suas necessidades lingüísticas, provavelmente entre os séculos quarto e terceiro a.C.³³. Isso ocorre primeiro por uma transposição do alfabeto grego em sua versão da Eubéia (ilha grega em que, por coincidência, morreu Aristóteles), que chegou à Itália pela colônia eubóica de Cumas, próxima de Nápoles. Essa versão do alfabeto eliminara as formas longas de duas vogais (H, eta, e Ω, ômega), mantidas apenas as breves (E, épsilon e O, ômicron)³⁴.

Por outro lado, a versão jônica, que por decreto fora padronizada em Atenas em 403 a.C. (o chamado *grego ático*), prevalecia na Magna Grécia (sul da Itália e Sicília), e os gregos colonizadores da região eram hábeis, dado que conheciam bem as línguas itálicas pré-escritas, no emprego dos signos gregos para representar esses falares (isto sem anotar a possível intermediação dos etruscos, povo à época mais adiantado culturalmente que os romanos)³⁵.

A escrita latina com a forma que prevalece até hoje nasceu dessas influências e adaptou os caracteres gregos às suas necessidades. Os romanos, assim, criaram o seu próprio alfabeto, cunhado a partir na forma eubóica entrada na península itálica através de Cumas.

Dentro do nosso assunto, os verbetes *mos*, *moris*, plural *mores*, tinham funções semelhantes, para os romanos, que *ethos* para os gregos, no sentido de *hábito*, *uso*, *costume*, mas também alguns outros significados diferentes como *vontade*, *desejo*, *capricho*. O verbete *ética* correspondia a *moralis*, relativo aos costumes, complementado por *moralitas*, *átis*, caráter, característica, moralidade. O sentido erudito da palavra grega com significado relativo ou conforme os costumes oratórios não é registrado³⁶.

Com este tão rápido quanto árido preâmbulo, já podemos perceber que a evolução conceitual do verbete *moral* entre os romanos foi semelhante à do verbete

32 Idem, *ibidem*, X, 9, 1181 b, p. 211. A discussão que o Estagirita começa é a *Política*, obra de que esta *Ética* é introdução.

33 Havelock (*A Revolução da Escrita na Grécia e suas conseqüências culturais*. São Paulo: Unesp, 1994. p. 67) cita o especialista Stanley Morison, que diz: “Para escutar a escrita ocidental, primeiro se há de observar que as letras que agora usamos são uma herança formada na Grécia cerca de vinte e cinco séculos atrás e segundo que Roma se apropriou delas dois ou três séculos depois”.

34 Op. cit., p. 355.

35 Idem, *ibidem*, p. 333.

36 Fontes: *Dictionnaire Latin-Français*, de F. Gaffiot, Ed. Hachette, Paris, França, 1988; *Dicionário de Latim-Português*, Porto, Portugal, 1988.

ética entre os gregos, só que com espectro mais amplo, com uma gama significativa maior, um tanto devido ao desenvolvimento posterior ao grego do idioma latino, um tanto conseqüência da própria índole do povo romano, menos erudita e mais prática.

A evolução histórica analisada é, portanto, cronologicamente posterior. Por isso, frisamos: as expressões gregas, sobretudo as de caráter filosófico, foram logo traduzidas pelos políglotas romanos para o latim (mesmo antes do sistematizador Cícero), o que lhes possibilitou enriquecer o conteúdo lingüístico do seu vocabulário, ao mesmo tempo em que podiam também fazer uso, com cunho mais erudito, da própria palavra grega vertida para os caracteres latinos.

A despeito de se poder concluir que tais versões do grego para o latim foram feitas por inúmeros autores, a conceituação de *ética-moral filosófica* nos chega via Cícero, que operou a tradução do grego ao latim e lhe deu contextura. Outros ilustres romanos, Sêneca, Marco Aurélio, Ulpiano e o escravo greco-romano Epicteto, entre tantos, se preocuparam com o problema, mas, todos eles pósteros, evidentemente sofreram influência do grande tribuno.

III.1 Cícero

A passagem da questão ética, tanto a filosófica quanto a comportamental, para Roma, é importante para nós porque dá início à conceituação moderna que temos. A despeito da filtragem sofrida em dois mil anos de história, o termo inicial desta evolução pode ser resumido à figura e atuação de Marcus Tullius Cícero (106-43 a.C.).

Embora os historiadores em geral procurem atribuir uma origem nobre, ou pelo menos importante, a Cícero, destacando sua mãe, Hélvia, de boa família e ótima conduta, sobre seu pai, sobre o qual as opiniões variam, e sem provas, portanto pouca certeza se pode ter. O próprio nome de família de Cícero tinha uma conotação ridícula: *cicer* em latim é “grão-de-bico”. O ancestral dele que recebeu pela primeira vez o epíteto ostentava no nariz uma grande verruga parecida com um grão-de-bico, daí o nome. Seus amigos, quando assumiu a magistratura e começou a pleitear cargos públicos, o aconselharam a mudar de nome; ele não quis, respondendo, com arrogância, que tudo faria para tornar o nome dos Cíceros mais célebre e ilustre do que o dos Scauros e dos Catulos³⁷.

Cícero foi um dos primeiros latinistas a perceber, em profundidade, as dificuldades existentes nas traduções dos textos clássicos de um para outros idiomas. Este problema sem dúvida precede à atividade do grande homem romano. Antes dele, os gregos devem ter-se envolvido em complicações semelhantes relativas, entre outros, aos idiomas persa e egípcio. Os próprios romanos, desde o início da implantação do seu Império, tiveram certamente que enfrentar o problema, tanto nas traduções para o latim quanto nas versões deste para os idiomas dos dominados, e também dos seus aliados, constantes ou eventuais. Todavia, essas complicações estavam ainda no plano prático das questões a serem destrinchadas, de ordem militar, administrativa e econômica, nas

37 PLUTARCO. *As vidas dos homens ilustres*. Cícero. Ed. das Américas, t. 8, 1954. p. 67-68.

quais geralmente a problemática de compreensão importava mais aos estrangeiros que propriamente aos romanos.

Quando Cícero se depara com a tarefa hercúlea de traduzir e transplantar a filosofia grega e seu direito natural para a língua latina – sem dúvida uma matéria em que era pioneiro –, a problemática da tradução aflorou. Ele estava perfeitamente preparado para enfrentar essa tarefa, dados os precedentes de ter tido uma educação esmerada e desde jovem dominar inteiramente o idioma grego. Além disso, no próprio processo educativo, abeberou-se das questões históricas do seu povo e, nas tertúlias em casa de Múcio Scévola, famoso jurisconsulto, aprofundou-se no estudo do Direito; nessa mesma época freqüentou as aulas de filosofia de Filon, de Atenas, filósofo acadêmico discípulo de Clitômaco. Filon era estimado pelos romanos por sua eloquência e amado pelo seu modo de vida e costumes³⁸.

Bem, logo Cícero descobre que a filosofia, além do caráter de universalidade que deve, por sua própria natureza, ter, é também solidária com a língua que a exprime, no caso, a grega. Esta se mostra perfeitamente adequada à sua expressão, condizente com o próprio espírito daquele povo. Enquanto isso, o latim, língua de campônios e guerreiros voltados à ação, se mostra usualmente inadequada a traduzir as abstrações filosóficas e científicas para as quais a língua grega estava aparelhada.

Cícero empreende este formidável trabalho utilizando-se de paráfrases e neologismos que adaptassem o transcendente idioma grego para o rude latim. O problema estava em que grande parte da originalidade e espontaneidade da filosofia grega se perdia neste processo de transplante.

A par disso, estavam a ambição do tribuno em se firmar como filósofo que, de resto, como é sabido, não conseguiu. O desiderato maior de colocar o latim no alto, em lugar que pela riqueza e poder já lhe competia, como língua de cultura de valor universal.

No âmbito moral, ele traduzirá *phronesis* (φρονεσις) por *prudencia* (prudência) para distingui-la de *sophia* (σοφία), sapiência, sabedoria. Todavia, ao traduzir *areté* (ἀρετή, ης) por *virtus* (a nossa *virtude*), não evita contaminar a idéia grega de excelência com uma idéia menor, de algo ao alcance de qualquer pessoa. A expressão latina tem muito a ver com bravura em combate, coragem, força própria do homem, virilidade, mais do que com a pureza de sentimentos e a própria excelência – para a qual tende a *areté* qualificada por Aristóteles e enaltecida pelo pensamento grego mediante seu uso erudito.

Instiga-nos esta questão vernácula, mas também semântica (semiológica), a uma comparação que possa delucidar ou encaminhar o entendimento: um exemplo de *areté* sem dúvida é o comportamento de Sócrates face à morte quando de sua execução; a sua *ética* não lhe permitia preservar a vida e negar tudo o que dissera quanto ao respeito à lei, à ordenação da *polis* e à resistência passiva ante lei ou sentença, iníqua ou injusta. Trata-se sem dúvida do que se entende por excelência ética para o *ethos* grego.

38 O p. cit., p. 69.

E a morte de Sêneca teria para os romanos a mesma dimensão ética ou, em latim, moral? Sêneca respeitou a lei como Sócrates e se imolou. No entanto, será que a excelência moral de seu ato teria para o romano valor igual ou maior que a coragem e a estratégia de Cipião, o Africano? Acreditamos que não, da mesma forma que as proezas de Alcibiades na guerra do Peloponeso, ou de Temístocles na guerra médica, ainda que notáveis, jamais seriam comparadas pelos gregos ao comportamento socrático. Eis a diferença.

E pior: como evitar que *logos* (λογος), conceito filosófico rico e preciso na língua grega, se vulgarize quando traduzido por *ratio*? Enfim, como traduzir para uma língua de operários, campônios, soldados e administradores da coisa pública, a especulação desinteressada dos gregos sobre o mundo físico e o Ser?

Na verdade esta parte foi cumprida por Cícero dentro do possível dado que ele mesmo, em filosofia pura, não tinha sequer, talvez, interesse em um tipo de aprofundamento que os romanos encarariam com enfado; afinal, a vida de conquistadores e dominadores prescinde de requintes tão elevados. Também Cícero bem o sabia, como, tão próximo, sem a perspectiva histórica que só muito tempo depois poderia existir, em assuntos tão diversos e tão sabiamente explorados, dar contribuição pessoal notável? Havia um aspecto que muito o interessava e deveria igualmente interessar aos seus compatriotas até no afazer diário de zelar pelo Império e que é exatamente o nosso assunto: as doutrinas éticas (morais) da Grécia e, em particular, dos estoicos.

A bem da verdade, Cícero fez uma verdadeira compilação a partir de suas aulas com os mestres da Nova Academia de Platão, dos peripatéticos e de Possidônio, de Rodes (estoicismo). A ética e teoria dessas doutrinas são por ele expostas e criticadas em *De finibus bonorum et malorum* (Dos fins dos bens e dos males), no qual (Livro III) analisa circunstancialmente a doutrina estoica, a que lhe seria mais cara, talvez.

Em *De officiis* (Dos deveres), obra escrita para seu filho, Marco Cícero, quando em Atenas para estudar com o filósofo peripatético Crátipo, dá sua contribuição à moral prática, em um ensaio inspirado na *Ética a Nicômacos*, evidentemente sem se aproximar, mesmo de longe, da grandeza da obra do Estagirita. Dentro do que vimos expondo, torna-se oportuno transcrever algumas das primeiras palavras do tribuno nesta obra:

“Mas como sempre entendi ser proveitoso conjugar letras latinas e gregas, quer na filosofia, quer na eloquência, pensei que seria benéfico diligenciar para você adquirir maior facilidade, tanto numa como noutra língua. Os romanos que sabem o grego, e mesmo os que não têm esse conhecimento, não desconhecem que tal muito contribui para desenvolver neles o pensamento e a arte da oratória.”³⁹

39 CÍCERO, M. T. *Dos deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 31.

Mais adiante, consciente de seu esforço na formação de um vocabulário filosófico latino, afirma que suas obras ofereciam principalmente ao leitor, *palavras: verba... quibus abundo*.

Também o pensamento probabilístico derivado da filosofia de Carnéades⁴⁰, escolarca da Academia Nova de 156 a 129 a.C., foi por Cícero assimilada.

Nesse trabalho de traduzir o pensamento grego para o latim Cícero obedecia a um seu mote célebre: “traduzir senso por senso, não palavra por palavra”. Cícero defende, assim, a latinização dos textos gregos, por motivos mais políticos que culturais. Na verdade, ele desejava realçar a supremacia romana, e para isso trabalhava as palavras gregas com adaptações às palavras latinas onde nem sempre a exatidão era esmerada. As palavras de natureza e uso filosófico eram as mais atingidas por esse propósito, já que seria perfeitamente possível apenas verter a palavra grega dos caracteres originais para o latino, e a compreensão do texto, pelo menos em nível erudito, seria alcançada.

Com certeza, a tradução do vocábulo ética (ἠθικός) para *moral* é um exemplo disto. Cícero, inclusive, procurou dar à palavra latina um alcance maior do que a grega, utilizando-a para analisar a moral em sentido lato, aplicada à humanidade desde os seus primórdios e, particularmente, aos princípios religiosos, encontradiços em todas as civilizações arcaicas. Procurou assim valorizar a expressão latina, dando-lhe um sentido mais amplo do que o vocábulo filosófico utilizado pelos gregos em geral e por Aristóteles em particular.

Escritor notável, misturava seu estilo literário entre Platão e Aristóteles, com tendência maior a este último, como ele próprio afirma⁴¹, mesclado às suas idéias estoicas. O mais importante, teve uma enorme influência sobre a posteridade.

Ao aceitar a divisão do direito em três estamentos, *jus naturale*, *jus gentium* e *jus civile*, pareceu acatar a supremacia do primeiro sobre os demais e admitiu ainda o *jus gentium* em posição mais importante que o próprio *jus civile*, o direito próprio do cidadão romano. No conflito entre o direito natural e os demais, positivos, justificava a supremacia do primeiro, fruto da *reta razão* (*recta ratio*) – sem dúvida com base no *logos* estoico. Em sua obra jurídica mais importante, *De Re Publica*, coloca a questão do direito na célebre definição: “*est quidam vera lex, recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*”⁴². Contudo, esta *vera lex* não é propriamente a *lei divina*; é lei emanada da razão (*recta ratio*), *lei natural* (porque imanente na natureza), ordenando o que se deve fazer (*o justo*) e proibindo o contrário (*o injusto*).

40 Anti-dogmático, afirmava não ser possível distinguir de modo absoluto as representações verdadeiras das falsas pelo que se tornava necessário estabelecer um critério da verdade teórica e da verdade prática para se ter noção do verossímil, do provável e do persuasivo.

41 CÍCERO, M. T. Op. cit., p. 31: “Não deixe de ler minhas obras, nas quais a doutrina pouco difere da dos peripatéticos, pois eles e eu nos ligamos a Sócrates e Platão”.

42 Em tradução livre: “é certa e verdadeira lei, reta razão, natureza congruente, difusa em tudo, constante, sempiterna”.

Aqui nós percebemos o que antes foi dito: não se pode aceitar a tradução do *logos* grego pela *recta ratio* latina, perfeita na definição jurídica de Cícero, mas claramente inadequada para qualquer dos propósitos filosóficos pretendidos pelos famosos e ilustres autores gregos.

É justamente neste ponto que se interpõe o conceito basilar de *moral*, utilizando-nos agora da expressão latina, e tomada em sua amplitude maior: Cícero achava que havia sem dúvida uma moral superior a reger os bons costumes humanos desde a mais remota história, como já dissemos. Ele reportava-se a Enéas, tido como o verdadeiro fundador de Roma, e os preceitos morais a ele atribuídos por seu grande biógrafo, o poeta Virgílio (70-19 a.C.), mais novo, mas contemporâneo de Cícero.

Assim podemos concluir sem medo de errar, que a Cícero devemos não somente a transposição dos ensinamentos gregos com respeito à moral, comum e filosófica, esta, sobretudo, baseada nas obras de Aristóteles (*Ética a Nicômacos* e *Ética a Êudemos*), como o aprofundamento do estudo dos conceitos pela sua generalização, a partir do direito.

III.2 A influência de Cícero

A influência do extraordinário tribuno estendeu-se pelos séculos. Foi mais vivamente sentida nos primeiros que se seguiram à sua morte. Por isso, necessário se torna fazer este destaque.

Começemos por Sêneca. Lucius Annæus Sêneca (4-65 a.D.) nasceu em Córdoba e viveu em Roma durante o império de Calígula e de Claudius. Acusado de haver mantido relações adúlteras com a irmã de Calígula, Julia Livilla, foi desterrado para a Córsega. Todavia, já com Claudius Imperador, Agripina, quarta esposa deste e mãe de Nero, faz com que seja ele perdoado, retorne a Roma e passe a ser o preceptor de seu filho e que, por artes dela, seria o futuro Imperador. Após o assassinato por envenenamento de Claudius, Agripina consegue sagrar seu filho, que contava então dezessete anos, devido, inclusive, à assistência que lhe prestava o sábio Sêneca. Durante vários anos, Sêneca, à sombra de Nero, foi o verdadeiro Imperador romano e viveu seu tempo de glória.

Enquanto bordejava o poder, Sêneca tornou-se a figura principal do chamado *estoicismo novo*, seguindo os preceitos do velho estoicismo grego inserido na filosofia pós-ática. Todavia, Sêneca, que produziu sua obra filosófica em forma literária, autor que foi de tragédias teatrais e escritos em prosa e verso, imprimiu um tom pessoal, um estilo diferente, em seu estoicismo, conseguindo um bom nível de originalidade em relação aos seus antecessores. Em sua obra, fez desde logo distinção entre os *problemas naturais* e os *problemas morais*. O destaque para seu *tom pessoal* versa exatamente sobre as questões morais, colocadas por Sêneca sob um rigor religioso que o aproxima do similar cristão. Esta particularidade inclusive é justificada por alguns historiadores devido a uma suposta correspondência trocada entre o romano e o apóstolo Paulo.

A filosofia é encarada por Sêneca em sentido prático, no que naturalmente absorve a *práxis* aristotélica. O *bem viver* é seu mote. Contudo, exclui os prazeres e

gozos fáceis, determinando que a verdadeira felicidade esteja na paz e tranqüilidade da alma. Separa assim os bens da alma dos bens externos, aos quais os homens podem acessar enquanto estes não perturbem aqueles. Situa o grande valor do conhecimento filosófico, como Platão, no sentido educativo, um trabalho de ensino que sirva de remédio e consolo para a vida humana.

Quando tais consolos não se podem encontrar no âmbito da filosofia estoica e na *resignação*⁴³ por ela pregada, recorre a outros ensinamentos, platônicos, epicúreos e cínicos, o que o faz se tornar também um pensador *eclético*, como Cícero.

Nele fica, portanto, estratificada pela primeira vez uma separação nítida entre a moral íntima, da alma, a que deve ser sobretudo preservada, e a moral externa, relacionada não apenas aos bens materiais como também ao saber que não contribua para a paz e a tranqüilidade de ânimo almejada em sua filosofia moral – o que se depreende principalmente de sua obra *De tranquillitate animi*.

Seu fim de vida é trágico dado que, por ter-se envolvido em uma conspiração com Pisão e se oposto ao casamento de Nero com a cortesã Poppea, é induzido pelo Imperador a suicidar-se.

III.3 O estoicismo tardio

Entre Sêneca, que como preceptor de Nero chegou a comandar o Império Romano, e Marco Aurélio, o Imperador e último grande filósofo estoico romano, viveu e floresceu o genial escravo Epicteto (50-138).

A importância maior de Epicteto está justamente na colocação que fez, até por sua condição de escravo, de suas idéias éticas. Sendo grego, tinha perfeita noção do valor significativa desta palavra. Em seu intrigante manual⁴⁴, que, graças às notas “taquigráficas” de seu discípulo, o historiador grego Arriano, biógrafo de Alexandre, chegou incólume, pode-se dizer, aos nossos dias –, faz uma abordagem da questão ética, estabelecendo um elo claro com as idéias morais de Cícero e dos chamados estoicos tardios. Estes depuraram o pensamento estoico dos desvios da segunda fase desta escola, justamente a que inclui Cícero, e reataram as ligações em parte perdidas com a de Zenon, de Cítio, que fora dela fundador em Atenas. O conteúdo psicológico inserido por Epicteto em suas considerações, além do mais, o aproxima extraordinariamente do pensamento cristão que irá se desenvolver dentro da patrística. Alguns historiadores supõem que teria ele se tornado cristão às escondidas, o que é negado por suas afirmações que recolocam, como dissemos, o pensamento do estoicismo tardio na raiz criada por Zenon, firmemente ancorada à idéia do *logos* heraclítico – portanto, não-cristão.

43 Um dos significativos pontos de contacto do estoicismo com o cristianismo, que, conjuntamente com a religião *órfica*, a religião da pobreza romana e grega, conviviam na Roma de então.

44 EPITTETO. *Il Manuale di Epitteto*. Traduzione di Giacomo Leopardi. Milano, Itália: I Ed. Mondadori, 1994.

Epicteto chega a Roma ainda muito jovem vindo de Ierópolis, sua cidade natal, terras situadas na costa oriental do Peloponeso (a Troade) e é quase certo que já fosse nascido em cativo.

Certo é que Epafrodito, escravo liberto por Nero e descrito como um “bisbilhoiteiro” da corte, o adquiriu e foi responsável por tudo de bom e ruim que o atingiu. Ele era coxo, e consta ter ficado defeituoso em razão de uma agressão de seu patrão (que num acesso de fúria fraturou um de seus pés com uma bastonada). Também foi por ele colocado como aluno da escola do filósofo Caio Mussônio Rufo, com quem refinou seus conhecimentos de filosofia. Afinal, acabou sendo, por seu valor intelectual, liberto por Epafrodito. Abriu então uma escola de filosofia nas cercanias de Roma, mas logo caiu em desgraça e, sentindo-se perseguido e em perigo, retornou à Grécia, onde iniciou, em paz, sua escola de filosofia no Èpiro, região do noroeste da Grécia (hoje Albânia).

Como já referido, o seu discípulo Arriano, que dominava uma espécie de notação simplificada, um verdadeiro sistema precursor da moderna “taquigrafia”, anotou e divulgou uma porção de livros com as idéias do mestre. Dessas notações chegou-nos o famoso *Manual* (chamado também de *Enchiridion*, que significa literalmente “o que está em uma das mãos” – daí *manual*).

Entre Sêneca e Marco Aurélio, o filósofo Epicteto é reputado como o penúltimo grande nome do estoicismo. Em nosso assunto específico, o último da antigüidade a dar uma contribuição decisiva, fora da patrística, para a evolução até a modernidade dos conceitos originados dos vocábulos *ética*, do grego, e *moral*, do latim.

Ele dizia que o sábio não se deixa dominar pelos fatos: domina-os. Tudo gira em torno à fundamental distinção entre as coisas que dependem de nós, nas quais somos obrigados a encontrar a dimensão justa da nossa existência e talvez a felicidade possível, e as coisas que não dependem de nós, fora do nosso poder e que são amiúde causa de infelicidade. É de sua lavra o aforismo: “Não são os fatos que perturbam os homens, mas as opiniões em torno dos fatos”.

Segundo o testemunho do sofista Favorino, Epicteto considerava a intolerância e a incontínência os piores vícios. Portanto, o segredo para o viver virtuoso estava contido no brocardo latino *substine et abstine* (suporta e abstenha-se), a austeridade proverbial cultivada pelos romanos a par da resignação enaltecida por estóicos e cristãos.

Ele, um escravo, exortava: “Sê tu, seja livre”. Acrescentava: “As cadeias envolvem a alma e não os pulsos”. Seu interesse maior é direcionado para uma *ética* (e nele, sendo grego, podemos esperar não confundir nem por um átimo os conceitos aqui discutidos – da *ética* grega com a *moral* romana) que põe a razão e a sua técnica de funcionamento como motor único e insubstituível – uma *ética* baseada na renúncia, com a *moral* submetida a uma férrea lógica e a vontade direcionada ao sacrifício heróico. Aqui aparecem usados pelo filósofo os dois conceitos, em contrário a Cícero, tomada a *ética* em sentido mais amplo, e *moral* como comportamento submetido pela razão, portanto de característica interior, íntima.

Quanto aos acenos que denunciavam uma possível conversão do filósofo ao cristianismo, tudo é negado por sua postura claramente panteísta, designando Deus

pelo ápodo pagão Zeus, a um tempo onisciente, onipresente e imanente. *Nous e logos: inteligência e razão divina, pura.*

Todavia, este Deus, dito Zeus, tem características adotadas pelo cristianismo quanto à onisciência e onipresença, por exemplo, e personalidade de um Deus-Pai transcendente ao mundo físico. Isso fez com que os aforismos célebres de Epicteto fossem assimilados pelos cristãos. Todavia, as coincidências entre o cristianismo e o pensamento de Epicteto são tão grandes quanto as divergências. Em nenhum momento abandona Epicteto a escola estóica em sua doutrina maior, ligada ao estoicismo antigo, de Zenon, de Cítio, e de Crisipo.

O centro de sua doutrina ética – e aqui encontramos uma primeira e consciente referência àquilo que irá se desenvolver conceitualmente na nossa modernidade, com os trabalhos de Thomasius e Kant primeiro, Hegel depois – está na distinção por ele feita das coisas que dependem e das que não dependem de nós, vale dizer, daquelas sobre as quais nós temos controle, dado nos pertencer íntima, interiormente, de forma *autônoma*, e daquelas sobre as quais nós não temos controle, pois ocorrem externamente, de forma *heterônoma*⁴⁵; só atendendo ao que depende de nós, aos comandos da nossa própria vontade, poderemos conseguir a felicidade e o sossego frente às falsas opiniões e à intranquilidade causada pelo desejo de bens externos. Nisto radica justamente a verdadeira liberdade do sábio, que é um cidadão do mundo e para quem o que menos importa é a classe à qual pertence, pois inclusive o escravo pode ser superior ao seu dono se este se encontra encadeado pelos desejos insatisfeitos e as paixões incontroladas.

Seu estupendo *Manual* principia com as seguintes palavras:

“As coisas são de duas maneiras: algumas em nosso poder, outras não. Estão em nosso poder as opiniões, os movimentos de nossa alma, o apetite, a aversão, enfim todas aquelas coisas que são nossos próprios atos. Não está em nosso poder nosso corpo, os haveres, a reputação, os magistrados, enfim aquelas coisas que não são nossos próprios atos.

As coisas postas em nosso poder são por natureza livres, não podem ser obstaculizadas nem sofrer impedimentos. As outras são débeis, escravas, submetidas a impedimentos e, por último, são coisas alheias.”

A partir desta exata contribuição, com a posterior derrocada do Império Romano e a assunção da herança cultural filosófica pelo cristianismo com o advento da patrística e de Sto. Agostinho, inicia-se o longo percurso da problemática e da dicotomia até aqui destacada, rumo à modernidade.

A austeridade romana entrara em simbiose com a resignação e renúncia da filosofia estóica, da religião popular greco-romana órfica e do cristianismo. Essa simbiose começa nas camadas populares e humildes de Roma, mas, com o correr dos

45 A célebre dicotomia de Thomasius e Kant, separando nossa vontade em autônoma e heterônoma, conforme seja estimulada de dentro ou de fora de nós.

séculos, apoiada em Cícero, Sêneca e Marco Aurélio, principalmente, chega às altas camadas sociais e do governo romanos.

Justamente, com a ascensão da Igreja Cristã e o advento da patrística primeiro e a escolástica depois, com a recuperação e restauração da obra de Aristóteles pelo trabalho dos filósofos árabes Averróis e Avicena, do hebreu Maimônides e, por fim, dos cristãos Alberto Magno e Tomás de Aquino, que reintroduzem o Estagirita na Europa, inicia-se a jornada atual na discussão da questão e seu aporte às correntes filosóficas modernas do pensamento ocidental, o racionalismo pós-cartesiano (com exponencial destaque para o grande judeu-português Spinoza) e o empirismo inglês.

Finda esta milenar jornada, mas, ancorados neste sólido percurso, onde pontifica em sua raiz filosófica a portentosa obra aristotélica, cremos poder começar a pensar e discutir a validade e existência mesma, de uma *ética autônoma* sob o ponto de vista científico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.
- _____. *A Constituição de Atenas*. São Paulo: Hucitec, 1995.
- BITTAR, E. C. B. *A Justiça em Aristóteles*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- CÍCERO, M. T. *Dês Termes Extrêmes des Biens et des Maux* (De finibus bonorum et malorum). Paris, França: Lês Belles Lettres, 2002.
- DILTHEY, W. *Sistema da ética*. São Paulo: Ícone, 1994.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães, 1990.
- JAEGER, W. *Paidéia – a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Ed. 70, 1992.
- _____. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.
- MOORE, G. E. *Principia Ethica*. São Paulo: Ícone, 1998.
- PELUSO, L. A. (Org.). *Ética e utilitarismo*. Campinas/SP: Alínea, 1998.
- SÊNECA. *Consolação à minha mãe Hélvia. Da tranqüilidade da alma. Medeia. Apokolokyntosis*. São Paulo: Atene, 1957.
- SPINOZA, B. *Ética*. São Paulo: Atena, 1960.
- WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- WITTGENSTEIN, L. *Grammaire philosophique*. Paris, França: Gallimard, 1980.

A PESQUISA E O CONHECIMENTO DO DIREITO

Marcos Abílio Domingues

Doutor em Direito pela PUC/SP, Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista/SP, Coordenador e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia/SP.

RESUMO: O texto a seguir aborda a estreita vinculação da pesquisa com o ensino e o conhecimento do Direito, mesmo nas situações dos egressos que não pretendam seguir a carreira acadêmica ou a pesquisa científica.

PALAVRAS-CHAVE: Pesquisa; aprendizagem; ensino jurídico.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conhecer o direito; 2 A pesquisa como instrumento do conhecimento; 3 Aprendizagem e pesquisa acadêmica; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

É comum, durante o curso superior, a despreocupação dos alunos com o estudo e a pesquisa. Vários fatores podem conduzir a tal comportamento. Às vezes, a imaturidade em razão do acesso precoce ao ensino universitário. Outras vezes, a cultura errônea da valorização formal do diploma de curso superior sem a compreensão da necessidade do aprender. Como se a expedição de tal documento não signifique a certificação ao titular de um conhecimento mínimo obtido após aprovação regular. Nesta última hipótese, o egresso do ensino superior não percebe que os tempos mudaram. Nos tempos atuais, o diploma universitário não é mais do que efetivamente representa: um pedaço de papel.

Hoje, não basta concluir o curso superior. É imprescindível ao estudante aprender. Neste sentido, o enfoque da educação superior desviou-se da figura e da atuação do professor como centro do ensino para o aluno reconhecido como sujeito ativo e agente do processo de aprendizagem. Se antes o professor assumia um papel de satélite do saber, permanecendo o aluno na zona periférica, hoje professor e aluno devem colaborar ativamente no processo de criar o conhecimento. Então, naturalmente, a responsabilidade do estudante do ensino superior, e em especial, do acadêmico do Curso de Direito, confunde-se com a responsabilidade dos demais agentes envolvidos: os professores, os dirigentes de curso e das instituições de ensino, os governantes e a sociedade. Os alunos devem assumir seu papel na relação com a Instituição de Ensino Superior (IES). Essa oferece meios para a aprendizagem, e o aluno deve cumprir sua obrigação de aprender ou empreender esforços para tal. Com isso, fecha-se o círculo da relação educacional entre IES e aluno: a primeira esforça-se em ensinar, e o segundo, em aprender¹.

1 Domingues, 2002, p. 43.

Ainda que o Brasil tenha em parte adotado um modelo universitário que busca associar o ensino à pesquisa e à extensão, na prática, não há uma consciência de parte da comunidade acadêmica nesse sentido. Sabida é a previsão do direito positivo de que as instituições de ensino superior organizadas como universidades devem atuar sobre o tripé ensino, pesquisa e extensão². Contudo, algo parece indicar que essa maneira de organização não deveria restringir-se à universidade.

Assim, tratamos do assunto no propósito de buscar confirmar ou negar a necessária ou desnecessária união do ensino à pesquisa. No caminho proposto tentamos, inicialmente, estabelecer o que significa o conhecimento e, especificamente, o conhecimento jurídico. Na seqüência, pretendemos desvendar a contribuição da pesquisa para o conhecimento e seus desdobramentos.

Com certeza, o presente texto não esgotará as dimensões do assunto. Contudo, espera-se que contribua para sensibilizar tanto docentes como discentes na responsabilidade e importância da pesquisa no processo cognitivo para a vida.

1 CONHECER O DIREITO

A primeira análise que podemos empreender pode referir-se ao designar o que seja conhecer o Direito. O saudoso e festejado Franco Montoro³ indica um caminho. Segundo ele, o ensino do Direito deve buscar a formação jurídica do bacharelado que implica “compreender o Direito em todas as suas dimensões e não apenas como norma abstrata destinada a possíveis aplicações”. Tal objetivo pode ser conseguido pela apreensão da realidade e elaboração de soluções para os seus problemas mediante “*trabalhos de estudo*, interpretação e aplicação do direito” (grifo nosso). Segundo o mesmo autor, vários métodos podem ser utilizados. Entre os quais, a formação de grupos de estudos para discussão coletiva de temas jurídicos e atividades pessoais mediante a realização de trabalhos de pesquisa.

Vários métodos de ensino e conseqüentemente de aprendizagem podem ser mencionados quando se fala em conhecer o Direito. Cada um dos métodos terá um objetivo específico ou um resultado que melhor atenda uma finalidade. Antonio Carlos Gil⁴ menciona, no caso do ensino superior, a aula expositiva, a discussão e a simulação.

Assim, o conhecimento pode ser alcançado pela chamada aula expositiva, que implica a atenção do aluno ao relato do professor em sala de aula. Outrossim, o conhecimento de qualquer área, incluindo o Direito, pode ser obtido pelo método da discussão, no qual o aluno participa ativamente da transmissão e formulação do conhecimento, discutindo com os colegas e com o professor o conhecimento que se precisa obter. Na técnica de discussão, pode ser mencionada a simples aula dialogada ou a preparação de seminários pelos alunos. Na simulação, há ainda a estimulação do

2 Constituição Federal, art. 207.

3 Montoro, 1975, p. 4 e 8.

4 Gil, 1997, p. 69 e ss.

aluno para a participação ativa no processo de aprendizagem, pois se pretende fazer com que o aluno vivencie, mesmo de maneira não real, casos ou situações que pode vir a enfrentar na futura vida profissional.

Se pensarmos um pouco, com menor valor para o método da aula expositiva⁵, nos demais, a pesquisa tem grande importância na ativa participação e no aproveitamento do aluno no conhecimento pretendido. Por exemplo, com certeza, o aluno deverá preparar o seminário (método da simulação) mediante pesquisa a respeito do tema proposto. Diferente não nos parece com referência à aula dialogada, pois o diálogo entre professor e aluno somente será proveitoso se o aluno comparecer à aula com alguma informação prévia sobre o assunto, obtida que seja por uma rápida pesquisa.

Não concluamos precipitadamente que somente seja válida a pesquisa ou a informação buscada antes da aula. Muitas vezes, após a aula, a pesquisa complementar possibilita esclarecer muitas dúvidas, encontrar outras para serem levadas ao conhecimento do professor, bem como formular conhecimento novo não construído em sala de aula. A pesquisa complementar realizada após um primeiro contato com o assunto (como, por exemplo, na aula expositiva) pode, depois, com um novo momento de reflexão, indicar novos caminhos para o conhecimento.

2 A PESQUISA COMO INSTRUMENTO DO CONHECIMENTO

A palavra pesquisa designa o conjunto de atividades que visa a descobrir novos conhecimentos⁶. Neste sentido, pesquisar significa procurar com diligência e esforço o conhecimento. Pode significar também, sem alterar o sentido do termo, a busca minuciosa para a averiguação da realidade ou estabelecimento de fatores ou princípios relativos a um campo do conhecimento⁷. Assim, a pesquisa está vinculada ao esforço em busca do conhecimento.

Contudo, esse esforço requer organização, pois pesquisa é o “procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos”⁸. A pesquisa é a formulação organizada da construção do conhecimento.

No âmbito do Direito, a pesquisa pode tomar vários caminhos ou métodos. Segundo Marina de Andrade Marconi⁹, os métodos de investigação podem ser de

5 Contudo, mesmo na aula expositiva, se essa for precedida de um estudo ou uma pesquisa prévia por parte do aluno (naturalmente, sabendo com antecedência o tema da aula), com certeza haverá uma maior assimilação do assunto tratado em sala pelo professor. Caso contrário, o aluno será mero depositário das informações do professor (discutível se isso é aprender).

6 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2200.

7 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. 14. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d.]. p. 1078.

8 Gil, 1991, p. 19.

9 In: *Metodologia científica para o curso de direito*, p. 43-44.

abordagem ou de procedimento. Temos como métodos de abordagem: indutivo, dedutivo, hipotético-dedutivo e dialético. Os métodos de procedimento são: empírico, histórico, comparativo, monográfico, funcionalista, estruturalista, estatístico e genealógico. A pesquisa no Direito pode usar vários deles.

Para Marcos Nobre¹⁰, no Direito, confundem-se a prática profissional e a pesquisa acadêmica. Os dois modelos, de regra, visam a resolver problemas ou conflitos, da maneira que o autor propõe o desafio para que a Ciência do Direito também se ocupe de explicar e compreender os institutos jurídicos¹¹, sem excluir o compromisso de solucionar litígios.

A pesquisa no Direito, como passo para o conhecimento, pode ter por objeto a identificação da legislação vigente¹² ou das demais fontes aplicáveis ao caso concreto (ainda como atividade da prática profissional). Entretanto, não exclui por completo a chamada pesquisa teórica ou acadêmica, que pode incluir a compreensão ou a explicação dos fenômenos sociais e os respectivos institutos jurídicos, conforme preconiza Marcos Nobre.

Seja para a pesquisa profissional, seja para a acadêmica, independentemente do método utilizado, o pesquisador deve adotar postura organizada diante da tarefa de construir o conhecimento. Diante disso, passamos a indicar ao interessado algumas sugestões para o melhor aproveitamento e eficácia dos atos praticados em busca do conhecimento.

A pesquisa deve ser entendida como e qualquer ato que tenha por finalidade conhecer algo novo ou aprofundar o já conhecido. Na realização desse ato, deve-se adotar atitude concentrada, que evite dispersão dos pensamentos ou dos sentidos. Assim, de regra geral, com raras exceções, o ambiente para a pesquisa deve ser tranquilo e silencioso. Além disso, toda leitura deve ser acompanhada de anotações e reflexão a respeito daquilo que se lê. A análise do texto lido ajuda sua assimilação e a propositura de razões contrárias, que, por sua vez, fortalecem o conteúdo apreendido. Outrossim, sempre que no ato de leitura encontramos palavra desconhecida, devemos buscar nos bons dicionários seu significado. Tal providência possibilita ampliar o vocabulário bem como melhor compreender o texto.

Outra sugestão para a construção do conhecimento é delimitar os temas e/ou as questões que devam ser pesquisadas. Sabemos que o conhecimento humano é extenso. Assim, devemos direcionar nosso esforço em direção específica. Tal atitude colabora na consolidação do assunto que se conhece. Poucos são aqueles que conseguem saber tudo sobre tudo – se isso é possível. Portanto, pode-se até buscar informações gerais sobre vários assuntos, contudo o conhecimento aprofundado somente pode chegar a poucos temas.

10 In: NOBRE, Marcos et al. *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 24.

11 Nobre, 2005, p. 35-36.

12 Cássio Scarpinella Bueno in: Nobre, 2005, p. 181-182.

3 APRENDIZAGEM E PESQUISA ACADÊMICA

A pesquisa como instrumento de aprendizagem pode contribuir muito com o progresso e o amadurecimento acadêmicos. Não são poucos os autores que enaltecem o papel da pesquisa no sucesso acadêmico e profissional, mesmo para as escolhas dos alunos que não permaneçam, especificamente, nas carreiras jurídicas.

Deisy Ventura¹³, num primeiro momento, exalta a importância da pesquisa coletiva como benefício para o aprimoramento para a tarefa do ensinar: “[...] o desafio metodológico que se impõe aos docentes é o de aproveitar o conhecimento produzido pelos pesquisadores e extensionistas na preparação de suas atividades”. Ou seja, a autora aborda ponto pouco compreendido pelas IES e muitos professores. A constatação de que a pesquisa institucionalizada pode contribuir para o aprimoramento do aprendizado em sala de aula. Geralmente, tem-se a idéia de que a pesquisa acadêmica só serve para encher prateleiras de textos que ninguém lê. Contudo, a pesquisa desenvolvida numa IES, cujos resultados sejam compartilhados com toda a comunidade acadêmica, pode servir de ponto de partida para as aulas da graduação ou pós-graduação. Tal atitude pode inclusive contribuir para incentivar o corpo discente.

A mesma autora ainda afirma: “No plano da motivação, cabe ao professor despertar no aluno a paixão pelo aprofundamento de seus conhecimentos através da pesquisa, pelo contato construtivo e solidário com a realidade através da extensão, e pela aplicação prática de seus conhecimentos por meio de atividades reais e simuladas de prática judiciária”¹⁴. A pesquisa não tem sucesso sem o envolvimento e incentivo do professor, pois nem sempre o aluno consegue identificar sozinho o potencial desse instrumental.

Importante transcrever as palavras de Cláudia Lima Marques¹⁵, citada pela própria Deisy Ventura, em razão da pertinência de suas idéias:

“Especificamente em relação à pesquisa, cabe lembrar que saber pesquisar é um instrumento de criação de competência em Direito, é um caminho para a excelência e a especialização cada vez mais procuradas no mercado, é uma base a mais para a formação própria, a suprir falhas eventuais nos *curricula* das Faculdades ou os limites dos nossos próprios mestres e de nossas bibliotecas. Saber pesquisar é uma maneira para enfrentar qualquer desafio novo em Direito e a vida dos profissionais é uma constante renovação destes desafios.”

Fica evidenciado o mérito da pesquisa como meio gerador e transformador do conhecimento. A pesquisa não pode ser encarada como mais uma árdua obrigação do processo acadêmico de conclusão do curso e obtenção de notas. Deve-se compreender

13 Ventura, 2004, p. 85.

14 Idem, p. 85.

15 A Pesquisa em Direito: Um Testemunho sobre a Pesquisa em Grupo, o Método “Sprechstunde” e a Iniciação Científica na Pós-Modernidade. *A política de pós-graduação em direito: expansão e avaliação*. Anais do IX Encontro Nacional do CONPEDI. Rio de Janeiro: Renovar/PUC-Rio, 2002. p. 86 apud Ventura, p. 85-86.

a pesquisa como algo inerente ao processo educacional e à existência humana, que facilita e conduz ao conhecimento.

CONCLUSÃO

O conhecimento do Direito pode ser aprimorado com a pesquisa, acadêmica ou não. Muitos métodos podem conduzir ao conhecimento do Direito, incluindo o testemunho atento às explicações dos mestres. Contudo, o desenvolvimento ativo da pesquisa pelo aluno com certeza o levará a aprofundar o conhecimento além dos limites traçados pelos seus mestres.

Ademais, quando o caminho do conhecimento é trilhado de modo sistêmico e organizado – como pressupõe a pesquisa acadêmica – o novo se descortina de maneira prazerosa¹⁶. Quem pesquisa tem o prazer de conhecer o novo e a sabedoria de permanecer no caminho do conhecimento renovado.

A pesquisa não pode ser atributo somente das universidades, deve permear o compromisso de todas as instituições de ensino, como pressuposto para a adequada preparação dos egressos do ensino superior. O acadêmico, por seu lado, também deve estar compromissado em fazer pesquisa, pois o período da graduação deve servir como preparatório para o aprender e o pesquisar contínuos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- CASTRO, Cláudio de Moura. A Universidade em Guerra (com Ela Mesma). *Revista Aprender*, ed. 18, a. 4, n. 3, maio/jun. 2004.
- DOMINGUES, Marcos Abílio. Momentos de Dividir Responsabilidades. *Ensino Superior*, São Paulo, n. 42, mar. 2002.
- GIL, Antonio Carlos. *Metodologia do ensino superior*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica para o curso de direito*. São Paulo: Atlas, 2000.
- NOBRE, Marcos et al. *O que é pesquisa em Direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 17. ed. São Paulo: Cortez, 1991.
- VASCONCELOS, Nanci Pereira de. *Manual para edição de trabalhos acadêmicos*. 2. ed. São Paulo: N. P. de Vasconcelos, 2002.
- VENTURA, Deisy. *Ensinar direito*. Barueri: Manole, 2004.

¹⁶ Muitos são os relatos de alunos, que, nos primeiros períodos do curso superior, descobrem o prazer da pesquisa e quanto aprendem com ela.

ACESSO À JUSTIÇA NO MERCOSUL

Samuel Antonio Merbach de Oliveira

Doutorando em Filosofia pela PUC/SP, Doutorando em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Mestre em Filosofia pela PUC/Campinas, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Especializando em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Coordenador do Curso de Extensão sobre a Obra e a Vida de Norberto Bobbio e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo examinar a Teoria do Acesso à Justiça no ordenamento jurídico dos países do Mercosul.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; Mercosul; Direito internacional.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O movimento universal de acesso à justiça; 2 O acesso direto dos indivíduos à justiça internacional; 3 Mercosul; 4 Protocolos sobre o acesso à justiça no Mercosul; 4.1 Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa; 4.2 Protocolo sobre jurisdição internacional em matéria contratual; 4.3 Protocolo de cooperação judicial em matéria cautelar; 4.4 Protocolo de assistência jurídica mútua em assuntos penais; 4.5 Protocolo sobre matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito entre os Estados-partes do Mercosul; 4.6 Protocolo de Olivos sobre solução de controvérsias do Mercosul; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça desenvolvido na teoria cappellettiana por meio do movimento universal de acesso à justiça, está presente no ordenamento jurídico dos países do Mercosul, sobretudo, no direito processual, o qual vem sendo revisitado, estudado, interpretado e aplicado, na atualidade, a partir de uma visão instrumentalista que procura enfatizar o seu papel de meio para a consecução do direito material, e de garantidor do real acesso à Justiça e à efetividade da prestação jurisdicional, com a resolução dos conflitos no âmbito judicial e extrajudicial.

Dentro deste contexto, a teoria cappellettiana impõe-se como objeto de estudo, eminentemente ligado à área do direito internacional, que procura romper com a visão formalista do direito processual tradicional, procurando sedimentar os princípios, objetivos e institutos fundamentais.

De fato, só se pode falar em efetividade do processo nos países do Mercosul se o resultado for socialmente útil, proporcionando o acesso à ordem jurídica justa.

1 O MOVIMENTO UNIVERSAL DE ACESSO À JUSTIÇA

De fato, um grande estudo sobre a reforma dos diversos sistemas processuais ocorreu nos anos 60, motivado por importantes trabalhos e debates realizados em congressos e conferências internacionais, tendo como seu maior defensor Mauro Cappelletti.

Assim, por iniciativa de Mauro Cappelletti realizou-se uma ambiciosa e completa pesquisa sobre o problema do acesso à justiça: foi o Projeto Florença (*The Florence Access-to-Justice Project*), que contou com o apoio da *Ford Foundation* e do Conselho Nacional de Pesquisas da Itália. Tratou-se de um grandioso projeto internacional do qual participaram uma centena de estudiosos de diversas áreas de conhecimento: jurídico, sociológico, político, econômico, psicológico, de mais de trinta países dos cinco continentes. Como resultado obteve-se uma ampla visão dos esforços e da evolução no sentido da efetividade do acesso à justiça.

Os processualistas modernos devem fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico, e que não somente as cortes têm condições de solucionar os conflitos de interesses. Daí a necessidade de o processualista socorrer-se em outras ciências, em dados estatísticos, utilizando os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender por meio de outras culturas, para que possa compreender as causas de expansão de litigiosidade e os modos de sua solução.

Mauro Cappelletti, Doutor em Direito pela Universidade de Florença na Itália, Professor da Universidade de Stanford nos Estados Unidos e Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Universitário Europeu na cidade de Florença – Itália.

Bryant Garth, Doutor em Direito pela Universidade de Stanford nos Estados Unidos e Professor de Direito na Universidade de Bloomington.

Nesse contexto, Mauro Cappelletti, na obra escrita em co-autoria com Bryant Garth, descreve que o movimento pelo acesso à justiça constitui um aspecto central do moderno Estado Social, ou *Welfare State*; nos países ocidentais, esse movimento tem transparecido em três fases (ou ondas), iniciadas em 1965. Essa reforma se iniciou nos Estados Unidos da América, em 1965, com o *Office of Economic Opportunity* e se espalhou pelo mundo no início dos anos 70.

A primeira onda trata da assistência judiciária para os pobres; a segunda onda refere-se à representação dos novos interesses (difusos e coletivos, principalmente os que dizem respeito aos consumidores e ao meio ambiente); e a terceira onda refere-se ao momento das reformas que devem ser empreendidas nos códigos existentes, com o emprego de técnicas processuais diferenciadas, tais como a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de solução de controvérsias, tais como: conciliação, mediação, arbitragem, etc., a fim de tornar a Justiça mais célere e justa.

Entretanto, o conceito de acesso à Justiça, modernamente, passou por transformações importantes (Cappelletti e Garth, 1940, p. 9 e ss.). Nos estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove prevalecia a filosofia individualista dos

direitos. Por consequência da política pública em vigor, no *laissez faire*, o acesso à Justiça era um direito natural do cidadão, e o Estado não podia e nem devia intervir. Por isso, o direito de acesso à Justiça era analisado, unicamente, sob o aspecto formal de propor ou contestar uma ação. Estaria em juízo quem pudesse suportar os ônus de uma demanda.

Nesse contexto, o processo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos reais problemas da justiça; os operadores do direito, como também o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.

Todavia, com a transformação social emergente, a sociedade de massa, notadamente a partir da Revolução Industrial, o coletivo passou a preponderar perante o individual, mudando radicalmente a postura quanto ao tema. De fato, tivemos um aumento da consciência de direitos humanos, que conduziu cada vez mais, a reivindicações por mudanças na ordem jurídica em favor de direitos sociais e pelo reconhecimento de obrigações de governantes, comunidades, associações e indivíduos para com esses direitos.

Quando as democracias passaram a se preocupar com a realidade, deixando de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas – surgindo, então, os direitos sociais e econômicos –, os desiguais passaram a ser tratados de forma desigual. Os direitos sociais surgem a partir do momento em que se toma consciência da transformação das liberdades públicas em privilégio de poucos, ou seja, em privilégios burgueses. Com os novos direitos sociais busca-se salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas sim da opressão econômica. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação.

Observou-se também a necessidade de uma ação efetiva do Estado para garantir o implemento desses direitos sociais. Assim, o direito de acesso à justiça passa a receber particular atenção do novo Estado, do *Welfare State*, que buscou armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo cidadãos.

A questão do acesso à justiça exige uma mudança de mentalidade, advertindo Cappelletti, no ensaio denominado *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, que a justiça deve ser pensada na perspectiva dos consumidores da prestação jurisdicional (Cappelletti, 1983. p. 321).

Hoje, lamentavelmente, como adverte Watanabe,

“A perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não a do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito é utilizado como instrumento do governo para a realização de metas e projetos econômicos, predominando a ética da eficiência técnica, e não a da equidade e do bem-estar da coletividade.” (Watanabe, 1998. p. 128)

Os processualistas modernos devem fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico, e que não somente as cortes têm condições de solucionar os conflitos de interesses.

Assim, o “acesso” não é apenas um direito social fundamental, é necessariamente também o ponto central da moderna processualística (Cappelletti e Garth, 1998. p. 12-13). De fato, a garantia efetiva de acesso à Justiça passou a ser considerado, como ainda hoje, requisito básico e fundamental dos direitos humanos, sendo assim tratado o problema, inclusive em sede constitucional (Bobbio, 1992).

2 O ACESSO DIRETO DOS INDIVÍDUOS À JUSTIÇA INTERNACIONAL

De fato, o acesso à justiça na atualidade, em virtude da constante globalização, faz-se presente não somente no plano nacional como também no internacional.

Assim, o acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional, é um grande avanço do movimento de acesso à justiça, visto que torna possível à pessoa física reivindicar seus direitos contra o abuso de poder arbitrários dos Estados, dando fundamento ético às normas de direito público interno e externo.

No fim do século XXI, o direito internacional dos direitos humanos possibilitou a capacidade jurídico-processual do indivíduo nos procedimentos perante os Tribunais internacionais de direitos humanos, que objetivam determinar a responsabilidade internacional dos Estados-partes por violações dos direitos protegidos.

A solução judicial representa efetivamente a forma mais evoluída de proteção dos direitos da pessoa humana. Na África, o primeiro protocolo (de 1988) à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos dispõe sobre a criação de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Na Europa, o acesso direto à nova Corte Européia de Direitos Humanos passou a ser outorgado a todos os indivíduos sujeitos à jurisdição dos Estados-partes pelo Protocolo nº 11 de 1994 de reformas à Convenção Européia de Direitos Humanos em vigor desde 01.11.1998.

No continente americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a entrada em vigor em 1º de junho de 2001, de seu novo regimento (adotado em 24.11.2000), passa a assegurar, pela primeira vez em sua história, a participação direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento, em denúncias, a ela enviadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

De fato, conforme o art. 44 da Convenção, qualquer pessoa ou grupo de pessoas pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte. Contudo, para que a petição seja deferida no Sistema Interamericano é necessário que os requisitos sejam respeitados conforme prescreve o art. 46 da Convenção Americana: o esgotamento dos recursos de direito interno, a apresentação da petição em um prazo inferior a seis meses da ciência da última decisão e a proibição da litispendência internacional. Entretanto, esta regra de esgotamento dos recursos de direito interno possui três exceções: quando não existam recursos previstos na legislação interna; quando estes recursos existem, mas são ineficazes ou inacessíveis; e, quando haja demora injustificada na decisão de recursos interpostos (art. 42, 2, *a a c*).

Entretanto, o ideal seria que se fizesse um protocolo à Convenção Americana outorgando acesso direto dos indivíduos à Corte Interamericana, assim, teríamos um enorme avanço no acesso à Justiça internacional. Por outro lado, com o novo Regulamento do Tribunal já tivemos um importante avanço, uma vez que os indivíduos demandantes passaram a ter igualdade processual com os Estados demandados. O acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional constitui um grande avanço para o movimento de acesso à justiça, pois vem consolidar a personalidade e a capacidade jurídicas internacionais do ser humano.

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos a participação dos indivíduos é cada vez mais importante e crescente tanto em funções consultivas quanto contenciosas. No tocante à primeira, o Parecer de 1º de outubro de 1999, trouxe um verdadeiro direito subjetivo à informação sobre assistência consular (consagrado no art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 e vinculado às garantias do devido processo legal sob o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos), de que é titular todo ser humano privado de sua liberdade em outro país.

Com efeito, toda pessoa deve ser imediatamente informada pelo Estado receptor de que pode contar com a assistência do cônsul do país de origem antes de prestar qualquer declaração ante a autoridade policial local. Agregou a Corte que, em caso de imposição e execução de pena de morte sem a observância prévia do direito à informação sobre a assistência consular, tal inobservância afeta as garantias.

Também no procedimento contencioso, a participação dos indivíduos é de suma importância. Como exemplo temos o assassinato dos meninos de rua (caso Villagrán Morales e outros). Nessa questão, as mães dos meninos assassinados e a avó de um deles, tão pobres e abandonadas como os filhos e o neto, tiveram acesso à jurisdição internacional, compareceram ao juízo (audiências públicas de 28/29 de janeiro de 1999 e 12 de março de 2001), e, graças às sentenças da Corte Interamericana (quanto ao mérito, de 19.11.1999, e quanto às reparações, de 26.05.2001), que as ampararam.

A evolução da noção de vítima sob a Convenção Americana tem sido objeto de desenvolvimento da Corte como, por exemplo, no caso dos meninos de rua (Villagrán Morales e outros), quando a Corte ampliou a noção de vítima (direta e indireta) reconhecendo o grande sofrimento das famílias das vítimas assassinadas.

Assim, o reconhecimento do acesso direto dos indivíduos à justiça internacional revela neste início do século XXI, o primado da razão da humanidade sobre a razão do Estado, a inspirar o processo histórico de humanização do Direito Internacional (Lima Júnior, 2002. p.15-22).

3 MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) constitui um marco importante para a integração econômica, jurídica e cultural da América Latina, com o fim de unir os diversos países da região. Várias tentativas de integração antecederam ao Mercosul, sob a égide dos Tratados de Montevideu. A Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), criada em 1960, foi substituída pela Associação Latino-Americana

de Integração (ALADI), em 1980. Este último acordo, que permanece inalterado, une Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela no desejo comum de promover um processo convergente que conduza ao estabelecimento de um mercado comum regional.

De fato, o comércio intra-regional cresceu, da segunda metade dos anos 70 até o início dos anos 80, a taxas superiores às de crescimento do comércio internacional. Entretanto, muitos problemas impossibilitaram a liberalização do comércio regional, sobretudo, os reflexos negativos que a conjuntura recessiva mundial dos anos 80 provocou no continente latino-americano, bem como a situação de moratória da dívida externa dos Brasil, Argentina e México, os três países de mais desenvolvidos da América Latina.

Com a redemocratização da América do Sul e o fim das ditaduras militares, tivemos a aproximação entre o Brasil e a Argentina.

Assim, os Presidentes José Sarney (1985-1990) e Raúl Alfonsín (1983-1989) assinaram, em 29 de novembro de 1988, em Buenos Aires, o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, que objetivou a liberalização completa do comércio de bens e serviços entre os dois países, bem como também construiu a formação de um mercado comum (livre circulação de bens, serviços, fatores de produção e pessoas).

Em 6 de julho de 1990, os Presidentes Fernando Collor (1990-1992) e Carlos Menem (1989-1999) assinaram a Ata de Buenos Aires, que antecipou para o final de 1994 o prazo para a formação do mercado comum entre os dois países. Posteriormente, com a incorporação do Paraguai e do Uruguai ao processo de aproximação Brasil-Argentina levou, em 1991, à criação do Mercosul. O Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, definiu como objetivo central a construção de um mercado comum.

O Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai têm dado, desde então, passos decisivos para a abertura recíproca de seus mercados e a colocação de temas relacionados a aspectos sociais na agenda da integração. A regra do consenso como critério fundamental para a tomada de decisão pelos quatro países, além de conferir credibilidade ao processo, representa também elemento nivelador das acentuadas diferenças de tamanho de suas economias.

O princípio da reciprocidade estabelece igualdade de condições entre os países do Mercosul em relação aos compromissos assumidos, independentemente de seu grau de desenvolvimento relativo.

De fato, o marco histórico de criação do Mercosul é o Tratado de Assunção, firmado em 26 de março de 1991, na Capital paraguaia, pelos Presidentes e Ministros de Relações Exteriores do Brasil, Uruguai, Paraguai e da Argentina. O Mercosul adquiriu personalidade jurídica internacional com o Protocolo de Ouro Preto, firmado em 17 de dezembro de 1994. Com efeito, o Mercosul também objetivou a ampliação dos acordos de livre comércio com países da América do Sul, bem como o aperfeiçoamento e a melhoria da cooperação política.

Outro passo decisivo foi a Declaração Política do Mercosul, Bolívia e Chile como Zona de Paz, firmada em Ushuaia (Argentina), em 1998, que registra o entendimento do bloco ampliado (4 + 2) para “fortalecer os mecanismos de consulta e cooperação sobre temas de segurança e defesa existentes entre seus membros e promover a sua progressiva articulação”.

Ainda no âmbito do “Mercosul político” destaca-se, em especial, a importância da “cláusula democrática”, institucionalizada pelo Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no Mercosul (1998), cujo art. 1º diz: “A plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os países-membros do presente protocolo”. O Mercosul tornou-se, dessa forma, garantia relevante da consolidação dos regimes democráticos em nossa sub-região.

A importância internacional do Mercosul fica mais evidente com os acordos de adesão de vários países da América do Sul. O Chile, a Bolívia, o Peru, a Colômbia, o Equador e a Venezuela – desde meados da década de 90 – começaram a negociar acordos com o bloco e hoje detêm o *status* de países associados ao Mercosul.

É importante destacar que a Venezuela aderiu ao Tratado de Assunção, ao Protocolo de Ouro Preto, ao Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul, de acordo com o conteúdo do art. 20 do Tratado de Assunção, firmando em 04 de julho de 2006, o Protocolo de Adesão. A Venezuela deverá adotar as normas vigentes do Mercosul, de forma gradual, no mais tardar no período de 04 anos contados a partir da entrada em vigência do Protocolo. Há existência do Grupo de Trabalho constituído para acompanhar os estágios da integração (art. 11) do instrumento que estabelecerá o cronograma de adoção das normativas Mercosul. A Venezuela integrará a Delegação dos países do Mercosul nas negociações com terceiros países.

A Venezuela adquire, a partir da vigência plena deste Protocolo, a condição de país membro pleno e participará com todos os direitos e obrigações, tendo inclusive direito a voto e a veto. O grupo de trabalho ora constituído, a ser integrado por representantes dos países membros, deverá realizar a sua primeira reunião de trabalho dentro de trinta dias contados a partir de 04 de julho de 2006, devendo concluir as tarefas relativas citadas acima, no prazo máximo de 180 dias.

Logicamente, os riscos da adesão da Venezuela ao Mercosul são presentes, pois mesmo não cumprindo qualquer prazo de transição, o país poderá participar como membro pleno nas reuniões do Conselho do Mercado Comum, nas negociações com terceiros países e influenciar nas decisões, como construir ou destruir agendas de negociações com os Estados Unidos, com a União Européia, com o Conselho de Cooperação do Golfo Árabe (Arábia Saudita, Bahrain, Kuwait, Emirados Árabes Unidos, Qatar e Omã), com o Egito e o Marrocos e demais acordos com outros países a serem formatados. Conquanto que a ideologia política não atrapalhe os interesses econômicos, as negociações do Mercosul com a União Européia terão continuidade, enquanto que com os Estados Unidos, não se acredita que haja reabertura nas negociações, em função dos antecedentes.

Em relação ao acesso à justiça vêm sendo assinados diferentes acordos de cooperação nas áreas judiciária e de segurança interna entre os quatro países do Mercosul, Bolívia e Chile. Há foros institucionalizados que reúnem, a cada semestre, os Ministros da Justiça e do Interior.

4 PROTOCOLOS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA NO MERCOSUL

Nesse contexto e com o objetivo de facilitar o acesso à justiça no Mercosul tivemos os seguintes protocolos aprovados:

4.1 Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa

Os principais objetivos consistem na criação de um quadro jurídico que permita aos nacionais e residentes permanentes ter acesso à Justiça dos Estados-partes em igualdade de condições, bem como na simplificação dos trâmites jurisdicionais em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa (cumprimento de cartas rogatórias e reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais). O protocolo resulta da intensificação das relações jurídicas na sub-região, bem como da necessidade de estabelecer formas mais ágeis de cooperação judiciária no âmbito da integração regional preconizada pelo Tratado de Assunção.

4.2 Protocolo sobre jurisdição internacional em matéria contratual

Com base em projetos apresentados por Argentina, Brasil e Uruguai, foi negociado este Protocolo que tem por objetivo precípuo suprir os operadores econômicos de regras claras sobre a matéria, adaptadas às necessidades do comércio internacional. O Protocolo proporciona um quadro de segurança jurídica capaz de garantir soluções justas para controvérsias relacionadas à contratação – expressão jurídica do comércio – no âmbito do Mercosul. Este instrumento é aplicável a contratos internacionais formados por pessoas físicas ou jurídicas, excluindo-se, dentre outros, os contratos administrativos, trabalhistas, de venda ao consumidor e de seguridade social. Embora não seja aplicável a importantes modalidades contratuais, o Protocolo constitui valiosa contribuição à segurança jurídica das contratações no Mercosul.

4.3 Protocolo de cooperação judicial em matéria cautelar

O objetivo deste Protocolo é regulamentar, entre os Estados-partes do Tratado de Assunção, o cumprimento de medidas cautelares (meio procedimental para obter uma decisão judicial de caráter provisório para impedir a irreparabilidade de um dano em função da demora da fixação de uma sentença definitiva). O projeto deste Protocolo foi apresentado pelo Paraguai tendo por base a Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Medidas Cautelares, de 1979. Em um primeiro momento, o Brasil teve dificuldades para aceitar os termos do acordo devido à exigência da legislação brasileira de que as sentenças estrangeiras apenas poderiam ser executadas no território nacional

após sua homologação pelo STF, razão pela qual, aliás, o país não havia se vinculado à Convenção Interamericana sobre o tema. Este trâmite previsto pelas normas nacionais seria incompatível com as disposições do Protocolo que procura justamente simplificar e agilizar o processamento das medidas cautelares entre os países do Mercosul.

Tal obstáculo foi superado em virtude da interpretação que veio a preponderar no Brasil de que a homologação deveria vigorar somente com relação às sentenças definitivas e não quanto às provisórias, como são aquelas que estabelecem medidas cautelares.

4.4 Protocolo de assistência jurídica mútua em assuntos penais

Prevê a facilitação da assistência jurídica em matéria penal no Mercosul com objetivo de combate ao crime, especialmente o de caráter transnacional. O Protocolo facilita e desburocratiza o trâmite de diversos atos processuais, tais como notificação, citação, produção de provas, participação voluntária de testemunhas, traslado provisório de pessoa sujeita a procedimento penal, localização ou identificação de pessoas e medidas acautelatórias sobre seqüestro de bens. Seguindo prática internacional, serão designadas autoridades centrais para o trâmite das solicitações de assistência. Com exceção da tradução, os documentos tramitados com base no Protocolo estão dispensados de qualquer tipo de legalização.

4.5 Protocolo sobre matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito entre os Estados-partes do Mercosul

Tendo em vista o aumento no tráfico de veículos no espaço geográfico do Mercosul, o Protocolo estabelece o direito aplicável e a jurisdição internacionalmente competente para apreciar casos de responsabilidade civil decorrente de acidentes de trânsito ocorridos no território de um Estado-parte do qual resultem atingidas pessoas domiciliadas em outro Estado-parte. O Protocolo, ainda que mantenha o princípio do *lex loci delicti*, prevê exceções caso os envolvidos no acidente tenham domicílio em outro Estado-parte.

4.6 Protocolo de Olivos sobre solução de controvérsias do Mercosul

Outra evolução importante na área institucional foi a aprovação, em fevereiro de 2002, do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias do Mercosul, que substituiu o Protocolo de Brasília. Embora não tenha alterado a natureza arbitral do mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul e não seja considerado a revisão “definitiva” do sistema, prevista no art. 44 do Protocolo de Ouro Preto, o Protocolo foi concebido com o objetivo de conferir maior consistência e uniformidade ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul. O Protocolo de Olivos procurou:

1. Agilizar o procedimento de solução de controvérsias, eliminando a obrigatoriedade de submeter a controvérsia à análise do GMC antes do recurso à fase arbitral;

2. Conferir maior estabilidade às listas de árbitros e especialistas habilitados a atuar no procedimento;
3. Regulamentar de forma mais precisa a fase pós-laudo (implementação e adoção de medidas compensatórias em casos de descumprimento); e
4. Favorecer a coerência das decisões arbitrais, mediante a previsão de uma instância de recurso a cargo de um Tribunal Permanente de Revisão (TPR), conformado por uma lista de cinco árbitros designados por um período de dois anos, renovável por no máximo dois períodos consecutivos, que atuam quando convocados para apreciar um recurso de revisão.

O Protocolo de Olivos também previu a definição de um mecanismo para atender casos excepcionais de urgência – com o estabelecimento de um rito sumário – e um procedimento de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão, atualmente em fase de regulamentação, que permite, entre outros, que os tribunais nacionais superiores encaminhem consultas ao TPR relativas a normas do Mercosul que sejam questionadas no âmbito dos tribunais nacionais.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça nos países do Mercosul pode ser observado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.

Tornar a Justiça mais acessível, o que constitui o palco das atuais preocupações do direito internacional moderno. Fala-se, portanto, de um novo enfoque de acesso à Justiça, enfoque este que reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo ao tipo do litígio.

Uma tarefa básica dos processualistas modernos é fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico. Daí a necessidade de o processualista socorrer-se de outras ciências, para que possa compreender as causas de expansão de litigiosidade e os modos de sua solução e acomodação.

O processualista precisa certificar-se de que toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social; deve convencer-se, ainda, de que não somente os órgãos judiciários têm condições para solucionar os conflitos de interesses. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender por meio de outras culturas.

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Por fim, para efetivar o acesso à justiça vêm sendo assinados diferentes acordos de cooperação nas áreas judiciária e de segurança interna entre os quatro países do

Mercosul, Bolívia e Chile. Há foros institucionalizados que reúnem, a cada semestre, os Ministros da Justiça e do Interior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acceso Alla Giustizia come programma di Reforma e come Metodo di Pensiero. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, 1983. p. 309-321.
- _____. O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, 61/144-160.
- _____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, 74/82-97.
- _____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, 65/127-143.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: RT, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GORCZEVSKI, Clóvis. *Formas alternativas para resolução de conflitos: a arbitragem no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- LIMA JR. Jayme Benvenuto (Org.). *Direitos Humanos Internacionais – acesso aos sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Loyola, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENEM, Carlos Saul. *O que é o Mercosul*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- MONTANER, Jorge Dario Cristaldo. *Integración: Mercosur también existe*. Asunción: Imprenta Salesiana, 2003.
- PIZZOLO, Calogero. *Pensar el Mercosul*. Mendoza – Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista de Processo*, 37/121-137.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS GERAÇÕES DE DIREITO DO HOMEM

Priscila Arnoni Sá

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos, Graduada pela Universidade Braz Cubas, Professora da Faculdade Taboão da Serra, Professora da Faculdade Campo Limpo Paulista, Professora do Curso Preparatório para Exames da Ordem dos Advogados RCD.

Marcus Roberto da Silva

Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos, Especialista em Direito Penal pela FMU, Graduado pela Universidade Guarulhos, Advogado Militante, Professor da Faculdade Uniban.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de solidariedade; primeira geração de direito; segunda geração de direito; terceira geração de direito; quarta geração de direito; outras gerações de direito; liberdade; igualdade; fraternidade.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos de primeira geração; 2 Direitos de segunda geração; 3 Direito de terceira geração; 4 Outras gerações de direito; 5 Direitos de terceira geração; 6 Universalidade dos direitos humanos; 7 Do direito da solidariedade – noção histórica; 8 Fontes dos direitos de solidariedade; 9 Os principais direitos de solidariedade e sua positivação em nosso ordenamento jurídico; 9.1 Direito à paz; 9.2 Direito ao desenvolvimento; 9.3 Direito ao patrimônio comum da humanidade; 9.4 Direito à comunicação; 9.5 Direito de autodeterminação dos povos; 9.6 Direito ao meio ambiente; 10 Objeto do direito de solidariedade; 11 Os direitos fundamentais nas constituições federais brasileiras e as gerações de direitos; 12 A solidariedade e o desafio para os próximos anos; 12.1 Resoluções a serem garantidas até o ano de 2015; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No ano de 1979, proferindo a aula inaugural no curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, o jurista francês Karel Vasak utilizou pela primeira vez a expressão “gerações dos direitos do homem”, buscando demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Fazendo uma viagem pelo século XVIII, relembremos a história da Revolução Francesa que se deu porque o Rei governava com poderes absolutos, controlando a economia, a justiça, a política e até a religião. A situação social era tão grave e o nível de insatisfação popular tão grande que o povo foi às ruas com objetivo de tomar o poder e arrancar do governo a monarquia comandada pelo Rei Luís XVI. Esta revolução significou o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza, e o povo ganhou mais autonomia e seus direitos sociais passaram a ser respeitados.

1 DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

A primeira geração de direitos humanos, segundo o jurista francês Karel Vasak, seria a dos direitos civis e as dos direitos políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*). Segundo Paulo Bonavides “correspondem em grande parte ao momento inaugural do constitucionalismo e podem ser visualizados como direitos de resistência ou de oposição diante do Estado”. Esses direitos são encontrados nos arts. 2º a 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que aborda as questões de liberdade: o direito à vida, à liberdade de pensamento, de expressão, de consciência, de religião, de ir e vir, de fazer parte de assembleias e associações pacíficas, à segurança pessoal, liberdade de vida etc.

2 DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO

A segunda geração seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, fundamentados na *égalité*. Tem se mostrado principalmente nas constituições do pós-guerra. Estão promulgados nos arts. 22 a 27 da Declaração Universal, compreendendo o direito à segurança social, o direito ao trabalho e à proteção contra o desemprego, o direito ao descanso e ao lazer, o direito à educação, o direito à proteção, à produção científica, literária e artística.

3 DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO

Já a terceira geração seria a dos direitos coletivos, de solidariedade ou fraternidade, encontrando-se no art. 28 da mesma Declaração em especial o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito ao livre arbítrio político, econômico, social, e cultural, coroando, assim, a fraternidade (*fraternité*).

Norberto Bobbio foi um dos principais divulgadores dessas gerações de direitos, inclusive muitos pensavam que as gerações dos direitos fundamentais eram de sua autoria.

4 OUTRAS GERAÇÕES DE DIREITOS

Novas gerações foram acrescentadas à tríade inicial, destacando-se a 4ª Geração de Direitos, sendo que esta foi desenvolvida pelo Professor Paulo Bonavides. Para este renomado constitucionalista brasileiro, perfazem o direito à democracia, o direito à informação, direito ao pluralismo político, entre outros. Mas iremos nos ater aos direitos de terceira geração objeto de nossos estudos.

5 DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO

Como produto da ação de diversos movimentos sociais nas últimas décadas do século XX, surge um conjunto de direitos referentes à dignidade humana. A característica marcante desses direitos é que os seus titulares são grupos sociais e não pessoas individuais, como negros, mulheres, homossexuais. Esses direitos buscam garantir condições para que esses grupos sociais possam existir e se desenvolver integralmente, sem serem subjugados ou discriminados. Por serem direitos atribuídos a grupos sociais, são chamados de difusos.

Os direitos de terceira geração buscam também garantir a qualidade da vida humana, regularizando a intervenção na natureza e a utilização de patrimônios universais, tais como: o fundo dos mares, o espaço cósmico e a Antártida. Eles definem, também, bens culturais e naturais, como patrimônios da humanidade, incluindo obras de arte, construções e recursos naturais que tenham valor estético, histórico ou científico.

Embora os detentores dos direitos de terceira geração ou do direito de solidariedade sejam grupos sociais, sua violação compromete o conjunto da sociedade. Por exemplo, não se pode falar de uma sociedade livre, se as mulheres, as crianças, os negros, os homossexuais são reprimidos dentro dela. Da mesma forma, a preservação das obras de arte de um museu europeu e de uma cidade histórica brasileira são importantes para história não apenas de um grupo cultural, mas de toda humanidade. Outros direitos de terceira geração são o direito à paz, ao desarmamento. O combate às formas de violência e ao desarmamento das populações civis e dos Estados são condições para a melhoria da vida humana, para a coexistência da diversidade de vida dos grupos sociais e para a mediação pacífica dos conflitos.

A formulação dos direitos difusos e solidários reforça a idéia de universalidade e interdependência dos direitos. Em seu conjunto, eles buscam melhorar a vida humana nos seus aspectos econômicos, culturais, sociais e políticos, e sendo esse objetivo de todos os que lutam pela sua efetivação global.

1ª Geração de Direitos LIBERDADE	Direitos Civis e Políticos – Direitos Individuais – Estado Liberal.
2ª Geração de Direitos IGUALDADE	Direitos Sociais, Econômicos e Culturais – Direitos Coletivos – Estado Social e Democrático.
3ª Geração de Direitos FRATERNIDADE	Direito Ao Desenvolvimento, ao Meio Ambiente Sadio, Direito à Paz – Direitos de Toda Humanidade.
4ª Geração de Direitos DEMOCRACIA	Democracia – Direito à Informação, à Democracia Direta e ao Pluralismo – Estado Democrático e Social.

6 UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A universalidade dos direitos humanos devem perseguir fins humanos que regulam o campo dos direitos em questão e os aproximam em suas direções, qualquer problema relativo a eles faz surgir uma relação vertical e outra lateral.

A vertical é a do cidadão em face do poder estatal, isto é, os direitos humanos concebidos como protesto, reivindicação, já relação lateral compreende um esforço de solidariedade e cooperação.

Essas duas relações reencontram-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos e pode-se dizer que a relação vertical marca o lugar dos direitos civis e políticos, os quais dizem respeito às relações entre o cidadão e o poder; a relação

lateral coloca em evidência os direitos econômicos e sociais que na ordem interna exigem do Estado contribuições, ou seja, por meio dele estas contribuições vão em favor dos menos favorecidos, feitas pelos cidadãos mais aquinhoados, e na ordem internacional a ajuda dos países ricos àqueles em desenvolvimento e com base em uma obrigação jurídica.

Tal universalidade dos Direitos Humanos fundamenta-se nas premissas da igualdade em dignidade e valor de todos os seres humanos, sem discriminação.

A universalidade dos direitos implica que a humanidade reconhece os valores comuns e as nações têm direitos essenciais à sua própria existência e à sua própria identidade, as quais fazem parte do patrimônio comum da humanidade.

Geralmente reconhece-se que, por um lado, os direitos civis e políticos, por outro, os direitos econômicos, sociais e culturais constituem um conjunto de valor essencial para a manutenção da dignidade, da liberdade e do bem estar dos homens.

7 DO DIREITO DA SOLIDARIEDADE – NOÇÃO HISTÓRICA

Conhecida como o direito dos povos, embasada no princípio da solidariedade internacional, esse direito eclodiu, com a conferência de Argel (1976) e com a V conferência de cúpula dos países não alinhados, em Sirilanka. Essas conferências tinham a consciência por parte dos países economicamente pobres sobre a necessidade de uma nova ordem política e econômica internacional, para que pudesse ocorrer o respeito efetivo dos direitos humanos e o direito ao desenvolvimento dos países subdesenvolvidos. No simpósio de especialistas, sobre o tema *Direitos de Solidariedade* e direito dos povos, em San Marino (1984). O direito dos povos, ou de solidariedade internacional, buscam, em última instância, estabelecer uma moralidade política internacional, tendo em vista o desenvolvimento de um mundo mais justo, pacífico e solidário, ou seja, um mundo democrático.

Neste contexto que se insere, os direitos humanos difusos, referindo-se a direitos que não podem ser definidos como de alguém ou de algum grupo social, mas pertencentes a coletividade “humanidade”, tais como: o ar que respiramos e o meio ambiente que vivemos, etc. Esses direitos marcam uma nova perspectiva à própria ciência do direito, pois saímos de uma superação do caráter individualista para a valorização do social, do coletivo, da cidadania participativa, evidenciando um envolvimento mais efetivo das populações na gestão dos problemas coletivos.

É importante salientar que a lógica da solidariedade não se confunde com “caridade” ou “filantropia”, mas sim numa relação indivíduo – sociedade, indivíduo – estado, enfim, uma sociedade do ponto de vista global.

8 FONTES DOS DIREITOS DE SOLIDARIEDADE

A fonte é internacional, pois foram enunciados nas reuniões da ONU e da Unesco (*United Nations Educational, Scientific and Cultural*) e poucas cartas constitucionais os reconhecem (ex.: Carta Africana de 1981 e a Carta de Paris para uma nova Europa).

9 OS PRINCIPAIS DIREITOS DE SOLIDARIEDADE E SUA POSITIVAÇÃO EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

9.1 Direito à paz

Deduzido do art. 20 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela ONU em 16 de dezembro de 1966. Está previsto no art. 23, alínea 1ª da Carta Africana, prevendo, também, garantias como proibindo que uma pessoa asilada exerça atividades subversivas contra outros países e, também, proibindo o uso de seu território para atividades subversivas. A Constituição da Nicarágua, no seu art. 46, prevê o direito à paz, pois refere-se ao pacto de 1996 da ONU.

No Brasil, a Carta de 1988 inclui a defesa da paz no art. 4º, inciso VI, que assim dispõe:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

VI – defesa da paz.”

9.2 Direito ao desenvolvimento

Consagrado pela ONU em 1986 na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento:

“Art. 1º O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.”

Na Constituição Brasileira de 1988 não está previsto, mas está no espírito do art. 4º, inciso IX, que faz referência à cooperação dos povos para o progresso da humanidade, como segue:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.”

9.3 Direito ao patrimônio comum da humanidade

Refere-se ao fundo do mar e ao subsolo. Visa impedir a livre exploração dos recursos naturais. Previsto pela ONU em 1974.

9.4 Direito à comunicação

A Unesco se manifestou sobre o assunto por várias vezes, refletindo na Constituição Brasileira, no art. 220. É apenas evolução da liberdade de expressão de

pensamento que subdividiu-se em: liberdade de imprensa (art. 5º, XIV) e liberdade de informação (art. 5º, XXXIII).

9.5 Direito de autodeterminação dos povos

É o direito de cada povo dispor de seu destino. É o desdobramento do direito de nacionalidade surgido à época da Revolução Francesa. Após a primeira guerra, vários Estados foram criados baseados neste princípio como, por exemplo, a Polônia e a Checoslováquia.

A ONU trata do assunto na própria Carta das Nações Unidas e na declaração de 1960, mas sua afirmação plena está no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, cujo art. 1º afirma: “Todos os povos têm direito a autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Está claramente previsto na Carta Africana, em seu art. 20. No Brasil, na carta de 1988, não o menciona, mas refere-se à autodeterminação dos povos no art. 4º, III (ex. Timor Leste, Iugoslávia).

9.6 Direito ao meio ambiente

A declaração de Estocolmo de 1972 enunciou o princípio deste direito. A declaração do Rio de Janeiro de 1992 também cita a “harmonia com a natureza”.

Está previsto na Constituição iugoslava de 1974 e na Constituição grega de 1975. A Constituição portuguesa dá ao assunto tratamento especial. Está previsto na Constituição espanhola, art. 45. Na Constituição brasileira está prevista no art. 225, que segue:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

10 OBJETO DO DIREITO DE SOLIDARIEDADE

O mundo atual encontra-se dividido em blocos muito distintos. Diríamos três blocos especificamente:

- 1º Bloco – países desenvolvidos;
- 2º Bloco – países em busca de desenvolvimento;
- 3º Bloco – países subdesenvolvidos.

Essa divisão torna-se mais facial a percepção da desigualdade existente entre as nações. E diante deste quadro surgem os direitos de terceira geração (fraternidade ou solidariedade).

Norberto Bobbio comenta que Celso Lafer fala dos direitos de terceira geração como se tratando, sobretudo, de direitos cujos sujeitos não são os indivíduos, mas,

sim, os grupos de indivíduos, grupos humanos como a família, o povo, a Nação e a própria humanidade.

Reconhecidos esses direitos de terceira geração, tendo seu gênero como sendo a solidariedade, seu desenvolvimento, conforme ensina Etienne Richard Mbaya, se exprime de três maneiras:

- 1º O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados;
- 2º Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas;
- 3º Uma coordenação sistemática de política econômica.

Então temos que o conjunto da humanidade é uno e indivisível, cada membro da raça humana nasce nesse mundo como guardião do *todo*. A titularidade desses direitos é coletiva, por se tratar de direitos difusos.

11 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS E AS GERAÇÕES DE DIREITOS

As Constituições brasileiras sempre integraram nos seus textos declarações do direito do homem. Na evolução histórica dos direitos fundamentais no Brasil identificamos as gerações de direitos, referidas no processo mundial de formação dos direitos fundamentais, indo desde o reconhecimento dos direitos individuais até o reconhecimento dos direitos de solidariedade na Constituição atual. Breve noção da evolução dos direitos fundamentais nas Constituições Brasileiras:

Constituição de 1824 – Reconhece alguns direitos individuais (direitos fundamentais de primeira geração), elencados no art. 179 sob o título “garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”. Tais como: Direito à legalidade, à irretroatividade da lei, à igualdade, à liberdade de pensamento, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, entre outros direitos individuais.

José Afonso da Silva afirma que “a primeira Constituição, no mundo, a positivar os direitos do homem foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, a da Bélgica, de 1831, a que se tem dado tal primazia”.

Constituição de 1891 – Esta Constituição ampliou os direitos individuais de primeira geração e no art. 72 instituiu uma “Declaração de direitos”, da qual se emergiu outros direitos e meios para garanti-los.

Alexandre de Moraes declina que “além dos tradicionais direitos e garantias individuais que já haviam sido consagrados pela Constituição anterior, podemos destacar as seguintes previsões estabelecidas pelo art. 72: gratuidade do casamento civil, direitos de reunião e associação, ampla defesa (§ 16 – aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela)”.

Constituição de 1934 – Inaugura o “Estado social brasileiro”, proibindo a diferença de salário por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, era um

texto moderno para a época, porém, faltou-lhe efetividade em razão do pequeno período em que vigorou, apenas três anos.

Anna Cândida da Cunha Ferraz escreve que “quaisquer que tenham sido as causas de seu desmoronamento, o fato é que a festejada Constituição de 34 teve vida curta. Seu caráter transitório não permitiu aferir as virtudes e os defeitos das inovações por ela introduzidos”.

Constituição de 1937 – Fruto do totalitarismo imposto por Getúlio Vargas, restringiu os direitos e garantias individuais, sendo ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem.

Ylves José de Miranda Guimarães preleciona que “a Carta de 1937 restringiu direitos e garantias individuais, abolindo o mandado de segurança e alijando os princípios de legalidade e irretroatividade da lei, instituiu a censura prévia” dentre outros.

Constituição de 1946 – Ressurgiram e revigoraram-se os direitos fundamentais do homem, nos capítulos referente à “Nacionalidade e a Cidadania” e aos “Direitos e Garantias Individuais” (arts. 129 a 144). Foram abolidas as penas de morte e prisões perpétuas. Foram restaurados os institutos do *habeas corpus*, mandado de segurança e a ação popular, bem como os princípios da legalidade e retroatividade da lei.

Constituição de 1967 – Previa direitos e garantias individuais (art. 150) e direitos sociais dos trabalhadores (art. 158). No final de 1968, foi editado o ato institucional número cinco, que além de restaurar os atos institucionais anteriores, suspendeu o *habeas corpus* e concedia total arbítrio ao Presidente da República para a decretação do estado de sítio.

Constituição de 1988 – Por fim, a Constituição de 1988, inspirada na democracia, ampliou os direitos fundamentais, seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade (Direitos Fundamentais de Terceira Geração), como é o caso do direito a um meio ambiente equilibrado previsto em seu art. 225.

Por ser um direito difuso põe-se em destaque a questão ambiental, pois ela envolve o trato jurídico às próprias condições básicas da vida sobre a Terra. O direito ambiental liga-se intimamente ao direito à vida. Por isso, o meio ambiente constitui, atualmente, um patrimônio da humanidade, pois transcende a fronteira de qualquer país, pois os problemas relativos à camada de ozônio, à poluição marítima, às grandes florestas, etc., dizem respeito não somente a um povo, mas aos povos do mundo todo.

O texto constitucional, ao valorizar a ação popular em conjunto com a ação civil pública na defesa dos direitos difusos globais, está assegurando a prática da cidadania – objetivo essencial de um regime político democrático.

12 A SOLIDARIEDADE E O DESAFIO PARA OS PRÓXIMOS ANOS

Em setembro do ano de 2000, as Nações Unidas promoveram o encontro coletivo de líderes políticos: *A Cúpula Do Milênio* dá agenda das questões internacionais que

transcendem os limites da própria soberania dos Estados, constavam os principais desafios da humanidade: a tutela dos direitos humanos, o compromisso com o combate à miséria e à pobreza, a repressão aos crimes cometidos contra crianças e adolescentes entre outros.

O documento relaciona os seis valores fundamentais para as relações internacionais no próximo século e estabelece resoluções práticas que incluem, por exemplo, a redução pela metade da proporção de pessoas vivendo diariamente com menos de um dólar até o ano de 2015. Sendo esses valores fundamentais:

Liberdade – homens e mulheres têm direito de viver suas vidas e criar seus filhos com dignidade, livres da fome e do medo da violência, opressão e injustiça;

Igualdade – a nenhum indivíduo ou Estado pode ser negada a oportunidade de se beneficiar do desenvolvimento;

Solidariedade – as mudanças globais devem ser administradas de tal maneira com os princípios da igualdade e justiça social;

Tolerância – cultura de paz e de diálogo entre diferentes civilizações deve ser promovida;

Respeito à Natureza – a administração de todas as espécies vivas e dos recursos naturais deve ser feita com prudência;

Responsabilidade Compartilhada – a responsabilidade pela administração do desenvolvimento mundial, social e econômico deve ser compartilhada entre todas as nações do mundo.

12.1 Resoluções a serem garantidas até o ano de 2015

- Diminuir pela metade a proporção da população mundial cuja renda diária é inferior a um dólar, a proporção de pessoas que sofrem de fome e também o número de pessoas que não têm água potável;
- Garantir que crianças do mundo todo tenham acesso a todos os níveis de educação;
- Reduzir em três quartos o número de mulheres que morrem durante o parto;
- Encontrar a cura da AIDS e da Malária e melhorar a condição das pessoas que sofrem dos males que afligem a humanidade;
- Dar assistência especial às crianças órfãs portadoras do vírus HIV;
- Garantir até o ano de 2020 melhorias significativas na vida de pelo menos cem milhões de moradores de favela.

Por fim, a ONU lançou o Pacto Global que reúne quarenta e duas corporações e bancos multinacionais, algumas federações trabalhistas e grupos da sociedade civil a fim de tutelar esses valores universais.

CONCLUSÃO

Como guisa de conclusão tem-se que a geração de direitos é cumulativa e ampliativa, pois os novos direitos enriquecem os direitos anteriores. Não há que se falar em sucessão de direitos, em que uma categoria de direitos sucede a outra que se finda. No Brasil, os princípios constitucionais fundamentais de cidadania e solidariedade têm desempenhado uma função meramente simbólica, uma vez que predomina uma retórica política e jurídica. Quanto à retórica jurídica, esta é formada por um positivismo determinado pela existência de uma cultura fechada distanciada dos valores de cidadania e de solidariedade. Em relação à retórica política, essa expressão é marcada pela exclusão política, social e econômica.

É bom frisar que a Emenda Constitucional nº 45, assim chamada de reforma do Poder Judiciário, é o incidente de deslocamento de foro, regulado pelo art. 109, § 5º, Da Constituição Federal brasileira. Que tem a seguinte redação:

“§ 5º Nas hipóteses de grave violação de Direitos Humanos, o Procurador Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Resumo jurídico de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, v. 22, 2006.
- REIS, Marcello Henrique dos. *Resumo jurídico de direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da república federativa do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: INSTRUMENTOS DO EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO

Robson do Boa Morte Garcez

Especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Extensão Universitária de São Paulo/SP, Mestre em Comunicação e Letras (Discurso Jurídico) e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Licenciado em Filosofia pela Unifai, Professor de Direito Constitucional e da Cidadania, Direito Administrativo e de Linguagem Jurídica na Faculdade Campo Limpo Paulista, do Curso de Pós-Graduação em Direito Agrofinanceiro do Centro Universitário de Maringá, Advogado.

RESUMO: Lastreado no princípio da supremacia constitucional, o artigo analisa o controle de constitucionalidade como um meio de realização da vontade política do titular do direito do Estado, o cidadão. Nesta referência, analisa-se os procedimentos do controle de constitucionalidade assecuratórios do cumprimento da Lei Fundamental, ante os interesses do titular do poder, externado pelo Poder Constituinte, meio para o autêntico exercício democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Povo; titular de direito; constitucionalismo; constituição; supremacia constitucional; controle de constitucionalidade; exercício democrático.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição e constitucionalismo; 2 Supremacia da lei constitucional; 2.1 Conceito e função; 3 O interesse popular e a constituição; 4 O controle de constitucionalidade; 4.1 Da sua necessidade; 5 Representações dos titulares do poder político na efetivação do controle de constitucionalidade; 5.1 No poder legislativo; 5.2 No poder executivo; 5.3 No poder judiciário; 5.4 Em outros órgãos; Conclusão; Referências bibliográficas.

“Numa democracia, é necessário não só analisar o processo de formação da vontade estatal, que deve lastrear-se na vontade popular, mas também cumpre verificar se os órgãos encarregados de cumprir esse mister têm atuado zelosamente.”

André Ramos Tavares¹

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é corolário da supremacia da Constituição ante o ordenamento jurídico, a rigidez constitucional e a proteção dos direitos básicos do cidadão. E é diante dessa referência basilar que este artigo se propõe a analisar esse

¹ Cf. TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC – Celso Bastos Editor, 1998. p.92.

conjunto de procedimentos destinado a assegurar o cumprimento da Lei Fundamental como paulatino meio de exercício do direito político. Para tanto, são relevantes as noções de “constituição”, “constitucionalismo”, “democracia”, “titularidade” e “exercício do poder político, representação”. Alguns desses termos são pano de fundo para a compreensão do controle de constitucionalidade, ao nosso ver, em sua feição mais original. Vale dizer, sob qualquer enfoque por que sejam observados, têm os procedimentos do controle de constitucionalidade o objetivo de fazer valer a Constituição e esta, no Estado Democrático de Direito, é a expressão da vontade do titular do poder político, o próprio cidadão. Portanto, é o instituto jurídico em comento nesta edição desta revista de Direito, observado em suas facetas axiológica e teleológica, um válido mecanismo de participação democrática. E essa compreensão deita suas raízes na própria Constituição, cujo titular também é o legítimo detentor do poder constituinte, que é o povo (CF, art. 1º, parágrafo único).

O contraponto indispensável deste sistema e organização jurídica da vida política, pelo equilíbrio que estabelece, se materializa exatamente na existência do controle de constitucionalidade. Este, tendo como exclusiva finalidade o preservar a higidez do sistema constitucional, afigura-se como autêntico instrumento do exercício democrático, ao permitir que a vontade constituinte manifesta seja sustentada.

1 CONSTITUIÇÃO E O CONSTITUCIONALISMO

A formalização da estrutura de um Estado nacional faz supor a existência de ordem jurídica que dirija seus rumos. Tal ordem, contudo, não implica a existência de uma Constituição. No mero Estado de Direito, podem estar fixados os princípios legais que norteiam sua estruturação, a atuação de seus órgãos supremos. Dificilmente estaria ali o reconhecimento da titularidade dos cidadãos quanto ao poder político, franqueando-lhe a participação direta ou legitimamente representada nos negócios do Estado.

A noção de constitucionalismo, tendo-se em conta as condições históricas de sua gênese, excede à mera existência de um texto dito constitucional. As fontes gerativas do constitucionalismo estão ligadas às Constituições escritas e rígidas americana de 1787, e da francesa, de 1791. Tais documentos, segundo o ensino de Moraes, apresentam dois traços que as marcam: “organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”². Ora, tal limitação do poder estatal tem por alvo prevenir não tome o Estado, e seus prepostos, as prerrogativas inerentes às pessoas dos seus cidadãos.

Nesse passo, para que a Constituição se configure uma autêntica “lei democrática”, é indispensável que albergue em seu espírito o constitucionalismo. Este tem por princípio a tomada da Constituição como a lei superior a todas e quaisquer da qual emane o direito público ou privado. Uma objetiva distinção entre Constituição e constitucionalismo, com vinculação direta à concepção instrumental do controle de constitucionalidade pretendida neste artigo, é-nos trazida por Leslie Lipson:

2 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 37.

“Uma Constituição é o instrumento básico da estrutura dos poderes do Estado, e dos direitos e deveres dos cidadãos. Nesse sentido, existe Constituição em todo e qualquer Estado que apresentar forma definida e possuir governo estabelecido: nos Estados Unidos, no Canadá e na Grã-Bretanha, como também na Alemanha nazista, na Espanha de Franco, ou na Rússia de Stalin. Afirmar que certo Estado tem uma Constituição não implica, por si só, atribuir-lhe caráter democrático ou ditatorial. Constitucionalismo, porém, é termo que possui conotações definidas: vincula-se à noção do *império da lei* e abrange a idéia de que *não se há de permitir a um governo agir conforme arbítrio de sua autoridade*, devendo, ao contrário, conduzir-se de acordo com normas equitativas e estabelecidas mediante convenção. O propósito dessa *restrição à liberdade de movimentos do governo* consiste, sem dúvida, em salvaguardar uma esfera fundamental de liberdade para seus cidadãos.”³ (grifamos)

É o constitucionalismo, portanto, uma primaz referência para que seja concretizado o Estado, acarretando a limitação dos seus poderes e a garantia dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, assegurando o seu exercício democrático. Como bem leciona Barros,

“Esse princípio é original do constitucionalismo e essencial ao Estado Constitucional de Direito. Foi apregoado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Ai se lê *que toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos não tem Constituição*. Ou seja: uma sociedade sem garantia dos direitos, embora tenha constituição no sentido comum e geral, não a tem no sentido maiúsculo e especial em que o termo foi empregado pelo constitucionalismo revolucionário contra o absolutismo arbitrário, na era histórica em que se pôs fim à monarquia absoluta.”⁴ (grifamos)

Além de estruturar o Estado e dar as balizas do exercício do poder político no território de sua jurisdição, também a Constituição estabelece os direitos, as garantias e deveres fundamentais dos cidadãos. A segurança e estabilidade do Estado Democrático de Direito estão na exata medida da prevalência das leis que o regulam. Por excelência, à Constituição, por ser a lei das leis, reserva-se o papel de conter o arcabouço legal básico em que os princípios e comandos do poder público se contêm. Neste diapasão, ante a vagueza que afeta o termo “democracia”, autêntico estereótipo⁵, necessário se faz aqui tomá-lo num sentido específico, para então compreender o significado da expressão “instrumento democrático”, que encima este ensaio. Boa é a noção oferecida por Ribeiro Júnior:

“[...] o governo pela vontade da maioria, ou o direito de todo indivíduo de viver sua própria vida, sem que se imiscuem indevidamente os demais. Esta idéia fundamental é a de que a democracia é um estado, um modo de vida;

3 RIBEIRO JÚNIOR, João. *Pessoa, estado & direito*. Campinas: Copola Livros, 1994. p. 152-153.

4 Cf. BARROS, Sergio Resende de. Como reformar constitucionalmente. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/site>>. Acesso em: 31.07.2004.

5 Cf. BARTHES, Roland. *O prazer do texto*. Tradução de Maria M. Barahona. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 85. “Estereótipo” é a palavra repetida, fora de qualquer magia, de qualquer entusiasmo, como se fosse natural, como se essa palavra que retorna fosse sempre milagrosamente adequada por razões diferentes, como se o imitar pudesse deixar de ser sentido sobre uma imitação: palavra sem cerimônia, que pretende a consistência e ignora a sua própria insistência.

pode fixar-se seja na supressão de privilégios especiais e de toda pompa, ou no fato de que todo cidadão por nascimento pode aspirar a ser presidente de seu país. Em todo caso, a idéia fundamental é a mesma; o único que varia é o aspecto a que se dá mais importância. Esta idéia fundamental é a de que a democracia é um estado, um modo de vida, donde se vê que *uma sociedade organizada democraticamente trata sempre de proteger os interesses de todos os seus membros mediante responsabilidade e governo coletivos.*⁶ (grifamos)

Dessas considerações resulta visível que a Constituição, como o próprio ramo da ciência jurídica que dela se ocupa, compõe-se de elementos de ordem social, mas também política, na medida em que, para atingir as finalidades da sociedade organizada, decisões são necessárias. Para estas, é indispensável que se tenha algum referencial, ao que se presta a política, sobretudo a de governo, sempre vinculada aos limites da Constituição. Alvarez, ao tratar do Constitucionalismo, abordando-o como um processo histórico, político e social, afirma que:

*“De todas las ramas del Derecho, la Constitucional es la más impregnada de elementos políticos y sociales. Por ser conformador del Estado y tener como fin la preservación de la sociedad, siempre está referido a una realidad política y social determinada.”*⁷

2 SUPREMACIA DA LEI CONSTITUCIONAL

2.1 Conceito e função

Roscoe Pound, na sua concepção da finalidade da lei, estabelece que se busca é dar satisfação ao máximo do que for possível no todo das necessidades humanas, com um mínimo de sacrifício. A lei seria, sob seu ponto de vista, uma instituição social que visasse a satisfazer necessidades sociais – suas pretensões, exigências e expectativas implícitas na existência da sociedade civilizada – efetivando tantas quantas sejam possíveis, com o menor sacrifício, na medida que tais necessidades possam ser satisfeitas ou tais pretensões efetivadas por uma ordenação de conduta humana, por meio de uma sociedade politicamente organizada⁸. Por ser a lei fundamental do Estado, à Constituição também se aplica a compreensão do ensino de Pound. Nesse sentido, ensina o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a supremacia da lei deveria ser, conforme o esquema clássico, a prevalência da razão sobre o arbítrio dos governantes. Deveria exprimir a vontade geral, que nunca erra, por ser a razão humana despida de interesses que a descaminham e, jamais, o predomínio de qualquer grupo, de qualquer vontade particular⁹.

A supremacia constitucional, em síntese, significa que o Texto Magno deve prevalecer sobre quaisquer outros textos em vigor no país. A Constituição, pois, é a lei das leis, *suprema lex*. Para que esse princípio seja acatado, a própria Constituição

6 RIBEIRO JÚNIOR, op. cit., p. 26.

7 Cf. ALVAREZ, Túlio Alberto. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Caracas: Anexo Editora (Centro de Investigaciones Economicas), t. I, 1998. p. 97.

8 NUNES, Luiz Antonio. *A lei, o poder e os regimes democráticos*. São Paulo: RT, 1991. p. 14.

9 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 66.

estabelece o controle de constitucionalidade¹⁰, de forma que aquela norma fundamental do Estado alcance plena eficácia, quer jurídica ou social.

3 O INTERESSE POPULAR E A CONSTITUIÇÃO

Por expressar a vontade do titular do poder político, resta evidente que a preservação plena do Texto Constitucional interessa, em todas as instâncias, aos membros que dão corpo à sociedade. Nesse diapasão, sendo a limitação do exercício do poder pelo Estado uma necessidade que se impõe para a sustentação do Estado Democrático, o exercício dessa fiscalização vincula-se à exata proporção em que os cidadãos atuarem nessa direção. No dizer de Tavares: “Na medida em que for se criando uma consciência constitucional, as violações à Constituição serão mais pronta e eficazmente reprimidas pela própria sociedade, interessada que é na preservação do corpo jurídico que fundamenta o convívio social, que é a Constituição”¹¹.

Embora a participação mais direta do cidadão na defesa da Constituição se mostre ainda ligeiramente quimérica, ante o alto grau de organização social e política que tal exigiria, tal obstáculo não deveria tanto distanciar o titular do direito do seu exercício. Assim, na esteira do raciocínio daquele estudioso, para a materialização de um Estado Democrático de Direito em que a vontade de constituir e o exercício do direito político individuais sejam afins, revela-se necessária a urgente criação e consolidação de uma “consciência constitucional”.

Ante tal quadro, por suas limitações, torna-se indispensável que os entes e órgãos legitimados para controlarem a constitucionalidade do nosso Estado, ao alcance das finalidades de sua existência, façam valer o mandato e outros espaços de atuação que lhes outorgaram os titulares do poder político. Assim, agentes públicos que servem nos três poderes funcionais do Estado, bem como o órgão incumbido de, por excelência, guardar a Constituição, entre nós, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102), têm sobre si o *munus* de preservar a vontade do povo, como elemento constitutivo do Estado, ao teor do art. 1º, parágrafo único da Lei Magna. Isto se faz por via do controle de constitucionalidade, na defesa da Constituição.

4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Da sua necessidade

A realização do controle de constitucionalidade mostra-se indispensável para impor limites ao poder conferido ao Estado. Este, tendo sua organização decorrente da reunião de interesses supra-individuais, ainda assim, tem sua razão de ser além de si mesmo. De ordinário, ocorre o desvio desse objetivo, de forma que o Estado vem a se tornar em um fim em si mesmo. Já de muito, mais de cinco décadas, prelecionava o

10 V. arts. 102 e 103 e incisos da Constituição Federal do Brasil. Nesse sentido, ainda, o seu art. 60, § 4º.

11 Cf. TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC – Celso Bastos Editor, 1998. p. 21.

Professor Geraldo Ataliba, luminar publicista das Arcadas, apontando ser o Estado um meio e não fim¹². Assim, leis e atos normativos que contrariem o texto fundamental, quer formalmente, no processo legislativo, quer materialmente, em sua substância, tornam-se, no dizer de Marshall, autênticos fatores de desagregação e ruptura¹³. Em nossa compreensão, tais desagregação e ruptura, atingindo a higidez e a segurança do ordenamento jurídico, trazem consigo direta lesão à vontade do titular do poder político, manifesta pelo Poder Constituinte.

E é nesse passo que o controle de constitucionalidade, na sua feição instrumental, se revela indispensável à democracia, porque seu exercício, ao preservar a Lei Superior, pode e deve materializar o intuito do titular do direito público, externado pelo Poder Constituinte.

Com tal gravidade se impõe o controle de constitucionalidade que os entes legitimados a realizá-lo não poderiam, em qualquer hipótese, omitir-se ante uma afronta àquele Texto.

5 REPRESENTAÇÕES DOS TITULARES DO PODER POLÍTICO NA EFETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O fundamento desta nossa compreensão tem estribo no que dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que consagra o povo como fonte de todo poder político e, por corolário, exclusivamente em nome do qual deve aquele ser exercido, notadamente pelos exercentes das funções (poderes) estabelecidas no artigo subsequente da Lei Magna. Qualquer desvio desse princípio dos princípios, do ponto de vista da estruturação jurídica do Estado, se configura como autêntica usurpação de poder.

Portanto, os ocupantes de cargos públicos, nisto abarcados os titulares das três esferas em que o poder estatal se realiza, incluso o Supremo Tribunal Federal, têm sobre si o *munus* de zelar pelo interesse maior e comum dos cidadãos nacionais, manifestos no Estatuto Fundamental.

5.1 No poder legislativo

Toda e qualquer proposta de elaboração legislativa deve se conformar com a Lei Maior do país, de forma que não ingresse no sistema uma norma que lhe seja afrontadora. Os trabalhos da permanente Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, cuja finalidade maior é o exame da constitucionalidade da lei em gestação, é objetiva oportunidade a que a vontade do titular do direito se materialize. Na realização desse trabalho de identificação e eliminação de focos de inconstitucionalidade, o controle vai dar atenção tanto à forma de elaborar a norma (como o órgão competente, o tipo legislativo adequado, o *quorum* exigido, a tramitação regular, as formalidades essenciais à sua validade), assim como quanto ao conteúdo propriamente dito ou à matéria contida

12 Cf. NOGUEIRA, Ataliba. *O estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 67.

13 MARSHALL, Carla C. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

na norma em gestação. Se houver ofensa ao primeiro conjunto, tem-se a inconstitucionalidade formal. Se essa acontecer no segundo caso, cuida-se de inconstitucionalidade material. Nesse âmbito, por fim, as discussões de plenário e a própria votação do projeto de lei dão azo a que o interesse dos cidadãos possa prevalecer, notadamente pelo controle de constitucionalidade realizado.

Não tendo o povo, ordinariamente, o exercício do processo legislativo direto, exceto pela iniciativa popular constante do art. 14, III, da Constituição Federal, a tramitação de ordinário projeto de lei nas duas casas legislativas é, em quase todo o tempo, oportunidade a que a obediência ao princípio da supremacia constitucional se constitua em exercício democrático, por meio do ora estudado controle.

Paralelamente, autorizadas pelo citado art. 103 da Constituição, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, assim como das Assembléias Legislativas, foram dotadas da legitimidade ativa para o ajuizamento das ADIn e Adecon ou ADC¹⁴. Contemplado o objetivo original da existência daquelas Casas, a faculdade que o Poder Constituinte conferiu às suas Mesas, no citado artigo, não há duvidar, tal prerrogativa inclui a realização da vontade popular e do bem-estar comum colimado na Carta Política, mesmo que por via de representação.

5.2 No poder executivo

Além de figurarem no rol dos entes legitimados no art. 103, I e V, da Constituição Federal para o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Presidente da República e o Governador de Estado têm a oportunidade de defender a vontade popular por meio do seu veto ao projeto de lei que se lhes apresente. Certamente, o mais relevante motivo a lastrear o veto ou sanção pelo Chefe do Executivo é sua compreensão da compatibilidade do texto sob exame com o Texto Constitucional, tomado como espelho da vontade democrática. Poderá discordar do projeto de lei, por entendê-lo inconstitucional, em seu aspecto formal ou material. Por evidência, também a edição de medidas provisórias deve passar pelo sagrado cadinho da harmonia com a Constituição. Nem mesmo a relevância e urgência, estabelecidas como critérios para a edição dessa excepcional modalidade de legiferância, por si mesmas, autorizam seja contrariado o disposto na Lei Maior. *Contrariu sensu*, o ideal seria fossem tomadas como objetivamente relevantes e urgentes as normas constitucionais, principalmente aquelas declaratórias de princípios fundamentais do nosso Estado, que é constitucional e democrático. A multiplicidade de circunstâncias em que a gestão pública se realiza, por outro lado, com frequência estabelece quadros diante dos quais o Chefe do Executivo se encontra em autênticos “entre chifres”. De um lado, o ato governativo que se impõe, com acentuada margem de discricionariedade; de outro, para o momento, o “inviável” comando normativo a cumprir. Com efeito, qual a vereda a trilhar quando ação governamental e segurança jurídica não são contempladas em um mesmo campo? O que fazer? Privilegiar a ação governamental, sob o argumento de que do sucesso desta depende o

14 Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, respectivamente.

desenvolvimento econômico, político e social, acarretaria um sério problema: privilegiada a ação governamental, mas colocando-se a segurança jurídica em plano secundário. O dano direto, no nosso modo de ver, seria a possibilidade de se ter uma sociedade “democrática” em que se não se pudesse verificar certeza do cumprimento das regras do sistema. Ou em que tais regras ficassem ao fragor dos interesses de quem estivesse no exercício do poder. Portanto, em face de fator ou fatores que contribuam para gerar grau de incerteza quanto à desejada harmonia entre a aplicabilidade da ação governamental e a segurança jurídica, a subordinação ao regramento constitucional se mostra basilar. A segurança jurídica, que não excede à obediência da lei, ao respeito às regras do jogo, balizados pelos princípios de impessoalidade, fim público e estabilidade social, encontra no controle de constitucionalidade um eficaz instrumento a ser aplicado pelo Poder Executivo. A Constituição, portanto, há de ser o livro de cabeceira de qualquer Chefe do Executivo que se pretenda ou arvore legítimo.

5.3 No poder judiciário

Após um quarto de século de ditadura, a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, trouxe ao país uma nova ordem institucional, em que o Poder Judiciário foi dotado de poderes reais para, de forma inédita na história brasileira, até desautorizar o Executivo ou, ao menos, limitar suas ações. Ao mesmo tempo, o novo Texto Fundamental também manteve o Supremo Tribunal Federal no estratégico papel de guardião da Constituição, pelo seu art. 102.

O Poder Judiciário brasileiro, no modo repressivo, exerce o controle de constitucionalidade nos seus dois métodos: o controle difuso e o concentrado, em abstrato. No controle difuso, por via de exceção, no Brasil, qualquer juiz ou tribunal pode decidir se há ou não afronta aos ditames constitucionais, chegando o caso ao Supremo Tribunal Federal, exclusivamente pelo recurso extraordinário. O controle concentrado, em abstrato, surgiu por inspiração de Hans Kelsen, em 1920, na Áustria. Certo é que o controle de constitucionalidade passou, após a Segunda Grande Guerra, por um notável florescimento, o que continua ocorrendo, porque os povos europeus sentiram, na própria carne, os desmandos, o autoritarismo do Estado. Perceberam, então, que seria necessário redescobrir a idéia de Constituição, e que é preciso imaginar meios e modos de defendê-la. Nada protege mais os direitos individuais e as liberdades públicas do que as medidas judiciais; por igual, nada defende mais a cartilha e o brevíário do povo livre, a Constituição, do que o controle de constitucionalidade no âmbito jurisdicional. Os povos europeus compreenderam isso, como passamos a expor.

Como bem lembra Ramos,

“É bom que fique registrado, desde já, que os antigos, até o Renascimento, limitavam o poder, mas tendo em vista a coesão da sociedade e não o respeito ao homem enquanto (*sic*) ser de direitos – o cidadão – visto que este ainda não tinha existência histórica, pelo menos no sentido moderno do termo. Ademais, o controle de constitucionalidade na Antigüidade, se assim é possível chamá-lo, repousava sobre critérios morais, místicos religiosos, e não sobre critérios

racionais, exteriorizados através de uma ordem jurídica administrada por um corpo específico de funcionários: os burocratas.”¹⁵

Mas, superada a Idade Média, passados os tempos Modernos e chegada a era Contemporânea, tal controle tomou novos rumos e dimensão. Por isso, cabe bem registrar que, na Áustria de 1920, para realizar o controle de constitucionalidade concentrado, *in abstracto*, criou-se uma Corte Constitucional. Com a invasão do dito país pelos nazistas, tal Corte teve suas portas cerradas. Era 1945 e a restauração da liberdade na Europa assinalou o ressurgimento da Corte histórica Constitucional austríaca. No ano de 1949, o Tribunal Constitucional alemão é instituído pela Lei Fundamental de Bonn. A Constituição Italiana, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1948, instituiu a Corte Constitucional italiana. A redemocratização da Espanha, com a notável Constituição de 1978, deu lugar ao importante Tribunal Constitucional espanhol. Semelhantemente, pela reforma de 1982, o mesmo se dá em Portugal, também redemocratizado, com a Constituição de 1976¹⁶. Esse espírito se fez presente em terras de nosso país.

Desde os primeiros tempos da República, já se praticava o controle difuso no Brasil, e em 1934, foi dado o primeiro passo para o controle jurisdicional concentrado, porque foi a Constituição daquele ano que instituiu a ação direta interventiva. Esta pode ser considerada o marco inicial da formalização da intervenção federal nos Estados-membros. Todavia, sob a égide da Carta de 1946, mais exatamente em 1965, pela Emenda Constitucional nº 16, é que se introduz no Brasil a ação direta objetiva, a representação de inconstitucionalidade, atribuindo-se ao Procurador-Geral da República, e somente a ele, a legitimidade para a ação. Certamente ao conferir tal legitimidade ao PGR, considerado o interesse coletivo e amplo que é próprio da função do Ministério Público, já se patenteava, ao nosso ver, o caráter democrático do interesse público envolvido naquela realização do controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 ampliou, acentuadamente, o controle de constitucionalidade no Brasil. No que toca à ação direta de inconstitucionalidade, ampliou a legitimidade ativa para sua proposição. Surge um significativo rol de órgãos públicos, autoridades e até entidades privadas que podem ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade. Entre esses, como reza o art. 103 da CF, também foram legitimados ativamente para o exercício do controle de constitucionalidade órgãos de caráter coletivo como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-OAB e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Focando mais proximamente a OAB, é instituição que, tanto na busca de suas funções primeiras, como nas freqüentes manifestações em prol de interesses públicos, com a legitimidade conferida pela CF, constitui-se excelente meio a que o interesse democrático prevaleça.

15 Cf. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofias e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: IBDC – Celso Bastos Editor, 2000. p. 21.

16 Sobre a origem e evolução do controle de constitucionalidade, também no Brasil, vide: SILVA, Paulo Napoleão N. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do senado federal*. São Paulo: RT, 1992; VIERA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994. p. 39-69; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A alteração da constituição e seu controle no direito constitucional brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (Coord.). *Dimensões do direito contemporâneo*. São Paulo: IOB, 2001. p. 117-136.

Nessa linha de consideração, o magistério de Paulo Bonavides assinala a função do controle de constitucionalidade, em uma perspectiva histórica e liberal:

“Garantir direitos individuais foi sempre a nota suprema ou a razão maior do controle de constitucionalidade, pelo menos como ele se estabeleceu de acordo com a tradição americana, desde o julgado da Suprema Corte na demanda *Marbury versus Madison*, a mais perfeita soma de argumentos lógicos que compõem a essência de uma teoria constitucional da liberdade nos moldes do liberalismo.”¹⁷

Portanto, a construção de uma teoria do controle de constitucionalidade tem como base a defesa dos direitos individuais. Em face do enfoque deste breve artigo, impende ressaltar aqui que, observadas as regras de aplicação daquele controle, o método difuso se afigura como um democrático meio à manifestação judicial das ocorrências de lesão ao Texto Fundamental. Desse modo, é facultado que qualquer do povo, em litígio judicial, suscite a inconstitucionalidade da lei, de forma incidental. E qualquer juiz pode conhecer da matéria, dando-lhe a esperada e cabível decisão.

Qual seria a forma ideal para o controle de constitucionalidade no Brasil? Concentrada ou difusa? A evolução para um controle unicamente concentrado, como se pode pretender, mostra-se prejudicial ao princípio, à essência ou à razão de ser do controle de constitucionalidade, que se caracteriza pela garantia dos direitos individuais. É a existência de um sistema difuso-incidental que possibilita a qualquer cidadão de um ponto geográfico desses nossos rincões o reaver seus direitos, enfim, as condições de sua cidadania. Se cada cidadão de qualquer lugar do Brasil, em um sistema puramente concentrado, tivesse que esperar por uma decisão do STF sobre seu direito constitucional – que, em muitos casos, traria decisão que só seria de proveito àquele dito cidadão – por certo a Justiça deixaria de ser um espaço público para resolução de conflitos. Deve-se considerar ainda que o sistema concentrado exige que o cidadão tenha uma representação para, por ela, exercer o direito de propositura de uma ação, como é do art. 103 da CF, que aponta os seus entes legitimados. As dimensões de nosso país, o ritmo característico das atividades da nossa Justiça e, nos casos específicos, os custos de acesso aos Tribunais são flagrantes entraves à exclusividade do sistema concentrado.

5.4 Em outros órgãos

As participações da Procuradoria Geral da República, esta legitimada à proposição da ADIn (art. 103, VI, da CF) e dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, bem como de confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, na efetivação do controle de constitucionalidade, são potenciais materializações do interesse democrático. Semelhantemente, a manifestação da Advocacia Geral da União prevista no § 3º do art. 103 da CF, ao defender ou impugnar o ato ou texto levado ao STF, não pode fugir da órbita principiológica da Constituição. Por evidência, também o Ministério Público detém importante fração no labor

17 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 291.

preventivo e corretivo das lesões ao texto da *Lex Magna*. Órgão cuja existência tem lastro na própria Constituição, esse braço da Justiça é aquele a que foram incumbidas algumas tarefas diretamente ligadas à proteção do interesse público, podendo até mesmo assumir a legitimidade ativa nos procedimentos da ação popular, no caso de desistência do proponente particular. Além deste caso – meramente exemplificativo, aqui – a gama de atividades em que pode e deve atuar, sempre na busca da proteção do interesse do Estado, patenteia o Ministério Público como um dos entes pelos quais a preservação da vontade constitucional se edifica. Neste caso, ainda que em desempenho atípico ao controle de constitucionalidade, esse ator desempenha tal controle. E dele não pode se afastar.

A atuação dos órgãos mencionados, ao procurarem impedir o ingresso e/ou permanência de normas contrárias à Constituição na ordem jurídica, tem por norte que a vontade popular manifesta no Texto Fundamental deve prevalecer, em pleno exercício da democracia representativa.

CONCLUSÃO

Em vista da prevalência do interesse democrático insito à preservação do texto constitucional, resta evidente a necessidade do contínuo exercício do controle de constitucionalidade. A expressão “controle de constitucionalidade”, tendo por núcleo o termo “controle”, sugere um caráter instrumental, por que se poderia “dirigir a constitucionalidade”. Todavia, o alvo derradeiro desse instituto visa mesmo é à preservação do texto fundamental, cuja magnitude decorre de veicular a vontade dos respectivos titulares-cidadãos. É a razão porque, mais que um mero controle – naquele sentido de comando – é o controle de constitucionalidade um procedimental. Instrumento do exercício, em última análise, da vontade de seu dono, o povo. Logo, estritamente realizado, alteia-se como objetivo exercício da democracia.

Em suma, o que se mostra indispensável é que o governo não se confunda com o governante; preciso é que o governo, em qualquer das suas funções, seja, de fato e de direito, “uma instituição regulamentada”, organizada por uma lei superior, lei que submeta governados e governantes. Esta lei é seu estatuto e regimento. Ela é que se chama Constituição. Isso faz evidente que a Constituição não tem por fim solucionar todos os problemas nacionais, mas é diretriz indispensável à consecução dos fins de um Estado.

Bobbio, no capítulo derradeiro de sua obra *O futuro da democracia*, propõe a discussão entre sobre o que seria melhor, se o governo dos homens ou o governo das leis. Ao final, passando pelos vários pensadores a tratar desse conflito ao longo dos séculos, vai ele mesmo responder, sem hesitação, que sua preferência se dava para o governo das leis, não para o governo dos homens. E conclui: “O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo da democracia.”¹⁸

18 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* – uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 1986. p. 171.

Portanto, contemplando-se que a supremacia da Lei Fundamental tem sua pedra angular na “norma hipotética fundamental” existente na vontade dos que compõem o povo em um Estado constitucional, como é o nosso, parece-nos inevitável o reconhecimento do controle de constitucionalidade como um instrumento do exercício democrático. Sem ele, a Constituição se transmuta em texto comum, e, nesse diapasão, resta sujeito a todas as lesões afetas às leis ordinárias.

E pior, não se materializa a intenção do principal elemento do Estado, o seu povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Túlio Alberto. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Caracas: Anexo Editora (Centro de Investigaciones Economicas), t. I, 1998.
- BARROS, Sergio Resende de. *Como reformar constitucionalmente*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/site>>. Acesso em: 31.07.2004.
- BARTHES, Roland. *O prazer do texto*. Tradução de Maria M. Barahona. Lisboa: Edições 70, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MARSHALL, Carla C. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (Coord.). *Dimensões do direito contemporâneo*. São Paulo: IOB, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NOGUEIRA, Ataliba. *O estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- NUNES, Luiz Antonio. *A lei, o poder e os regimes democráticos*. São Paulo: RT, 1991.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofias e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: IBDC – Celso Bastos Editor, 2000.
- RIBEIRO JÚNIOR, João. *Pessoa, estado & direito*. Campinas: Copola Livros, 1994.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do senado federal*. São Paulo: RT, 1992.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC – Celso Bastos Editor, 1998.
- VIERA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. São Paulo: RT, 1994.

A *VACATIO LEGIS* NA LEI DE INTRODUÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Fuad José Daud

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), Professor de Direito Civil e Direito Comercial (Faculdade de Direito da Universidade de Santo Amaro – UNISA – e Faculdade Campo Limpo Paulista – FACCAMP), Pesquisador do CNPq, Advogado em São Paulo.

RESUMO: A Lei de Introdução ao Código Civil é o Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942. A lei passa a existir e torna-se obrigatória aos cidadãos a partir de sua publicação no Diário Oficial. Regra geral, a lei começa a vigor com sua publicação; todavia, havendo a *vacatio legis*, a norma jurídica só passará a vigorar após esse período de vacância. Na vigência da lei, esta pode ser revogada por outra, quando expressamente a declare, quando com ela incompatível ou quando regular inteiramente a mesma matéria. A *vacatio legis* é necessária conforme a complexidade da lei, para uma necessária adequação do corpo social às suas disposições.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de introdução ao código civil; publicação da lei; *vacatio legis*; vigência da lei.

SUMÁRIO: 1 Elementos introdutórios; 2 Publicação da lei; 3 Vigência da lei; 4 *Vacatio legis*; 5 Elementos conclusivos; Referências bibliográficas.

1 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

A Lei de Introdução ao Código Civil é o Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942, que acompanha o Código Civil, trata de variados assuntos, e é considerado um código de normas¹, cujos pontos podem ser distribuídos da seguinte forma²: a) “vigência da lei, obrigatoriedade da lei, *vacatio legis* e *errata* da lei (1º e seus parágrafos)”; b) “princípio da continuidade das leis, revogação e suas espécies, revogação e seus efeitos, repristinação (art. 2º e seus parágrafos)”; c) “conhecimento a lei (art. 3º)”; d) “fontes subsidiárias da lei (art. 4º)”; e) “aplicação da lei por sua interpretação (art. 5º)”; f) “conflito das leis no tempo (art. 6º)”.

Os arts. 7º a 17 disciplinam o Direito internacional privado brasileiro, que abrange conteúdos correspondentes à pessoa, à família, aos bens, às obrigações, à sucessão hereditária, à competência judiciária brasileira, à prova dos fatos ocorridos no estrangeiro, à prova do Direito estrangeiro, à execução de sentença prolatada no

1 DINIZ, 2004, p. 5.

2 DOWER, 2004, p. 13-14.

exterior, à aplicação da lei estrangeira, à limitação da aplicação de leis, atos e sentenças de outro país no Brasil. Os arts. 18 e 19 referem-se aos atos civis praticados pelos cônsules brasileiros, no estrangeiro.

Este trabalho tem o escopo de informar apenas uma dessas matérias, que engloba, ainda que limitadamente, os três primeiros dispositivos legais da LICC pertinentes à publicação, vigência e o conhecimento da lei. Para tanto, é importante a assimilação do significado da *vacatio legis*, para a determinação do momento em que a lei inicia sua vigência e obrigatoriedade perante o público em geral, isto é, perante os profissionais do Direito e para os leigos interessados ou não.

2 PUBLICAÇÃO DA LEI

A palavra *publicação*, tem sua origem no latim *publicatio*, de *publicare*, que quer dizer tornar público, fazer público. Publicar, do latim *publicare*, é o verbo que significa mostrar-se em público, divulgar. Na significação jurídica, tem o sentido de “divulgar ou tornar público, dar conhecimento ou fazer conhecido”³.

Fábio Ulhoa Coelho⁴ ensina que a lei passa a existir com a sua publicação na imprensa oficial. Seu entendimento é de que, antes da publicação, não se deve considerar a existência da lei, mesmo que ela tenha sido aprovada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Diz, ainda, que os destinatários da lei não podem ter conhecimento de seu conteúdo enquanto não for publicada.

Por outro lado, entende Sílvio Rodrigues⁵ que o ato da promulgação, pelo Presidente da República, faz proclamar perante o corpo social a existência da lei. Com isso, há a publicação que torna a lei obrigatória, não se confundindo a promulgação com a publicação.

O que importa, em última análise, é que, com a publicação, a lei, na imprensa oficial, passa a ser conhecida para a necessária segurança jurídica.

O conhecimento da lei é uma imposição de ordem jurídica. O art. 3º da LICC determina que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Na esteira desse dispositivo, Sílvio Rodrigues⁶ entende que, “se inexistisse o dispositivo, qualquer pessoa poderia furtar-se de cumprir a lei sob o pretexto de a desconhecer”.

3 VIGÊNCIA DA LEI

A palavra *vigência* significa “estar em vigor, viger, ter eficácia, estar vivo, ser vigoroso”⁷. A vigência da lei não tem o sentido de eficácia, pois ela pode não ser observada ou obedecida no decorrer de sua entrada em vigor, ficando em desuso.

3 DE PLÁCIDO E SILVA, 1986, p. 502-503.

4 COELHO, 2003, p. 38.

5 RODRIGUES, 2002, p. 17.

6 Idem, p. 19.

7 GOMES, 2006, p. 129.

Podemos acrescentar que a vigência tem a ver com a validade formal da lei por ter sido publicada no Diário Oficial.

Maria Helena Diniz⁸ ensina que a validade formal, “ou técnico-jurídica (vigência em sentido amplo), de uma norma significa que ela foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais”. Assim, a norma válida, em termos formais, é aquela promulgada por um ato legítimo de autoridade competente, conforme os trâmites estabelecidos, segundo preceitos constitucionais, não tendo sido revogada.

A vigência, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho⁹, “é a aptidão de produzir efeitos juridicamente válidos. Após a publicação na imprensa oficial, a lei *existe*, mas isso não significa que esteja já produzindo efeitos”. Quer dizer que a *aptidão* não significa que a lei produzirá os efeitos que dela se esperam, se a mesma será ou não eficaz, tendo em vista que uma lei vigente pode ser ineficaz, pode não ser observada sem que os sujeitos sejam apenados.

Sabemos, então, que o início da vigência de uma lei é sua publicação pela imprensa oficial. Todavia, existem situações em que, apesar de sua publicação, a lei não entra em vigor, ou seja, não passa imediatamente a vigor. É a própria lei que determinará o momento de sua entrada em vigor.

César Fiuza¹⁰ informa que, “às vezes, entra em vigor na data de sua publicação; às vezes, trinta dias ou um ano após sua publicação. A fixação do início de vigência de uma lei dependerá de seu objetivo específico”.

Na conformidade do art. 1º da LICC, “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”. O § 1º do mesmo dispositivo diz que, “nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada”.

O princípio disposto no art. 1º, acima prescrito, não é absoluto, “porquanto quase todas as leis atualmente expedidas prescrevem sua entrada em vigor na data da respectiva publicação, ou fixam, no futuro, a data em que começará a produzir seus efeitos, como ocorreu com o Código Civil de 2002”¹¹.

Em uma eventual correção da lei, antes de sua entrada em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, o prazo da obrigatoriedade começará a correr da nova publicação, segundo o § 3º do art. 1º. O § 4º desse artigo determina que as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova. A disposição do § 2º desse mesmo artigo não tem mais aplicação e só fazia sentido na vigência da Constituição Federal de 1937: “a vigência das leis, que os Governos Estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, depende de aprovação deste e começa no prazo que a legislação estadual fixar”.

8 DINIZ, ob. cit., p. 49.

9 COELHO, ob. cit., p. 39.

10 FIUZA, 2006, p. 84.

11 MONTEIRO, 2003, p. 24-25.

Quando a lei não contém termo fixo de duração, ela terá sua vigência por prazo indeterminado. Para perder sua eficácia, outra lei, posterior, deverá modificá-la ou revogá-la. Assim a lei será revogada por outra lei. O art. 2º, § 1º, da LICC oferece três hipóteses em que a lei posterior revoga a anterior: a) “quando expressamente o declare”; b) “quando seja com ela incompatível”; c) “quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Por exemplo, o Código Civil de 2002 revogou expressamente o Código de 1916.

É exemplo de incompatibilidade com a lei o art. 1.062 do Código Civil de 1916, que permitia a livre estipulação de juros. A Lei da Usura (Decreto nº 22.626, de 07.04.1933) estabeleceu o teto máximo de juros, de 12% ao ano, se houvesse acordo entre as partes; do contrário, a taxa seria de 6% ao ano. Neste caso, prevalece a segunda lei, porque tacitamente revogou a disposição anterior.

4 *VACATIO LEGIS*

O prazo entre a publicação da lei e o início de sua vigência denomina-se *vacatio legis*. É uma expressão latina que significa *vacância da lei*. José Jairo Gomes¹² diz que é “o nome dado ao período que vai da publicação à efetiva entrada em vigor da norma”.

A contagem do prazo para o pleno conhecimento de sua entrada em vigor algumas vezes possibilita imprecisões. Para tanto, existe norma que esclarece essa questão.

A Lei Complementar nº 95, de 26.02.1998, determina, em seu art. 8º, § 1º, que o prazo da vacância fixado em dias conta-se com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo: “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. Por exemplo, uma lei foi publicada no dia 10 de janeiro de 2002 (como ocorreu com o Código Civil de 2002), o primeiro dia do prazo foi 10 de janeiro, e o último, sendo o prazo de um ano, 10 de janeiro de 2003. A lei entrou em vigor no dia seguinte, 11 de janeiro de 2003.

A *vacatio legis* maior ou menor depende da complexidade da lei, na necessidade de adaptação da sociedade às suas disposições, também conforme o setor ou setores de atividades mais atingidos pelo novo conteúdo jurídico. Por exemplo, a Lei nº 8.069, de 13.07.1990, em seu art. 266, *verbis*: “Esta lei entra em vigor noventa dias após sua publicação. Parágrafo único. Durante o período de vacância deverão ser promovidas atividades e campanhas de divulgação e esclarecimentos acerca do disposto nesta lei”.

Por outro lado, a Lei nº 8.009, de 29.03.1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, dispõe em seu art. 7º, *verbis*: “Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

12 GOMES, ob. cit., p. 130.

As leis, em sua maioria, contêm em seu texto a data que passará a vigor, como também pode coincidir com a de sua publicação.

5 ELEMENTOS CONCLUSIVOS

A Lei de Introdução ao Código Civil nos dá informações importantes a respeito do conhecimento da lei, sua vigência, especialmente sobre a *vacatio legis* expressa na norma jurídica.

Com a publicação da lei, esta se torna existente e obrigatória aos cidadãos, que não podem furtrar-se ao seu cumprimento. A ignorância da lei publicada não é permitida no ordenamento jurídico nacional, por ser uma questão de segurança jurídica e harmonia social.

Regra geral, a lei tem sua vigência a partir de sua publicação; entretanto, certas leis só entrarão em vigor posteriormente à sua publicação. Isto porque necessária sua adaptação pelos submetidos às suas disposições.

As leis com vigência por prazo indeterminado, que são a maioria, poderão ser revogadas por outras leis de modo expresso, por incompatibilidade, ou quando regule inteiramente a mesma matéria.

A contagem do prazo da *vacatio legis* está determinada pela Lei Complementar nº 95/1998, em seu art. 8º, § 1º. Contam-se a data da publicação e o último dia do período determinado na lei, entrando a lei em vigor no dia subsequente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1986.
- DOWER, Néelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Nelpa, v. 1, 2004.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GOMES, José Jairo. *Direito civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Renata Helena Paganotto Moura

Mestre em Direito pela PUC/SP, Professora da Pós-Graduação em Processo Civil da PUC/SP, Professora de Direito Civil, Processual Civil e Prática Jurídica Extrajudicial da Faccamp.

SUMÁRIO: Introdução; Função social da propriedade e abuso de direito; Usucapião e desapropriação: instrumentos da função social da propriedade; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Não há nada que se comente mais ao longo dos últimos anos em relação à propriedade do que a sua função social.

Há dúvida sobre quando e por quem surgiu esse conceito. Entre nós prepondera a idéia de Leon Duguit.

No Direito brasileiro, tal expressão surgiu na CF/1967, se bem que esta visão de uma funcionalidade já existia desde a CF/1934, que no art. 113, nº 17, estabelecia que “o direito de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo”.

O quadro evolutivo do direito de propriedade em nossas constituições apresenta-se da seguinte forma:

CF	1824	1891	1934	1946	1967	1988
Arts.	Art. 179, XXII	Art. 72, § 17	Art. 113, nº 17	Art. 147	Art. 157, III	Art. 5º, XXII e XXIII
PROPRIEDADE	“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do Cidadão será elie previamente indenmisado do valor della”.	“O direito de propriedade mantem-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante indenmização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de industria”.	“O direito de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo”.	“O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”.	“A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes principios: [...] III – função social da propriedade”.	“É garantido o direito de propriedade”; “a propriedade atenderá a sua função social”.

Apesar de toda essa evolução impressa ao longo dos anos, o conceito de propriedade no CC atual em nada foi alterado em relação ao anterior. Estabelecia o art. 524 do CC/1916 que “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua”. O CC/2002 estabelece que “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha”. Não houve

evolução e nem aperfeiçoamento do conceito e continua-se definindo a propriedade pelo seu conceito¹.

A CF atual tratou da função social em vários dispositivos e para ela estabeleceu vários instrumentos. O primeiro destes é o art. 5º, XXIII, que logo após ter estabelecido que é garantido o direito de propriedade, determina o legislador que essa atenda a sua função social. Também estabelece o legislador, como princípio da ordem econômica, a função social da propriedade (art. 170, III). Na política urbana dirá que esta tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (art. 182, *caput*). Também na política urbana estabelecerá que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (§ 2º, art. 182). No capítulo da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, o legislador tratou mais detalhadamente da função social. Primeiro estabeleceu que o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social poderá ser desapropriado (art. 184). No art. 186 estabeleceu critérios para se definir quando cumpre a propriedade sua função social². Prescreveu também no art. 185 que a pequena e média propriedade, assim como a propriedade produtiva, não serão desapropriadas para reforma agrária.

Tudo isso não define e não definirá o que seja função social da propriedade, este sempre permanecerá sendo um conceito jurídico indeterminado, preenchido pela própria evolução da propriedade e da sociedade.

Mas em si a noção de função social traz consigo a idéia de um direito não absoluto, da utilidade no exercício desse direito, do atendimento de uma função a ser exercida por aquele instituto na coletividade, a noção da função econômica que este representa como fonte geradora de riquezas, que só é cumprida quando há um uso do bem e um uso voltado a essas funções.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E ABUSO DE DIREITO

Recepciona o legislador na propriedade a teoria do abuso de direito.

Estabelece no § 2º do art. 1.228 que “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”.

Trata-se de um corolário da regra geral estabelecida no art. 187 no qual prescreve o legislador que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo,

1 GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 345.

2 “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

excede manifestamente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Preferiu tratar o legislador do abuso de direito como um ato ilícito, ou seja, é também ato ilícito aquele cometido com abuso de direito.

Não é pacífica tal escolha adotada pelo legislador, propugna-se pela diferenciação dos dois institutos, afinal ato ilícito é o cometimento de uma ação ou omissão violando direito, já abuso de direito é o ato daquele que exercendo direito, o excede³.

A história das limitações ao direito de propriedade passou necessariamente e inicialmente pela interpretação da proibição do abuso de direito. Como nos diz Barbosa Moreira, as primeiras elaborações teóricas e os primeiros precedentes judiciais relacionados com o abuso dizem respeito ao direito de propriedade⁴.

Lembram-se bastante de dois casos que já fazem parte da literatura jurídica. Um decidido pelos Tribunais alemães e outro pelos Tribunais franceses.

O primeiro, é o caso de um proprietário de um castelo que nele sepultou a sua esposa, porém impediu seu filho, com quem não mais falava, de nele ingressar para visitar o túmulo da mãe. Ingressando na Justiça, o filho ganhou o direito de visitar o túmulo da mãe entendendo que o pai exercia o direito de propriedade com abuso, pois não se podia proibir um filho de ingressar na propriedade para visitar o túmulo da mãe.

O segundo caso, também bastante lembrado, aconteceu na França, é o do proprietário de um terreno próximo do de um construtor de balões, que resolve erguer torres pontiagudas em seu terreno, causando assim acidentes no pouso e decolagem dos balões. Entenderam os Tribunais franceses que excedia o exercício do direito de propriedade essa construção, pois dela seu proprietário não retirava nenhuma utilidade, apenas o propósito de prejudicar seu vizinho.

A teoria do abuso de direito pode ser lida de uma forma objetiva e subjetiva. Por esta há a necessidade de caracterizar-se a intenção de prejudicar outrem, por aquela não se alude aquela intenção, mas à ultrapassagem de determinados limites no exercício. Tais limites são caracterizados como: a) pelo fim econômico ou social do direito exercido; b) pela boa-fé; c) pelos bons costumes⁵.

Adota-se entre nós a forma objetiva, pois o art. 187, regra geral do abuso de direito, não exige a configuração do elemento subjetivo – intenção de prejudicar outrem

3 Observa Barbosa Moreira em artigo sobre o assunto que do art. 187 do CC extrai-se de imediato uma ilação: a de que entre nós o abuso do direito está, de *lege lata*, equiparado ao ato ilícito. Semelhante equiparação, já se registrou, não é pacífica em doutrina. E, na verdade, parece razoável, do ponto de vista teórico, o entendimento que distingue as duas figuras. Uma é a situação de quem, sem poder invocar a titularidade de direito algum, simplesmente viola direito alheio: seria esse o autêntico perfil do ato ilícito. Outra situação é a daquele que, sendo titular de um direito, irregularmente o exerce. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padua, v. 13, p. 104, 2003.

4 *Ibidem*, p. 107.

5 *Ibidem*, p. 105.

–, porém o faz o § 2º do art. 1.228 ao considerar proibitivos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, exige que tais sejam realizados com a intenção de prejudicar outrem⁶.

Com relação ao exercício do direito de propriedade interessa mais de perto o excesso referente ao fim econômico ou social do direito.

Haveria abuso de direito daquele que exerce o direito de propriedade fora da sua finalidade econômica e social, pois esse é o seu contorno, esse é o seu limite.

Ao prescrever que a propriedade atenderá uma função social impõe o legislador o seu limite, pois agir fora desse contorno é não atender a função social e assim abusar do exercício desse direito. Agir com abuso de direito tanto com ação quanto com omissão. Comete abuso do direito o proprietário rural que nada faz no seu terreno: não planta, não mora; da mesma forma o proprietário urbano que não cuida, que deixa o bem deteriorar, comete atos omissivos, que se caracterizam abusivos pois excedem ao limite estabelecido pelo legislador, sendo que não dão à propriedade a finalidade econômica e social exigida pelo legislador.

Também comete abuso, claro, quem age fora dos limites estabelecidos pela boa-fé e pelos bons costumes.

Aqui nos encontramos diante de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados que devem ser interpretados pelo aplicador no caso concreto.

Por último, age com abuso do direito de propriedade o proprietário que ao exercê-lo visa prejudicar outrem sem nenhuma vantagem ou utilidade em seu ato.

USUCAPIÃO E DESAPROPRIAÇÃO: INSTRUMENTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A usucapião e a desapropriação são institutos de que se vale o legislador em determinadas situações para atingir a função social da propriedade, pois o proprietário, por não atender a esta função, pode perder o seu bem por desapropriação, bem como por usucapião pode o possuidor adquirir um bem em modalidades de prazo mais reduzidas, privilegiando a função social do bem que este atinge enquanto nele mora e produz.

Não se está dizendo que esses dois institutos são destinados à função social da propriedade, mas sim que são institutos autônomos, cuja função é definida em lei, e dos quais se vale o legislador para, por eles, buscar o cumprimento da função social da propriedade.

6 Para Barbosa Moreira não se pode deixar de estranhar a falta de sintonia entre o art. 1.228, § 2º, *fine*, e o art. 187. Terá o código querido adotar dois conceitos distintos de abuso de direito, um, mais amplo, para os direitos em geral, outro, mais restrito, para o direito de propriedade? É o que sugere o cotejo dos textos, embora nada justifique, no plano da política legislativa, semelhante discriminação. A hipótese mais provável é a de que falhou aí o trabalho indispensável de coordenação das várias partes de que se compõe o novel diploma.

No primeiro, desapropriação, “pune-se”⁷ o proprietário que não cumpriu a função social com a perda do bem, e no segundo, usucapião, privilegia-se o possuidor que atinge a função social do bem com redução de prazo prescritivo.

Este caráter sancionatório da desapropriação, criticado pela doutrina, nota-se também com relação à indenização do proprietário. Na desapropriação para atendimento de uma utilidade pública, o pagamento é prévio e em dinheiro (art. 5º, XXIV), já nas desapropriações por desatendimento da função social o pagamento não é em dinheiro, paga-se com títulos da dívida pública resgatáveis no prazo de até 10 ou 20 anos.

Já com relação à usucapião, o CC/2002 reforçou ainda mais esta idéia de um privilégio ao possuidor que cumpre a função social do bem, quando trouxe mais duas modalidades que tem seu prazo reduzido pelo atingimento desta função social. Foram estes o parágrafo único do art. 1.238 e o parágrafo único do art. 1.242. Também dentro desta política incluiu o legislador uma nova hipótese de perda da propriedade no § 4º do art. 1.228, privilegiando também o cumprimento da função social da propriedade.

Assim, resumiríamos nesse quadro as principais hipóteses legais que visam, por meio da usucapião e da desapropriação, buscar o cumprimento da função social da propriedade, ora sancionando, ora beneficiando quem a cumpre:

DESAPROPRIAÇÃO	USUCAPIÃO
“Art. 182. [...] § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: [...] III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”	“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.” (Usucapião <i>pro habitazione</i>)
“Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”	“Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.” (Usucapião <i>pro labore</i>)
“Art. 1.228. [...] § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”	“Art. 1.238, parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.” (Forma especial do usucapião extraordinário)
§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.” ⁸	“Art. 1.242, parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.” (Forma especial do usucapião ordinário)

7 Usa-se aqui a expressão punir de forma licenciosa, mais como um recurso lingüístico a reforçar a idéia da perda de um direito (direito de propriedade) do que como uma terminologia técnica.

8 Para alguns autores trata-se esta espécie de uma desapropriação judicial.

CONCLUSÃO

O tema “função social da propriedade” comporta uma série de abordagens: social, política, econômica, jurídica etc. Nos restringimos aqui a seu aspecto jurídico e, ainda com relação a este, à análise de dois elementos que envolvem essa discussão: o de seus instrumentos e a aplicação da teoria do abuso de direito. Assim procuramos demonstrar que a usucapião e a desapropriação são instrumentos utilizados pelo legislador na busca de uma função social da propriedade: ora como prêmio, como quando se reduz o prazo aquisitivo da propriedade; ora como sanção, quando se desapropria por não cumprir essa função. Já com relação à teoria do abuso de direito, demonstramos que a aplicação desta encontrou ao longo dos anos na propriedade o seu campo mais fértil e hoje insere-se no nosso sistema como uma cláusula geral, permitindo uma maior e mais forte interpretação do direito de propriedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA, Alexandre Sanches (Org.) *Todas as constituições brasileiras*. Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea* (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GUEDES, Jefferson Carús. Função social das “propriedades”: da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso de direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 13, 2003.

O MOMENTO DO INÍCIO DA VIDA PARA O CRIME DE HOMICÍDIO

Mauro Cabral dos Santos

Bacharel em Direito pela Unisantos, Licenciado em Biologia pela Unisanta, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público, Especializando em Bioética pela Universidade de São Paulo, Ex-Delegado de Polícia do Estado de São Paulo, Ex-Procurador do Estado de São Paulo, Promotor de Justiça Criminal do Estado de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal, Ciência Criminal, Prática Jurídica Penal e Direitos Difusos na Faccamp (Faculdade de Campo Limpo Paulista).

RESUMO: A vida termina com a morte cerebral e, para os mais práticos, inicia com o nascimento. Entretanto, a lei protege também o nascituro. Sabendo-se que o aborto é a interrupção da gravidez e o homicídio a morte de um ser vivo, a questão que se faz, no Direito Penal, é sobre o exato instante que um fato criminoso deixa de ser aborto para ser homicídio, quando falamos de um nascituro. Exatamente isso é que será abordado nesta matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; infanticídio; início da vida; homicídio.

SUMÁRIO: Introdução; O início da vida para o crime de homicídio; A doutrina sobre o tema; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Hoje em dia muito se discute sobre a origem da vida, para que melhor possamos adequar os conceitos técnicos aos jurídicos.

Em virtude do crescente avanço tecnológico, fez-se necessário rever alguns conceitos, já existentes, para que se formassem novos conceitos de vida, e do momento em que esta realmente inicia.

Deixemos, entretanto, estas discussões para outro momento. Aqui, discute-se também o início da vida, mas não quando, para a ciência e o direito, deve-se considerar que um ser humano está vivo, mas, sim, a partir de que momento este ser humano pode ser vítima de homicídio.

O INÍCIO DA VIDA PARA O CRIME DE HOMICÍDIO

A lei penal prevê os crimes contra a vida, inclusive atribuindo-lhe um juiz natural para o julgamento, ou seja, o Tribunal do Júri.

São crimes contra a vida o homicídio, o aborto, o infanticídio e o induzimento, auxílio ou instigação ao suicídio.

Destes crimes, dois merecem nossa atenção para que possamos diferenciá-los, são eles o aborto e o homicídio.

O aborto é a interrupção da gravidez. O homicídio é a atividade de se ceifar a vida de um ser humano. Até aí parece que não existem maiores polêmicas, entretanto, o que nos chama a atenção é definir a partir de que momento pode alguém ser vítima de homicídio.

A primeira resposta que nos vem à mente é que será vítima de homicídio quem estiver vivo, ou seja, já tenha nascido.

Embora pareça lógica a resposta, cria-se, com esta, uma lacuna na lei, pois, se aborto é a interrupção da gravidez, ou seja, quando a criança ainda não está a termo para nascer, e homicídio somente ocorre após o nascimento da criança, estaria impune quem viesse a matar uma criança durante o parto?

Oras, quando se considera a morte de uma criança durante o parto, não se pode falar em conduta atípica, senão estaríamos reconhecendo uma inexistente lacuna na lei, pois o fato não pode ser interpretado como interrupção de gravidez, capaz de tipificar o aborto e, terminada a gravidez, com o início do parto, já estamos falando de um ser vivo, que apenas não nasceu e que não poderá nascer por vontade ou negligência de alguém, esta pessoa estaria à margem da proteção jurídica?

Sem entrar em qualquer discussão religiosa ou temática, entendo que a visão daqueles que justificam só ser possível o homicídio após o nascimento da pessoa, leva em consideração a lei civil sobre a personalidade, mas esquece-se de considerar a existência de um ser vivo desde sua concepção, o que tutela nossa lei penal.

Suponhamos que uma mulher, em trabalho de parto, chegue a um hospital e, por negligência médica, seu filho acabe morrendo na hora que deveria nascer. Que conduta criminosa teria praticado, em tese, o médico?

A parturiente chegou ao hospital em trabalho de parto trazendo em seu ventre um ser vivo, e apenas não pode ver ser filho vivo por ação culposa de um médico que negligenciou em seu atendimento.

Considerar atípica a conduta negligente do médico, nesta hipótese, seria a mesma solução de fornecer uma autorização para que alguém viesse a matar, impunemente.

A vida é, dentre os bens jurídicos penalmente tutelados, o mais importante, pois totalmente irreversível.

O legislador preocupou-se tanto com isto que previu, no início da parte especial do Código Penal, os crimes contra a vida, por entender serem estes os mais primordiais.

De tamanha importância a vida que, no nosso ordenamento, quando um crime contra a vida é cometido de forma dolosa, quem o julga não é um juiz togado, e sim o Tribunal do Júri.

Desta forma, não poderia o legislador, de maneira alguma, esquecer-se de tutelar uma fase da vida, ou seja, quando do nascimento do ser humano.

Tanto é assim, que não esqueceu. Tutela a vida desde a concepção por meio do crime de aborto, em todas suas modalidades, quanto à vida de quem teve a sorte de nascer vivo, a lei tutela esta vida por meio dos crimes de infanticídio e homicídio.

Para o crime de infanticídio, que historicamente falando é uma vertente do crime de homicídio, o legislador deixou bem claro que a vida é tutelada durante o parto ou logo após.

Oras, se existe previsão legal para a mãe que, durante o parto, em estado puerperal, mata o próprio filho, por óbvio que se esta morte é ocasionada por terceiro, este também deve responder, independentemente de estar, a mãe, em estado puerperal, ou não.

Assim, demonstrou o legislador que o crime de aborto existe desde a concepção até o início do trabalho de parto, pois somente nesta fase é que se pode efetuar a interrupção da gravidez.

Quando já se tem o início do trabalho de parto, não temos mais condições de adotarmos a concepção de interrupção da gravidez, tratando-se, por consequência lógica, de crime de homicídio ou infanticídio, dependendo das características do caso em concreto.

Sem adentrar em discussão religiosa e moral, se a lei penal tutela a vida desde a concepção, porque não a tutelaria quando o ser humano está nascendo?

Não seria ilógico imaginar-se que a lei penal tutela a vida, da concepção até o início do trabalho de parto (época da gravidez, quando pode haver interrupção), e, depois, apenas após o parto (quando há que se falar em alguém), esquecendo-se no período do efetivo nascimento.

Fosse assim, não precisaria, hoje em dia, discutir-se a partir de que momento deve-se considerar o crime de aborto, pois bastaria a mulher entrar em trabalho de parto para que a criança pudesse ser morta, impunemente. Tal pensamento, no meu entender, é ilógico e vem na contramão de toda nossa legislação penal.

Não, não cometeu este crasso erro o legislador.

Tanto é que a simples interpretação do crime de infanticídio e do aborto bem demonstram que somente pode haver interrupção da gravidez durante a existência desta e, quando a gravidez está terminada, com o trabalho de parto para expulsar a criança, esta passa a ser considerada como ser vivo, independentemente da capacidade de sobrevivência ou não, portanto, passível de ser vítima de infanticídio ou homicídio.

O tipo legal do homicídio diz “matar alguém”. Oras, alguém não é uma pessoa com personalidade jurídica, como afirma o Direito Civil, que somente se adquire com o nascimento com vida, e, sim, qualquer pessoa, perfeita ou imperfeita, que possa ou não sobreviver em nosso mundo, mas que esteja viva, quando do início do trabalho de parto, até sua morte cerebral, independentemente até de respiração.

Mesmo a criança morta em trabalho de parto, que não se saiba se iria viver ao nascer, ou não, merece nossa tutela jurídica, afinal, o tipo legal em momento algum

exige que, para matarmos uma pessoa, esta teria uma sobrevida se não tivesse sido morta, pois, a certeza de sobrevida ninguém tem, considerando que jamais podemos afirmar, com certeza, se, em um ou dois minutos estaremos vivos ou não.

Assim sendo, quando a vítima é a criança que está para nascer, caracteriza o delito de homicídio pois, o feto, preste a nascer, com a parturiente em trabalho de parto, já pode ser vítima do crime de homicídio, doloso ou culposo, e não mais há que se falar em interrupção de gravidez, capaz de caracterizar o crime de aborto.

A DOCTRINA SOBRE O TEMA

Cito aqui inúmeros ensinamentos doutrinários no sentido de que o sujeito passivo do crime de homicídio é o ser vivo, nascido ou não, desde que iniciado o trabalho de parto, que a seguir os transcrevo.

Damásio Evangelista de Jesus ensina que “nos termos do art. 123 do CP, que define o infanticídio, o fato, para assim ser qualificado, deve ser praticado durante o parto ou logo após o parto. Dessa maneira, há infanticídio quando a conduta é executada pela mãe durante esse lapso temporal. Antes de iniciado o parto existe aborto e não infanticídio. É necessário precisarem que momento tem início o parto, uma vez que o fato se classifica como um ou outro crime de acordo com a ocasião prática delituosa: antes do início do parto existe aborto; a partir de seu início, infanticídio. O parto se inicia com a dilatação, em que se apresentam as circunstâncias caracterizadoras das dores e da dilatação do colo do útero. Após, vem a fase de expulsão, em que o nascente é impelido para a parte externa do útero. Por último, há a expulsão da placenta. Com a expulsão desta, o parto está terminado. A morte do sujeito passivo, em qualquer das fases do parto, constitui delito de infanticídio”¹.

Já sobre o aborto, ensina que:

“A sua morte, em decorrência da interrupção da gravidez, deve ser resultado direto dos meios abortivos. Não importa o momento da provocação durante a evolução fetal. A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinais se fundem, com a resultante constituição do ovo, até aquela em que se inicia o processo de parto [...]”²

Tanto quando ensina sobre o infanticídio, quanto o aborto, o mestre é bem claro ao apontar que o crime de aborto vai até o início do trabalho de parto e, com este, ou seja, desde a primeira dilatação, já não se fala mais em gravidez capaz de ser interrompida, porque está a seu termo, o que acarreta, por consequência lógica, na existência, para esta pessoa que está para nascer, em poder ser vítima de infanticídio ou homicídio, neste último caso, se não houver qualquer participação da mãe.

1 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte especial. 24. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2001. p. 107.

2 JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 122.

César Dario Mariano da Silva também nos ensina que “o aborto é a morte provocada do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), que ainda não está em trabalho de parto”³.

Ao delimitar o tempo cronológico da existência do aborto, afirma que este vai da concepção até que inicie o trabalho de parto. A partir daí, não é mais interrupção da gravidez, portanto, não é mais aborto, e sim, conseqüentemente, homicídio ou infanticídio.

Celso Delmanto também nos ensina que o:

“Sujeito passivo: qualquer ser humano com vida, observando-se que a doutrina considera que a vida principia no início do parto, com o rompimento do saco amniótico. Como lembram Rocha Guastini-Wilson Ninno, basta que o sujeito passivo esteja vivo, sem dependência de sua menor ou maior vitalidade (CP Interpretação Jurisprudencial, 1980, 11/106). Antes do início do parto, o crime será de aborto.”⁴

Fica evidente que, após o início do trabalho de parto, quer seja com a primeira dilatação, com as dores ou o rompimento do saco amniótico, estaremos diante de um crime de homicídio, e não mais aborto.

Fernando Capez, citando outros doutrinadores, também perfilha da opinião neste artigo, demonstrando, pois “em se cuidando de destruição da vida intra-uterina, o delito será o de aborto. Quando se inicia a vida humana extra-uterina? Para delimitar o início da existência vital extra-uterina, basta que se analise o delito de infanticídio (art. 123, CP), que é uma forma especializada de homicídio, para se verificar que se for praticado ‘durante o parto’, já é considerado o delito do art. 123, e não o delito de aborto. Desse modo, se o agente, por exemplo, um médico, que não se enquadra nas condições do privilégio, asfixiar o neonato durante o parto, praticará o delito de homicídio. Contudo, fica a questão: quando realmente começa o nascimento para se fixar o momento do homicídio? Dizer apenas que é durante o parto é por demais genérico. É preciso delimitar o exato instante em que se configurara o delito de aborto e o delito de homicídio. Para tanto, devemos lançar mão de diversos ensinamentos da doutrina a esse respeito: Alfredo Molinario entende que o nascimento é o completo e total desprendimento do feto das entranhas maternas. Para Soler, inicia-se desde as dores do parto. Para E. Magalhães Noronha, mesmo não tendo havido desprendimento das entranhas maternas, já se pode falar em início do nascimento, com a dilatação do colo do útero. Na jurisprudência há julgado no sentido de que ‘provocada a morte do feto a caminho da luz, por ato omissivo ou comissivo de outrem que não a mãe, quando o ser nascente já fora encaixado com vida no espaço para tanto reservado na pelve feminina, o crime é de homicídio. Iniciado o trabalho de parto, vindo a ocorrer a morte do feto por culpa do Médico Assistente, não há como cogitar-se de aborto, ficando bem tipificado o crime de homicídio culposo’.

3 SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. Parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2003. p. 21.

4 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1986. p. 195.

Todas essas noções servem para se ter uma compreensão de quem dependendo do que for considerado o início do nascimento, poder-se-á estar diante ou do delito de aborto, ou infanticídio, se presente o privilégio, ou homicídio, se ausente o privilégio”⁵.

Sobre o início do termo vida para o crime de homicídio, também nos ensina Cezar Roberto Bitencourt, com muita propriedade, que “a importância da vida justifica a proteção legal mesmo antes da existência do homem, isto é, desde o início do processo da existência do ser humano, com a formação do ovo, e estende-se até seu final, quando ela se extingue. Mas o crime de homicídio limita-se à supressão da vida somente a partir do início do parto, ou seja, quando o novo ser começa a tornar-se independente do organismo materno. É indiferente que a vítima se encontre prestes a morrer, sendo irrelevante que a vida tenha sido abreviada por pouco tempo. Como destacava Aníbal Bruno, ‘o respeito à vida é uma imposição absoluta do Direito. Não importa o desvalor que o próprio indivíduo ou a sociedade lhe possam atribuir em determinadas circunstâncias; que ela possa parecer inútil ou nociva, porque constitui para quem a possui fonte de sofrimento e não de gozo dos bens legítimos da existência, ou porque represente para a sociedade um elemento negativo ou perturbador. Pelas mesmas razões, para a ordem jurídica, é irrelevante a pouca probabilidade de o neonato sobreviver. Condições físico-orgânicas que demonstrem pouca ou nenhuma probabilidade de sobreviver não afastam seu direito à vida, tampouco o dever de respeito à vida humana, imposto por lei”⁶.

Mais uma vez nos é ensinado que a vida é um bem tão precioso que a lei a tutela em qualquer fase de sua existência e independentemente do tempo em que poderia durar.

O mestre nos ensina que o aborto é a interrupção da gravidez e, portanto, vai da concepção até antes do início do trabalho de parto. Do início do trabalho de parto, por qualquer ponto de vista, até a morte natural com a morte cerebral, existe vida e, portanto, esta pessoa pode ser vítima de homicídio.

Trago, ainda, colação de mais dois brilhantes doutrinadores, cujos ensinamentos se perdem no tempo, sendo sempre presentes e que dispensam, por si só, qualquer comentário.

O sempre festejado E. Magalhães Noronha afirma que:

“Sujeito passivo, consoante o que expusemos acerca da objetividade jurídica, são o Estado e o indivíduo, como seus titulares. Particularmente, é o indivíduo, o ser vivo, nascido de mulher ou que está nascendo. Com efeito, se a destruição do feto ou do embrião no útero materno é abortamento, é homicídio a destruição do feto durante o parto. É a conclusão inelutável a que se chega, pelo confronto do art. 121 com o art. 123, pois este, definindo o infanticídio – crime privilegiado – fixa o momento da ação – durante o parto ou logo após – e, conseqüentemente quem não se achar nas condições do privilégio, praticará homicídio, se destruir o ente antes mesmo que haja vida autônoma, isto é, destruir o ser nascente.

5 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003. p. 11 e 12.

6 BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003. p. 30.

Quando, entretanto, começa o nascimento? Alfredo Molinario escreve que deve entender-se como tal o completo e total desprendimento do feto das entranhas maternas. Soler fixa o instante do começo antes, ou seja, desde as dores do parto. Cremos que, mesmo não tendo havido desprendimento das entranhas maternas, já se pode falar em início do nascimento, com a dilatação do colo do útero. O assunto será considerado mais demoradamente no nº 274. Parece também a opinião de Vannini quando descreve que o ‘produto da concepção adquire a individualidade que o toma objeto capaz do delito em exame, não já no instante que adquire vida autônoma, com a separação do corpo da mãe, ou seja, no instante em que sua vida se toma completamente independente da vida da mãe; adquire-a quando, completado o processo fisiológico da gravidez, iniciar-se seu desprendimento do útero materno’.”

“Não é necessária a vitalidade, basta que o neonato esteja vivo. Ainda que a morte seja certa dentro em momentos, a destruição da vida é homicídio. Diga-se o mesmo quando a vítima se achava agonizando ou teria que ser executada, dentro em segundos; sua morte antecipada é homicídio.”

“Haverá também o crime se o recém-nascido tiver caracteres monstruosos: o monstro é também sujeito passivo do delito do art. 121.”⁷

E prossegue o mestre, ao ensinar sobre o infanticídio, com total aplicação ao que aqui se discute que o:

“Sujeito passivo. Poderíamos dizer simplesmente que é o filho, expressão usada pela lei. Compreende ela, entretanto, não só o recém-nascido como o nascente, em vista de o dispositivo soar durante o parto ou logo após. Outros dizem ser sujeito passivo não só o neonato como o feto vindo à luz. A expressão não é feliz, pois quem está nascendo vivo não é feto, quer em sentido biológico, quer jurídico, mas pessoa. É como escreve Maggiore: ‘De fato, o feto nascente não é mais feto, mas um homem, uma pessoa’. Antes do início do parto, a ação contra o fruto da concepção será aborto; com o princípio daquele, o fato concretiza o infanticídio, desnecessária sendo a vida autônoma, pois basta a biológica. ‘Terminado o ciclo fisiológico da prenhez, cuja interrupção, pela tutela do feto, dá lugar ao crime de aborto, e tendo início os trabalhos de parto o aniquilamento do fruto da concepção, não só durante o parto, dentro do claustro materno, ou mesmo logo após, e ainda preso à puerpera, pelo cordão umbilical, portanto, antes de respirar, por si, como, outrossim imediatamente depois de haver adquirido a qualidade de recém-nascido’ (OLIVEIRA, Olavo. *O delito de matar*, p. 297). Cremos, entretanto, de necessidade fixar o início e o fim do parto, já que ali a ele se reporta. O parto inicia-se com o perídio de dilatação apresentando-se as dores características e dilatando-se completamente o colo do útero, segue a fase de expulsão, que começa precisamente depois que a dilatação se completou sendo, então, a pessoa impelida para o exterior, esvaziado o útero, a placenta se destaca

7 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1972. p. 17-18.

e também é expulsa; é a terceira fase. Esta, então, o parto terminado... sendo necessário estabelecer-se fundamentalmente que o parto cessa após a expulsão das secundinas. Esse é o instante exato pois, em que o infante nasceu, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical. A morte do ente humano, em qualquer desses períodos, será homicídio ou infanticídio, pois como assinala Impallomeni, a vida intra-uterina terminou, sem que se haja iniciado a extra-uterina, mas a criança, não obstante achar-se num estado de transição, é um ser humano, com vida que não mais é uterina e matá-la é homicídio... É um homem que se mata no limiar da vida social.”

Conclui, afirmando e questionando:

“Mas que é vida? O famoso aforismo de Galeno e de Casper já foi por nós lembrado. Não é, entretanto, de todo exato: viver não é só respirar; pode viver-se, sem ter respirado ainda. Pode ocorrer que, em uma criança nascida viva, a respiração demore algum tempo a se estabelecer; em muitas crianças, os movimentos respiratórios espontâneos não aparecem, a não ser em seguida a manobras prolongadas, feitas pelo obstetra. Não há dúvida de que é possível a vida apnéica. Tenha-se em vista, sobretudo, a advertência de Foderré, citado por Mário Garrara: ‘A vida não consiste no exercício de todas as funções, mas em algumas delas.entre as quais a do coração é essencial para o feto’. É o que certamente leva também Manzini a escrever que durante o parto e nos primeiros momentos sucessivos o nascente ou neonato, ainda que não respire (apnéia fisiológica), vive, e, portanto, o fato que suprime a vida apnéica (extra-uterina) causa necessariamente a morte de um homem.”⁸

Não poderia deixar de fazer menção ao considerado pai do Direito Penal pátrio, ou seja, Nelson Hungria que, com a propriedade que lhe é particular, ensina que “para a configuração objetiva do homicídio, é indiferente a idade da vítima: tanto é homicídio a occisão do feto *intra partum* quanto a do macróbio. Deve notar-se, entretanto, que a eliminação do feto ou recém-nascido pela própria mãe ‘sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após’, constitui um *homicidium privilegiatum*, sob o título especial de infanticídio (art. 123)”. É indiferente, do mesmo modo, para a identificação do *facinus singulare et nefarium*, o grau de vitalidade da vítima; a morte violenta do recém-nascido inviável ou a supressão do minuto de vida que reste ao moribundo é homicídio. Uma vida, diz Impallomeni, não deixa de ser uma vida só porque esteja próxima a extinguir-se. O novo Código compreende sob o nome júris de homicídio (ressalvada a hipótese especial do infanticídio) até mesmo a destruição do feto durante o parto, isto é, antes mesmo de verificar-se a possibilidade de vida extra-uterina. Foi adotado o critério do Código italiano, que, neste particular, é assim comentado por Maggiore: “O Código atual, para cortar certa controvérsia científica, resolveu a questão não considerando a vitalidade como elemento essencial para a existência do homem, e incrimina sob o título de homicídio até mesmo o feticídio, ou,

8 Op. cit., p. 45-47.

seja, a occisão de um feto durante o parto. Há, portanto, homicídio toda a vez que se destrua a vida de um recém-nascido... ainda que não vital, posto que vivo, salvo quando a vida seja, por algum defeito de conformação, apenas aparente”. “O feto nascente e já considerado homem, sob o ponto de vista penal. Segundo adverte Vannini, ‘o produto da concepção adquire a individualidade que o torna objeto capaz do crime em questão (homicídio), não já no instante em que adquire vida autônoma, destacando-se do corpo da mãe, mas desde que, terminado o processo fisiológico da gravidez, se inicia o seu desprendimento do útero materno”.

E prossegue: “a objetividade jurídica do homicídio. Somente pode ser sujeito passivo do homicídio o ser humano com vida. Mas que é vida? Ou mais precisamente: como ou quando começa a vida? Dizia Casper: ‘viver é respirar; não ter respirado é não ter vivido’. Formulado assim irrestritamente, não é exato o conceito, ainda mesmo que se considerasse vida somente a que se apresenta de modo autônomo, *per se stante*, já inteiramente destacado o feto do útero materno. A respiração é uma prova, ou melhor, a infalível prova da vida; mas não é imprescindível condição desta, nem a sua única prova. O neonato apnóico ou asfíxico não deixa de estar vivo pelo fato de não respirar. Mesmo sem a respiração, a vida pode manifestar-se por outros sinais, como sejam o movimento circulatório, as pulsações do coração, etc. É de notar-se, além disso, que a própria destruição da vida biológica do feto, no início do parto (com o rompimento do saco amniótico), já constitui homicídio, embora eventualmente assumo o título de infanticídio”⁹.

Portanto, pode-se perceber, facilmente, que a doutrina é unânime no sentido de que um ser humano, preste a nascer e morto após o início do trabalho de parto, é vítima de homicídio, não havendo que cogitar-se de ausência de crime.

CONCLUSÃO

Assim, temos uma linha mestra a nos indicar, de acordo com a etapa da vida humana, o crime que a pessoa cometeria caso venha a ceifar esta vida.

Da concepção até o início do trabalho de parto, indicado pela movimentação corpórea feminina para expulsão do feto, estaríamos diante do aborto. Do início do trabalho de parto até a morte cerebral da pessoa, homicídio.

Não se discute, em momento algum, se a pessoa teria ou não sobrevivido, pois, a diminuição da vida natural de uma pessoa, por menor espaço temporal que seja, é considerado crime e deve ser punido.

Logo, iniciado o trabalho de parto, qualquer manobra capaz de eliminar a vida do ser humano que se encontra por nascer deve ser considerado como homicídio, culposo ou doloso, dependendo do *animus* do agente mas, jamais, será impune esta conduta e nem há que se cogitar de lacuna legal.

9 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1942. p. 32-34.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.
- FRANCO, Alberto Silva e outros. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. Parte especial. 6. ed. São Paulo: RT, v. 1, t. II, 1997.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1942.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. Parte especial. 24. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2001.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1972.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. Parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2003.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Aparecida Dias de Oliveira Formigoni

Advogada, Especialista em Direito Trabalhista, Mestra em Direitos Fundamentais, Membro de Número da *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Professora da Pós-Graduação do UNIFEL, Professora das Disciplinas Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário, Prática Trabalhista e Direito Civil do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista (Faccamp), Professora da Disciplina Direito Civil do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia (FACP).

RESUMO: Infelizmente não são raros os casos em que o cliente tem o direito a receber uma indenização de caráter compensatório, pelos danos morais sofridos com *perda da chance* de ver a demanda para a qual contratara os serviços profissionais de um advogado ser examinada pelo Judiciário, independentemente de se aferir se obteria ou não ganho, pois, em decorrência do comportamento desidioso do seu mandatário, perdeu a oportunidade de ver o seu pleito processado e julgado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de responsabilidade civil; 2 Responsabilidade subjetiva e objetiva, extracontratual e contratual; 2.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva; 2.2 Responsabilidade extracontratual e contratual; 3 As obrigações assumidas pelos profissionais liberais: obrigações de meio e obrigações de resultado; 4 Responsabilidade civil pela perda de uma chance; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Muitas questões surgem em decorrência de eventual desídia do profissional advogado no desempenho da sua profissão no tocante às obrigações assumidas perante o seu cliente. Algumas respostas – absolutamente destituídas de fundamentos jurídicos – no sentido da irresponsabilidade do profissional advogado no desempenho das atividades assumidas contratualmente, nos estimularam a traçar singelas e sucintas considerações sobre o tema. Entretanto, cumpre, preliminarmente, trazer à baila algumas considerações sobre o instituto da responsabilidade civil, bem como sobre relembrarmos o conceito de obrigação para o direito civil e as suas espécies no que tange ao fim a que se destina.

1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Nem sempre a conceituação de um instituto jurídico se revela com facilidade tal qual a conceituação da responsabilidade civil. Assim sendo, valendo-nos da doutrina pátria temos que o vocábulo “responsabilidade” origina-se do verbo latino *respondere*, demonstrando o fato de alguém se constituir garantidor de algo, tal palavra tem a sua

origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do Direito romano¹.

Toda manifestação da atividade humana que acarreta prejuízo traz em si o problema da responsabilidade, como fato social. Diz-se, assim, que *responsabilidade* e todos os seus vocábulos cognatos exprimem idéia de equivalência de contraprestação, de correspondência. Sintetizando a conceituação desse instituto, Maria Helena Diniz assevera que²: “A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma, praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou da simples imposição legal”.

Essa sinóptica definição parece abranger, com elevado rigor doutrinário, as diversas hipóteses de obrigação de indenizar decorrentes da responsabilidade civil, seja ela subjetiva (baseada na culpa ou dolo do causador do dano) ou objetiva (fundada na existência de um dano, independente da culpa do causador, mas em virtude deste, ter assumido o risco pela atividade).

Neste sentido, temos os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves: “Responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática de um ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito” (*Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13).

2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA, EXTRACONTRATUAL E CONTRATUAL

2.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Aqui nos limitaremos a traçar apenas simples considerações sobre tais espécies de responsabilidade, a fim de facilitar a compreensão do objeto deste estudo. A responsabilidade é dividida, quanto ao seu fato fundamento, em subjetiva ou objetiva. Na atualidade é difícil concluir, qual espécie de responsabilidade que o Código Civil adotou: se a clássica teoria subjetiva, com base na culpa (art. 186 do CC) ou a objetiva, prevista em legislações extravagantes, dentre elas o Código de Defesa do Consumidor, bem como prevista no art. 927, parágrafo único do CC. Na responsabilidade subjetiva ou teoria clássica (teoria da culpa ou subjetiva), é condição *sine qua non* a comprovação da culpa (dolo ou culpa *strictu sensu*) para gerar a obrigação indenizatória. Destarte, só haverá responsabilidade do causador do dano se ele agiu com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Todavia, a responsabilidade subjetiva já se mostrava insuficiente e inadequada para solucionar todas as situações que viessem a surgir, principalmente no tocante ao ônus probatório, já que a prova da culpa do agente,

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2007. p. 33; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

2 DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 35.

por parte da vítima, tornou-se inviável e de difícil produção, o que deixava o lesado, muitas vezes, sem reparação.

Desse modo, a fim de evitar uma não reparação do dano, veio a lume, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina pátria, o expediente da presunção de culpa (também conhecida como objetiva imprópria ou impura). Assim sendo, a lei passa a impor a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa.

Nos casos em que estiver presente a presunção de culpa, a guisa de exemplo, citamos as disposições do art. 936 do CC, inverte-se o ônus probatório, devendo o lesado provar somente a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do agente causador. Não há necessidade de se demonstrar a culpa, tal como na subjetiva, já que esta é presumida, entretanto, caso o causador do dano não demonstre a existência de qualquer excludente será considerado responsável pelo dano.

As hipóteses nas quais se admitirá a presunção de culpa podem estar tanto enunciadas tanto na lei, como podem advir de construção jurisprudencial, entretanto, partindo sempre de situações que tenham por base a verificação da culpa.

Assim sendo, a aceitação da teoria da presunção de culpa foi o caminho encontrado para a implementação da teoria objetiva no nosso sistema de responsabilidade civil.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a teoria do risco, que procura justificar a responsabilidade objetiva, teve destaque no início do século passado, juntamente com o desenvolvimento industrial e com os problemas decorrentes dos acidentes de trabalho.

Destarte, a corrente objetiva já não exige a demonstração de culpa para a reparação do dano causado. Não se faz qualquer indagação se há ou não culpa do causador da lesão, o qual, mesmo isento de culpa, atuando com toda diligência possível para evitar o dano, será obrigado a reparar qualquer prejuízo que a vítima tenha.

Esta corrente funda-se num princípio de equidade, de muito conhecido pelos romanos: *ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incomoda*. Ou seja, aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes; quem auferir os cômodos (lucros), deve suportar os incômodos (riscos). O que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Outrossim, a responsabilidade somente será objetiva, ou sem culpa, quando houver expressa autorização legal. Na omissão do texto legal, a responsabilidade permanecerá subjetiva, regra geral do ordenamento jurídico pátrio.

Entre outras hipóteses previstas no Código Civil de responsabilidade objetiva temos a do parágrafo único do art. 927 que prevê:

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Neste particular o legislador atribuiu grande liberdade ao magistrado, para definir o que seja uma atividade de risco. Entretanto, buscar uma definição para atividade de risco é tarefa afeta à jurisprudência e aos doutrinadores. Contudo, não se pode afastá-la do desiderato deste estudo, que busca apurar a responsabilidade do profissional liberal. Assim, há profissionais liberais que certamente exercem uma atividade de risco, como o médico que lida com a vida do paciente e o advogado, com o patrimônio e a liberdade de seus clientes. Imaginemos um erro durante uma cirurgia ou a perda de um prazo pelo advogado. E aqui, reside o propósito deste estudo. Estariam estes profissionais, em especial o advogado, enquadrados no parágrafo único do art. 927 do CC?

A doutrina pátria se inclina no sentido que a exceção, ora comentada, atinge o empresário e o profissional liberal e, nesse ponto, contraria a regra do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que exige, para a responsabilidade do profissional liberal, a demonstração da culpa. Com efeito, o Código Civil, embora seja lei posterior ao Código de Defesa do Consumidor, é norma geral, enquanto aquele é norma específica, versando em texto próprio sobre a responsabilidade dos profissionais liberais (art. 14, § 4º). Nesse sentido, o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, prevê que a lei nova que estabeleça disposições gerais ou específicas a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. Outrossim, o § 4º do art. 14 do CDC, não perderá a vigência por força do princípio da especialidade. Destarte, não se aplica, pois, o parágrafo único do art. 927 do CC ao profissional liberal, que já possui tratamento específico no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, na seara do fato gerador da responsabilidade, há a denominada teoria do risco integral que é segundo Sílvio de Salvo Venosa³, “modalidade extremada que justifica o dever de indenizar até mesmo quando não existe nexos causal”. Basta, nestes casos, o dano, não importando se este adveio com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

2.2 Responsabilidade extracontratual e contratual

O dano causado por alguém pode decorrer do inadimplemento contratual ou da prática de um ilícito. Neste, há a responsabilidade extracontratual e, naquele, a responsabilidade contratual. Mas, de ambos decorrem o fato gerador da responsabilidade civil.

Em relação aos profissionais, o jurista francês Savatier (Venosa, 2003), foi o pioneiro a se preocupar se sua responsabilidade seria contratual ou não. Concluiu, que ambas se aplicam ao profissional liberal, já que este poderia ocasionar dano havendo contrato com seu cliente ou mesmo que não houvesse qualquer relação negocial entre ambos.

A responsabilidade extracontratual, também conhecida como delitual ou aquiliana, consiste na violação de um dever legal, podendo surgir tanto da lesão a um direito subjetivo quanto da prática de um ato ilícito ou até mesmo de um ato lícito, isto é, excepcionalmente e com expressa previsão legal. Resulta, assim, de um inadimplemento normativo, da

3 *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. IV, 2003.

inobservância da lei e, também, de acordo com Maria Helena Diniz, de uma “infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, ou melhor, de violação à obrigação negativa de não prejudicar ninguém”⁴.

Nessa espécie de responsabilidade, não há relação de direitos preexistentes unindo o autor do dano ao prejudicado; o que irá uni-los será o fato danoso. Outrossim, como tal responsabilidade não tem origem na autonomia de vontades, a obrigação de indenizar funda-se numa imposição de ordem social, visa, assim, punir aquele que agiu com um desvio de conduta, se afastando do comportamento médio do *bonus pater familias*. A fonte geradora da responsabilidade aquiliana será a prática de um ilícito (ou lícito, excepcionalmente) que será apurado mediante a verificação de culpa, em seu sentido lato. O princípio norteador da responsabilidade delitual é o da responsabilidade subjetiva, disciplinada pelos arts. 186 a 188 e 927 a 954 do Código Civil, com exceção do parágrafo único do art. 927, que prevê hipótese de responsabilidade objetiva.

Pode-se vislumbrar a hipótese de responsabilidade extracontratual do profissional liberal quando ele realiza um serviço necessário, de emergência: é o caso do socorro imediato, atendimento a um desmaiado na rua, pronto atendimento jurídico, até mesmo quando ele desenvolve um trabalho beneficente. De qualquer modo, a responsabilidade do profissional liberal, via de regra, terá como fato gerador um inadimplemento contratual. Na responsabilidade contratual, há um vínculo de direito – o contrato – unindo o autor do dano e o prejudicado. Destarte, é da violação do contrato que a parte incorre em responsabilidade. Não se pode entender, porém, que a obrigação contratual anteriormente assumida é que irá movimentar a responsabilidade quando do inadimplemento contratual. O que irá movimentá-la é uma nova obrigação, que substituirá aquela preexistente. A obrigação que surgirá é a de reparar o prejuízo pela inexecução da obrigação antes assumida. A responsabilidade contratual está prevista nos arts. 389 a 395 do CC e 46 a 54 do CDC, também encontra fundamento na culpa (*lato sensu*), salvo quando houver expressa previsão legal em sentido contrário, por exemplo, arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

É fato que os profissionais liberais e seus clientes encontram-se ligados por um vínculo contratual, não havendo, contudo, uma forma rígida pela qual assumem direitos e obrigações, pode ser por mandato, locação de serviços, contrato atípico ou mesmo um contrato de consumo, mas, de qualquer modo, em ambas as situações (contratual ou aquiliana), a obrigação do profissional liberal em reparar o dano será apurada mediante a verificação de culpa, com apenas a diferença prática de que, se extracontratual, caberia à vítima provar o dolo ou a culpa que ensejou o dano, enquanto que, no caso de ser considerada contratual, sendo caracterizada a situação específica que admite a presunção de culpa e a inversão do ônus da prova – como é comum acontecer nos contratos de resultado –, o consumidor poderia ter facilitada a sua tarefa ao exigir a reparação perante o Judiciário. Não há, assim, uma diferença científica entre esses dois tipos de responsabilidade, sendo que, havendo culpa do profissional liberal, presumir-se-á do dever de indenizar.

4 DINIZ, Maria Helena . Ob. cit., p. 506.

3 AS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELOS PROFISSIONAIS LIBERAIS: OBRIGAÇÕES DE MEIO E OBRIGAÇÕES DE RESULTADO

Independente do tipo de serviço prestado pelo profissional liberal, ele assumirá contratualmente uma obrigação, seja comprometendo-se com certo resultado, seja comprometendo-se a usar da prudência e diligência para atingi-lo, sem compromisso de obtê-lo.

Aplicam-se, assim, aos profissionais as noções de obrigação de meio e de resultado, de acordo com o tipo de obrigação assumida.

A distinção entre essas obrigações, atribuída a René Demogue (Maria Helena Diniz, 2007), é de suma importância para a aferição da responsabilidade do profissional liberal, foi através dessa distinção que surgiu a Teoria do Resultado, cujas origens foram esboçadas no Direito Romano e desenvolvidas pelas doutrinas italiana, francesa e alemã. Gostaríamos de esmiuçar tais espécies obrigacionais, entretanto mister se faz nos determos apenas na definição das mesmas, a fim de podermos situar o foco deste estudo, que consiste na responsabilidade civil do advogado diante da teoria da perda de uma chance.

Na maioria dos serviços prestados por profissionais liberais, em especial o advogado, é assumida uma obrigação de meio, e isso pelo tipo de atividade que exercem, já que, em grande parte das situações, não poderá ser garantido um determinado resultado. Cumpre ressaltar que o advogado pode, em virtude, inclusive, de relação contratual, assumir uma obrigação de resultado e, à guisa de exemplo, citamos a elaboração de um contrato.

A definição das obrigações de meio é incontroversa e pacífica na doutrina. Utilizaremos, assim, a definição de Carlos Roberto Gonçalves⁵, que, com muita propriedade e clareza, a define como sendo aquela na qual:

“[...] o devedor promete empregar seus conhecimentos, meios e técnicas para a obtenção de determinado resultado, sem, no entanto responsabilizar-se por ele.”

São essas as obrigações que normalmente assumem os médicos, já que eles não podem garantir a cura do paciente; é também, de regra, o tipo de obrigação assumida pelo psicanalista, que não poderá garantir que seu paciente será curado do distúrbio mental que sofre; do veterinário, no tratamento de um animal que tenha saúde debilitada, entre outros profissionais.

É bastante comum também no caso dos advogados, pois estes não poderão garantir a vitória em uma demanda, visto que o resultado dependerá de circunstâncias alheias à sua vontade. O que lhes cumpre é representar em juízo o cliente, defendendo, pela melhor forma possível, os interesses que este lhe confiou. Desse modo, conclui-se que a prestação do serviço deve pautar-se numa atividade prudente e diligente, sem

5 *Direito civil brasileiro. Teoria geral das obrigações.* São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004. p. 174.

a obrigação de se atingir um resultado. O advogado somente será responsável quando atuar com a total ausência do comportamento exigido, ou com um comportamento pouco diligente e leal, assim, logo estará liberado se agiu com prudência, diligência e escrúpulo, independentemente da obtenção do resultado.

Por outro lado, pode o profissional liberal, ao ser contratado para a prestação de um serviço, obrigar-se a atingir um resultado, ou seja, além de atuar com a devida prudência e diligência, garante ao cliente (ou paciente) que se alcançará o pretendido resultado. São as chamadas obrigações de resultado. Nesse sentido, com precisão, Maria Helena Diniz⁶ prescreve que esse tipo de obrigação é:

“[...] aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá inadimplemento da relação obrigacional.”

Desta forma, o profissional liberal só se considerará livre da obrigação quando esta for adimplida, com a efetiva produção do resultado esperado. Caso contrário se constituirá em mora, o que é suficiente para determinar a sua responsabilidade civil, e somente se exonerará se provar que não agiu culposamente. À guisa de exemplo, bastante comentado pela doutrina e decidido pelos Tribunais, em relação às obrigações de resultado, são os casos alusivos às cirurgias estéticas. Tem se entendido que, quando o paciente for saudável e apenas pretenda melhorar a sua aparência, estar-se-á diante de uma obrigação de resultado. Contudo, ressalta Carlos Roberto Gonçalves que, no caso de atendimento a vítimas deformadas por queimaduras em acidentes, ou no tratamento de varizes e de lesões congênitas, a obrigação será de meio⁷.

Outros exemplos que também podem ser citados como obrigações de resultado são: a obrigação do engenheiro ou do arquiteto contratado para realização de projeto (planta) da construção de uma casa, a fiscalização por, parte desses profissionais, das quantidades e tipos de materiais utilizados na obra; o professor contratado para entregar a tradução de um texto em data certa; o veterinário contratado para a castração de um animal; o contabilista que contrata um parecer fiscal ou a elaboração de um balanço; o economista que contrata a feitura de um projeto econômico; a contratação de análise de exames de sangue; a realização de um contrato de locação pelo advogado ou o ajuizamento de uma ação após o recebimento dos honorários.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

A origem da teoria da perda de uma chance – ao que tudo indica – é francesa, tendo sido desenvolvida com base na jurisprudência da Corte de Cassação daquele país. Assim, admite-se o enquadramento como dano indenizável a *perda de determinada*

6 *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2007. p. 194.

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 174-175.

oportunidade, também conhecida como *a perda de uma chance*, que ocorre quando, por culpa do agente, a vítima fica privada de alcançar um ganho ou evitar uma perda.

Num momento futuro, poderá ser objeto de artigo específico o estudo aprofundado desta teoria, a qual não tem sua aplicação limitada aos casos tratados neste artigo, ao contrário, tem aplicação ampla, merecendo estudo detalhado – o qual recomendamos ao leitor interessado. Como ensina a doutrina, a mesma foi desenvolvida em função da difícil comprovação dos elementos caracterizadores da responsabilidade do profissional, sendo chamada inicialmente de “teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”, em virtude do fato da sua utilização primeira (de acordo com a evolução histórica do instituto) ser na área médica. Relativamente recente no Brasil, a perda de uma chance está ligada à idéia de dano. O dano patrimonial, para efeitos de indenização, deve ser atual e certo, de forma a facilitar o cálculo dos valores devidos a título de perdas e danos.

Ainda que de forma sucinta, cumpre-nos lembrar que constituem pressupostos da responsabilidade civil: a) a ação ou omissão do agente; b) a sua culpa; c) a relação da causalidade; e d) o dano experimentado pela vítima. Outrossim, o dano é o requisito essencial da responsabilidade civil. Sem a sua existência não podemos falar em responsabilidade civil.

Podemos, assim, conceituar o dano (sem nos aprofundarmos) como a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de bem patrimonial, quer se trate de bem integrante da personalidade da vítima. Em virtude de tal conceito reparte-se o dano em dano patrimonial e dano moral.

Assim sendo, o dano material, também chamado de patrimonial, é o que atinge os bens do patrimônio da vítima. Este pode ser avaliado pecuniariamente e pode ser restaurado com a reposição ao *statu quo ante*, ou indenizado de conformidade com o seu valor. Pode, ainda, causar a diminuição do patrimônio da vítima, bem como impedir o seu crescimento.

O art. 402 do atual Código Civil, repetindo o que dizia Código Civil de 1916 no art. 1.059, estabelece que:

“[...] as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Assim sendo, deve o causador indenizar a vítima, pelo *dano emergente* e pelo *lucro cessante*. Sendo certo que o dano emergente corresponde à diminuição sofrida no patrimônio da vítima: a diferença entre o que tinha antes e depois do ato ilícito. Já os lucros cessantes consistem naquilo que efetivamente a vítima deixou de ganhar.

O dano, para efeito de responsabilidade civil, deve ser *certo*, isto é, real e efetivo, e não eventual ou hipotético. Outrossim, exige-se que o mesmo seja atual, conforme falamos em linhas pretéritas, significando que o mesmo já exista ou tenha existido, não se podendo, em princípio, falar em dano futuro para efeito de ressarcimento. O que se admite é que, em relação ao dano atual, possa o prejuízo ser futuro. Esta hipótese não se confunde com o dano eventual, porquanto decorre de um comportamento ilícito atual, que causa dano certo à vítima.

Eis um caso: alguém contrata os serviços profissionais de um advogado para cobrar, em juízo, determinado valor do qual entende ser credor. O advogado omite-se no desempenho de sua atividade, causando ao cliente a perda do direito, em virtude de permitir que se operasse a prescrição da ação que se comprometera a propor.

É indiscutível que o cliente, quando contratou os serviços profissionais do advogado para agir como seu procurador judicial, tinha uma expectativa séria e provável de obter um benefício, qual seja a condenação do seu devedor no pagamento de quantia de que se julgava titular.

A perda do seu direito pela inércia desidiosa do advogado impediu que sua causa fosse examinada pelo órgão judiciário competente e que este possivelmente lhe reconhecesse, ainda que em parte, o direito que pleiteava. Isso que lhe aconteceu a doutrina chama de *perda de uma chance*.

No início do século passado, os tribunais franceses aos quais foram submetidas demandas dessa natureza manifestaram-se hostis a essa idéia, em face julgarem precipitadamente eventual e hipotético esse alegado dano. Todavia, em decorrência das colocações doutrinárias que, unanimemente, viam nesses casos a existência de dano certo e atual, e, portanto, indenizável, passaram a aceitá-la. Savatier (Venosa, 2003) afirma:

“Normalmente, o simples fato de as chances de dano terem sido aumentadas por ação ou omissão faz apenas possível, mas não certa, a ocorrência desse dano. Todavia, tal fato pode ter contribuído, se outras circunstâncias levarem a pensar que, na ausência das chances, o dano não teria ocorrido. Além do mais, a relação de causalidade sendo certa entre o fato alegado e a chance de dano criada, a vítima poderá ser indenizada do valor dessa chance, caso esse valor seja apreciável em dinheiro.”

Mais adiante, nessa mesma obra, deixa claro o mestre que, quando a culpa de um terceiro priva o adquirente das vantagens, mesmo aleatórias, que ele pensava legitimamente obter de um bem, a perda dessas vantagens justifica uma indenização.

Afirma a doutrina, ao tratar da não-reparação do prejuízo eventual, que, ainda que exista uma dúvida sobre o ponto de saber se o prejuízo ocorrera ou não, a ação de responsabilidade civil não pode ser acolhida, pois o prejuízo eventual, hipotético, não deve ser reparado.

Por vezes é difícil determinar se o prejuízo invocado é certo ou simplesmente eventual, especialmente quando o demandante reclama a perda de uma chance.

À guisa de exemplo: um advogado deixa de, no prazo, interpor uma apelação; seu cliente poderá acioná-lo por responsabilidade civil. Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil* (v. 7, p. 280-284), demonstra, com clareza, exemplos de atos desidiosos do advogado aptos a ensejar a responsabilidade civil deste, perante o seu constituinte (recomendamos a leitura aos interessados).

Finalmente, Silvio de Sávio Venosa, ao abordar a questão da “*perte d’une chance*”, diz que não se saberá jamais se um acontecimento futuro ocorrerá, porque isso é impossível, mas este evento deve ser suscetível de produzir conseqüências vantajosas para a vítima, pois o que se adquire, entretanto, é a chance de obter um ganho, ou de evitar uma perda, e que estava na ordem do possível senão provável de as coisas não poderem mais se realizar. A perda de uma chance real e séria, que resulta disso, é uma certeza. Esta certeza justifica uma reparação.

Um engano, nos casos da perda de uma chance, vinculados à perda de direitos por omissão do advogado, cometidos por muitos, é pensar que o julgador da demanda ressarcitória, deveria conhecer indiretamente do litígio que deixou de ser ajuizado e conferir uma indenização correspondente ao que a vítima efetivamente teria podido obter se o processo, não manejado, tivesse tido seu curso normal. Não. Se assim fosse, a indenização seria *reparatória*, própria dos danos materiais, e não *compensatória*, que é a que decorre dos danos morais. Na hipótese, o cliente não deve manejar ação de indenização para obter a condenação do advogado no valor que estaria pleiteando na demanda para a qual ele foi contratado para ajuizar, mas sim uma compensação de caráter moral por ter perdido a chance de ver o seu pleito examinado pela Corte (partilhamos com humildade deste posicionamento doutrinário, ainda que não seja pacífico). Por isso não se trata de indenização de danos materiais, muito embora não esteja o demandante obrigado a falar em perda de uma chance, no pleito de composição dos danos morais sofridos com a conduta desidiosa por parte do advogado, como tal se enquadram.

Portanto, nesses casos, que infelizmente não são raros, tem o cliente o direito a receber uma indenização de caráter compensatório, pelos danos morais sofridos com perda da chance de ver a demanda para a qual contratara os serviços profissionais de um advogado ser examinada pelo Poder Judiciário, independentemente de se aferir se obteria ou não ganho, pois, em decorrência do comportamento desidioso do seu mandatário, perdeu a oportunidade de ver o seu pleito processado e julgado. Os Tribunais Regionais do Trabalho, ainda que timidamente, estão aplicando esta teoria ora sob o nome proposto neste estudo “teoria da perda de uma chance”, ora sob a denominação “teoria da perda de uma oportunidade ou expectativa”, conforme se pode verificar da decisão proferida pelo TRT de MG, *infra*.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS PERANTE SEUS CONSTITUINTES – AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CABÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – Controvertem, doutrina e jurisprudência, sobre se a ausência de interposição de recurso cabível enseja a responsabilidade civil dos advogados perante seus constituintes, merecendo atenta análise cada caso concreto. Na hipótese em que um sindicato, atuando como substituto processual, omite-se em recorrer de decisão desfavorável aos substituídos, em época na qual vigora jurisprudência favorável à tese por ele defendida, parece clara a obrigatoriedade de interposição do recurso, porquanto é dever do sindicato, na figura de seu advogado, esgotar todos os graus de jurisdição para atingir o êxito da ação por

ele interposta, salvo se o contrato firmado entre o advogado e o cliente/associado possuir limitação expressa quanto à sua atuação. Ausente essa limitação e omitindo-se o advogado em recorrer, o dano ao sindicalizado é evidente, responsabilizando-se o sindicato por seus atos, por caracterizada a culpa *in eligendo*. Não obstante ser a obrigação do advogado de meio, e não de fim, essa circunstância não o exime do dever de agir com a maior cautela, prudência e diligência no curso do processo, maximizando seus esforços no sentido de obter um resultado favorável ao cliente. Todavia, a responsabilidade civil decorrente da omissão só enseja a reparação por danos morais, por frustrar a expectativa dos substituídos em ver seu processo solucionado de forma favorável. Os danos materiais não se caracterizam, porquanto a interposição do recurso criaria somente uma expectativa de êxito, e não a certeza do êxito, não se podendo, na hipótese, cogitar de dano material passível de reparação pecuniária.” (Processo RO 00258-2006-016-03-00-9, 1ª T., Relª Conv. Adriana Goulart de Sena, Rev. Des. Márcio Flávio Salem Vidigal, Tema: Advogado – Responsabilidade Civil, DJMG 17.11.2006, p. 7)

CONCLUSÃO

A Constituição da República garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Uma das formas de se exercer uma profissão com total autonomia, de forma totalmente liberal, se aplica justamente aos profissionais liberais, e entre estes temos os médicos, contadores, advogados, engenheiros, entre muitos outros. E quem assim atua é denominado profissional liberal. A apuração da responsabilidade civil do advogado (profissional liberal) pode ser efetuada com base na responsabilidade contratual e na extracontratual, embora aquela seja mais comum. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor adotou como regra a responsabilidade objetiva, excepcionando os profissionais liberais que serão responsabilizados somente quando agirem culposamente. Assim o advogado – profissional liberal – pode ser responsabilizado pelos danos advindos do fato (quando lesar a incolumidade física do consumidor, ou seja, sua saúde ou segurança) e vício do serviço (atinge a incolumidade econômica, ou melhor, o patrimônio do consumidor), e também pelo fornecimento de produtos. Entretanto, quando o dano advier em razão do fato do serviço, é necessário distinguir a obrigação assumida pelo profissional: de meio ou de resultado. Quando for de meio, o cliente deverá provar a culpa do profissional, salvo se ocorrer a inversão do ônus da prova. Por outro lado, se a obrigação for de resultado, ocorre a presunção de culpa em que é invertido automaticamente o ônus probatório. Nesse último caso, os efeitos são semelhantes aos da responsabilidade objetiva, sem se afastar do elemento culpa, caracterizador da responsabilidade subjetiva. A razão da imposição dessa exceção aos profissionais liberais cinge-se ao fato de que eles realizam habitualmente contratos com obrigações de meio e não de resultado. Assim a diligência, o zelo, a prudência constituem a própria obrigação assumida contratualmente e, em havendo o dano em decorrência da ausência destes cuidados, a responsabilidade do advogado é certa.

Merece destaque a sugestão feita pelo Juiz Luís Fernando Barbosa Pasquini, em artigo sobre o mesmo tema: “O seguro de responsabilidade civil pode ser uma alternativa ao profissional liberal, pois, caso seja condenado a reparar um dano, caberá à seguradora o pagamento da indenização ao consumidor”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2007.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2005.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, v. IV, 2007.

_____. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, v. II, 2004.

PASQUINI, Luis Fernando Barbosa. Artigo: O profissional liberal e sua responsabilidade civil na prestação de serviços. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 26 nov. 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, v. IV, 2003.

É POSSÍVEL O PROTESTO DE CHEQUE SUSTADO?

Marcus Patrick de Oliveira Manfrin

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO: Questiona-se no artigo a possibilidade de se levar a protesto um cheque que fora sustado. Por meio da análise dos institutos que permeiam o tema, conclui-se que a possibilidade dependerá da causa da sustação e conseqüente devolução do cheque apresentado.

PALAVRAS-CHAVE: Cheque; sustação; protesto; possibilidade; normas de serviço.

O *cheque* é um título que contém uma ordem de pagamento à vista, sacada contra uma instituição bancária, na qual o emitente deva ter suficiente depósito monetário ou crédito.

Embora nos últimos anos tenha perdido um pouco de seu espaço para outros instrumentos de movimentação de capital (ex. cartões de crédito e débito bancário), ainda é um dos títulos mais utilizados no meio empresarial, nas relações de consumo e na circulação econômica em geral.

E, de forma recorrente, a dúvida quanto à possibilidade de protesto de cheques sustados surge nesses meios.

Essa dúvida se torna relevante diante da frequência com que o empresário se depara com tal situação, seja por recebimento de títulos oriundos de ilícito seja por desacordos contratuais. Mesmo porque nem a lei do cheque (Lei nº 7.357/1985) nem a lei do protesto (Lei nº 9.492/1997) tratam especificamente do assunto.

Para que possamos apreciar esta questão é necessário que antes façamos algumas ponderações acerca dos institutos que permeiam o tema, tais como a sustação e o protesto do cheque.

Sustação do cheque (em sentido amplo) é o ato pelo qual se impede permanente ou temporariamente a ordem de pagamento à vista nela contida. Duas são as formas de promovê-la: revogação e oposição (sustação em sentido estrito).

A *revogação*¹ consiste na limitação da ordem de pagamento à vista, contida no cheque, ao prazo legal de apresentação. Deve ser promovida por meio de contra-ordem dada por aviso epistolar, ou por via judicial ou extrajudicial, com as razões motivadoras do ato.

1 Lei nº 7.357/1985: “Art. 35. O emitente do cheque pagável no Brasil pode revogá-lo, mercê de contra-ordem dada por aviso epistolar, ou por via judicial ou extrajudicial, com as razões motivadoras do ato. Parágrafo único. A revogação ou contra-ordem só produz efeito depois de expirado o prazo de apresentação e, não sendo promovida, pode o sacado pagar o cheque até que decorra o prazo de prescrição, nos termos do art. 59 desta Lei.”

A Lei nº 7.357/1985 prevê que o cheque deve ser apresentado a pagamento nos prazos nela previstos, isto é, em 30 dias quando o local da emissão é igual aov. 2, da agência bancária pagadora (mesma praça) e em 60 dias quando o local da emissão é diferente daquele em que é situada a agência pagadora (praças diferentes)².

Fora desses prazos, o cheque ainda deverá ser pago pelo banco sacado, caso haja fundos disponíveis e não tendo ocorrido a prescrição³. Contudo, o portador do título perderá o direito de executar judicialmente eventuais endossantes do cheque e seus avalistas ou mesmo o emitente, caso este tivesse fundos disponíveis durante o prazo de apresentação e os deixou de ter, após o fim do prazo, em razão de fato que não lhe seja imputável⁴.

Por outro lado, em tendo havido a *revogação* da ordem de pagamento, o término do prazo de apresentação gerará *também* o efeito de extinguir a força da ordem de pagamento contida no cheque. Assim, *revogada* a ordem, não deverá o banco efetuar seu pagamento após o fim do prazo de apresentação.

A segunda forma de sustação é a *oposição*⁵ (por alguns chamada de ‘sustação’ em sentido estrito). Trata-se do ato pelo qual se obsta a ordem de pagamento contida no cheque durante a vigência do prazo de apresentação. Para tanto, basta que se manifeste ao sacado, por escrito, os fundamentos consistentes em “relevantes razões de direito” (ex.: furto, roubo, extravio, ato fraudulento, fundamentos contratuais, etc.).

Paralelamente às formas de sustação, existe o chamado *cancelamento de cheques*. Trata-se de ato exclusivo da instituição bancária pelo qual torna sem efeito a própria cártula ou talonário de cheque, ainda em branco (sem conter ordem de pagamento). Não se impede uma ordem de pagamento do correntista. Bloqueia-se a *possibilidade* de uso da folha ou talão, *ainda não preenchidos pelo titular*. Embora seja o banco que pratique tal ato, poderá fazê-lo a pedido do titular (ex.: roubo, furto ou extravio de folhas em branco de cheques).

2 Lei nº 7.357/1985: “Art. 33. O cheque deve ser apresentado para pagamento, a contar do dia da emissão, no prazo de 30 (trinta) dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago; e de 60 (sessenta) dias, quando emitido em outro lugar do País ou no exterior.”

3 Lei nº 7.357/1985: “Art. 59. Prescrevem em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta Lei assegura ao portador. (*refere-se à ação de execução do cheque* – nota nossa). Parágrafo único. A ação de regresso de um obrigado ao pagamento do cheque contra outro prescreve em 6 (seis) meses, contados do dia em que o obrigado pagou o cheque ou do dia em que foi demandado.”

4 Lei nº 7.357/1985: “Art. 47. Pode o portador promover a execução do cheque: [...] II – contra os endossantes e seus avalistas, *se o cheque apresentado em tempo hábil* e a recusa de pagamento é comprovada pelo protesto ou por declaração do sacado, escrita e datada sobre o cheque, com indicação do dia de apresentação, ou, ainda, por declaração escrita e datada por câmara de compensação. [...] § 3º O portador que *não apresentar o cheque em tempo hábil*, ou não comprovar a recusa de pagamento pela forma indicada neste artigo, perde o direito de execução contra o emitente, se este tinha fundos disponíveis durante o prazo de apresentação e os deixou de ter, em razão de fato que não lhe seja imputável.” (grifos nossos)

5 Lei nº 7357/1985: “Art. 36. Mesmo durante o prazo de apresentação, o emitente e o portador legitimado podem fazer sustar o pagamento, manifestando ao sacado, por escrito, oposição fundada em relevante razão de direito.”

Quaisquer das hipótese de sustação (revogação ou oposição), bem como em caso de cancelamento, o banco sacado não efetuará o pagamento ao apresentante do título. Em outras palavras, haverá a chamada *devolução* do cheque. Essa devolução, nos termos das normas do Banco Central, ganhará um código (alínea), dependendo da causa do não-pagamento do título.

Assim é que o cheque será devolvido pelas alíneas 21 ou 28 em caso de sustação por contra-ordem ou oposição. Será devolvido pela alínea 28 se a sustação houver ocorrido por motivo de furto ou roubo do cheque emitido. Será devolvido pela alínea 21 em caso de sustação por outro motivo que não os de furto ou roubo (ex.: motivo contratual). As alíneas 20 e 25 referem-se às devoluções por *cancelamento* de cártula ou talão, mediante ou sem provocação do correntista. A alínea 30 refere-se a devolução por se tratar de cheque furtado ou roubado em malote bancário. A alínea 35 equivale à devolução de cheque que contenha fraude relativa ao “local de pagamento”.

Protesto é o ato pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. É ato formal, solene e de competência privativa do Tabelião de Protestos⁶.

Assim, é certo que somente se poderia tomar uma providência contra o emitente-titular para comprovar o “inadimplemento de uma obrigação” se este emitente realmente houver sido sujeito na contração obrigacional.

Explica-se: nos casos de cártula de cheque furtada, roubada ou extraviada, utilizada por terceira pessoa *que não* o titular, é certo que não se poderia conceber que se fizesse “prova de inadimplemento de obrigação” (protesto) contra este. De fato, ele (titular) a nada se obrigou perante aquele que recebeu a cártula da terceira pessoa. Foi, em verdade, vítima de ato ilícito ou de fraude em que fora utilizada a cártula de sua titularidade.

Situação diferente é aquela em que o titular do cheque o emite para pagamento de obrigação contratual e, por algum motivo (divergência ou rescisão contratual, interpretação de cláusula de acordo, previsão como multa no contrato, etc.) acredita que não mais deve manter a ordem. Nesse caso, havendo a sustação é perfeitamente plausível que o apresentante do cheque, frustrado pela devolução do título, comprove o inadimplemento por meio de seu protesto. Houve a assunção de obrigação pelo emitente e seu não-cumprimento possibilita e aconselha a prova do fato pelo protesto. O mesmo se diga com relação às cártulas oriundas de ilícito mas que tenham sido endossadas ou avalizadas por alguém. Nesse caso, os atos de endosso ou aval tornam seus praticantes obrigados ao título e a devolução do cheque poderá ensejar protesto por falta de adimplemento da obrigação por tais pessoas.

6 Lei nº 9.492/1997: “Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. [...] Art. 3º Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei”.

Como a lei prevê que a competência para protesto de títulos é privativa do Tabelião de Protestos, a E. Corregedoria-Geral de Justiça da Magistratura Paulista, responsável pela regulamentação das atividades dos cartórios extrajudiciais, em suas “Normas de Serviço” tratou especificamente do tema.

Segundo o Capítulo XV, item 10.2, das aludidas Normas de Serviço, é vedado o protesto dos cheques “quando estes tiverem sido devolvidos pelo estabelecimento bancário sacado por motivo de furto, roubo ou extravio das folhas ou dos talonários, ou por fraude, nos casos dos motivos números 20, 25, 28, 30 e 35, da Resolução 1.682, de 31.01.1990, da Circular 2.313, de 26.05.1993, da Circular 2.655, de 18.01.1996, COMPE 96/1945, e da Circular 3.050, de 02.08.2001, do Banco Central do Brasil, desde que os títulos não tenham circulado por meio de endosso, nem estejam garantidos por aval”.

Destarte, pode-se concluir que há possibilidade, sim, de se levar a protesto um cheque sustado. Tal é o caso da devolução pela alínea 21 (sustação *não* decorrente de furto ou roubo). Ao contrário, não será possível levar a protesto os cheques sustados por motivo de furto ou roubo (devolução pela alínea 28). Contudo, ressalva-se a possibilidade de protesto do título nos casos em que o cheque tenha circulado mediante endosso ou tenha sido avalizado, hipótese em que o protesto visará comprovar o inadimplemento dos obrigados decorrentes de tais atos.

A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006, AO CRIME DO ARTIGO 12 DA LV. 2, EI Nº 6.368/1976

Juliana de Freitas Levy

Promotora de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO: O artigo trata da impossibilidade de aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 ao crime do art. 12, da Lei nº 6.368/1976, nos casos em que o fato foi praticado antes da lei nova. O texto analisa a questão pela perspectiva do conflito de leis no tempo, pela interpretação teleológica da nova lei, tratando ainda da legitimidade de aplicação simultânea de dispositivos de leis diferentes.

PALAVRAS-CHAVE: Tóxicos; tráfico; nova lei; Lei nº 11.343/2006; Lei nº 6.368/1976; causa especial de diminuição de pena; aplicabilidade; conflito de leis no tempo.

Com o advento da nova Lei Antitóxicos (Lei nº 11.343/2006) várias situações controvertidas surgiram. Uma que tem trazido freqüentes indagações diz respeito à aplicação conjunta de dispositivos contidos na antiga e na nova lei de tóxicos, para crimes praticados antes da nova lei, mas que venham a ser julgados após sua vigência.

A principal irresignação repousa sobre a aplicação de penas excessivamente baixas para a gravidade do delito de tráfico, na medida em que se tem observado, em muitos casos, o seguinte: “Aplica-se a pena mínima prevista no art. 12 da Lei nº 6.368/1976, por ser mais branda, em homenagem ao princípio da ultratividade da lei mais benéfica, já que a nova Lei nº 11.343/2006, prevê pena mínima mais grave, de cinco anos. Em seguida, aplica-se a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei, que não era prevista na Lei antiga.”

O resultado é desastroso. Em muitos casos, a pena final para o tráfico de entorpecentes chega a um ano!

Diante disso, dois questionamentos se fazem necessários:

Não se estaria usurpando a função de legislador, ao criar uma terceira norma decorrente da união de dispositivos de duas Leis diferentes (art. 12 da Lei nº 6.368/1976 e § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, que inclusive faz menção expressa à aplicação em relação ao *caput* “do art. 33 e seus parágrafos”)?

A pena fixada, diante da conjugação de leis, atinge os objetivos do legislador, que inovou aplicando penas mais severas ao tráfico ilícito de entorpecentes?

Reportando-me à primeira indagação, fica claro que a aplicação conjunta dos dispositivos “gerou a criação de nova regra, não prevista em lei”.

A Lei nº 6.368/1976 não previa o dispositivo de redução de pena. Já a Lei nº 11.343/2006 o fez considerando que também procedeu ao aumento da pena do tráfico para 5 a 15 anos. Justamente para que, na hipótese de aplicação da causa especial de diminuição de pena, não se chegasse a resultado tão ínfimo.

Conseqüências bem diferentes decorrem da aplicação de causa especial de diminuição de pena prevista na lei nova para crime de tráfico da lei antiga. Pegando um pouco de cada lei, o resultado da pena será incrível: a causa de redução de pena (planejada para incidir sobre uma pena alta, prevista na nova lei) incidirá sobre uma pena bem mais baixa (da antiga lei). Isso ensejará uma redução de uma pena já baixa, possibilitando que a pena de tráfico resulte em até um ano.

Percebe-se, assim, que a aplicação de partes incompatíveis de dispositivos legais de leis diferentes redundaria na criação de uma nova lei, inexistente. Há, sem dúvida, usurpação da função legislativa e ferimento do princípio da separação dos poderes.

Nossos Tribunais já vêm assim se manifestando, a exemplo do v. acórdão exarado em julgamento da Apelação Criminal nº 1.0024.05.641707-4/001 (TJMG)¹.

Vale ressaltar um trecho da fundamentação do v. acórdão acerca da matéria: “Efetivamente, dispõe o Código Penal no seu art. 2º, parágrafo único, que a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Todavia, não é possível, como pretende o embargante, determinar a redução da pena pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Primeiro, porque a *ratio legis* de tal dispositivo reside na possibilidade de atenuação de uma pena que foi significativamente majorada no novo diploma legal, conforme menção expressa no mesmo (‘nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas [...]’). Em segundo lugar, a miscelânea legislativa pretendida implicaria o desarrazoado surgimento de uma terceira lei, mediante um exercício hermenêutico desautorizado, conforme relevantes setores da doutrina e jurisprudência pátrias [...]”.

No mesmo sentido a Apelação Criminal nº 2006.019904-4/0000-00/Dourados, Relator Exmo. Sr. Desembargador Carlos Stephanini²:

- 1 “Embargos de declaração. Alegação de existência de omissão no acórdão. Incidência da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova lei de tóxicos (Lei nº 11.343/2006). Impossibilidade. Embargos rejeitados.” (Embargos de Declaração nº 1.0024.05.641707-4/002 na Apelação Criminal nº 1.0024.05.641707-4/001, Comarca de Belo Horizonte, Embargante(s): Denilson Souza Dias, Embargado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Relatora: Exma. Sra. Desª Márcia Milanez)
- 2 “Entorpecentes. Pretendido benefício da justiça gratuita e isenção das custas processuais. Impossibilidade. Pretendida absolvição sobre alegação de insuficiência de provas. Não-ocorrência. Provas que demonstram o envolvimento do agente no tráfico ratificadas pelo depoimento dos policiais. Exclusão da majorante do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.368/1976. Abolição pela Lei nº 11.343/2006. Pretendida aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade. Vedação de combinação de leis. Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade. Pretendida progressão de regime. Constitucionalidade da Lei nº 8.072/1990. Provimento parcial.”

Assim, é inviável a combinação de leis, pois, como visto, além de tecnicamente incorreto, não havendo previsão legislativa para tanto, no caso concreto, culminaria em *pena excessivamente baixa*, impedindo-se que sejam atingidos os objetivos da pena.

Além disso, note-se que o § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 prevê: “*Nos delitos definidos no ‘caput’ e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”. (grifo nosso)

Ora, o dispositivo é expresso em determinar que se aplica “aos delitos definidos no *caput* e parágrafos do art. 33 da Lei nº 11.343/2006”. Dessa forma, há de se concluir que, fazendo tal referência, a norma atinge “as penas ali cominadas”. Logo, não se poderia aplicar à pena do art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

No que tange ao segundo questionamento acima formulado, verifica-se que o resultado obtido na dosimetria da pena contraria aos objetivos do legislador. Fazendo-se uma interpretação teleológica das normas, é nítido, da simples leitura dos dispositivos da nova Lei, que se buscou imprimir maior punição aos delitos de tráfico, associação para o tráfico e organizações criminosas voltadas para a prática da ilícita mercancia. As penas foram consideravelmente elevadas e foram previstos novos dispositivos contendo normas penais que tipificam condutas antes não previstas, como é o caso do informante (art. 37), do financiamento do tráfico (art. 36), da vedação expressa de conversão de penas no próprio § 4º do art. 33, entre outros.

Assim a aplicação da causa especial da nova lei a crime da lei antiga caracteriza verdadeiro contra-senso aos anseios da sociedade que, através de seus representantes no Congresso, elaboraram lei mais rigorosa.

Ora, não se pode perder de vista que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é daqueles que traz grande insegurança à população, merecendo resposta à altura de sua gravidade e, principalmente, à altura dos anseios sociais legitimados pela lei.

Por fim, importante anotar que a nova causa de diminuição de pena ainda traz aos réus de crime de tráfico outros benefícios incompatíveis com os anseios sociais: 1. Como não traz critérios para se graduar o montante de redução da pena, somente se aplica a redução pelo montante máximo; 2. A primariedade e ausência de antecedentes são apreciados em duplicidade em benefício do réu, tanto na primeira fase de fixação da pena (como circunstância judicial) como na terceira fase (como causa especial de diminuição) – *bis in idem*. Vejamos:

Prevê o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006: “*Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”. (grifamos)

Ora, se o dispositivo que contém a causa de diminuição de pena determina que a aplicação somente possa ser feita aos primários que ostentarem bons antecedentes,

há de se concluir que se o indivíduo possuir *um único* antecedente criminal, não poderá ser beneficiado com a regra. Então, façamos o seguinte raciocínio:

- a) O indivíduo é primário e não ostenta antecedente algum. A redução tem índices que variam de 1/6 a 2/3. Logo, diante da *inexistência de qualquer antecedente* e de sua *primariedade* não há motivo para que a redução *não* seja feita no índice *máximo*, ou seja 2/3.
- b) o indivíduo é primário, mas possui um *único antecedente*. Não fará jus à redução, pois, possuindo um único antecedente não preenche o requisito legal previsto no dispositivo.

Então questiona-se: quando seria aplicada a redução mínima de 1/6? Qual seria o critério para se graduar a quantidade de redução de pena?

Não há parâmetros. Andou mal o legislador, pois o requisito de aplicação da causa de redução já consiste na primariedade e existência de bons antecedentes. Se preenche os requisitos do aludido § 4º (primário e bons antecedentes), fará jus ao benefício que, conseqüentemente, será aplicado no máximo! Ou ele não preenche um dos requisitos e assim não fará jus ao benefício.

A lei é falha, pois impede, de certa forma, que o dispositivo seja aplicado no mínimo.

Da mesma forma, a previsão da causa de diminuição de pena em tela possibilita a dupla aplicação do benefício ao réu por sua primariedade e bons antecedentes. De fato, na primeira fase de aplicação da pena, o art. 59, *caput*, do Código Penal já prevê a fixação da pena-base considerando tal circunstância judicial³. Ao se apreciar novamente o mesmo critério como “causa especial” (terceira fase de fixação da pena) se estará, por certo, incidindo em indesejável *bis in idem*, e, o que é pior, contrariando os anseios da sociedade.

Diante de todo o exposto, a conclusão não pode ser outra: a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da nova Lei nº 11.343/2006, não pode ser aplicada em conjunto com o art. 12 da Lei nº 6.368/1976. Seja porque isso acarretaria a criação de uma nova regra, o que é vedado no ordenamento vigente (prática legislativa ilícita – ferimento ao princípio da separação dos poderes) seja porque se chegaria a pena excessivamente baixa, que não atinge os objetivos da sanção penal e os desejos sociais legitimados pela lei. E mais: a própria aplicabilidade da referida causa de redução de pena é questionável por impedir a gradação no montante de redução da pena (ferimento do princípio da individualização da pena), obrigando a redução máxima em qualquer hipótese, e ainda por ensejar dupla apreciação dos antecedentes do réu na primeira e terceira fases de fixação da pena (*bis in idem*).

3 O juiz, atendendo à culpabilidade, *aos antecedentes*, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (grifo nosso).

ADOLESCÊNCIA: INÍCIO OU FIM DE UMA VIDA?*

Katia Silvana Vasconcelos de Barros

Aluna do 2º ano do Curso de Direito da Faccamp.

SUMÁRIO: Introdução; I – A estrutura familiar; II – Estudo de casos – Da pesquisa original, relatamos aqui apenas dois; III – Legislação aplicável; IV – A estrutura da sociedade; V – A estrutura do Estado; VI – As penas socioeducativas; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O alto índice de criminalidade verificado em indivíduos na fase da adolescência na Cidade de Jarinu/SP, por si só, se constitui um fato social a ser estudado. Os grandes problemas que surgiram em face de uma desestruturação familiar, social e política parecem, neste momento da pesquisa, ter sido a causa determinante do fato que será analisado. Diante desse quadro, veio-nos a pergunta que nos propomos a discutir: “*Adolescência: início ou fim de uma vida?*” Esse envolvimento de adolescentes com a criminalidade, na maior parte das vezes, verifica-se que tem levado ao fim precoce de suas vidas, sendo que muitos deles poderiam ter um caminho diverso, talvez brilhante.

Na medida em que a pesquisa se ocupa de um dos temas em discussão em nossos dias (a questão do menor, maioria penal etc), considerando que este assunto está ligado aos direitos Constitucional, Penal e principalmente aos Direitos Humanos, a pesquisa também pode despertar interesse para o estudo acadêmico destas questões, por este estudo de caso.

O estudo foi feito com o exame de processos existentes no fórum de Jarinu, tomando os documentos dos autos como fontes para busca de dados e objeto de análise, ao fim propondo uma solução à sociedade.

I – A ESTRUTURA FAMILIAR

Há muito que se discute a estrutura familiar na questão da formação dos filhos. Seja a formação psicológica, educacional, social e até religiosa. Dados da pesquisa apontam a falta de estrutura no corpo familiar como uma das principais causas de adolescentes infratores. Pais alcoólatras, violentos, alguns até com histórico policial vasto, dão conta de que estes menores foram influenciados de certa forma a entrar para a vida criminal em tão tenra idade. A ausência da figura paterna, a vida promíscua, o envolvimento com substâncias entorpecentes e afins por membros da família (pai e mãe) também contribuem para que adolescentes percam totalmente o referencial de comportamento moral, familiar e social que se espera destes que serão o futuro da nação.

* Pesquisa realizada sob a orientação da Professora Wilma Dias, da Disciplina Teoria Geral do Estado e Ciência Política, e Robson do Boa Morte Garcez, da Disciplina de Direito Constitucional e da Cidadania.

A família é a base da sociedade. A própria Constituição Federal, em seu Capítulo VII, art. 227 diz que: “É dever da família [...] assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação [...] à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar”¹. Contudo, no que diz respeito aos menores infratores da cidade de Jarinu, verificamos que famílias completamente desestruturadas estão perdendo seus filhos para a criminalidade.

II – ESTUDO DE CASOS – DA PESQUISA ORIGINAL, RELATAMOS AQUI APENAS DOIS

1º Caso observado

No bairro da Vila Primavera, uma das moradoras é vizinha de um menor, e sobre ele relata que há muito o pai não trabalha, vive de “bicos” como pedreiro, é alcoólatra e o pouco dinheiro que ganha só usa para o consumo da bebida. A mãe trabalha. Entretanto, a cada semana está com parceiro diferente (já que está separada, apesar de morarem na mesma casa). O filho foi criado praticamente nas ruas e à mercê da marginalidade, acabando por se envolver com traficantes de cidades vizinhas, atuando principalmente como “aviãozinho”. Foi preso em flagrante, portando significativa quantidade de substâncias entorpecentes. Hoje, esse menor se encontra sob medida sócio-educativa na Febem do bairro do Brás, em São Paulo.

2º Caso observado

No bairro da Vila Nova Trieste, outro menor, por influência direta do pai, desde os doze anos, foi envolvido no tráfico de entorpecentes, atuando como “braço direito” do seu genitor nessa atividade. Nessa mesma idade, esse menor já era temido pelos moradores do seu bairro, porque andava munido com arma de fogo. Aos dezesseis anos, durante a prática de um delito (tráfico de drogas para comercialização) foi morto durante confronto dos traficantes com a Polícia Militar.

III – LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A legislação relacionada às atribuições e deveres da família do menor: o Estatuto da Criança e do Adolescente, no capítulo III, art. 19, que diz: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família [...] em ambiente livre da presença de pessoas dependentes e substâncias entorpecentes e afins”². Igualmente, seu art. 22 preceitua: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores [...]”³.

Verifica-se, então, que a família tem papel fundamental no desenvolvimento do menor, quanto ao seu sustento, formação e dignidade. O dever da família é tão

1 Constituição Federal de 1988.

2 Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990.

3 Idem.

importante que nossa legislação prevê sanções ao caso de descumprimento, que vão desde a suspensão até a perda do pátrio poder ou poder familiar.

Uma boa síntese dessa visão é dada por Flávia Piovesan: “No caso de necessidade ou contingência que determinem o afastamento da criança ou adolescente da família natural, deve ser preservado sempre o interesse prioritário e adequado ao usufruto dos direitos que lhe são reservados pela lei”⁴.

IV – A ESTRUTURA DA SOCIEDADE

A sociedade tem sua participação no desenvolvimento do menor. Na Antigüidade, o cuidado com as crianças ocupou o trabalho dos dirigentes dos grupos sociais, com a nomeação de tutores para os órfãos, pelo que surgiu a adoção desses. Por outro lado, nos nossos dias, ao que parece, tornou-se cômodo para a sociedade providenciar a internação do menor delinqüente, mero cumprimento de pena, como se tal medida pudesse, por si só, atingir a causa, a origem desse grave problema.

No caso da sociedade jarinuense, o problema apresenta complicações peculiares à cidade. Por parte da sociedade (pelo que é perceptível) parece não haver preocupação com os acontecimentos na vida dos menores infratores.

Não somente nos casos citados aqui, mas em outros que tramitam no Fórum local, é visível não haver interesse pelas causas sociais que levam à delinqüência juvenil. Os esforços direcionados ao problema se concentram em punição e não na prevenção dos delitos. Tal inversão de valores pode acarretar a perpetuação desse malefício social.

Do levantamento feito no Fórum para esta pesquisa, verificamos que:

Há 62% de envolvimento dos adolescentes com a prática de crimes;

Que 32% desses já se encontram submetidos a medidas sócio-educativas.

Estes percentuais revelam a visão da sociedade local quanto ao assunto, com certo conservadorismo em relação a isso, uma vez que não há nenhuma notícia acerca de providências que modifiquem esse estado de coisas. Paralelamente, surpreende a mesma sociedade desenvolver várias atividades de cunho sócio-recreativo, tais como: festas religiosas, rodeios, *shows* abertos ao público e coisas semelhantes. Em tais eventos, além do dinheiro envolvido, verifica-se intenso envolvimento das pessoas da cidade. Se a legislação em vigor atribui à sociedade local uma parcela de responsabilidade para com os seus menores, a omissão ou desinteresse por essa causa em nossa comunidade aponta a existência de uma patologia local.

V – A ESTRUTURA DO ESTADO

O bem-estar da sociedade é a finalidade maior do Estado, incluído o cuidado com a criança e o adolescente. O Estado tem base na organização da política da sociedade

4 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

em busca do bem comum, por isso se atribui absoluta prioridade ao atendimento dos interesses dos menores, até por sua condição de desigualdade. Deve estabelecer programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, sendo dever partilhado com a família e a sociedade o referente à educação (arts. 226 e 227, § 1º).

Diante das considerações acima, pode-se afirmar que é dever do Estado assegurar a todos os menores, cujos responsáveis se omitem, o pleno exercício do conjunto de direitos fundamentais elencados na Constituição. Não se pode alegar que a liberdade da criança e do adolescente justifique a omissão do Estado no assegurar esses direitos.

VI – AS PENAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas deveriam ter caráter compulsório, entretanto, as instituições destinadas à reeducação dos menores infratores não atingem o objetivo de sua existência. Mas, tais medidas (sócio-educativas, isto é, que educariam para uma reintegração harmônica na sociedade) chegam a produzir efeito contrário ou diverso do pretendido. Além disso, ao completar dezoito anos, o menor infrator, submetido à pena sócio-educativa de reclusão, tem reconhecida a extinção de sua punibilidade quase automaticamente, ficando essas medidas, até certo ponto, marcadas por ineficácia.

Como afirma o Professor Paulo José da Costa Jr, ao tratar da maioridade penal:

“A pena, em sua essência, é castigo. Pune-se aquele que errou, aquele que pecou (*punitur quia peccatum*). [...] O ideal seria que a pena regenerasse. Entretanto, nas condições das nossas prisões, dificilmente a função regenerativa se apresenta.”⁶

O Estatuto da Criança e do Adolescente é falho e estabelece um limite quase que insignificante para o enquadramento dos casos. Para que as medidas alcançassem seus fins, seria necessário que o infrator fosse por elas atingido, simplesmente pela ameaça psicológica. Mas estas, ao não produzir os efeitos esperados, tornam-se “letra morta”.

CONCLUSÃO

Estudando a criminalidade de adolescentes em Jarinu, chegou-se à conclusão de que a família, como a base da sociedade, está completamente desestruturada, não tendo condições de zelar pela proteção de seus filhos, tornando-os vulneráveis perante a vida social. A sociedade, por sua vez, também não usa os meios solidários de que poderia se valer para enfrentar as adversidades comuns a todos, como é o caso da violência envolvendo menores. Por fim, para o Estado, o dever de cuidar das crianças e adolescentes é impositivo, sob pena de ser chamado à responsabilidade pelo Poder Judiciário, a fim de cumprir sua missão constitucional.

Uma solução seria a redução da maioridade penal, para que, entre outros efeitos, a norma jurídica produzisse o salutar efeito da intimidação, forma única a que certos indivíduos se abstenham de causar dano a seu próximo, sob a sombra da impunidade.

6 COSTA JR., Paulo José. A Maioridade Penal. *Jornal do Advogado*, ed. 308, p. 10, jul/2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Israel Belo de. *O prazer da produção científica*. 8. ed. rev. São Paulo: Prazer de Ler, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Código Penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2001.
- LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MARREY, Adriano. *Menores*. São Paulo: Associação Paulista de Magistrados, 1980.
- MIRABETE, Julio F. *Manual de direito penal – Parte especial*. São Paulo: Atlas, 2001.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Menores, direito e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1989.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2002.

TRANSGÊNICOS*

**Márcio Alexandre Lacerda Falcão, Cláudio Aparecido Teixeira,
Osmar Donizete da Silva, Rosângela Almásy**

Alunos do 5º ano do Curso de Direito da Faccamp (Turma de Ago./2006
a Jun./2007).

RESUMO: Esse trabalho apresentado à disciplina de Direito Ambiental, direciona seu enfoque na questão dos alimentos transgênicos. Expõe a importância atribuída à consciência dos consumidores quanto à alteração genética dos produtos industrializados.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os benefícios da biotecnologia na nutrição; 2 Os transgênicos e a segurança alimentar; 3 Brasil tem legislação para a rotulagem de OGMs; 4 Aplicação da biotecnologia na saúde; 5 Entidades internacionais envolvidas com os transgênicos; 6 Biotecnologia e a segurança ambiental; 7 Estudo Prévio do Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA); 7.1 Fases do procedimento; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Transgênico é todo ser vivo que seja modificado por manipulação genética provocada pelo próprio homem. Só em 2004, aproximadamente 81 milhões de hectares foram plantados com transgênicos em 17 países, de acordo com dados do Serviço Internacional para a Aquisição de Aplicações em Agrobiotecnologia (ISAAA).

Os Estados Unidos respondem por cerca de 59% da plantação mundial, seguidos de Argentina (20%), Canadá (6%), Brasil (6%), China (5%), Paraguai (2%), Índia (1%) e África do Sul (1%). O Brasil cultivou 5 milhões de hectares de soja transgênica em 2004.

São consumidos atualmente produtos como soja, milho, batata e algodão geneticamente modificados por inúmeras nações.

1 OS BENEFÍCIOS DA BIOTECNOLOGIA NA NUTRIÇÃO

A biotecnologia já vem sendo amplamente aplicada na indústria alimentícia, ajudando no desenvolvimento de produtos mais nutritivos como frutas e hortaliças que demoram mais para amadurecer; plantas com valor nutricional enriquecidos, como arroz com maior teor de betacaroteno e o tomate com mais licopeno; e vegetais que absorvem menos óleo quando são fritos, entre tantos outros.

2 OS TRANSGÊNICOS E A SEGURANÇA ALIMENTAR

Em mais de 10 anos de uso em todo o mundo, período em que, estima-se que cerca de 350 milhões de toneladas de alimentos transgênicos foram consumidos.

* Pesquisa realizada sob orientação do Professor Mauro Cabral dos Santos, da Disciplina de Direito Ambiental.

São feitas avaliações nutricionais, entre outras, de acordo com o critério de equivalência substancial desenvolvido pela Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO).

3 BRASIL TEM LEGISLAÇÃO PARA A ROTULAGEM DE OGMS

Já existe no Brasil a lei que determina a rotulagem de produtos que contenham mais de 1% de matéria-prima geneticamente modificada. Assim como ocorre com quaisquer outros produtos, a rotulagem garante ao consumidor o direito à informação e à escolha na hora de comprar.

4 APLICAÇÃO DA BIOTECNOLOGIA NA SAÚDE

A aplicação comercial na saúde ocorreu em 1982, com a produção da insulina. Hoje, 75% da insulina mundial é produzida com a utilização de OGMS.

Instituições brasileiras como a USP, Fiocruz, Unifesp, e Instituto Butantã, além de instituições internacionais, vêm desenvolvendo pesquisas com a biotecnologia para produzir vacinas e tratamentos contra tuberculose, dengue, AIDS e esquistossomose, entre outras doenças.

A terapia genética é outro campo promissor em que a biotecnologia é utilizada. Consiste em um tratamento para doenças do coração e outras, como o câncer e a AIDS, caracterizado pela inserção de um gene na célula humana, a fim de conferir-lhe uma nova função ou corrigir os defeitos de um gene anormal.

5 ENTIDADES INTERNACIONAIS ENVOLVIDAS COM OS TRANSGENICOS

Diversas instituições internacionais de renome apóiam a biotecnologia e os produtos dela derivados. Entre elas, a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO/ONU), a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Academia de Ciências do Vaticano e a Agencia de Controle de Alimentos do Canadá.

6 A BIOTECNOLOGIA E A SEGURANÇA AMBIENTAL

A biotecnologia trabalha há anos para melhorar a agricultura no contexto da produção sustentável.

Dentre os benefícios já alcançados destacam-se o menor emprego de defensivos agrícolas em alguns casos, a redução no uso de máquinas e combustíveis – e a conseqüente diminuição na emissão de gases poluentes –, a diminuição do desmatamento e a flexibilidade no manejo de pragas e ervas invasoras.

Diversas empresas multinacionais e nacionais, como Embrapa, Copersucar e Coodetec já trabalham com essas tecnologias no Brasil, além de universidades públicas e privadas, como a Unicamp, USP, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS) e Universidade Federal de Viçosa (UFV/MG).

7 ESTUDO PRÉVIO DO IMPACTO AMBIENTAL (EIA) E RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL (RIMA)

A Constituição Federal, em seu art. 225, especialmente em seu § 1º, inciso IV, estabelece a necessidade, para a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental a ser exigido quando da instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

Trata-se de importante instrumento de preservação ambiental, erigido, em nível legal, a partir da Lei nº 6.803/1980, que dispõe sobre as diretrizes básicas para zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição e, posteriormente, através da Lei nº 6.938/1981, que disciplinou a Política Nacional do Meio Ambiente e instituiu, como um de seus mecanismos, o mencionado estudo.

O Estudo Prévio do Impacto Ambiental (EIA) tem como alvo máximo avaliar alterações eventuais que um empreendimento, tanto público quanto privado, pode ocasionar ao meio ambiente, possuindo caráter nitidamente preventivo.

Para o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), “considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causadas por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I – a saúde, a segurança e o bem estar da população;
- II – as atividades sociais e econômicas;
- III – a biota;
- IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V – a qualidade dos recursos ambientais¹.

7.1 Fases do procedimento

O Estudo do Impacto Ambiental pode ser dividido em cinco fases, a saber: a primeira fase é a do planejamento da atividade, momento do procedimento em que o proponente do projeto exterioriza sua vontade de efetuar o empreendimento e vai ao Poder Público visando obter diretrizes e outras orientações além da chamada Licença prévia.

A segunda fase é a das atividades técnicas, que serão realizadas pela equipe multidisciplinar, ocasião em que é realizado o Estudo de Impacto Ambiental propriamente dito.

A terceira fase é aquela em que se elabora o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) ou Relatório de Ausência de Impacto Ambiental Significativo (RAIAS), de autoria da mesma equipe técnica (multidisciplinar).

¹ Resolução Conama nº 001/86, art. 1º.

Em seguida, a quarta fase, é o momento de avaliação e apresentação por parte do órgão competente, incumbido do julgamento da viabilidade, ou não, do projeto, ou, ainda, das alternativas apresentadas. Se for aprovado, então será outorgado a Licença de Instalação.

Por fim, a quinta fase, da execução e aplicação, após a outorga da competente Licença de Operação.

CONCLUSÃO

A defesa do meio ambiente é parte integrante do conceito de desenvolvimento, tal como previsto constitucionalmente. O Estudo do Impacto Ambiental, ou Estudo Prévio de Impacto Ambiental, surge como verdadeira balança, possibilitando o desenvolvimento e ao mesmo tempo protegendo o meio ambiente.

O meio ambiente, definido por nossa constituição como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, deve ser encarado como um dos direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISSO 14000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERNANDES, Paulo Victor. *Impacto ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- Anbio – Associação Nacional de Biossegurança. Disponível em: <<http://www.anbio.com.br>>.
- CTNBio – Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. Disponível em: <<http://www.ctnbio.gov.br>>.
- O DNA vai a escola. Disponível em: <<http://www.odnavaiaescola.com.br>>.
- PRÓ-TERRA – Associação Brasileira de Tecnologia, Meio Ambiente e Agronegócios. Disponível em: <<http://www.proterra.com.br>>.
- Abrabi – Associação Brasileira das Empresas de Biotecnologia. Disponível em: <<http://www.abrabi.org.br>>.
- ISAAA – Serviço Internacional para a Aquisição de Aplicações em Agrobiotecnologia. Disponível em: <<http://www.isaaa.org>>.
- CBI – *Council for Biotechnology Information*. Disponível em: <<http://www.whybiotec.com>>.
- Embrapa – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. Disponível em: <<http://www.cenargen.embrapa.br>>.
- SBG – Sociedade Brasileira de Genética. Disponível em: <<http://www.sbg.org.br>>.
- Sociedade Brasileira de Biotecnologia. Disponível em: <<http://www.sbbbiotec.org.br>>.
- Porque Biotecnologia (Argentina). Disponível em: <<http://www.porquebiotecnologia.com.ar>>.
- BioBrasil. Disponível em: <<http://www.biobrasil.org.br>>.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA*

Dayane Marciano de Oliveira Castro

Aluna do 5º ano do Curso de Direito da Faccamp, Estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO: Notas introdutórias; 1 O conceito de imputação objetiva; 2 Requisitos e princípios; 3 A imputação objetiva é aplicável a qualquer tipo de delito?; 4 Alguns apontamentos doutrinários sobre as vantagens da imputação objetiva; Considerações finais: um novo sistema penal?; Referências bibliográficas.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Sabe-se que no tema das teorias da causalidade existem inúmeras controvérsias. Devido à evolução dos tempos, as teorias tendem a buscar rupturas com alguns paradigmas. De fato, isso gera uma certa insegurança, como tudo o que é novo.

O intuito desta síntese não é incutir no leitor a adoção à teoria da imputação objetiva, mas – e sobretudo – trazer, numa linguagem simples e de maneira sucinta, “um dos temas que mais tem atraído a atenção de nossos autores nos últimos anos”¹. Esta teoria, de inspiração alemã, vem sendo discutida nos últimos sessenta anos, não só lá, mas em países como a Espanha, a Colômbia, a Argentina, o Chile e a Venezuela², porque ela, segundo alguns, visa resolver os problemas que o dogma causal naturalístico e a doutrina finalista não conseguiram resolver de maneira satisfatória³.

* Pesquisa realizada sob a orientação do Professor Samuel Antonio Merbach de Oliveira (Doutorando em Filosofia pela PUC/São Paulo, Doutorando em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Mestre em Filosofia pela PUC/Campinas, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/Campinas, Especializando em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Coordenador do Curso de Extensão sobre a Obra e a Vida de Norberto Bobbio e Professor do Curso de Direito da Faccamp).

- 1 GRECO, Luiz. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.1.
- 2 “Faz parte dos estudos atuais das modernas escolas penais, como a Escola de Munich (Claus Roxin), a Nova Escola de Bonn (Günther Jakobs) e os estudos de Jescheck e Wolfgang Frisch, em Freiburg e Eberhard Struensee, em Münster. Na doutrina espanhola, conta com as notáveis contribuições de Enrique Gimbernat Ordeig, Francisco Muñoz Conde, Manuel Cancio Meliá, Juan Bustos Ramírez, Enrique Bacigalupo, Diego Luzon Peña, Jesús-María Silva Sánchez, Angel Torío López, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, Elena Pijoan Larrauri, Enrique Peñaranda Ramos, Margarita Martínez Escamilla; na Argentina, de Marcelo Ferrante, Marcelo A. Sancinetti, Maximiliano A. Rusconi e Mario Magariños; na Itália, de Andréa A. Castaldo; na Colômbia, de Cláudia López Díaz e Yesid Reyes Alvarado, além de centenas de excelentes trabalhos de notáveis cultores da doutrina do crime.” (JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. XXVI)
- 3 JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005. p. 280.

É certo que “o positivismo do século XIX insistia na adoção do princípio natural de que todo conseqüente deveria possuir um antecedente preciso e determinado. No século XX, porém, a teoria da relatividade colocou em xeque essa regra, pondo em debate o tema da probabilidade, segundo a qual há sempre margem de indeterminação nas relações. Nada é absoluto. Trazida à discussão para as ciências sociais, esclareceu-se que não era admissível falar em causalidade nos fatos da vida em sociedade, uma vez que neles há essencialmente o fenômeno da interação, sendo inadequado estabelecer uma relação de causa e efeito. Assim é que no campo penal, não obstante as críticas ao Princípio da Causalidade formuladas no campo das ciências naturais e sociais, a regra da relação entre o antecedente e o conseqüente prosseguiu durante muito tempo, até que, no século XX, objetivou-se amenizar o Princípio da ‘Determinação’ com a introdução da Teoria da Probabilidade”⁴. Para Juan Bastos Ramírez, inclusive, a Teoria da Imputação Objetiva surgiu como “verdadeira alternativa à causalidade”⁵.

1 O CONCEITO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A imputação objetiva não é sinônima de responsabilidade penal objetiva. Isto porque a primeira trata-se de uma teoria contraposta à da causalidade material, que, por sua vez, determina a existência de um conseqüente necessário, “um liame no mundo natural entre o comportamento e o resultado também natural”⁶. Já a segunda, “significa responder o autor pelo resultado, por crime doloso ou culposo, desde que presente a relação de causalidade com a conduta, ainda que não tenha agido com dolo ou culpa”⁷. Tal distinção se faz necessária.

Com efeito, a imputação objetiva atribui “a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”⁸. Ela pressupõe, segundo Claus Roxin, “a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro da abrangência do tipo”⁹. Na verdade, ao contrário da *conditio sine qua non*, o que se leva em consideração não é um resultado naturalístico, mas um resultado jurídico. Portanto, “o ponto central não é imputar um resultado a um homem segundo o dogma da relação de causalidade material”¹⁰, mas, consoante os ensinamentos de Claus Roxin, estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo¹¹.

4 JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

5 La imputación objetiva. In: *Teorías actuales em el derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 211. Apud JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

6 Idem, ibidem, p. 33.

7 Idem, ibidem, p. 33.

8 Idem, ibidem, p. 33.

9 Derecho penal, Trad. Diego-Manuel L. Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de V. Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 364, n. 41. Apud JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 33.

10 JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

11 Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986, p. 145. Apud: JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

2 REQUISITOS E PRINCÍPIOS

São requisitos da imputação objetiva: a) a conduta que cria ao bem (jurídico) um risco juridicamente desaprovado; b) o perigo realizado no resultado jurídico e c) o alcance do tipo incriminador, que abrange o gênero de resultado jurídico produzido¹².

A Teoria da Imputação Objetiva, por enunciar pressupostos que fazem de uma causação objetivamente típica, considera a criação do risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado¹³. Fala-se em desvalor da ação e desvalor do resultado, havendo na doutrina completa dissonância se a imputação objetiva está ligada à conduta propriamente dita ou à produção do resultado¹⁴.

Para melhor definição, “o risco permitido possui conceito ontológico e axiológico. É ontológico porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo”¹⁵. Para Enrique Gimbernat Ordeig, citado por Damásio E. de Jesus, é axiológico porque o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social¹⁶. É perigosa a ação que “aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico”¹⁷.

São requisitos de aplicação: 1º) causalidade material entre a conduta e o resultado (só nos delitos materiais); 2º) criação de um risco ao bem jurídico relevante e juridicamente não autorizado; 3º) resultado jurídico advindo do risco; 4º) correspondência entre o resultado jurídico e o perigo juridicamente desaprovado¹⁸.

Os requisitos levam em conta que a presença da relação de causalidade objetiva, disciplinada no art. 13, *caput*, do CP, só é exigida nos crimes materiais, de conduta e resultado¹⁹.

Para Ghünther Jakobs, “os delitos de resultado obrigam a um mínimo de naturalismo”²⁰.

12 Idem, *ibidem*, p. 34.

13 GRECO, Luiz. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 9.

14 “Há três orientações: 1ª) Cuida-se da imputação objetiva da conduta causadora do risco proibido, em que incluem os conceitos e critérios do risco tolerado, da criação do risco proibido, o princípio da confiança e a proibição de regresso; 2ª) Imputação objetiva significa atribuição de um resultado a quem realizou uma ação; 3ª) O instituto procura resolver temas referentes à conduta e ao resultado. A maior parte da doutrina emprega a expressão nos dois sentidos, *i.e.*, imputação objetiva da conduta e do resultado.” (JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005. p. 283)

15 JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

16 Idem, *ibidem*, p. 40.

17 GRECO, Luiz. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 30.

18 Nesse sentido: Damásio E. de Jesus, Johannes Wessels, Wolfgang Frisch, André Luís Callegari, entre outros. JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 72.

19 JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 73.

20 Idem, *ibidem*, p. 73.

Na teoria da imputação objetiva inexistente imputação, portanto: 1) se o sujeito não criou risco com sua conduta; 2) se criou, porém o risco era permitido; 3) se criou, porém o risco não era relevante; 4) se o perigo não produziu resultado jurídico, caso em que o fato é atípico ou o sujeito responde por tentativa; 5) se o resultado jurídico se encontra fora do âmbito de proteção da norma incriminadora²¹.

No tocante aos princípios, é importante salientar que a imputação objetiva fica excluída em face de ausência de risco juridicamente reprovável e relevante. Não há imputação objetiva do resultado quando o sujeito atua com o fim de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico: ele causa um dano menor ao objeto jurídico para evitar-lhe um maior. Há imputação objetiva quando a conduta do sujeito aumenta o risco já existente ou ultrapassa os limites do risco juridicamente tolerado²².

Por oportuno, frise-se que a Teoria da Imputação Objetiva também considera o Princípio da Confiança, no qual parte-se do pressuposto de que as pessoas são responsáveis e agem de acordo com as normas da sociedade, no sentido de evitar dano a terceiros²³.

É importante observar o que se estabelece acerca da conduta da vítima (ações a próprio risco)²⁴ e de outros fatores como o das contribuições socialmente neutras²⁵, o da relevância de cursos causais hipotéticos²⁶, o de danos tardios²⁷, entre outros.

21 Idem, ibidem, p. 74.

22 Idem, ibidem, p. 74.

23 JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005. p. 283-284.

24 A teoria da imputação objetiva analisa essas questões, com exemplos diversos. “O *leading case* da jurisprudência alemã foi o famoso caso da seringa de heroína: a vítima, conhecida como viciado, não conseguia mais comprar seringas em farmácia alguma. Ele recorre, portanto, ao autor, o qual compra as seringas. Os dois se injetam da droga, adormecem, e depois só o autor acorda, a vítima não. Considerou-se que o autor não teria criado risco juridicamente desaprovado de homicídio [...], com a seguinte ementa: “Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo auto-responsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize. Quem apenas provoca, possibilita ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio”. Esse exemplo é citado por GRECO, Luiz. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 63-34. Ressalte-se que, diferentemente do Direito alemão, o art. 122 do CP pune o auxílio, a instigação e o induzimento ao suicídio.

25 Há um exemplo de Jakobs nesse sentido: a conduta do padeiro que vende seu pãozinho ao autor, cômico de que este envenenará o pão e matará alguém. A citação foi feita por GRECO, Luiz. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 72. O mesmo autor cita um caso similar julgado na Alemanha (BGHSt 46, 107): o da conduta do funcionário de um banco que transfere capitais de um cliente, a pedido deste, para o exterior, sabendo que o cliente não pagará os impostos devidos.

26 É o caso do exemplo de Jeschek. *Tratado de derecho penal, parte general* (Trad. José Luis Manzares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 259), alterado por Damásio E. de Jesus, no seguinte contexto: “Caso da explosão criminosa por ocasião de desastre aéreo fortuito. O autor deseja matar uma pessoa. Com uma bomba programada, explode uma aeronave em que ela se encontra no mesmo instante em que o aparelho está se precipitando por causa de uma falha mecânica. A vítima morre em face dos ferimentos produzidos na queda do avião contra o solo e não em decorrência da explosão, que ocorre no último segundo antes do choque”. (*Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120)

27 Interessante é o exemplo de Luís Greco sobre isso: “A vítima de lesões corporais, alguns anos depois, perde o equilíbrio em razão da lesão nunca completamente curada e cai, sofrendo várias fraturas”. (*Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 110)

3 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA É APLICÁVEL A QUALQUER TIPO DE DELITO?

Questão bastante freqüente é se a teoria da imputação objetiva é aplicável a qualquer tipo de delito. Para Damásio E. de Jesus, “a imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo, seja o crime doloso ou culposo”²⁸. Nesse enfoque, fala-se na aplicação a crimes de qualquer natureza: materiais, formais, de mera conduta, unissubsistentes, plurissubsistentes, instantâneos, permanentes, comissivos etc.²⁹.

4 ALGUNS APONTAMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE AS VANTAGENS DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A doutrina pátria aponta, entre outros argumentos, algumas das vantagens e desvantagens da adoção da teoria da imputação objetiva: o dogma da causalidade só é aplicável aos crimes materiais; a imputação objetiva pode ser aplicada a qualquer delito. A relação de causalidade material não tem aplicação à tentativa, aos crimes omissivos, formais e de mera conduta; o juízo de imputação objetiva incide sobre delitos consumados e tentados, materiais, formais e de mera conduta, comissivos ou omissivos etc. Hipóteses em que o fato é considerado atípico em face da ausência do nexo de causalidade material poderão ser apreciadas sob a ótica da atipicidade da conduta ou do resultado. Temas como os do risco permitido e ações a próprio risco são resolvidos em nível de excludente de tipicidade. A imputação objetiva permite que somente condutas que, *ex ante*, mostram-se perigosas, podem ser objeto de desvalorização perante o ordenamento penal³⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM NOVO SISTEMA PENAL?

Não é possível afirmar que um novo sistema penal já existe no Brasil, de forma a substituir a teoria *conditio sine qua non*. Há muitos debates acerca do tema quanto à aplicabilidade ou não do instituto e, quanto à sua análise, se antes do próprio fato típico ou se após o nexo causal.

Por enquanto, diz-se que ela “tem a missão de resolver, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta”³¹, procurando dar melhor explicação a questões que o finalismo não conseguiu resolver³².

28 JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005. p. 284.

29 Em especial, sustenta ainda o autor em tela, que a teoria da imputação objetiva é adequada à solução de problemas como os crimes contra as relações de consumo, delitos de trânsito, crimes de tóxicos, delitos contra o meio ambiente, entre outros. JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 156.

30 JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 160.

31 PESSOA, R. Nelson. Imputación objetiva y el concepto de acción. In: *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p.200. Apud JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

32 TERRAGNI, Marco Antonio. *Causalidad e imputación objetiva en la doctrina y en la jurisprudencia argentina*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, 7:214. Apud JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

Deste modo, afirma-se que “no momento, sem rescindir da causalidade objetiva, é seu complemento”³³.

Muito embora não haja convencimento da aplicabilidade da teoria acima esposada, o certo é que ela, “não é, pois, uma teoria acabada (pronta), continuando a ser alterada e discutida”³⁴.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRECO, Luiz. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. *La teoría de la imputación objetiva e la normativización del tipo objetivo*. Caderno Jurídico da ESMP. Imprensa Oficial do Estado. Abril/2001, a. 1, n. 1.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *A imputação objetiva (quase) sem seus mistérios*. Caderno Jurídico da ESMP. Imprensa Oficial do Estado. Abril/2001, a. 1, n. 1.

33 CUESTA, José María Luzón. *Compendio de derecho penal, parte general*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 76. Apud JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

34 CABRERA, Raul Peña. *Tratado de derecho penal*. Estudio pragmático de la parte general. Lima: Jurídica Grijley, 1995, I:292. Apud JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO: INSTITUTO QUE FAVORECE OU PREJUDICA O EMPREGADO?*

**Luciano Aparecido Joaquim e
Gisele Bernardes da Silva**

Alunos do 3º ano do Curso de Direito da Faculdade de Campo
Limpo Paulista.

SUMÁRIO: Introdução; Da assistência jurídica no Código de Processo Civil e na Constituição Federal de 1988; Da justiça gratuita – Artigo 5º, inciso LXXIV, da CF/1988; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Um dos temas mais polêmicos quando comentamos sobre a Justiça Especializada Trabalhista é o *jus postulandi* e os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Dentro deste tema existem várias correntes, que divergem entre si até mesmo quando admitem a condenação em tal verba.

INTRODUÇÃO

Questão que sempre causou polêmica na doutrina e jurisprudência pátria é a do *jus postulandi*, na Justiça do Trabalho. Como é do conhecimento dos operadores de direito, na Justiça do Trabalho, o empregado e empregador podem postular e defender-se pessoalmente, sem o patrocínio de advogado.

Na redação do art. 791 da CLT temos que:

“Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

Nesse trabalho, pretendemos expor a quebra dos arcaicos paradigmas trabalhistas, bem como a necessidade de construir novos. Até mesmo porque o direito não está entregue a valores eternos. Ao revés. Tem de suportar a hierarquia da cultura, dos avanços sociais e da inteligência.

Não se deve perder de vista que a lei é uma construção cultural que provê uma realidade social presente. E essa realidade terá de mudar, adaptando-se, paulatinamente, à exigência de cada época.

Seguiremos com os prós e contras deste instituto que sobreviveu à redação da atual Constituição da República.

* Pesquisa Realizada sob Orientação da Professora de Direito Processual do Trabalho Aparecida Dias de Oliveira Formigoni.

DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998

O advogado é detentor da capacidade postulatória, conforme se depreende do art. 36 do Código de Processo Civil brasileiro:

“A parte será representada em Juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-à lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recua ou impedimento dos que houver.”

A Carta Magna de 1988 ressaltou a importância da imprescindibilidade do advogado em seu art. 133 dispondo que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Ainda o art. 5º e o inciso LXXIV da Constituição Federal de 1988: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso”.

Já o vigente Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) reza, em seu art. 2º, que “o advogado é indispensável à administração da justiça”.

A jurisprudência, de forma contrária, interpretou corretamente este dispositivo constitucional. Buscou harmonizá-lo ao ordenamento jurídico para não revogar outras normas infraconstitucionais. Entendeu que a expressão “o advogado é indispensável à administração da justiça” do art. 133 da CF de 1988 deveria ser interpretada no sentido de que foi reservado a esses profissionais uma condição de servidores da justiça e não de monopólio para que se tenha acesso a ela.

Em sentido semelhante, o Acórdão da Seção de Dissídio Individual do TST nº TST-RO-AR 468/84, de autoria do insigne Ministro Orlando Teixeira da Costa, dispõe “[...] o *jus postulandi* do processo trabalhista não conflita com o art. 133 da CF de 1988, pois ele apenas reconheceu a natureza do direito público da função do advogado, sem criar nenhuma incompatibilidade com as exceções legais que permitem à ajuizar, pessoalmente, pleitos perante os órgãos do Poder Judiciário”.

DA JUSTIÇA GRATUITA – ARTIGO 5º, INCISO LXXIV, DA CF/1988

É dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recurso (art. 5º, LXXIV, CF).

O trabalhador que for reclamar seus direitos na Justiça do Trabalho sem advogado, certamente estará sozinho, a não ser que busque auxílio no sindicato onde está sindicalizado, entretanto, acontece, porém, que muitos trabalhadores nem sequer são sindicalizados e, em outros momentos não confiam no sindicato e, neste caso, não resta outra opção a não ser recorrer para o advogado particular, que automaticamente leva parte daquilo que lhe pertence, que o empregador deixou de pagá-lo, isto é, as verbas sonogadas durante o pacto laboral. Não criticamos o profissional que recebe

seus honorários, fato este justo, entretanto, criticamos a forma que é aplicada ao trabalhador.

Os honorários advocatícios de sucumbência são classificados diferentemente por cinco correntes doutrinárias, cada uma delas tentando explicar a natureza jurídica dos honorários, em tela. São elas: a teoria da pena; teoria do risco; teoria da indenização; teoria da remuneração ou da gratificação e a teoria do dolo e culpa.

A teoria que merece atenção em nosso estudo é a teoria do risco, pois a mesma é adotada no sistema jurídico brasileiro vigente. A mesma parte do pressuposto que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios não pode depender do dolo ou culpa com que agiu a parte contrária, nem da conduta por ela praticada no decorrer da lide, fundamentada, sim, no risco de ter proposto a ação ou a ela resistido, tal como ocorre na responsabilidade civil, derivando, portanto, os honorários de sucumbência do fato objetivo da derrota.

CONCLUSÃO

Na realidade, o *jus postulandi*, como idéia de favorecimento – em especial – aos empregados, só existe no papel e não na prática, pois seria impossível um trabalhador utilizá-lo em seu benefício, uma vez que o empregador, por ter poder aquisitivo melhor, sempre estará acompanhado de seu advogado e isto traria desvantagens ao trabalhador e total desequilíbrio nas demandas. Da noção de equilíbrio surge a idéia de igualdade das partes, deste modo é que se entende que o contraditório deve proporcionar as mesmas oportunidades de manifestação e as mesmas possibilidades de prepararem e produzirem as provas em suas alegações.

Notadamente, diante ao exposto fica clara a ineficiência do *jus postulandi* na prática, pois nossos dias mostram outras realidades dos tribunais do trabalho, quer empregado quer empregador sempre estão sendo assistidos por seus advogados, que até acho louvável isto porque prevalecera o direito de igualdade.

Pensamos como alternativa a troca deste instituto *jus postulandi* por uma eficiente prestação de assistência jurídica gratuita ao trabalhador – nos moldes do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República – e jamais esquecer que sem advogado não há justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRION, Valentim. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 31. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 20. ed. São Paulo. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Campo Limpo Paulista*, v. 4. (2006); Porto Alegre: Iob Thomson, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PRINCÍPIO DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DAS PROVAS*

**Ana Paula Pereira, Luciege Maria da Silva, Cíntia dos Santos Correia
Rossi e Adriana Aparecida Pereira**

Alunas do 3º semestre do Curso de Direito da Faculdade
Campo Limpo Paulista – Faccamp.

SUMÁRIO: Linhas introdutórias; 1 Princípio da livre investigação das provas no âmbito do processo civil; 2 Princípio da livre investigação das provas no âmbito do processo penal; 3 Princípio da livre investigação das provas no âmbito do processo trabalhista; Linhas conclusivas; Referências bibliográficas.

LINHAS INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho tem como desafio principal apresentar o princípio da livre investigação das provas, que vem previsto Constitucionalmente e cotejá-lo com as normas infraconstitucionais previstas no campo de Processo Penal, Processo Civil e CLT, buscando na medida do possível uma releitura.

1 PRINCÍPIO DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DAS PROVAS NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

Na esfera do Processo Civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte a produção das provas, pois em princípio pode assumir a iniciativa destas, na maioria dos casos pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a colher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios.

Essa liberdade é ampla, mas não absoluta, pois sofre restrições. Uma delas está presente no próprio art. 131 do CPC, que exige que o juiz se prenda nas provas constantes dos autos.

O Código de Processo Civil não só manteve a tendência publicista, que abandonara o rigor do princípio dispositivo, permitindo ao juiz participar da colheita das provas necessárias ao completo esclarecimento da verdade. O sistema adotado representa uma conciliação do princípio dispositivo com a livre investigação judicial.

No art. 366 do CPC outra restrição, que dispõe que não prevalecerá aquela liberdade de interpretação quando a lei considerar determinada forma como substância do ato. Exemplo: mesmo que o juiz esteja absolutamente convencido, mesmo pelas provas dos autos, de que a propriedade de um imóvel pertence ao autor ou ao réu, não lhe é permitido reconhecer esse domínio, se uma das provas exigidas por lei, como

* Resumo do trabalho apresentado à disciplina de Teoria Geral do Processo, ministrada pela professora Mestre Aparecida Dias de Oliveira Formigoni.

substância do ato, não for apresentada. No exemplo, a única prova válida será a escritura de compra e venda de permuta, de doação, o formal de partilha, a sentença de usucapião, a carta de arrematação etc.

A lei exige que o juiz se apegue às provas constantes dos autos.

2 PRINCÍPIO DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DAS PROVAS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

Princípio da verdade real

A função punitiva do Estado deve valer em face daquele que realmente, tenha cometido uma infração; portanto, o Processo Penal deve tentar descobrir a realidade (a verdade) dos fatos para isso o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.

Para isso o juiz tem o poder de iniciativa complementar das provas conforme art.156 CPP “A prova de alegação incumbirá a quem a fizer: mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

Nas palavras de Tourinho Filho temos que:

“ A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontestável desse interesse consagra necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes.”¹

Para notarmos a grande diferença entre Processo Penal e Processo Civil, neste vigoram as presunções, as ficções, transações, elementos estes contrários á declaração de certeza da verdade material. Se o réu no Processo Civil, estando em jogo interesses disponíveis (que constitui a regra), reconhece a procedência do pedido, extingue-se o processo com julgamento de mérito (art. 269, II do CPC). Já no penal não, a confissão não passa de simples meio de prova.

O juiz penal excepcionalmente se curva à verdade formal, mas somente não dispondo de meios para assegurar o império da verdade.

No Processo Civil ao contrário do Processo Penal o juiz deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencimento que surja das manifestações formuladas pelas partes, entretanto, é certo que o juiz no Processo Civil não é um mero espectador inerte da produção das provas como confirmado no art. 130 do CPC.

Florian² justifica diferenças entre prova civil e penal: a) Quanto aos poderes do juiz e as faculdades dispositivas das partes; b) Quanto ao diferente sentido da verdade (no Processo Penal se investiga a verdade de fato no interesse público, que vence todo

1 TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo penal*. São Paulo:Saraiva, v. 1, 2005. p. 37.

2 Citado por TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Op. cit., p. 37.

obstáculo; c) Os meios de prova no Processo Penal são mais extensos; d) Pela diversidade do conteúdo de cada um dos institutos probatórios; e) Pela diversidade de procedimento correspondente a cada um dos meios de prova.

Mostra assim Florian, em linhas gerais, vigorar, no Processo Penal, o princípio da verdade real.

3 PRINCÍPIO DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DAS PROVAS NO ÂMBITO DO PROCESSO TRABALHISTA

Considerando que os princípios informam, orientam e inspiram preceitos legais, sendo referência para o direcionamento das atividades jurídicas, podemos concluir que o Princípio da Livre Investigação das Provas também é amplamente utilizado para fundamentar decisões jurídicas no âmbito trabalhista, prevalecendo à verdade real dos fatos.

O Processo Trabalhista possui suas particularidades, mas verifica-se a ligação com o Código de Processo Civil, pois em ambos prevalecem o Princípio do Livre Convencimento do Juiz na apreciação das provas, positivadas no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho, seguem:

CLT, art. 735: “Os Juízes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

LINHAS CONCLUSIVAS

Após ter lido obras supra mencionadas concluímos que há diferentes formas de investigação das provas, pois: processo civil visa a verdade formal, processo penal visa a verdade real e processo trabalhista também visa a verdade real dos fatos. Também abordamos a posição do juiz, nesse contexto que não deve ignorar o princípio da repartição do ônus da prova imposta às partes. Porém a ele não se reserva apenas o papel secundário de observador inerte, distante do combate dialético das partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar observância das “regras do jogo” e no fim proclamar um vencedor e sim, posição ativa também na determinação das provas necessárias ao esclarecimento da verdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; PELLEGRINI, Ada; DINAMARCA, Grinover Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

LEVENHAGEN, Antonio José de Sousa. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005.

PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO*

**Ana Lúcia Krause, Cristiane Nascimento Souza Carvalho,
Márcia Nascimento Souza Silva, Maria Bernadete Rodrigues Araújo
e Sonia Marques Soares**

Alunas do 3º semestre do Curso de Direito da Faculdade
Campo Limpo Paulista.

Doutrinariamente, discute-se um conceito mais adequado para o instituto em questão, variando tais concepções, basicamente, em relação à obrigatoriedade do reexame ser realizado por um órgão distinto do primeiro e também da necessidade de que esse segundo órgão seja hierarquicamente superior ao anterior.

Para Djanira Maria Radamés de Sá¹, o duplo grau de jurisdição consiste na “[...] possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior”.

Já Leib Soibelman² conceitua “a recursividade como o princípio de ordem pública segundo o qual toda causa tem direito a um reexame por uma segunda instância”, concordando com Radamés de Sá ao deixar implícito que a revisão deve ser feita por órgão diferente do primeiro, diferindo, entretanto, daquela, ao prever a necessidade desse segundo órgão ser de segunda instância, ou seja, hierarquicamente superior ao outro.

Parcialmente no mesmo sentido, Oreste Nestor Souza Laspro³ caracteriza o instituto “[...] como sendo aquele sistema jurídico em que, para cada demanda, existe a possibilidade de duas decisões válidas e completas no mesmo processo, emanadas por juízes diferentes, prevalecendo sempre à segunda em relação à primeira”.

Oreste Nestor Souza Laspro inicialmente converge com Djanira Maria Radamés de Sá e Leib Soibelman ao asseverar que a segunda decisão deve ser emanada por um juiz distinto daquele que julgou a primeira causa. Contudo, posteriormente, omite-se quanto à necessidade dessa segunda decisão ser proferida por um órgão superior, preferindo apenas citar o predomínio da segunda em relação à primeira.

Já em sentido diametralmente oposto, o renomado jurista Machado Guimarães⁴ profere com propriedade a seguinte assertiva a respeito do duplo grau de jurisdição:

* Síntese do trabalho apresentado à disciplina de Direito Processo Civil, sob a orientação da Professora Aparecida Dias de Oliveira.

1 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 88.

2 SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Thex, v. 1, 1995. p. 48.

3 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. 21, 2003. p. 27.

4 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, R. M. Andrade. 3. ed. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41.

“Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior a daquele que realizou o primeiro exame.”

Guimarães deixa claro nas palavras finais que o segundo julgamento não será necessariamente realizado por órgão distinto, tampouco hierarquicamente superior ao primeiro, contrariando todos os doutrinadores supramencionados.

Ele assim preconiza por considerar que, embora em menor proporção e em caráter excepcional, há casos em que a interposição recursal ocorre em razão do próprio juízo que proferiu a decisão questionada, como por exemplo, nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

O duplo grau de jurisdição, ou instituto da recursividade, como preferem chamar alguns doutrinadores, surgiu nos ordenamentos jurídicos primitivos, permanecendo nos sistemas hodiernos, inclusive no nosso, em decorrência de três fatores, quais sejam: a falibilidade do juiz, o inconformismo da parte vencida e a constante preocupação em se evitar a existência do despotismo por parte dos membros do magistrado.

A Constituição Imperial, promulgada em 25.03.1824, assegurava o duplo grau de jurisdição sem qualquer restrição, conforme dispunha em seu art. 158:

“Art. 158. Para julgar as Causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos.” [sic]

A partir da Constituição Republicana de 1891, o princípio passou a sofrer algumas limitações. A atual Carta Política, promulgada em 5 de outubro de 1988, excluiu da apreciação em instância superior algumas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, tornando-as irrecorríveis, conforme se vê do art. 121, § 3º, nestes termos:

“§ 3º São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança.”

José Frederico Marques⁵ afirma que esse postulado – o princípio do duplo grau de jurisdição – não está consagrado constitucionalmente, podendo o legislador ordinário derogá-lo em hipóteses especiais, deixando “sem recurso para a justiça de segundo grau algumas causas ou litígios, ou que dê, para outras, competência originária a tribunais superiores, suprimindo, assim, a instância inferior”.

5 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, v. 1, 1997.

De outro lado, Nelson Nery Júnior⁶, entendendo um pouco diferentemente, assegura que o duplo grau de jurisdição, enquanto princípio está previsto na Constituição Federal, embora não tenha incidência ilimitada, não podendo lei infraconstitucional suprir recursos pura e simplesmente. Entretanto, admite que, para melhor aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, existam algumas leis que restringem o cabimento de recursos, como, por exemplo, o art. 34, *caput*, da Lei de Execução Fiscal, e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995), que não prevê apelação para o segundo grau de jurisdição (art. 41), mas recurso contra a decisão do juiz singular para o próprio juizado, que será examinada por três juízes de primeiro grau.

Assegura o mesmo processualista que o duplo grau de jurisdição é uma exigência do *due process of law*, mas a sua aplicação não pode ser desmedida, a ponto de retardar indefinidamente o curso do processo, desprestigiando a eficácia da justiça em detrimento da paz social, escopo primeiro da atividade jurisdicional.

Prevalece, pois, de qualquer modo, no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição, não obstante a Carta Magna não o tenha assegurado expressamente, mas, prevendo-o, estabeleceu, por exemplo, que os tribunais brasileiros terão competência para julgar causas originalmente e em grau de recursos (comparar com os arts. 102, II e III, 105, II e III, 108, II, todos da CF).

CONCLUSÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição deve ser, caracterizado pelo simples reexame do processo, ainda que essa nova análise seja feita no mesmo órgão que prolatou a decisão questionada e em uma mesma hierarquia.

Sua adoção no sistema jurídico pátrio tem como finalidade precípua garantir a consecução da justiça a todos os cidadãos, possibilitando a correção de eventuais erros judiciais cometidos em um primeiro julgamento ou simplesmente assegurando ao sucumbente o direito de manifestar sua indignação ante um resultado desfavorável e solicitar uma reapreciação do processo.

Por sua grande importância, o legislador pátrio conferiu a esse princípio *status* constitucional, mesmo que isso tenha ocorrido de modo tácito, seja por estar ligado umbilicalmente ao princípio do devido processo legal, expresso em nossa Constituição, ou por estar explícito na Lei Maior a garantia de meios e recursos necessários aos litigantes ou ainda por se configurar no objetivo precípua do Estado, qual seja, a promoção da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

6 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Thex, v. 1, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – Faccamp – destina-se à publicação da produção científica dos professores e alunos do curso.

§ 1º Serão analisadas pelo Conselho Editorial colaborações de autores externos.

§ 2º Além de artigos, outras informações de natureza jurídica poderão ser veiculadas na Revista, segundo critérios do Conselho Editorial.

DA FORMATAÇÃO DOS TEXTOS

Art. 2º O artigo submetido à Revista deverá ser elaborado em editor de texto Word ou compatível, segundo os critérios abaixo:

- a) mínimo de 10 (dez) e máximo de 25 (vinte e cinco) páginas;
- b) apresentação em disquete 3½ e impresso em papel A4;
- c) fonte Arial 12;
- d) espaço 1,5 entre linhas;
- e) escrito no vernáculo;
- f) páginas numeradas no alto da folha à direita, exceto a primeira;
- g) conter nome do autor à direita logo após o título;
- h) breve qualificação do autor (nome por extenso; titulação; instituição a qual está vinculado e endereço eletrônico para contato, se for o caso) logo após o respectivo nome;
- i) as notas de rodapé deverão observar seqüência numérica a partir do número 1 e estarem localizadas no final de cada página;
- j) após o nome e a identificação do autor, haverá sumário contendo (de maneira contínua e não vertical): introdução, desenvolvimento, conclusão, bibliografia;
- k) após o sumário, deverá constar resumo do artigo no máximo com 5 (cinco) linhas;
- l) após o resumo, constarão palavras-chave.

Art. 3º As abreviações, as notas de rodapé e as referências bibliográficas deverão seguir os padrões previstos pela ABNT.

§ 1º Dar-se-á preferência às citações em nota de rodapé, no formato: AUTOR, ano e página.

§ 2º As abreviações deverão ter sido precedidas, no próprio texto, de referência por extenso seguida da respectiva abreviação entre parênteses: Constituição Federal (CF).

Art. 4º A remessa do artigo deverá ser precedida de uma revisão do vernáculo, cuja responsabilidade será do próprio autor.

DA CONTRIBUIÇÃO DOS ALUNOS

Art. 5º Os alunos poderão colaborar para a revista com a inclusão de resumos de pesquisas realizadas;

§ 1º A elaboração dos textos pelos alunos deverá ser acompanhada por orientação de professor, com a indicação dos respectivos créditos logo após o nome e identificação do aluno.

§ 2º A formatação dos textos dos alunos deverá obedecer às mesmas regras atribuídas aos artigos de professores;

§ 3º Os resumos deverão conter no máximo 5 (cinco) páginas.

Art. 6º Será aceita a colaboração de artigo escrito por aluno como atividade final da participação no Programa de Iniciação Científica da Faccamp, cumprido o respectivo regulamento;

Parágrafo único. A formatação do texto deverá observar os mesmos critérios previstos no art. 2º.

DOS TEXTOS INÉDITOS

Art. 7º A remessa do texto pelo autor pressupõe a concordância com as normas de publicação da Revista, além de significar que o texto é inédito e não está sendo submetido à apreciação de outros veículos para publicação.

Parágrafo único. Os originais não serão devolvidos.

Art. 8º O autor do artigo publicado receberá cinco exemplares da revista a título de direitos autorais.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 9º As situações omissas ou os conflitos de interpretação serão resolvidos pelo Conselho Editorial da Revista.

Art. 10. Poderá o Conselho Editorial emitir outras normas para o aprimoramento da Revista.