

ISSN 1516-4551

REVISTA
da Faculdade de
DIREITO
do Sul de Minas

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 27 (jul./dez. 2008)

Semestral 2008

ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05

ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

BETWEEN PRIVATE LAW AND PUBLIC LAW

Carolina de Freitas Paladino*

RESUMO

O trabalho cinge-se à análise da dicotomia entre público e privado, com base nos diferentes modelos de Estado apresentados (Liberal, Social e Democrático de Direito) a partir de fenômenos como a publicização do direito privado e a privatização do direito público.

Palavras-chave: Dicotomia entre público e privado; Publicização do direito privado; Privatização do direito público.

ABSTRACT

The work make the analysis of the dichotomy between private law and public law, on the basis of the different presented models of State (Liberal, Social and Democratic of Law) from phenomena as the publicization of the private law and the privatization of the public law.

Keywords: Dichotomy between private law and public law; Publicization of the private law; Privatization of the public law.

1

1. INTRODUÇÃO

A dicotomia entre público e privado, advinda do modelo romano-germânico, é ensinada aos alunos de direito em seu primeiro contato com esse novo universo, de forma que se criam verdadeiras gavetas com diferentes áreas do conhecimento, cada vez mais especializadas quanto mais se estuda o direito.

Todavia, essas divisões no modelo atual não se configuram mais de maneira tão absoluta. Com efeito, vale lembrar que só houve interesse nessa distinção entre público e privado com a criação do Estado de Direito, justamente para separar o que seria da alçada do direito administrativo e também reservado ao particular.

* Mestranda em Direito Constitucional pela Unibrasil – Curitiba-PR. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – Curitiba-PR. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar – Curitiba-PR. Professora de Direito Constitucional e Administrativo na Faculdade Paranaense (Fapar) – Curitiba-PR. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Mas, afinal de contas, por que a divisão entre direito público e privado? É possível ainda falarmos em uma nítida divisão entre público e privado? Por que tal distinção remanesce até os dias atuais se não é mais possível vislumbrar os contornos exatos de ambas as esferas?

Diversas são as alterações ocorridas com os diferentes modelos que serão analisados na seqüência. Portanto, cabe fazer uma maior aproximação entre essas questões para que se investiguem os possíveis pontos de intersecção entre elas.

Assim, o presente trabalho será dividido em três partes: na primeira, a discussão perpassa pelos modelos de Estado, com reflexões no Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, com o objetivo de identificar as relações entre público e privado nesses diferentes contextos.

Na seqüência, a análise será feita colocando-se o público e o privado relativamente a dois movimentos, quais sejam, a privatização do direito público e a publicização do direito privado, de forma a contextualizar que esses dois institutos cada vez mais se comunicam, culminando, assim, no terceiro momento deste estudo, que visa justamente discutir a superação da dicotomia entre público e privado, demonstrando que essa divisão somente possui finalidades didáticas e não mais pode ser vislumbrada de maneira absoluta no atual contexto.

2

2. MODELOS DE ESTADO

Entre as diversas prerrogativas do Estado Absoluto, marcado por um poder arbitrário da Coroa, estava a de aumentar ou criar impostos a seu bel-prazer, fazendo crescer de forma drástica a carga tributária. Nesse sentido, com o Estado Absoluto, assevera Maria João Estorninho, o Estado era pensado enquanto Fisco tão-somente com a conseqüente irresponsabilidade do Estado quanto aos atos por ele praticados, não se admitindo qualquer ação judicial contra a Coroa¹.

Mas chegou um momento em que a população não mais agüentou ficar vítima das vontades da nobreza.

2.1 Estado Liberal

Inicia, portanto, no mundo ocidental toda uma tentativa de contenção do público, com a “domesticação do Estado”², buscando-se um equilíbrio ótimo, surgindo, neste contexto, um dos princípios basilares do Estado de Direito, que é o princípio da legalidade. Além disso, outro valor de extrema importância nessa

¹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 24.

² Expressão utilizada por Rogério Soares. Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 31.

época são os direitos fundamentais, entre os quais o da liberdade, juntamente com o princípio da separação de poderes, que passam a ser de observância obrigatória do Imperador. Assim,

a este propósito, há duas ideias fundamentais a considerar: a ideia de liberdade e a ideia de separação de poderes. É precisamente em nome dessa liberdade que no Estado Liberal se afirma a necessidade de limitar o poder político, quer através da sua divisão e repartição por vários órgãos, quer através da redução ao mínimo das tarefas por ele desempenhadas.³

Sem embargo, conforme assevera Adriana da Costa Ricardo Schier, o referido modelo de Estado surge em contraposição ao modelo absolutista, buscando-se assegurar igualdade, ainda que no prisma formal. Nesse diapasão, o direito é o responsável pela garantia de liberdade aos indivíduos, de tal forma que o Estado traduz-se no povo e, indiretamente, no parlamento, havendo, por conseguinte, uma limitação ao poder do soberano⁴.

Então, é possível falar na primeira dimensão de direitos fundamentais, ou seja, direitos de defesa, em que o Poder Público não pode interferir nas relações privadas e, quando intervém, só é legitimado por meio de lei, e mais, de lei anterior à prática do ato. Consoante Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o estado”.⁵

Ocorre, então, uma dupla subordinação da Administração Pública: ao direito privado, de forma a não intervir, e ao direito administrativo, com a conseqüente sujeição à lei⁶. Nesse modelo de Estado, percebe-se uma tentativa de apontar as fronteiras entre direito público e direito privado. Com efeito, na construção do Estado de Direito, era necessário delimitar as fronteiras entre Estado e particular, “a

³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 30.

⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular da administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 36-37.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54.

⁶ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 32-33.

fim de resguardar a liberdade diante do exercício da autoridade. O Direito Público será, portanto, o Direito do Estado e o Direito Privado, o direito dos indivíduos, dos particulares”⁷. Por conseguinte, “o estágio de codificação, à época, é tão relevante para tornar historicamente compreensível o fenômeno aqui aludido quanto o é o processo codificatório”⁸.

Em linhas gerais, o Estado possui um “repertório mínimo de disposições e instrumentos referentes ao governo representativo”⁹, ao passo que o direito privado não deseja a intervenção do público, e pelo direito contratual tudo se torna possível. Cabe aqui, portanto, mencionar o nascimento do direito administrativo enquanto disciplina autônoma apta a regular as relações entre Estado e cidadão.

Assim, é possível vislumbrar um dos maiores momentos de proteção da esfera privada. Diante da falta de limites do soberano, o princípio da legalidade impõe um dever do Estado de não interferir em institutos como contratos, propriedades, empresas, enfim, tudo aquilo que dependia de um privado não deveria ser tocado pelo Poder Público. A dicotomia entre público e privado nunca fez tanto sentido quanto nessa época, não havendo qualquer interferência de uma esfera na outra.

Na visão de Rosa Maria de Campos Aranovich, enquanto o Código Civil ocupava um lugar central nas relações cotidianas, a Constituição possuía um papel periférico, havendo, desse modo, uma convivência harmoniosa entre os dois institutos, de forma que

os códigos representavam, pois, não apenas o diploma básico ou a ‘constituição’ dos indivíduos, mas bem mais, o diploma básico de toda a ordem jurídica, disciplinando os institutos comuns de vários ramos do saber jurídico. O Direito Privado era o direito ‘central’. Nesse sistema, as relações do Direito Privado com o Direito Público apresentavam-se bem definidas. O primeiro tratava de todos os direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto ao segundo concernia a tutela dos interesses gerais, impondo limites aos direitos dos indivíduos mas somente em razão da exigência destes. Ao Estado era conferida a tarefa de manter a coexistência pacífica entre os particulares para que estes livremente se desenvolvessem conforme suas próprias regras. O Direito Constitucional, por sua vez, nasceu nesta mesma época onde o dogma era a rígida separação entre o Estado e a Sociedade. Como não podia deixar de ser, seu âmbito ficava restrito à definição da estrutura e das funções básicas do Estado ao mesmo tempo

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

⁸ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

em que enunciava os direitos fundamentais dos indivíduos, por exigência dos movimentos revolucionários da época. Neste período em que a ação do Estado era tida como mínima em relação à vontade privada, a afirmação dos direitos fundamentais pela Constituição representava apenas uma garantia dos indivíduos contra o Poder Público. Visava-se apenas a proteger a sociedade contra os 'ataques' do Estado, como afirmou Raizer.¹⁰

Houve nessa época a disseminação da idéia de que o direito civil existia por si próprio, e não dependia de quaisquer outros instrumentos para regular a vida dos cidadãos. O processo de codificação tem grande relevo, sendo o responsável por reger todas as relações de âmbito privado.

2.2 Estado Social

Mas o tempo passou e as coisas não ocorreram como previsto. A lei, embora considerasse uma igualdade entre os cidadãos, era somente uma previsão formal, e jamais poderia, sozinha, colocar em prática os preceitos que previa.

Era necessária uma postura mais pró-ativa do Estado. Como resultado, as relações invertem-se, e “ao superdimensionamento do espaço privado sobrepor-se-á a hipertrofia do público que tende a se esgotar no Estado. No Estado Social, a dimensão privada será vista com desconfiança”¹¹. Nesse sentido,

com a premissa de materialização de direitos – reação ao exacerbado formalismo do paradigma liberal – e a conseqüente transferência para o Estado de novas funções de inclusão e compensação, a delimitação entre Direito Público e Privado deixa de ser ontológica para assumir uma mera feição didático-pedagógica. A rigor, todo direito é público no Estado Social. Mantendo-se a dicotomia para fins didáticos, convém mencionar o advento de novas formas de juridicidade e a revisão dos fundamentos das disciplinas tradicionais. Verifica-se a tendência, em ambas as hipóteses, de confundir os domínios – anteriormente bem delimitados – do Direito Público e do Direito Privado.¹²

Nesse sentido, a Constituição é elevada ao instituto responsável pela organização de direitos, apresentando-se uma nova conformação sobre o princípio da supremacia da Constituição, que a partir daquele momento iria “garantir uma ordem econômica justa e não permitir que se cerceie a liberdade de iniciativa do particular”¹³.

¹⁰ ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

¹² ARAÚJO PINTO. Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

¹³ COUTO E SILVA. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 97.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão abrangem os chamados direitos sociais, participando o Estado de uma forma mais ativa na vida do cidadão. Direitos relacionados com assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros, bem como a liberdade de sindicalização, direito de greve, e demais direitos dos trabalhadores¹⁴.

Nesse contexto, os direitos sociais alcançam *status* constitucional, ainda que não se possa olvidar que já estavam presentes nas Declarações Liberais. E isso ocorre principalmente com a conjuntura das guerras mundiais do século XX.¹⁵ Dessa forma, “a sociedade não mais admitia um Estado indiferente aos dramas da imensa maioria da população, cada vez mais, oprimida e explorada, perdendo tudo, inclusive o seu valor humano”¹⁶.

Conforme menciona Maria João Estorninho, uma das principais características no modelo social é o alargamento do elenco das atividades a serem executadas pela Administração Pública, inclusive com a intervenção no domínio econômico¹⁷, campo esse que não era controlado pelo Poder Público, eis que pertencente à iniciativa privada.

Destarte, Jorge Reis Novais destaca que o Estado Social é caracterizado por uma plêiade de prestações sociais que buscam garantir uma vida digna e protegida “das imponderáveis condições naturais ou das desigualdades sectoriais ou regionais (desde o salário mínimo e seguros sociais às prestações no domínio da saúde, habitação e educação)”¹⁸.

Nessa linha de raciocínio, é possível vislumbrar o crescimento do público, ou seja, do aparato estatal, com o conseqüente desenvolvimento do direito administrativo. Analisando as relações entre público e privado, a balança pende, naquele momento histórico, para o público, enquanto guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assim,

é, obviamente, com o Estado Social de direito que a reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, torna-se indispensável. A atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país. O Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 55.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 1987. p.190.

¹⁶ OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *A defesa de usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 25.

¹⁷ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 37.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*, p. 196.

se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas. A História dá-nos vários exemplos de Estados Dirigentes de cunho mercantilista, industrialista ou belicista. Pode-se mesmo dizer que, em todo o curso da História moderna, o Estado Liberal ocupa um período muito limitado de tempo, e que as tentativas de sua restauração, no momento presente, são fadadas ao insucesso.¹⁹

Enquanto, no liberalismo, a regra geral era a de não-intervenção como forma de proteção do cidadão, contentando-se este com a supervisão dos acontecimentos sociais, com uma atuação esporádica da Administração²⁰, no Estado Social exigia-se essa intervenção como requisito necessário à felicidade individual, com o conseqüente crescimento da máquina estatal. Ou seja, não mais bastava um Estado supervisor, mas sim “empenhado” no atendimento de necessidades dos cidadãos, alargando-se as relações entre público e privado²¹.

2.3 Estado Democrático de Direito

Até o modelo do Estado Social, a separação entre público e privado era nítida, mas, com a criação do Estado Democrático de Direito, ocorre uma nova configuração das relações entre público e privado. Além disso, é possível afirmar que o movimento de globalização e a grande influência da economia nas relações sociais e jurídicas acabam por criar um novo panorama.

Como respostas à ineficiência da máquina administrativa para prestar diretamente os serviços de interesse social, juntamente com os custos excessivos para a sua manutenção, operaram-se várias transformações com o objetivo de reduzir a atuação direta do Estado, devolvendo-se à iniciativa privada atividades que antes eram prestadas por ela.

Paulo Modesto, analisando esses fatos, afirma:

É sabido que o Estado atualmente não tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, de todos os serviços sociais de interesse coletivo. Estes podem ser executados por outros sujeitos, como associações de usuários, fundações ou organizações não governamentais sem fins lucrativos, sob acompanhamento e financiamento do Estado. Não prover diretamente

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2008

²⁰ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 39.

²¹ FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na administração pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 71.

o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado.²²

Nem tanto ao céu nem tanto à terra. Assim, tem-se que “o pêndulo oscilou da sociedade civil para o Estado alcançando, hoje, uma posição intermediária”²³. Com o crescimento “desmesurado” do Estado, aliado à ineficiência dos serviços por ele prestados e o aumento da burocracia, começa-se a questionar as suas dimensões, resultando na “desintervenção” em algumas áreas²⁴.

Alguns estudiosos afirmam que o momento é de neoliberalismo, outros, de Estado Democrático de Direito. Como harmonizar esses dois modelos tão distintos? É possível ter, ao mesmo tempo, o retorno de um Estado Mínimo (neoliberal), conjugado com um Estado Interventor (preocupado com os direitos fundamentais dos cidadãos)? É nesse contexto que se questiona a dicotomia público-privado, que será objeto de análise na seqüência.

A crise do Estado Social possibilita a construção – ainda em andamento – do Estado Democrático de Direito centrado na idéia de cidadania, compreendida numa dimensão procedimental enquanto participação ativa. Este Estado tenderia a destruir paulatinamente um paradigma, comum aos dois modelos anteriores – o que fazia diluir o público no estatal – por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e liberdade. Se no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, equíprimordiais.²⁵

Assim, a partir dessa análise do ponto de vista dos diferentes modelos de Estado e a relação entre público e privado, que vive um momento de transição, ponderada conjuntamente com a análise sobre as diferentes dimensões de direitos

²² MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>>. Acesso em: 17 nov. 2008.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

²⁴ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 47-48.

²⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

fundamentais, passa-se então a questionar a dicotomia entre essas duas esferas no contexto de dois movimentos contrários, a publicização do direito privado e a privatização do direito público.

3. PÚBLICO E PRIVADO

Quando se estuda a diferença entre direito público e direito privado, essa categorização é feita analisando essas duas esferas de forma estanque e auto-excludentes²⁶, o que não pode mais ocorrer no atual contexto, uma vez que ambas as esferas estão em constante movimento.

3.1 Generalidades

A dicotomia entre público e privado nasceu no contexto greco-romano, portanto, utilizada por aqueles que lançam mão de um modelo romano-germânico de direito, e pode ser remontada da seguinte forma:

Aliás, Cícero (*Da República*, livro III) já advertira-nos acerca das mutações históricas do Direito, em função das tendências e necessidades de cada povo e época, consoante já o fizera Aristóteles, em *A Política* (IV a IX). Nessa moldura do cosmos jurídico, insere-se a tradicional *divisio* do Direito em Público e Privado, formulada em Roma por Upiano, repetida nas *Institutas*, de Justiniano (I, I § 4º), adaptável à sociedade e ao espírito de então, fragilizada na Idade Média, em razão das peculiaridades do regime feudal, em que os “direitos da realeza” se confundem com o *bonum commune*, teorizada no Renascimento, afirmada e reafirmada, sob vários critérios, a partir do século XIX, sem embargo das impugnações que se lhe opuseram respeitadas juristas.²⁷

9

Em Roma, houve a criação do direito público (*ius publicum*) e do direito privado (*ius privatum*), embora a distinção entre público e privado seja de forma um pouco diversa no modelo vivido hodiernamente. Assim, as *leges publicae* faziam parte do direito público (*ius publicum*); mesmo que disciplinassem relações entre privados (incluindo aqui o Direito Civil) eram consideradas, perante os romanos, *ius publicum*²⁸

Gustav Radbruch afirmava a natureza metafísica dos conceitos de direitos público e privado, considerando categorias anteriores ao mundo dos fatos conforme a razão pura kantiana²⁹. Assim, ele questiona:

²⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia, p. 93.

²⁷ REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do direito: direito público e direito privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137 jan./mar. 1998. p. 64.

²⁸ COUTO E SILVA. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia, p. 94-95.

²⁹ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia, p. 88.

Mas o que vem a ser direito público, o que é direito privado? Contentemo-nos com esta constatação: quando uma obrigação é fundamentada na ordem de um terceiro, ela é regularmente direito público, ao passo que obrigações de direito privado surgem regularmente de auto-sujeição do comprometente: pagar impostos e prestar serviços como jurado é-se obrigado a fazer, quer se queira, quer não; pagar objetos comprados e desempenhar determinadas tarefas só se faz por ter-se assumido as conseqüências decorrente de um contrato de compra e venda ou de trabalho. As relações jurídicas entre pessoas que se encontram em situação de supremacia e sujeição, em outras palavras: relações jurídicas entre soberano e súdito, são objeto do direito público; o direito privado somente se ocupa de relações jurídicas entre juridicamente iguais.³⁰

Na Idade Média, não havia essa distinção, considerando-se um “impossível histórico” trabalhar essas duas esferas na falta de um Poder Público organizado, centralizado, com instrumentos legislativos hierarquizados, ressurgindo tal discussão apenas com o renascimento comercial³¹.

10

Então, o seu resgate se dá no Estado Liberal, conforme anteriormente exposto, com a criação das Constituições estatais. Esse diploma, enquanto instrumento responsável por dividir os poderes e limitar o âmbito de atuação estatal, nesse contexto, passa a ser instrumento fundamental para a diferenciação entre público e privado, caracterizando-se como “diploma público por excelência”, em contraposição ao Código Civil, que disciplinaria matérias privadas. Não se cogitavam, nessa época, elos de ligação entre os dois institutos, porque abarcariam esferas materialmente opostas³².

Assim, é de se destacar a importância tanto da Constituição como também dos Códigos, pois foi “devido aos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo que se originou, na qualidade de verdadeiro axioma, a concepção dicotômica da relação entre direito público e direito privado”³³, classificação utilizada até o presente momento.

Nesse contexto, o direito privado é conhecido por reger as relações de cunho privado, embora alguns pressionem sua morte, porque não mais comporta uma disciplina autônoma por conta da função social. Mas a verdade é que o direito privado nunca esteve tão forte, impregnado de um conteúdo social com a sua personalização e sua funcionalização, fundadas na valorização da pessoa humana,

³⁰ RADBRUCH, Gustav. Apud OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

³¹ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 95.

³² LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 96.

³³ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*. p. 97.

com base em toda uma principiologia constitucional. A Constituição deixou de ser aplicada residualmente às relações privadas, sendo analisada como ponto de partida, passando a ser vista como uma das fontes do direito privado. E, com esse crescente movimento, ganha mais operacionalidade, legitimidade e justiça nas relações contenciosas do direito privado³⁴.

Portanto, o direito privado deve ser ponderado a partir da filtragem constitucional. Vive-se o momento em que a proteção do indivíduo é direito a ser buscado tanto na esfera pública como na privada, de maneira que ambas as esferas devem ser vistas complementarmente. Nesse sentido, “urge que abandonemos, para tanto, a utopia universalista e auto-suficiente das codificações liberais”³⁵.

O público, por sua vez, seria compreendido pela essência do Estado e tudo que lhe diz respeito. Mas com isso é possível questionar: qual a essência do Estado? Não há consenso nessa matéria³⁶. O direito público adveio com aquele ranço de soberania estatal, arbitrariedades, verticalização das relações, devendo o particular obedecer à ordem pública em qualquer caso, razão pela qual também se defendia a auto-suficiência do público.

Vicente Ráo, criticando essa visão clássica de distinção entre o direito público e privado, assevera que,

do que apenas se esquecem esses doutrinadores, ao pretenderem abater as divisas que separam o direito público do direito privado, ou ao criarem a zona intermediária de um suposto direito semipúblico, é da existência de um velho princípio que atribui aos preceitos disciplinadores de matérias nas quais o interesse geral predomina sobre o interesse individual, o caráter de normas de ordem publicam sem quebrar a distinção entre direito público e direito privado e sem facultar alterações ditadas pela simples vontade das partes.³⁷

De qualquer forma, é possível notar uma relativização das esferas público/privado, as quais serão analisadas na seqüência, com a ponderação de dois movimentos, que são a chamada privatização do público e a publicização do privado.

3.2 Privatização do direito público

Conforme assinala Romeu Felipe Bacellar Filho, “tratar da incidência da lei civil na atividade administrativa exige uma análise da evolução doutrinária

³⁴ MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7788>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

³⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 110.

³⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 89.

³⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 46.

acerca das relações entre Direito Público e Direito Privado”³⁸. É o caso, aqui, do movimento contrário à publicização do direito privado, ou seja, a introdução de institutos próprios do direito privado na esfera pública.

Nesse sentido, aduz-se que um dos motivos pelos quais está havendo essa interferência do direito privado no direito público é o primado da economia sobre a política, cabendo ao Estado mediar as relações, mais do que remanescer aquele poder de império a partir da noção clássica de soberania³⁹. Maria João Estorninho afirma que o público vive um momento de “fuga para o Direito Privado”⁴⁰, apontando diversas justificativas, embora tenha uma visão crítica sobre esse fenômeno.

Com efeito, dentro da perspectiva do direito privado administrativo, ocorre uma mistura dos direitos público e privado, de modo que a Administração está sujeita a

um especial Direito Privado Administrativo, que é aquele em que as normas de Direito Privado são contempladas, afastadas ou modificadas por disposições de direito público, tratando-se assim de uma figura mista no direito público. (...) Percebe-se agora que se diga que, ao admitir a utilização de formas jurídico-privadas para a prossecução de tarefas públicas, se afasta menos, para essas formas de actuação administrativa, o Direito Público do que o juiz administrativo. E isto porque o Direito Privado Administrativo, apesar de incluir as referidas sujeições jurídico-constitucionais e jurídico-administrativas, não deixa de ser conceptualizado como parte do Direito Civil e, assim, não deixa de estar sujeito à competência dos Tribunais Civis.⁴¹

12

Diversos foram os movimentos no Brasil ocorridos na década de 1990 que objetivaram dar um perfil mais privatístico à Administração Pública. Nesse sentido, é conveniente rememorar o Programa Nacional de Desestatização (PND), com a Lei n. 8.031/90, que promoveu diversas privatizações de empresas estatais com o intuito de diminuir o tamanho da máquina estatal.

Hoje, com o programa de privatização, nós temos uma separação muito clara do que é o público e do que é o privado. Fica bem claro que a prestação de serviços públicos, mediante concessão de serviços públicos, é uma atividade econômica desenvolvida pelo particular mas na prestação de um serviço público. Isto é, os aspectos econômicos, os aspectos empresariais dizem respeito à empresa prestadora de serviços. Agora, os aspectos da

³⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*.

³⁹ BOBBIO, Norberto. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 102.

⁴⁰ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 124.

⁴¹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 126-127.

prestação do serviço, dos direitos do usuário, do controle dizem respeito ao fato de o serviço ser público. O que nós não temos mais é o dinheiro público sendo tratado como se privado fosse.⁴²

Ainda, a reforma gerencial proposta por Luiz Carlos Bresser Pereira, que no governo Fernando Henrique Cardoso, mais especificamente em 1995, propôs uma nova forma de administração, com a diminuição do Estado, e as conseqüentes privatizações de empresas estatais, o que resultou no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de emprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes etc.

SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos desse setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizada pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via

⁴² DALLARI, Adilson de Abreu. A lei de responsabilidade fiscal e a Constituição federal. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 11, p. 138, jul./set. 2001.

mercado não é possível, tornando-se necessária, no caso de privatização, a regulamentação rígida.⁴³

Cabe ainda assinalar o terceiro setor. Conforme Gustavo Henrique Justino de Oliveira, é oportuno ressaltar que no Brasil o terceiro setor pode ser concebido como um conjunto de atividades voluntárias, de modo que serão efetuadas por organizações privadas não-governamentais sem finalidade lucrativa (associações ou fundações), “realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa[m] firmar parcerias e deles possa[m] receber investimentos (públicos e privados)”⁴⁴.

E mais, hoje se fala em uma Administração Pública consensual, em que o cidadão participa ativamente das atividades administrativas, seja por meio de audiências públicas, ou efetivamente trazendo o capital para os investimentos públicos, hipóteses em que os contratos não se configuram mais como administrativos, caracterizados por uma hierarquia, mas sim como uma negociação entre o público e privado, permitindo um efetivo diálogo.

Enfim, em nome da eficiência, retira-se cada vez mais o poder das instituições públicas, repassando-o aos privados como forma de exercício de controle, o que ocasiona uma interferência cada vez mais freqüente do privado no público.

14

3.3 Publicização do direito privado

De outro lado, conforme assinala Marcos de Campos Ludwig, não se pode mais ver o direito privado como um feudo, dentro do qual impera a vontade absoluta do seu senhor, além do fato de que o direito privado deixou de considerar tão-somente normas dispositivas em contraposição ao direito público, que abrangia normas cogentes. Enfim, não se trata da invasão de um (direito público) no outro (direito privado),⁴⁵ mas de uma nova perspectiva de interdisciplinaridade entre ambas as esferas.

Diante disso, diversas questões podem ser levantadas como maneira de saber até que ponto concebe-se uma intervenção do público no domínio privado. Desde já é necessário ressaltar que o fenômeno da publicização do direito privado não se confunde com o da constitucionalização, embora os dois caminhem no sentido de uma intervenção estatal na esfera privada. Assim, a publicização é entendida como

⁴³ *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI5.HTM>. Acesso em: 4 ago. 2008.

⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. Disponível em: <<http://www.advcom.com.br/novosite/artigos/pdf/OSCIPS%20e%20LICITACAOsite.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

⁴⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 99.

“o processo de crescente intervenção estatal, objetivando garantir os direitos dos indivíduos em condições fracas”⁴⁶.

Duguit mencionava que os tempos de codificação eram marcados por um viés puramente individualista do direito, “sustentados por uma idéia metafísica do direito subjetivo”⁴⁷. Três são os dogmas a serem apontados como bases do direito privado num modelo anterior: “a) a sacralidade da propriedade, b) a liberdade total e irrestrita do direito de contratar, e c) a exclusividade da produção econômica em mãos do particular”⁴⁸.

Nesse contexto, “perde o direito civil o papel de conformador supremo dos direitos dos particulares em suas relações privadas, em substituição à Constituição”⁴⁹.

A influência do público na esfera privada é evidente no presente momento, a exemplo do Código do Consumidor, que, inclusive, desde a Constituição da República de 1988, ganhou tratamento constitucional, sendo o referido Código elaborado em 1990, com a Lei n. 8.078, de 11 de setembro, para proteger o hipossuficiente.

Vale mencionar ainda a Lei de Falências e Recuperação Judicial das Empresas, Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, em que se vê o Estado preocupado com as repercussões sociais que podem decorrer dos atos de uma empresa, e, portanto, busca solucionar os problemas de forma a se afetar minimamente a sociedade.

Em matéria de contratos, o poder deixa de ser absoluto, no sentido de ser possível acordar tudo o que se pretende, como ocorrido no modelo anterior. Francisco Amaral defende essa limitação, tendo em vista que

O exercício da liberdade contratual, por exemplo, pode levar os segmentos sociais mais carentes de recursos, e por isso mesmo, desprovidos do poder de confronto ou negociação, a acentuados desníveis econômicos, devendo o Estado intervir para equilibrar o poder das partes contratantes, por meio de normas imperativas. O legislador pode limitar, assim, a autonomia privada, para o fim de proteger os pontos mais fracos da relação jurídica patrimonial – é o que se verifica nos contratos de consumidor, locação, empréstimo, seguros, operações financeiras típicas.⁵⁰

⁴⁶ MATIAS, João Luis Nogueira. Publicização do direito privado e liberdade de contratar. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 15, p. 119-149, ago. 2007. p. 119.

⁴⁷ MATIAS, João Luis Nogueira. Publicização do direito privado e liberdade de contratar, p. 121.

⁴⁸ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*.

⁴⁹ MATIAS, João Luis Nogueira. *Publicização do direito privado e liberdade de contratar*, p. 123.

⁵⁰ AMARAL, Francisco. Autonomia privada: comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro. Apud MATIAS, João Luis Nogueira. *Publicização do direito privado e liberdade de contratar*, p. 128.

A propriedade também foi funcionalizada. Não há mais aquela disciplina do direito privado que entende a propriedade como um direito exclusivo, absoluto e perpétuo. Com a constitucionalização dessa matéria, a propriedade deve exercer uma função social, sob pena de sua perda. Os movimentos sociais questionam fortemente a simples propriedade, sem a devida utilização.

Da mesma maneira, o direito de família constitucionalizou-se. Se, há pouco tempo, o divórcio nem sequer era reconhecido pelo direito, desde a Constituição de 1988 houve considerável avanço no sentido de se introduzir novas formas de família, a exemplo da união estável e da família monoparental, advindas com o texto constitucional, de forma que deve a “comunidade familiar ser preservada como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente”⁵¹. Vale ressaltar ainda que a grande discussão se dá com o reconhecimento das relações homoafetivas e a possibilidade de adoção realizada por parceiros do mesmo sexo, que têm sido objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência civilistas.

16

E mais, a própria bioética tem sido alvo de questionamentos que permeiam tanto o direito público como o direito privado, a exemplo do estudo com células-tronco, da possibilidade de interrupção de gravidez de feto anencéfalo, da própria eutanásia, da procriação assistida, ou seja, fenômenos da vida privada que ganham relevância na esfera pública, sendo alvo de amplo debate pela comunidade jurídica, não deixando ao particular essa autonomia absoluta da forma como era visto o direito civil.

Apenas para citar, algumas leis que trazem influências estatais ao direito privado: a Lei do Cade (Conselho Administrativo de defesa Econômica), a Lei de Propriedade Industrial, o Código de Trânsito Brasileiro, a Lei de Crimes Ambientais, e a Lei de Direitos Autorais.

Esse artigo tem um tom meramente provocativo, não é sua pretensão trazer as soluções devidas para todos os questionamentos apontados. Somente busca fomentar a reflexão sobre esse movimento que tem provocado diversas transformações no direito civil, no direito empresarial e em outros ramos do direito privado.

Nesse contexto, João Luis Nogueira Matias destaca que a supervalorização do indivíduo, como fator de afirmação perante o Estado, não está de acordo com a sociedade contemporânea⁵². Mas discordamos dessa afirmação. Com o imperativo dos direitos fundamentais e a sua horizontalização, nunca se falou tanto em proteção ao indivíduo, evidentemente, que sem ofensa ao direito fundamental de outrem, inclusive considerando os deveres fundamentais de todos.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 101.

⁵² LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 123.

É possível identificar a existência de quatro princípios que acabam por nortear o direito civil como um todo. O primeiro deles é o princípio da socialidade, ou seja, a eleição do social como valor a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, pode-se falar em função social dos contratos, da propriedade, da empresa, havendo sua previsão constitucional. O princípio da eticidade elege valores a serem observados pelos privados como forma de valorização da pessoa humana. O princípio da boa-fé impõe um dever, um padrão de conduta a ser considerado pelos privados. E finalmente, o princípio da justiça contratual impõe um dever de equilíbrio.

Finalizando esse tópico, pelos apontamentos levantados nos modelos de Estado, é possível questionar se o Brasil encontra-se como um modelo de Estado Mínimo, devendo a resposta ser negativa, uma vez que se está diante de uma grande intervenção estatal, seja no âmbito de disciplinar as relações de direito público, seja no direito privado, a partir dos dois movimentos apontados anteriormente.

4. SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE PÚBLICO E PRIVADO

Cabe então apresentar uma proposta de superação dessa dicotomia entre público e privado da maneira como foi originalmente concebida. Conforme menciona Maria João Estorninho,

está hoje ultrapassada a ideia de que o Direito Privado e Direito Público seriam verdadeiros conceitos *a priori*. De acordo com essa orientação apriorística, somente a relação entre os dois âmbitos, numa escala hierárquica de valores, é que se acha sujeita às flutuações da história e às diversas valorações características das diferentes concepções do mundo e da vida (RADBRUCH).⁵³

Por isso é que, neste tópico, cabe fazer a análise da superação dessa dicotomia, seja pela verificação de uma relação de interdependência entre o público e o privado (com a publicização do privado e a privatização do público), seja pela influência da Constituição em ambas as esferas, disciplinando tanto o público como o privado.

Nesse diapasão, diversos são os elementos que podem ser mencionados para se apontar a superação da dicotomia entre público e privado dessa forma absoluta. Alberto Trabucchi já anunciava a necessidade de relativizar a dicotomia entre direito público e direito privado mencionando que⁵⁴:

⁵³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 152.

⁵⁴ TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. Pádova: Cedam, 1973. p. 9. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 99.

A oposição tradicional entre direito público e direito privado não é estabelecida sob critério material e depende da vontade cambiante do Estado, que, de acordo com a época, fixa as respectivas áreas jurídicas, esta classificação não corresponde a nenhuma das distinções precedentes (direito social – direito individual; direito de subordinação – direito de coordenação), mas se relaciona com elas: como o direito privado pode conter ao lado do direito individual aspectos de direito da integração (direito social) e de direito da subordinação, o direito público pode incluir, e o faz, porções importantes de regras de direito individual.⁵⁵

Francisco Amaral aponta que “a segurança individual cede espaço ao valor da segurança coletiva e do bem comum. A idéia de justiça nas vertentes aristotélicas de comutativa, distributiva e legal cede espaço à justiça social, que se consagra constitucionalmente”⁵⁶.

Existem quatro critérios que podem ser utilizados na distinção entre público e privado. Pelo critério do interesse dominante, a questão cinge-se ao objetivo da norma, ou seja, a satisfação de interesses individuais ou da sociedade. Já pelo critério da natureza dos sujeitos, tem-se que o direito público corresponderia às atividades do Estado, enquanto o direito privado, aos particulares. O critério da relação de coordenação ou de subordinação coloca uma relação de coordenação entre os direitos privados, enquanto há uma relação de subordinação ao direito público. Finalmente, pelo critério de função tem-se que o direito privado buscaria “permitir a coexistência de interesses individuais divergentes, através de regras que tornassem menos frequentes os conflitos, já ao direito público caberia a função de dirigir interesses divergentes para um fim comum”, com regras imperativas e restritivas, sendo possível questionar essas distinções⁵⁷.

Assim, pelo critério do interesse dominante, vê-se que no modelo atual o privado preocupa-se também com o social, enquanto o público vive no momento de proteger direitos individuais, e aqui não estão somente abrangidos os direitos de primeira dimensão. Hoje, com a interferência do público no privado e vice-versa, não é mais possível identificar de forma clarividente o critério da natureza dos sujeitos, pelos diversos exemplos mencionados anteriormente. Da mesma forma, não se pode mais vislumbrar o critério da relação de coordenação ou de subordinação, eis que existem normas cogentes no direito privado, ao mesmo tempo que no direito público inicia-se a discussão sobre uma Administração Pública consensual.

⁵⁵ GURVITCH, Georges. L'idee du droit social. Apud MATIAS, João Luis Nogueira. *Publicização do direito privado e liberdade de contratar*, p. 121.

⁵⁶ AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 8, n. 4, p. 634-650, out./dez.1996, p. 644-645.

⁵⁷ FINGER, Ana Cláudia. *O público e o privado na administração pública*, p. 63-69.

E também cabe desconstruir o critério da função pelo fato de existirem interesses convergentes e divergentes tanto na esfera pública como na privada.

Nesse contexto, hoje é possível perceber a flexibilização desses critérios, o que se apresenta na superação da dicotomia entre público e privado de forma absoluta. José Carlos Vieira de Andrade menciona a existência de “fronteiras moveáveis”⁵⁸ entre o direito público e o direito privado, razão pela qual não se vislumbra mais essa linha demarcatória na qual começa o direito privado e termina o público.

A realidade é vista de uma perspectiva unitária, dividindo-se a ordem jurídica em ramos do direito apenas para estudo. Parte-se “do princípio que a divisão do conteúdo total da ordem jurídica em dois grandes grupos tem carácter essencialmente prático”, sendo desprovida de maiores pretensões⁵⁹.

A partir do que foi analisado, conclui-se que “as influências entre Direito Público e Direito Privado tendem a acentuar-se e que o Direito Público está a privatizar-se ao introduzir esquemas conceptuais do Direito Privado e este a publicar-se, por força do alargamento dos fins do Estado e da sua intervenção na vida econômica, social e cultural”⁶⁰.

O Estado e o particular devem atuar conjuntamente como garantidores dos direitos fundamentais, fiscalizando e assegurando esses direitos. Assim, “se o Estado é agora garantidor do equilíbrio na ordem privada, então alguns institutos básicos do direito particular devem ser disciplinados pela Constituição”⁶¹, sendo importantíssimo discutir direito constitucional, ainda que nas relações privadas, pois, analisando da ótica do direito privado, tem-se que “a idéia de completude, como virtude inerente às codificações em geral, mostrou-se uma inviabilidade histórica”⁶².

No âmbito privado, vislumbra-se que, embora institutos como o contrato, a propriedade, a família, a empresa remanesçam como de direito privado, são filtrados pelo texto constitucional, por meio da idéia de função social, impregnando-se de carácter público, com a proposta de Estado Democrático de Direito e a garantia dos direitos fundamentais.

Pietro Perlingieri assevera que o “Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania

⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1983. p. 267. Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 139.

⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 152-153. Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 139.

⁶⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. Apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 157.

⁶¹ MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*.

⁶² MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*.

e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa⁶³, pressupondo a dignidade da pessoa humana como valor almejado pelo atual modelo, tanto pelo público, como pelo privado.

O que não se pode negar é cada vez mais uma constante inter-relação entre essas duas esferas, não sendo possível estudá-las de forma estanque a partir de dogmas de independência e autonomia. Conforme menciona Marcos de Campos Ludwig, “estamos, pois, diante de um quadro plurifacetado, composto por múltiplos campos da vida social entrelaçados, onde todos nós, como membros da sociedade, movemo-nos simultaneamente – ainda que com diferentes concepções valorativas”⁶⁴.

Certo é que é cada vez mais freqüente o encontro de pontos de intersecção entre público e privado, razão pela qual se sustenta a superação absoluta da dicotomia público/privado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos diversos questionamentos apontados, verifica-se que estamos num momento de transição das clássicas concepções entre direito público e direito privado, razão pela qual se fala na superação da dicotomia entre essas duas esferas.

Viu-se que essa distinção adveio do modelo greco-romano, e foi deixada de lado na Idade Média, pela falta da existência de um Estado organizado, com leis que instituíssem direitos e deveres. No Absolutismo, houve uma verdadeira confusão entre público e privado, sem a existência de leis que determinassem uma não-intervenção pública em assuntos de cunho eminentemente privado, e também ante a existência de regras de direito público. O Rei tudo podia, sendo esse período conhecido com a célebre frase de Luís XIV, “L’État, c’est moi”.

Com o Estado Liberal, ocorre o desenvolvimento do direito administrativo, havendo uma separação nítida entre público e privado, com o advento das Constituições estatais (direito público) e com o movimento da codificação (direito privado). Na seqüência, criou-se o Estado Social, com o crescente aumento do público e a diminuição dos campos de atuação do privado. Hodiernamente, prega-se a existência de um Estado Democrático de Direito, em que o público deve atuar em conjunto com o privado.

Assim, dois são os movimentos que elucidam essa aproximação entre público e privado, a publicização do privado e a privatização do público. Diversos foram os exemplos mencionados em ambas as searas que podem elucidar essa comunicação entre as matérias.

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. Apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 104.

⁶⁴ *Direito público e privado: a superação da dicotomia*, p. 106.

Por conseguinte, sustenta-se a superação dessa dicotomia de forma absoluta, eis que ocorre, na verdade, uma relação de complementação e de intersecção entre essas duas esferas. Por isso, cabe aos novos estudiosos do direito analisarem essa distinção somente com finalidade acadêmica, pois que demonstrados elementos que superam essa dicotomia.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 8, n. 4, p. 634-650, out./dez. 1996.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito público x direito privado*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-04.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2008.

DALLARI, Adilson de Abreu. A lei de responsabilidade fiscal e a Constituição federal. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 11, jul./set. 2001.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na administração pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários de direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e privado: a superação da dicotomia. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Fronteiras entre o direito público e o direito privado*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7788>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

MATIAS, João Luis Nogueira. Publicização do direito privado e liberdade de contratar. *Revista da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*. Recife, n. 15, p. 119-149, ago. 2007.

MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>>. Acesso em: 17 nov. 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Almedina, 1987.

PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI5.HTM>. Acesso em: 4 ago. 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. Disponível em: <<http://www.advcom.com.br/novosite/artigos/pdf/OSCIIPS%20e%20LICITACAOsite.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, 27: 1-22, jul./dez. 2008

Carolina de Freitas Paladino

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *A defesa de usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REIS, Sebastião Alves dos. Uma visão do direito: direito público e direito privado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular da administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O MULTICULTURALISMO NA SOCIEDADE (PÓS)MODERNA (Re)pensando a cidadania

THE MULTICULTURALISM IN THE POST MODERN SOCIETY (Re)thinking a citizenship

Cassiana Alvina Carvalho*

RESUMO

A sociedade (pós)moderna vem sofrendo uma série de influências que acabam por influir diretamente na formação da identidade de cada um, e de todos ao mesmo tempo, e por consequência lógica, na formação do cidadão do século XXI, bem como na maneira de se relacionar com o Estado em que vive e com todo o mundo.

Palavras-chave: Sociedade; Identidade; Cidadão; Século XXI.

23

ABSTRACT

The (post) modern society is suffering a number of influences that end up directly influence in the formation of the identity of each and everyone at the same time and by logical consequence in the formation of the citizen of the XXI century and in its way to relate to the State where lives and rest with the world.

Keywords: Society; Identity; Citizen; XXI century.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade do século XXI apresenta-se paradoxal e disforme, constituída por inúmeros grupos identitários que possuem diferenças únicas e ao mesmo tempo similaridades consistentes, tudo isso dentro de um espaço territorial delimitado na forma de Estados, que em seu conjunto formam o planeta Terra, mas os que interessam para o estudo são os estabelecidos sob uma “democracia de direito”.

* Procuradora Municipal. Advogada. Professora universitária. Especialista em direito público. Mes-tranda em direito pela URI – Santo Ângelo.

Pensar a sociedade contemporânea nos remete diretamente ao cidadão do século XXI e suas particularidades pessoais, bem como às influências que cada um exerce sobre o todo, com sua história, sua cultura, e sua identidade, que é única.

A identidade do cidadão do Estado (pós)moderno merece especial destaque, já que tem enfrentado, na sua formação e reformulação, inúmeras ingerências, que tomam todo dia o ser como “um novo ser”, e que, por consequência direta, influenciam o todo do Estado Democrático. Entre os fatores que merecem destaque, citam-se os efeitos da globalização, da falta de educação para o exercício da cidadania e a exclusão social.

Pode-se afirmar, de maneira segura, que já não se vislumbra a cidadania como sendo apenas condição de uma comunidade que tenha a mesma origem, no sentido de nacionalidade, ou o pertencer a determinada comunidade na acepção aristotélica do termo, mas sim como uma forma de exercício, dentro da sociedade democrática, de direitos e deveres na construção de um ambiente que já ultrapassa os limites do Estado, alcançando níveis mundiais.

Falar em cidadania e identidade do cidadão como forma de influência no dia-a-dia da sociedade e do Estado é ter em mente que sua definição não é estanque, mas um conceito histórico, que se concretiza dentro da própria sociedade, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço¹. Há ainda que destacar que a cidadania em cada época específica possui peculiaridades próprias e apresenta-se de forma distinta; por tal motivo, para entender a cidadania da contemporaneidade, é preciso retomar o tema e perceber que ela não nasceu toda de uma vez, e muito menos de uma vez por todas².

Não basta, em tempos atuais, dizer que o exercício da cidadania se relaciona diretamente com o exercício de direitos individuais, políticos e sociais; que a sociedade assumiu uma complexidade tamanha que a divisão clássica dos direitos do cidadão já não responde mais a realidade³; que o elemento pessoal que cada ator carrega dentro de si se exterioriza na comunidade a que pertence, influenciando e sendo influenciada, evoluindo dentro de um contexto que leva em conta o processo evolutivo do cidadão, sendo sua comunidade o principal fator constitutivo da sociedade, do Estado e do próprio cidadão como sujeito de direito e deveres; o desafio é como concretizar essa gama de direitos e deveres respeitando as diferenças, já que queremos e necessitamos ser sujeitos singulares.

¹ PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2005. p. 9.

² Fazendo clara alusão a Norberto Bobbio, em sua obra *Era dos direitos*, que define que tal era não surgiu de uma vez só, e, principalmente, não findará jamais, assim como a luta por cidadania, que está intimamente ligada aos direitos fundamentais do cidadão.

³ PINSKY, Jaime. Introdução. *História da cidadania*, p. 12.

Aqui nasce a problemática a ser encarada no presente trabalho: como formar uma identidade cidadã frente à crise que assola não só o Estado Democrático, mas também a própria formação do cidadão?

O assunto parece recorrente, mas deve-se mantê-lo no debate para que o discurso não esmoreça nem seja encarado com o descaso com que problemas de alta relevância têm sido tratados, principalmente nos Estados de “modernidade tardia”.

2. A CIDADANIA NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Segundo o entendimento geral, cidadania é a qualidade ou o estado do cidadão; por sua vez, cidadão pode ser corriqueiramente conceituado como o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos, no desempenho de seus deveres para com o Estado. No sentido etimológico, cidadão deriva da palavra *civita*, que em latim significa cidade, e que tem seu correlato grego na palavra *politikos*, aquele que habita na cidade. No sentido ateniense do termo, cidadania é o direito da pessoa em participar das decisões sobre os destinos da cidade por intermédio da *Ekklesia* (reunião dos pertencentes a comunidade) na *Ágora* (praça pública, onde se organizavam para deliberar sobre decisões de comum acordo). Dentro dessa concepção, surge a democracia grega, pela qual somente pequena parte da população determinava os destinos de toda a cidade (eram excluídos os escravos, mulheres e artesãos).

Falar em cidadania é antes de tudo pensar na forma mais antiga de expressão da vontade do ser humano. A história mostra que desde os primórdios, desde a formação das primeiras reuniões de vontades dos homens primitivos, havia uma forma de exercer e reivindicar direitos, seja em relação à comida, liderança do grupo, ou à fêmea mais sadia que daria descendentes igualmente sadios etc. A evolução dos seres – e das relações – trouxe na mesma proporção a complexidade na participação da vontade dos grupos a que pertenciam, grupos esses que depois de algum tempo, e agregando uma série das características, passou a ser chamado de Estado. Esse desenvolvimento progressivo desemboca na atualidade em um Estado (pós)moderno.

A teoria da cidadania como um dos fundamentos do Estado, lembrando a visão rousseauiana de que são os homens que constituem o Estado, faz com que repensemos o papel do cidadão nessa sociedade diferenciada que está se formando, calada na diversidade típica da multiplicidade cultural, que acaba por gerar um ambiente crítico, principalmente por não termos nos preparados para transformar as promessas formais de um Estado mais inclusivo, na concretude do dia-a-dia.

O que se vê no correr dos anos é que o paradigma da cidadania, na forma pensada no início do Estado Moderno, já não corresponde às necessidades daqueles que compõem o Estado atual. A segunda metade do século XX, após uma série de barbáries que acarretaram supressão direta do direito de cada cidadão

agir de forma livre na expressão de sua vontade, trouxe a necessidade de repensar todo o contexto social e político. A imprescindibilidade dessa revisão afirmou-se nas últimas décadas, sob a influência de fatores como a globalização, a educação deficiente, o agravamento da exclusão social, que dão ares dramáticos ao exercício de uma vontade livre e consciente para a formação do Estado.

Como leciona Bolzan de Moraes, pensar a questão democrática contemporaneamente implica inserir o debate no contexto complexo e disforme da sociedade atual. Em tempos de crise das fórmulas organizacionais da modernidade, a própria idéia de democracia e, atrelada a ela, a de cidadania precisam ser contextualizadas. Isso faz com que a noção de cidadania seja revisitada e revisada, não apenas em seus conteúdos, mas, e particularmente, em seus espaços de expressão, embora hoje prevaleça, ainda, uma noção de cidadania identificada com um elenco conhecido de liberdades civis e políticas⁴.

A comunidade enfrenta problemas circunstanciais que impedem o exercício direto da cidadania, entre os quais os que certamente exercem maior influência é a globalização, a educação deficitária para o exercício de cidadania e a exclusão social. Os efeitos da atuação desses fatores podem ser mais facilmente detectados no espaço local, onde as demandas apresentam-se mais evidentes.

26

A globalização, como fator de influência social que atua no sentido de uma mudança na estrutura política e econômica das sociedades, ocorrendo em ondas, com avanços e retrocessos separados por intervalos que podem durar séculos⁵, atinge a camada social em todos os seus níveis e em todas as suas relações, principalmente com o próprio Estado, no exercício de direitos fundamentais.

O cidadão não educado é considerado por Bobbio como uma das promessas não cumpridas da modernidade⁶, sendo que o alcance dessa problemática produz uma sociedade falha, carente de valores, de identidade intrínseca e extrínseca, o que influi diretamente na ação formadora e evolutiva do ente público que a constitui.

Também, o exercício da cidadania pelas chamadas minorias sociais é algo muito difícil na atualidade, pois os atores são oprimidos pela própria sociedade que ajudam a compor, o que, agregado à discriminação, à exclusão social, constitui fator que na (pós)modernidade vem impedindo esses atores de exercer em sua plenitude a cidadania. E nem sequer o Estado lhe atribui sistema jurídico válido para enfrentar essas adversidades, pelo contrário, por vezes vem acentuar essa discriminação⁷.

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Crise do Estado e democracia*: onde está o povo? [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <cassiana@netvisual.com.br> em 25 de novembro de 2006.

⁵ MOREIRA, Alexandre Mussol. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 95.

⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 43.

⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Miragens do direito: o direito, as instituições e o politicamente correto*. Campinas: Millennium, 2003. p. 123 e segs.

Assim, mostra-se clara a inversão de valores: no século XVIII, via-se a vontade da maioria soterrar as minorias dominantes, hoje se vê a realização do fenômeno inverso, ou seja, o massacre dos interesses da maioria pela imposição e livre exercício das minorias mais poderosas economicamente, criando relações desarmônicas. Passa-se a crer que, em razão da dificuldade da efetivação dos direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos e os difusos, a cidadania está diante de uma crise de existência e, por lógica razoável, põe-se em xeque também a própria noção de Estado.

O cidadão ainda não tem conhecimento de que sua atuação no dia-a-dia da sociedade é como o trabalho de um artesão na elaboração de sua obra-prima: ela se dá por meio da reunião da história da comunidade, sua cultura, sua construção de características que lhe são próprias e provavelmente transferidas aos seus descendentes, perpetuando-se não de forma imutável, mas evoluindo, tornando-se melhor (é o mínimo que se espera) a cada dia.

Para tanto, muitos paradigmas devem ser revisados considerando o ambiente narrado por Paulo Ferreira da Cunha: apesar de todos os esforços, o cidadão é ainda muito encarado como passivo, dócil, domesticado, pagador, contribuinte, e destinatário do Poder, não seu obreiro, participe de pleno direito⁸.

Ricardo Lobo Torres define a cidadania hodierna como o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, e só a análise ética e jurídica abre a possibilidade de compreensão desse complexo *status*.⁹ O autor continua lembrando que a concepção de cidadania, em suma, compreende os *direitos fundamentais, os políticos, os sociais e econômicos e os difusos*, em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam¹⁰.

A questão de identidade está indubitavelmente ligada à questão de cidadania, e o ambiente de tensão formado pelas circunstâncias atuantes da contemporaneidade pede para o todo ser (re)pensado, buscando-se um equilíbrio baseado na harmonia e no respeito entre os seres, entre o que são e o que virão um dia a ser.

3. A IDENTIDADE CIDADÃ

A efetividade da cidadania na (pós)modernidade está ligada intimamente à identidade dos seres e sua forma de exteriorização, seja ela individual, seja nacional, ou mundial.

⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, crise e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 251.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos, p. 258.

Como vivemos uma crise de cidadania que impõe a revisão de paradigmas por suas bases não mais responderem as necessidades complexas da sociedade, as velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno¹¹. A esse processo de mudança denominamos crise de identidade.

Nas sociedades do século XXI, um dos problemas fatais é a incapacidade de integrar-se socialmente, a impossibilidade de encontrar meios de integração social das diversas culturas, das formações identitárias. Cunha lembra que se está longe de alcançar a plena cidadania quando se mitigam os fatores de exclusão e de discriminação, reduzindo os indivíduos a meros pobres, ou sem educação¹², ou outras denominações pejorativas.

Dessa forma, o que se deve buscar é a possibilidade de harmonizar esse embate entre Estado, sociedade e cidadão, com o fim único de que a cidadania na (pós)modernidade tenha por fundamento a união dos povos, o respeito às diferenças, a inclusão numa nítida tentativa de aproximar o Estado do cidadão e o cidadão do Estado. Tudo isso com respeito e efetivação dos direitos fundamentais eleitos e inscritos nas cartas constitucionais, mas principalmente respeitando-se as identidades de cada indivíduo e seu grupo.

28

Quando a sociedade perde suas características, sua coesão, sua identificação cultural, a existência do próprio Estado Democrático de Direito está em risco. Avançar somente será possível se pudermos assegurar a realização da dignidade dos seus integrantes e o exercício pleno da cidadania, e para isso cada um deve ter consciência desse poder, o que, frente à realidade social apresentada, eivada de vícios, exclusões, discriminações e violências, não se está configurando.

Os grupos multiculturais que formam o todo da sociedade apresentam necessidades diversas, mas, diante de um Estado enfraquecido (por sua crise econômica, moral, política, finalística...), o que se tem encontrado em maior quantidade é a exclusão social, a marginalização, o abandono, a discriminação, e o que se vê é o cidadão cada dia mais distante do Estado e vice-versa.

Busca-se, sim, a possibilidade não-utópica de um Estado Democrático que privilegie a participação igualitária no acesso às realização dos direitos fundamentais, e todas as demais nuanças que envolvem a cidadania ativa e completa. Grandes são os questionamentos que se fazem: Qual medida seria eficaz, e não apenas paliativa, para diminuir esse déficit de cidadania? Como se poderá chegar a uma identidade cidadã?

¹¹ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 7.

¹² CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, crise e cidadania*, p. 71.

Deve-se ter em mente que a sociedade, na forma como se apresenta na atualidade, anseia por um espaço melhor dentro do Estado, para que possa exercer o *status activae civitatis*, possibilitando o exercício concreto da liberdade-participação, envolvendo o cidadão não apenas no processo eleitoral, mas também reconhecendo os indivíduos como integrantes do Estado no tocante às garantias constitucionais¹³, respeitando todos em suas diferenças. No ambiente da (pós)modernidade, verificamos anteriormente que fatores como a exclusão social, a globalização, a falta de educação desde o início da vida são determinantes para a liberdade de exercício da cidadania e, por consequência, para a formação da identidade.

Para finalizar, surge uma questão já ínsita no início do texto: Existe a possibilidade de uma identidade cidadã? Devemos acreditar que sim, e as razões para tanto são facilmente vislumbradas.

Devemos iniciar pela admissão nossa despotencialização frente ao fato de que as identidades estão em constante tensão e são interdependentes, pois impossível conciliar até mesmo as identidades individuais em razão do grupo a que esse ator pertence, sendo que inevitavelmente essas mesmas identidades evoluem e modificam-se em função das influências externas e inevitáveis, assim, o projeto homogeneizante do Estado Moderno, principalmente do Estado Liberal, merece ser contestado, por ser a alteridade um pressuposto de convivência e não pode ser mais renegada.

Como lembra Hall, as identidades são produzidas em momentos particulares do tempo¹⁴, e se o tempo hoje produz a necessidade de que o debate imponha a reformulação dos paradigmas da cidadania, é bem possível (re)pensá-los numa perspectiva mais humanista, dentro do paradigma multicultural, em que a diversidade e a diferença sejam respeitadas e aceitas como formadoras de uma identidade cidadã.

Exercer a identidade cidadã é, levando em conta as diferenças intrínsecas e extrínsecas de cada um, buscar a convivência tolerante, respeitosa, entre os diferentes grupos, mas principalmente entre o indivíduo e o Estado, que é sustentáculo de organização societária.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exercer livremente o direito à cidadania, que antes de tudo é fundamento dos Estados Democráticos de Direito, é realizar a dignidade de ser humano, pois somente com o exercício de vontades libertas de influência é que o cidadão poderá exercer seus direitos e deveres na construção do Estado. E, nesse contexto,

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82-83.

¹⁴ WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 38.

as identidades têm papel fundamental na (re)construção e na (re)conceituação dos paradigmas da cidadania na (pós)modernidade.

Certamente, o primeiro caminho está na educação, e o lugar para tanto é a escola. Já nos primeiros anos de vida é preciso abrir possibilidades para o cidadão que tem seu caráter e personalidade em formação findar com o processo de apatia e aceitação de preceitos impostos, para que essa mudança de postura passe a trazer resultados nos demais sistemas em que o ator está inserido, como a família, nas relações econômicas, na religião etc. A construção de um cidadão ativo inicia, na concepção de Bobbio, em uma educação para a democracia que surgiria no próprio exercício da prática democrática¹⁵.

Como lembra Hall, os estudantes deveriam ser estimulados a explorar possibilidades de perturbação, transgressão, na busca por sua identidade e diferença¹⁶. Somente assim poderiam formar um caráter mais voltado para o futuro do Estado em que vivem, reinventando um futuro diferente, mais próximo das suas necessidades.

Então, formando um cidadão ativo, mas principalmente respeitado pelas e respeitador das diferenças, consciente de seus direitos e deveres na sociedade, é possível que os efeitos da globalização e da exclusão social possam ser minimizados a ponto de não impedirem o exercício de liberdades na consecução dos direitos mínimos para uma vida digna, não apenas para si, mas para toda a comunidade, quiçá para a comunidade mundial.

30

Todo o exposto demonstra a importância do embate, que tem como fim a existência e o prosseguimento do próprio Estado Democrático e, por consequência, do ator nele inserido, com readequação das relações entre os governos e governados para que as relações sejam estabelecidas de formas mais harmoniosas e não mais na forma de hegemonia do Estado sobre os seus tentando homogeneizar o impossível, o que seja: o cidadão e sua identidade.

Para tanto, é necessária a efetiva realização de direitos fundamentais, inerentes aos seres, não como forma de favor, mas sim como forma de preservação da dignidade para que o cidadão possa exercer sua “cota” de cidadania o mais amplamente possível.

Remetemo-nos novamente às conclusões de Paulo Ferreira da Cunha: é urgente uma profunda reforma de mentalidades, que nos permita, a todos os sujeitos ativos, tomar em nossas mãos os nossos destinos¹⁷.

O debate aqui proposto é apenas uma maneira possível de vislumbrar o problema, mas abarca uma grande parte dos obstáculos para a realização da cidadania, que

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 43-44.

¹⁶ SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 100.

¹⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, crise e cidadania*, p. 20.

esperamos, em um mundo novo que se forma mais consciente, mais tolerante, mais inclusivo, exatamente por via das diferenças identitárias, com respeito aos direitos fundamentais, que venha alcançar posturas mais conciliadoras na realização dos direitos individuais, sociais, políticos e difusos, formando, assim, uma identidade cidadã.

Primeiro, devemos nos voltar para a sociedade e nela buscar os caminhos para o início da formação de novos paradigmas, paradigmas esses que respondam de forma mais clara e efetiva às necessidades do cidadão do século XXI, na sociedade do século XXI, e principalmente no Estado do século XXI. A única certeza que existe nesse momento é de que o debate encontra-se no seu início, mas com a convicção posta pela reflexão de Martins: “Os grandes embates pela redenção do gênero humano de suas limitações e misérias estão sendo readaptados a esse novo território da vida e do viver. A sociedade está sendo reinventada”¹⁸.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Miragens do direito: o direito, as instituições e o politicamente correto*. Campinas: Millennium, 2003.
- _____. *Constituição, crise e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- MARTINS, José de Souza. O senso comum e a vida cotidiana. *Tempo Social, Revista Sociologia da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 1998.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Crise do Estado e democracia: onde está o povo?* [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <cassiana@netvisual.com.br> em 25 nov. 2006.
- MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- PINSKY, Jaime. Introdução. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2005.
- SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

¹⁸ MARTINS, José de Souza. O senso comum e a vida cotidiana. *Tempo Social, Revista Sociologia da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 1998, p. 39.

MEIO AMBIENTE URBANO

Importância do Plano Diretor e do estudo de impacto de vizinhança

URBAN ENVIRONMENT

Importance of the Master Plan Project and
impact study of neighborhood

*Fabiano Augusto Piazza Baracat**

RESUMO

O Plano Diretor tem por objetivo fundamental cumprir a determinação constitucional de definição do conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana. A preservação do meio ambiente nesse contexto é um dos requisitos para que a propriedade e a cidade cumpram sua função social. A legislação dotou os municípios de uma ampla gama de instrumentos que devem estar instituídos no Plano Diretor e que podem ser utilizados na consecução desse objetivo, como a outorga onerosa do direito de construir; o direito de preempção; a transferência de potencial construtivo; as operações urbanas consorciadas; o zoneamento ambiental; e a remoção de famílias das áreas de preservação permanente, áreas sujeitas a inundações e deslizamentos ou que apresentem risco à vida e à saúde; assim como instituiu o estudo de impacto de vizinhança para a preservação e garantia do meio socioambiental a ser afetado pela implantação de empreendimentos ou atividades. A função social da propriedade e a função social da cidade passam enfim a direcionar a intervenção privada e pública e a garantir o bem-estar da população e a proteção do meio ambiente.

Palavras-chave: Meio ambiente; Desenvolvimento urbano; Estatuto da Cidade; Plano Diretor; Estudo de impacto de vizinhança.

ABSTRACT

The Master Plan Project aims to meet the fundamental constitutional determination of defining the content of the social function of the city and urban property. The preservation of the environment in this context is a requirement for the property and the city fulfill its social function. The legislation gave the municipalities a wide range of instruments to

* Advogado. Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR.

be introduced in the Master Plan Project and can be used to achieve this goal, as ground creation; transfer of the right to build; urban operations associated; preemption; environmental zoning; the removal of families of permanent preservation areas, areas subject to floods and slindings or that have risk to life and health; as established the impact estudy of neighborhood for the preservation of the environment and social to be affected by the implementation of projects or activities. The social function of property and social function of the city are finally to address the private and public intervention and ensure the welfare of the population and protecting the environment.

Keywords: Environment; Urban development; Master Plan Project; Impact study of neighborhood.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento urbano brasileiro é caracterizado pela degradação ambiental e pela desigualdade social. As cidades cresceram desordenadamente sem qualquer planejamento, deixando o meio ambiente e a população em segundo plano, sempre cedendo aos interesses políticos e econômicos que ditaram um urbanismo que coloca em risco a existência das cidades e de seus habitantes e que distribui de maneira desigual os custos e benefícios desse processo de urbanização.

34

A industrialização no Brasil, especialmente a partir da segunda metade do século passado, ocasionou um gigante e abrupto processo de deslocamento e concentração demográfica. Atualmente, segundo o IBGE¹, cerca de 82% da população vive nas cidades, muito acima da capacidade de absorção do mercado de trabalho e do meio ambiente. Diante da escassez e da valorização das áreas urbanas dotadas de infra-estrutura, essa massa concentrou-se nas periferias, em loteamentos irregulares, longínquos, desprovidos de serviços públicos, muitas vezes em áreas inapropriadas, como margens de rios, fundos de vale, morros, nascentes, mangues, alagados etc., exatamente aquelas que deveriam estar protegidas da urbanização para a indispensável preservação do meio ambiente e das próprias cidades.

O caos provocado por essa ocupação urbana desastrosa tem um elevado custo social, verdadeiro processo de exclusão, que, além de violar a dignidade da vida e fomentar a violência, resulta em cada vez mais graves desastres e catástrofes ambientais. Os mananciais superficiais e subterrâneos estão sendo contaminados pela ausência de saneamento ou por sua deficiência. A impermeabilização do solo prejudica o abastecimento dos lençóis freáticos, a drenagem, e, junto com a supressão de vegetação, causa inundações, desmoronamento e erosão. Somam-se a esses problemas as ocupações das margens dos rios que causam assoreamento e poluição das águas, a inapropriada

¹ Censo 2000. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2009.

disposição dos resíduos sólidos em verdadeiros lixões a céu aberto, e o excesso de veículos que contaminam o meio ambiente e prejudicam a saúde das pessoas.

Após décadas de discussão sobre uma lei que viesse a regular o desenvolvimento urbano brasileiro, redesenhar a política de ocupação, pôr fim à urbanização desordenada e regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, foi finalmente aprovada a Lei n. 10.257/2001, denominada de Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade, entre inúmeros instrumentos de política fundiária, como solo criado, IPTU progressivo, parcelamento, edificação ou utilização compulsória, direito de superfície, de preempção, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas, usucapião especial de imóvel urbano etc., fixou prazo e previu penalidades para que todos os municípios brasileiros com mais de 20.000 habitantes ou que sejam integrantes de regiões metropolitanas, áreas de especial interesse turístico ou áreas sob influência de empreendimentos de significativo impacto ambiental cumprissem a determinação constitucional e aprovassem seus planos diretores, assim como instituiu o estudo de impacto de vizinhança para a preservação e garantia do meio socioambiental a ser afetado pela implantação de empreendimentos ou atividades.

A função social da propriedade e a função social da cidade (conceito introduzido pelo art. 182 da CF/88) passam enfim a direcionar a intervenção privada e pública e a garantir o bem-estar da população e a proteção do meio ambiente.

2. DESENVOLVIMENTO URBANO, PLANO DIRETOR E MEIO AMBIENTE

José Afonso da Silva² aponta que a Constituição de 1988, pela primeira vez na história constitucional do País, consagrou um capítulo à política urbana. A concepção de política de desenvolvimento urbano decorre da compatibilização do art. 21, XX, que dá competência à União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, com o art. 182, que estabelece ser objetivo da política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público municipal, a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. As diretrizes instituídas pela União é que consubstanciam a política de desenvolvimento urbano, que deve ter objetivos nacionais, ultrapassando o nível estritamente municipal.

Adauto Lucio Cardoso³ distingue e enumera as diretrizes gerais do desenvolvimento urbano:

- a) aquelas que se referem às funções clássicas do planejamento urbano, como a ordenação da expansão, com prevenção e correção das distorções

² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 694.

³ CARDOSO, Adauto Lúcio. A cidade e seu estatuto: uma avaliação urbanística do estatuto da cidade. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 27-28.

do crescimento e contenção da excessiva concentração urbana, e controle do uso do solo, ressaltando-se a idéia da compatibilização da urbanização com os equipamentos disponíveis;

b) aquelas que se referem à ação do Poder Público Municipal, com a adequação de investimentos públicos e da política fiscal e financeira aos objetivos do desenvolvimento urbano, garantindo a recuperação, pelo Poder Público, de investimentos em que resulte valorização imobiliária;

c) aquelas que se referem à função social da propriedade;

d) oportunidade de acesso à propriedade urbana e à moradia; justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; correção das distorções da valorização da propriedade urbana; regularização fundiária e urbanização específica de áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda; e adequação do direito de construir às normas urbanísticas;

e) aquelas relativas à relação entre Poder Público e sociedade através do estímulo à participação individual e comunitária, e à participação da iniciativa privada;

f) aquelas relativas às necessidades de proteção: do meio ambiente, e do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e paisagístico.

36

O Estatuto da Cidade, aplicando modernos conceitos de sustentabilidade, consensualidade, gestão democrática, direito socioambiental, cooperação de entes públicos e privados, regulamentando os arts. 182 e 183 da CF, de acordo com o art. 21, XX, CF, estabelece em seu art. 2º as diretrizes para o desenvolvimento urbano e, além das diretrizes gerais acima enumeradas, aponta várias outras, como a garantia a cidades sustentáveis, com direito a terra, moradia, saneamento, trabalho, lazer, para as presentes e futuras gerações; participação da população na formulação, execução e acompanhamento de programas e projetos de desenvolvimento, a chamada gestão democrática da cidade; planejamento espacial da população, das atividades econômicas e do uso do solo em relação à infra-estrutura; minimização e prevenção dos impactos de novos empreendimentos sobre o meio ambiente; correção das distorções do crescimento e dos seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; oferta de equipamentos comunitários, transporte e serviços públicos; coibição da retenção especulativa de imóvel que resulte na sua subutilização ou não utilização; coibição da deterioração das áreas urbanizadas e a poluição e a degradação ambiental; proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social, dentre outras.

Diógenes Gasparini⁴ conceitua política urbana como “o conjunto de intervenções municipais legais e materiais e de medidas materiais interventivas no

⁴ GASPARINI, Diógenes. *O estatuto da cidade*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002. p. 14

espaço urbano promovidas por terceiros coordenados pelo Município, visando aquelas e estas ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”.

Segundo Luiz César de Queiroz Ribeiro⁵, o Estatuto da Cidade contém dois modelos de políticas urbanas. O primeiro é redistributivo, na medida em que pretende capturar parte da renda real gerada pela expansão urbana para financiar a ação pública que iguale as condições habitacionais e urbanas da cidade; e regulatório, por pretender submeter o uso e a ocupação do solo urbano, ou seja, a valorização da terra, aos imperativos das necessidades coletivas. Neste modelo redistributivo e regulatório, enquadram-se instrumentos como a concessão onerosa do direito de construir (solo criado) e o IPTU progressivo. O segundo modelo é distributivo, com a provisão de serviços habitacionais e urbanos direta ou indiretamente pelo Poder Público, como a regularização fundiária, urbanização das favelas e a usucapião especial de imóvel urbano.

Na consecução dessas políticas e diretrizes, o Plano Diretor é o instrumento fundamental do desenvolvimento e da expansão urbanas, orientando a atuação e a intervenção do Poder Público. Além das funções clássicas de planejamento do uso do solo, definição das atividades mais adequadas para determinadas áreas da cidade (zoneamento), gabaritos e índices de ocupação, normas para loteamento e parcelamento, passou o plano diretor a ser o instrumento eleito pela Constituição Federal de 1988 para que a propriedade e mesmo a cidade cumpram sua função social.

Ao contrário do que acontece com a propriedade rural (art. 186)⁶, a CF não dispõe sobre os critérios e graus de exigência para que a propriedade urbana cumpra sua função social, atribuindo essa definição para o Plano Diretor (§ 2º do art. 182 da CF)⁷. O Estatuto da Cidade, em seu art. 39, igualmente estabelece que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça

⁵ RIBEIRO, Luiz César de Queiroz. Estatuto da cidade e a questão urbana brasileira. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 15.

⁶ “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.”

⁷ Art. 182, § 2º: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes gerais de desenvolvimento urbano enumeradas em seu art. 2º. O Código Civil, em seu art. 1.228, § 1º, ainda complementa que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

A CF/88 conferiu, portanto, ao Plano Diretor a definição quanto ao cumprimento da função social da propriedade e da cidade para que estas atendam ao interesse público. É indispensável que o Plano Diretor diagnostique os problemas urbanos e formule as diretrizes de desenvolvimento, especialmente considerando os interesses sociais e ambientais envolvidos, de forma a assegurar que a propriedade e a cidade cumpram sua função social, constituindo-se num pacto territorial de gestão democrática da cidade.

Quanto à proteção ambiental pelo município dentro de sua competência executiva comum (23, VI, CF) e legislativa concorrente (24, VI, CF), suplementando a legislação quanto aos assuntos de interesse local (art. 30, II, CF), suas diretrizes de atuação devem estar no Plano Diretor.

Hely Lopes Meirelles⁸ esclarece que essa atuação limita-se espacialmente em seu território, mas materialmente estende-se a tudo quanto possa afetar os seus habitantes e particularmente a população urbana. A atuação municipal deve promover a proteção ambiental em seus três aspectos fundamentais: controle da poluição, preservação dos recursos naturais e restauração dos elementos destruídos.

Assim, a municipalidade deve delimitar no Plano Diretor as áreas destinadas à preservação ambiental, cultural e histórica e pode impor a recomposição das áreas degradadas e a realocação das famílias que vivem em áreas de preservação, em áreas sujeitas a inundações e deslizamentos ou que apresentem risco à vida e à saúde.

A partir desse novo marco de políticas e diretrizes, o modelo desenvolvimentista passa finalmente a ceder espaço para um novo modelo que privilegia a questão social e a preservação do meio ambiente em benefício dos interesses da coletividade e não mais pontuais interesses econômicos e políticos. Permite-se um controle público sobre os processos de expansão urbana que assegurem uma racional utilização da propriedade e dos recursos investidos pela Administração, fazendo com que atinjam sua finalidade social.

Betânia Alfonsin⁹ assevera que o Estatuto da Cidade busca um novo marco de desenvolvimento urbano no qual as cidades brasileiras estão sendo desafiadas a

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros. p. 403.

⁹ ALFONSIN, Betânia. O significado do estatuto da cidade para a regularização fundiária no Brasil. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Aduino Lúcio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 96.

casar a gestão urbana e a gestão ambiental, integrando as políticas do planejamento urbano, habitacional e ambiental. A Agenda 21 e Agenda Habitat, plataformas internacionais resultantes da ECO 92 e da Conferência Internacional sobre Assentamentos Humanos (Istambul 1996), precisam ser encaradas como complementares, e as cidades, compreendidas como arenas privilegiadas de sua implementação, com ênfase para o Plano Diretor como espinha dorsal orientadora desse processo e introdutora da gestão democrática das cidades.

Com o mesmo pensamento de Luiz César de Queiroz Ribeiro, Adauto Lucio Cardoso¹⁰ defende que as diretrizes e os instrumentos propostos pelo Estatuto da Cidade e que devem estar incorporados no Plano Diretor envolvem o princípio redistributivista presente nas idéias de recuperação da valorização imobiliária para a coletividade, ou de geração de recursos para atendimento às demandas por infra-estrutura e serviços. Essas diretrizes e esses instrumentos se completariam com a garantia da regularização fundiária e da urbanização de áreas de baixa renda (princípio distributivista).

O solo criado (outorga onerosa do direito de construir) é um dos instrumentos de conteúdo redistributivista previstos no Estatuto da Cidade que devem estar incorporados no Plano Diretor e que tem importante aplicação para a preservação do meio ambiente. Vem de uma distinção entre o direito de propriedade e o direito de construção. Admite-se a fixação de áreas onde o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Os recursos auferidos com essa contrapartida devem ser aplicados pelo Poder Público para finalidades sociais e ambientais. Quanto às finalidades ambientais, mais especificamente, na criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, na criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental e na proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Assim como a outorga onerosa, a transferência do direito de construir possui conteúdo redistributivo também aplicável à preservação ambiental, na medida em que, de acordo com o Plano Diretor, autoriza ao proprietário de imóvel urbano, privado ou público exercer em outro local ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no Plano Diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para implantação de equipamentos urbanos e comunitários, para a preservação de imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural, e quando for necessário a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.

¹⁰ CARDOSO, Adauto Lúcio. A cidade e seu estatuto: uma avaliação urbanística do estatuto da cidade, p. 38.

Um outro instrumento introduzido pelo Estatuto da Cidade, a operação urbana consorciada, pode ser utilizado com conteúdo redistributivo e distributivo, de caráter ambiental e social. Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, mediante lei específica, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. Pela cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, uma área destinada à implantação de um grande empreendimento, por exemplo, pode ser recuperada ambientalmente mediante a alteração de índices e potenciais construtivos pelo Poder Público, ficando o empreendedor, em contrapartida, obrigado a diversas ações compensatórias e mitigadoras, como a recuperação de áreas de preservação permanente, recolocação das famílias nela residentes, a criação de áreas verdes e a aplicação de recursos em obras, projetos e serviços públicos no próprio local da operação.

Da mesma forma que os demais instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, o direito de preempção, que é a preferência de aquisição pela municipalidade de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares, tem aplicação fundamental para a preservação do meio ambiente quando o município precisar de áreas para criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; e para a proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico. Para ser utilizado, deve estar previsto em lei municipal específica baseada no Plano Diretor enquadrando as áreas em que incidirá o direito de preempção por um prazo de no máximo 5 anos, renovável após 1 ano do seu decurso.

Ao mesmo tempo em que asseguram o exercício do direito de propriedade, a outorga onerosa (solo criado), a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas, instrumentos que adotam princípios tipicamente econômicos, assim como o direito de preempção, privilegiam os interesses coletivos, possibilitando o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente.

2.1 Elementos do Plano Diretor

O Plano Diretor (PD) implica, em sentido amplo, a integração de uma série de leis e diretrizes para o desenvolvimento do município: a Lei do Plano Diretor (IPD), que fixa os objetivos, as diretrizes e estratégias do PD; a Lei do Zoneamento de Uso e Ocupação do Solo Urbano, que classifica e regulamenta a modalidade, a intensidade e a qualidade do uso e ocupação do solo urbano; a Lei do Perímetro Urbano; a Lei do Sistema Viário, que faz a classificação e hierarquização do sistema viário municipal de acordo com as categorias das vias; a Lei de Parcelamento do Solo Urbano; o Código de Posturas, Obras e Edificações; a Lei de Vigilância Sanitária; o Código Ambiental; e outras leis que, por interesse municipal e que envolvam o desenvolvimento urbano e planejamento, devam estar nele integradas.

De acordo com José Afonso da Silva¹¹,

É plano, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a ser executadas e quem deve executá-las. É diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do município.

Hely Lopes Meirelles¹², sobre a abrangência do Plano Diretor, discorre que

toda a cidade há que ser planejada: a cidade nova para sua formação; a cidade implantada, para sua expansão; a cidade velha, para sua renovação. Mas não só o perímetro urbano exige planejamento, como também as áreas de expansão urbana e seus arredores, para que a cidade não venha a ser prejudicada no seu desenvolvimento e na sua funcionalidade pelos futuros núcleos urbanos que tendem a formar-se em sua periferia.

A Resolução do Conselho das Cidades n. 34, de 1º de julho de 2005, dispõe sobre o Plano Diretor, a instituição de zonas especiais, o Sistema de Acompanhamento e Controle Social e demais orientações e recomendações sobre a aplicação do Estatuto da Cidade. De acordo com essa Resolução, o objetivo fundamental do Plano Diretor é definir o conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

O Plano Diretor deve prever, no mínimo: as ações e medidas para assegurar o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade; os objetivos e estratégias para o desenvolvimento e a reorganização territorial do município e áreas adjacentes; os instrumentos de política urbana do parcelamento, da edificação ou da utilização compulsória, do direito de preempção, da outorga onerosa do direito de construir, das operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir; e, por fim, o sistema pelo qual será realizado o acompanhamento e controle do Plano Diretor, além, é claro, de outros temas relevantes, considerando a especificidade de cada município.

Quanto ao zoneamento urbano, Luiz César de Queiroz Ribeiro e Adauto Lucio Cardoso¹³ identificam alguns tipos básicos de especificação que o Plano Diretor deve conter:

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 134.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, p. 403.

¹³ RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio. Plano diretor e gestão democrática da cidade. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 114-116.

- Zona de Urbanização Prioritária (ZUP) – compreende os vazios urbanos nos quais seriam aplicados os instrumentos previstos na Constituição e no Estatuto da Cidade para forçar a ocupação imediata, como a edificação ou parcelamento compulsório, o IPTU progressivo e a desapropriação com títulos da dívida pública.
- Zona de Intervenção Pública Prioritária (ZIP) – áreas da cidade ocupadas por favelas, loteamentos irregulares, invasões, não dotadas de infra-estrutura, prioritárias para políticas de regularização fundiária e investimentos em bens e serviços públicos, denominadas pelo Estatuto da Cidade de Zonas de Especial Interesse Social (ZEIS). O Plano Diretor poderá, assim, estabelecer áreas de zoneamento especial que estejam ocupadas irregularmente por famílias de menor renda, prevendo a regularização por meio da usucapião especial de imóvel urbano de forma coletiva ou individual. Nestas zonas, considerando-se o interesse social, as exigências legais para uso e ocupação do solo poderão ser diferenciadas do restante da cidade legal, permitindo a integração das famílias que ali vivem ao meio urbano e o acesso aos serviços públicos oferecidos.
- Zona de Urbanização Negociada (ZUN) – áreas sujeitas a urbanização mediante cooperação com o Poder Público para dotá-las de infra-estrutura, como o instrumento das operações urbanas consorciadas.
- Zona de Urbanização Congelada (ZUC), também denominada de Zona de Ocupação Controlada (ZOC) – áreas saturadas da cidade pelo esgotamento da disponibilidade de serviços públicos, de condições de trânsito, densidade populacional e construtiva, e aquelas necessárias para a preservação do meio ambiente natural, histórico ou cultural, onde o crescimento seria congelado, somente se admitindo o licenciamento de construções que não alterem o padrão de uso, utilização e ocupação do solo.
- Zona de Proteção Ambiental (ZPA) ou, dependendo da nomenclatura, Zona de Área Verde (ZAV) – áreas da cidade, com vedação de ocupação, necessárias à preservação do meio ambiente, como áreas de proteção ambiental, áreas de relevante interesse ecológico, parques municipais e unidades de conservação. Ao definir essas zonas especiais, é fundamental que o Plano Diretor estabeleça meios para a remoção das famílias que se encontrem em áreas de preservação, em áreas sujeitas a inundações e deslizamentos ou que apresentem risco à vida e à saúde.
- Zonas Funcionais (ZF) – seguem o modelo de urbanismo tradicional, com as limitações de uso e ocupação do solo, atividades permitidas, segundo sua vocação, potencialidade e função econômica e social. Podem ser destinadas ao uso misto, residencial, industrial, comercial, institucional ou para prestação de serviços, segundo a adequação a

determinadas atividades, que podem ser permitidas (atividades compatíveis ou conformes com a destinação da área, que não apresentam problemas com a vizinhança); toleradas (atividades que causam interferência à vizinhança, ao sistema viário, ao patrimônio histórico e ao meio ambiente); ou inadequadas/proibidas/desconformes (incompatíveis com a destinação da área), seguindo uma série de parâmetros de ocupação (lote e testada mínimos; afastamentos de divisas; taxa de permeabilidade; taxa de ocupação; coeficiente de aproveitamento; altura ou gabarito; vagas mínimas de estacionamento; cone de sombreamento etc.).

Para a instituição das zonas especiais, considerando o interesse local, a Resolução n. 34 do Conselho das Cidades, em seu art. 5º, recomenda que se deva:

- I – destinar áreas para assentamentos e empreendimentos urbanos e rurais de interesse social;
- II – demarcar os territórios ocupados pelas comunidades tradicionais, tais como as indígenas, quilombolas, ribeirinhas e extrativistas, de modo a garantir a proteção de seus direitos;
- III – demarcar as áreas sujeitas a inundações e deslizamentos, bem como as áreas que apresentem risco à vida e à saúde;
- IV – demarcar os assentamentos irregulares ocupados por população de baixa renda para a implementação da política de regularização fundiária;
- V – definir normas especiais de uso, ocupação e edificação adequadas à regularização fundiária, à titulação de assentamentos informais de baixa renda e à produção de habitação de interesse social, onde couber;
- VI – definir os instrumentos de regularização fundiária, de produção de habitação de interesse social e de participação das comunidades na gestão das áreas;
- VII – demarcar as áreas de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.

Recomenda-se, ainda, que o Plano Diretor, para ser mais abrangente e eficaz, envolva a integração microrregional nas suas diversas formas: consórcios, associações microrregionais, pactos, fóruns de desenvolvimento, comitês etc. A capacidade municipal para elaborar o Plano Diretor será proporcional à articulação com os demais municípios da microrregião e a capacidade de identificação da sua vocação regional, entre outros pontos.

As funções sociais da cidade e da propriedade urbana serão definidas a partir da destinação de cada porção do território do município, bem como da identificação dos imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados, de forma a garantir, no que se refere ao meio ambiente, espaços coletivos de suporte à vida na cidade, definindo e delimitando áreas de proteção, preservação e recuperação

do meio ambiente e do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, assim como a universalização do acesso à água potável, aos serviços de esgotamento sanitário, à coleta e disposição de resíduos sólidos e ao manejo sustentável das águas pluviais.

Como se vê, o Plano Diretor recebeu a obrigação constitucional de definir a conceituação de função social da propriedade e das próprias cidades para que atendam ao interesse público, e, como tal, passa necessariamente pela preservação do meio ambiente, direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida para esta e para as futuras gerações.

José Afonso da Silva¹⁴ ressalta que a qualidade do meio ambiente se transformou num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cujas preservação, recuperação e revitalização são um imperativo para todos, a fim de assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de desenvolvimento, ou seja, o direito fundamental à vida. Dessa forma, a proteção ao meio ambiente, como garantia do direito fundamental à vida, matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem e, portanto, preponderante, deve orientar todas as formas de atuação na tutela do meio ambiente, estando acima de quaisquer considerações, como o desenvolvimento, direito de propriedade ou de iniciativa privada, que também estão garantidos no texto constitucional, mas que devem ser ponderados frente à tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de proteger a um valor maior, a qualidade da vida humana.

44

O conceito de cidade sustentável do art. 2º, I, do Estatuto da Cidade¹⁵, nesse contexto, envolve necessariamente a proteção das cidades da poluição e da degradação, o uso racional dos recursos naturais e renováveis, como solo, ar e água, e uma correta destinação dos resíduos sólidos, utilizando-se de processos de reutilização e reciclagem.

Parte-se do pressuposto de um sistema de co-evolução, em que a sociedade e o meio ambiente evoluam lado a lado, interativamente¹⁶. O gestor, além de consagrar o princípio da precaução, não pode prescindir de soluções negociadas que fortaleçam e consolidem a defesa dos interesses coletivos.

3. ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA (EIV)

Além de garantir o cumprimento da função social da propriedade e da cidade, o estudo de impacto de vizinhança é um instrumento de gestão democrática que

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 719.

¹⁵ “Art. 2º (...) I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;”

¹⁶ MACEDO, Laura Valente de. Problemas ambientais urbanos causados pelo trânsito na região metropolitana de São Paulo. In: GUERRA, Antônio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista da (Org.). *Impactos ambientais urbanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 133.

permite que as pessoas a serem atingidas pelos efeitos positivos e negativos dos empreendimentos ou atividades sejam ouvidas em suas reivindicações e necessidades, avaliando-se a pertinência de sua implantação.

Diógenes Gasparini¹⁷ adverte: “É estudo prévio. Sendo assim, vale afirmar que nenhuma licença ou autorização de construção, ampliação ou funcionamento será concedida pelo Município sem que esse estudo lhe tenha sido apresentado e atendido o interesse público”.

O EIV não se confunde com nem substituiu o estudo de impacto ambiental (EIA)¹⁸, e sua exigência depende de lei municipal definidora dos empreendimentos e atividades privados ou públicos que estarão sujeitos à sua prévia aprovação. Normalmente, entre os empreendimentos e atividades sujeitos ao EIV, estão as casas de diversões noturnas (bares, boates e similares); os clubes, salões de festas e assemelhados; os shoppings e hipermercados; os postos de combustíveis; os depósitos de gás e outros materiais ou mercadorias que possam colocar em risco a saúde e a vida das pessoas; os estádios de futebol; as universidades, faculdades e colégios; as transportadoras; as plantas industriais; e os grandes empreendimentos imobiliários que, por sua natureza, impliquem profunda variação das condições do entorno.

O EIV será executado de forma a considerar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente em sua área de influência direta e indireta, incluindo a análise, no mínimo, de acordo com o art. 37 do Estatuto da Cidade, das seguintes condições: adensamento populacional; equipamentos urbanos e comunitários; uso e ocupação do solo; valorização imobiliária; geração de tráfego e demanda por transporte público; ventilação e iluminação; paisagem urbana; e patrimônio natural e cultural.

Antônio C. M. L. Moreira¹⁹ destaca que o produto final de um relatório de impacto de vizinhança deve conter: (1) a demonstração da compatibilidade do sistema viário e de transportes com o empreendimento; (2) a demonstração da compatibilidade do sistema de drenagem com o aumento do volume e da velocidade de escoamento de águas pluviais, gerado pela impermeabilização da área de intervenção do empreendimento; (3) a demonstração da viabilidade de abastecimento de água, de coleta de esgotos, de abastecimento de energia elétrica; (4) a indicação das transformações urbanísticas induzidas pelo empreendimento; e (5) a inserção da obra na paisagem.

¹⁷ GASPARINI, Diógenes. *O estatuto da cidade*, p. 19.

¹⁸ “... enquanto o EIA é exigível somente nos casos em que haja, potencialmente, significativa degradação do meio ambiente, o EIV é exigível em qualquer caso, independente da ocorrência ou não de significativo impacto de vizinhança” (MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade: anotações à Lei n. 10.257, de 10 de junho de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 32).

¹⁹ MOREIRA, Antônio Cláudio Moreira Lima e. Mega-projetos e ambiente urbano: uma metodologia para elaboração do relatório de impacto de vizinhança. *Revista do Programa de Pós-Graduação da FAU/USP*, São Paulo, n. 7, p. 107-118, 1999.

Podem ser feitas também exigências quanto a descrição detalhada do empreendimento ou atividade, a identificação dos impactos a serem causados, e a apresentação desde logo das medidas mitigadoras ou compensatórias a serem implementadas.

De acordo com o estudo de impacto apresentado, o município poderá exigir, além das medidas compensatórias e mitigadoras propostas, a adoção de outras que venha a entender necessárias, e determinar alterações nos projetos, visando a mitigação dos efeitos negativos apontados pelo estudo e a adequação do empreendimento ou atividade ao cumprimento das funções sociais da cidade.

As contrapartidas compensatórias e mitigadoras a serem oferecidas pelo empreendimento ou atividade podem ser várias, como a criação de áreas verdes e de lazer; recuperação ambiental de áreas degradadas; manutenção de imóveis ou outros elementos arquitetônicos, históricos ou culturais; construções de escolas, creches e outros equipamentos comunitários; disposição de um número mínimo de postos de trabalho ou iniciativas de recolocação profissional para os afetados; investimentos em infra-estrutura viária, como semáforos, viadutos, trincheiras; investimentos em transportes coletivos; etc.

O Estatuto da Cidade também determina que o EIV seja público e disponível para consulta a qualquer interessado, permitindo ouvir a população afetada e analisar os impactos positivos e negativos do empreendimento sobre o meio socioambiental do entorno, de forma a assegurar a qualidade de vida e a pertinência ou não da implantação do empreendimento.

46

O Estatuto da Cidade não define os meios para que a população seja ouvida, apenas determina que se dê publicidade ao EIV; mas, seguindo a proposta de gestão democrática e participativa instituída, nada impede que sejam utilizados os instrumentos previstos em seu art. 43, consubstanciados em órgãos colegiados; debates, audiências e consultas públicas; conferências; e a iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Questão interessante é perquirir sobre a possibilidade de a população afetada se insurgir contra a implantação, exercendo sua opção de escolha entre sofrer ou não os efeitos do empreendimento ou atividade. Apesar de o Estatuto da Cidade determinar apenas que se dê publicidade ao EIV, alguns municípios em suas legislações estabeleceram a obrigatoriedade de concordância da vizinhança para a aprovação de determinados empreendimentos e atividades. O município de Pelotas, por exemplo, mediante a Lei n. 5.217/2006, exige, para a instalação e o funcionamento de garagens comerciais e estacionamentos, que o EIV seja instruído obrigatoriamente com termo de concordância, considerando a anuência expressa de 50% da vizinhança mais 1 em um raio mínimo de 50 metros.

- Apesar de aparentemente justo o exercício de tal opção de escolha, parece-nos que a intenção do legislador não foi exatamente esta. O EIV não poder ficar condicionado à aprovação da implantação do empreendi-

mento ou atividade, sob pena de obras prioritárias para o desenvolvimento do município, como uma rodoviária, um aterro sanitário ou um cemitério, não poderem ser realizadas por eventual discordância dos habitantes do entorno. Aqui mais uma vez o interesse da coletividade deve prevalecer sobre os interesses individuais envolvidos, com a adoção, em contrapartida, de amplas medidas e ações mitigadoras e reparadoras.

Vale ressaltar a lamentável e injustificável mora dos grandes municípios como, por exemplo, Curitiba, Florianópolis e Porto Alegre, que, apesar de possuírem instrumentos similares ao EIV, porém menos abrangentes e efetivos, ainda não editaram lei municipal específica regulamentando o EIV mais de sete anos após o Estatuto da Cidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Plano Diretor, como demonstrado, tem por objetivo fundamental cumprir a determinação constitucional (art. 182) de definição do conteúdo da função social da cidade e da propriedade urbana, de forma a garantir o acesso a terra urbanizada e regularizada, o direito à moradia, aos serviços públicos, à preservação ambiental, cultural e histórica, e implementar uma gestão democrática e participativa. E, como tal, deve reunir as diretrizes para o desenvolvimento e ocupação territorial, com base na compreensão das funções econômicas, das características ambientais, sociais e territoriais do município e regiões adjacentes.

47

O EIV é complementar ao Plano Diretor e igualmente faz com que a propriedade e a cidade atinjam sua função social, na medida em que impede que a livre iniciativa e até mesmo a atuação do Poder Público impliquem conseqüências nefastas para a coletividade em benefício de pontuais interesses particulares, políticos ou econômicos.

A preservação do meio ambiente nesse contexto é um dos requisitos para que a propriedade e a cidade cumpram sua função social. O Plano Diretor deve diagnosticar os problemas ambientais e propor as estratégias, políticas e soluções para que a cidade obtenha um desenvolvimento sustentável que não comprometa a vida de seus habitantes, direito matriz de todos os outros direitos fundamentais.

A legislação dotou os municípios de uma ampla gama de instrumentos que devem estar instituídos no Plano Diretor e que podem ser utilizados na consecução desse objetivo, como a outorga onerosa do direito de construir; o direito de preempção; a transferência de potencial construtivo; as operações urbanas consorciadas; o zoneamento ambiental; e a remoção de famílias das áreas de preservação permanente, áreas sujeitas a inundações e deslizamentos ou que apresentem risco à vida e à saúde.

Como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, o Plano Diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo

o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporarem as diretrizes e as prioridades nele contidas, sob pena de invalidade.

Para uma cidade que busque efetivamente estar incluída num modelo de desenvolvimento sustentável e que pretenda fornecer uma vida digna à população, pondo fim ao desastrado processo de urbanização brasileiro que coloca em risco a existência das pessoas e das próprias cidades, é indispensável que sejam diagnosticados, minimizados e coibidos, mediante o estudo de impacto de vizinhança, os efeitos negativos de empreendimentos e atividades sobre a população a ser afetada, e que o Plano Diretor estabeleça diretrizes, ações e objetivos voltados para a proteção do meio ambiente, mas não apenas na legalidade formal do procedimento, e sim como opção política de governo. Plano Diretor não é um “modelo pronto” apenas adaptado para determinadas características locais da cidade, mas sim um pacto de gestão que traduz o que a cidade é e pretende ser para seus habitantes.

REFERÊNCIAS

BLANC, Priscila Ferreira. *Plano diretor urbano e função social da propriedade*. Curitiba: Juruá, 2004.

CARDOSO, Adauto Lúcio. A cidade e seu estatuto: uma avaliação urbanística do estatuto da cidade. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Estatuto da cidade e a função social da propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 52-69, jan. 2008.

GASPARINI, Diógenes. *O estatuto da cidade*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2002.

GUERRA, Antônio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista da (Org.). *Impactos ambientais urbanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MACEDO, Laura Valente de. Problemas ambientais urbanos causados pelo trânsito na região metropolitana de São Paulo. In: GUERRA, Antônio José Teixeira; CUNHA, Sandra Baptista da (Org.). *Impactos ambientais urbanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros.

MOREIRA, Antônio Cláudio Moreira Lima e. Mega-projetos e ambiente urbano: uma metodologia para elaboração do relatório de impacto de vizinhança. *Revista do Programa de Pós-Graduação da FAU/USP*, São Paulo, n. 7, p. 107-118, 1999.

MUKAI, Toshio. *O estatuto da cidade: anotações à Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio. Plano diretor e gestão democrática da cidade. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lúcio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
_____. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, 27: 33-48, jul./dez. 2008

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

*Gabriela Soares Balestero**

RESUMO

A finalidade do presente estudo é analisar o controle jurisdicional das políticas públicas diante das atuais necessidades da sociedade, com o objetivo de assegurar a aplicação dos direitos fundamentais, em especial os sociais prestacionais, alcançando efetivamente o Estado Democrático de Direito. Os administradores públicos e os magistrados devem estar atentos aos problemas da comunidade.

Palavras-chave: Controle jurisdicional; Políticas públicas; Princípio da reserva do possível; Mínimo existencial; Participação popular; Democracia.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the judicial control of public policies in the face of current needs of society, in order to ensure the application of fundamental rights, especially the social prestaciones, effectively reaching the democratic state of law. Public administrators and magistrates must be attentive to the problems of the community.

Keywords: The judicial control; Public policies; Principle of reservation as possible; Low Existencial; Popular participation; Democracy.

49

1. INTRODUÇÃO

Analisaremos o controle jurisdicional das políticas públicas relacionando-o com o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, especialmente para assegurar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais, analisando com maior profundidade o tema referente às políticas públicas e o seu alcance no cenário do direito administrativo.

* Advogada militante graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2006. Pós-Graduada em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Endereço eletrônico para contato: gabybalestero@yahoo.com.br.

A expressão “políticas públicas” constitui um conjunto de ações desenvolvidas pelo Poder Público com vistas à satisfação do bem comum, da coletividade. Nesse sentido, a política pública é um bem de toda a comunidade.

As políticas públicas possuem um sentido de complementaridade com os direitos fundamentais, em especial, os prestacionais, previstos na Constituição Federal. Verifica-se, então, a necessidade de implantar políticas públicas sérias na tentativa de alcançar a legitimação do Estado Democrático de Direito, e é preciso mudar a postura, na maioria das vezes, arbitrária do administrador público passando a desenvolver o diálogo e a participação social, comunitária.

Por fim, será discutida a postura do Poder Judiciário no controle das políticas públicas para alcançar o equilíbrio nas decisões judiciais, devendo elas serem justas, respeitando os direitos fundamentais previstos constitucionalmente e, ao mesmo tempo, limitarem o uso indiscriminado da coisa pública pela administração.

2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até que ponto a Administração Pública pode obstacularizar a prestação dos direitos fundamentais, apresentando com justificativa o princípio da reserva do possível¹?

50

O princípio da reserva do possível não deve ser utilizado de forma de inibir a eficácia e a aplicação do “mínimo existencial” (embora os direitos sociais não devam ser reduzidos ao mínimo), especialmente no que tange aos direitos fundamentais sociais prestacionais, como a saúde, a vida, pois a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, sempre à luz do caso concreto.

Nesse sentido, baseado no entendimento doutrinário e jurisprudencial alemão, atendendo ao debate de Weimar, limitar o mínimo existencial apenas ao alcance

¹ Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 267.612-RS (decisão publicada no *DJU* de 23.08.2000), o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, em hipótese versando justamente sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento da Aids, consignou que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (extraído das transcrições efetuadas no *Boletim Informativo* do STF).

fisiológico do indivíduo, desprezando o mínimo social, ocasionaria a redução da aplicabilidade não só dos direitos fundamentais sociais prestacionais, mas do próprio mínimo, de modo a colocar em risco a sobrevivência do ser humano.

É o que ocorre no caso, por exemplo, do direito à saúde, que, além de ser um direito fundamental social prestacional do Poder Público, é também um direito de defesa, de proteção contra atos do Estado ou de particulares.

Dessa forma, ao fazer referência à Constituição brasileira, a doutrina atual se projeta no sentido de dar plena aplicabilidade às normas constitucionais que regem os direitos fundamentais sociais prestacionais, em especial, os direitos sociais. Ela não esvazia o mínimo existencial e mantém a sua condição de direito e garantia, independentemente de sua previsão constitucional expressa, não dispensando a análise de cada caso concreto.

Além disso, é pertinente ressaltar que as decisões do Poder Público para a construção de suas metas de ação não são invioláveis, impenetráveis pelo Poder Judiciário, construindo-se a noção de que no âmbito do Estado Democrático de Direito é possível controlar as políticas públicas.

A Administração Pública deve voltar-se para o dever de realizar e efetivar a Constituição na preservação dos direitos fundamentais, construindo um conjunto de ações governamentais com o escopo de alcançarmos efetivamente a implantação de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, é necessário relacionar o exercício das políticas públicas com a Constituição Federal e vinculá-las às ações da Administração Pública.

Problematizar tal tema significa refletir sobre o próprio conceito de democracia de maneira a garantir, da melhor forma possível, um tratamento igualitário para toda a comunidade, e efetivar as políticas públicas².

Além disso, é imprescindível reconhecer a importância da participação popular, a atuação dos chamados “atores sociais”, de maneira a qualificar as políticas públicas, dando lhes maior eficiência, pois alcançarão as necessidades da comunidade.

² “Qualquer política pública, desta forma, deve estar vocacionada para fazer acontecer (*Ereignis*) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil indicados no artigo 3º da Constituição Federal, como já explicitado anteriormente. Tais indicações já se constituem por si em indicações de políticas públicas, sequer havendo liberdade de ação política para os Poderes Públicos desprezarem tais fundamentos. A Constituição erigiu como importantes bens para a comunidade, por exemplo, a solidariedade e a proibição de práticas discriminatórias. Cabe ao Estado desenvolver programas de políticas públicas que internalizem tais bens jurídicos no imaginário da sociedade, sendo importante que os cidadãos igualmente assumam a responsabilidade fenomenológica de fazer acontecer tais indicações constitucionais, exigindo ações governamentais em tal direção” (OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 332).

É necessário criar instituições que canalizem o direito à participação direta na gestão política. Esse entendimento é embasado por teorias conhecidas como o contratualismo de Jean Jacques Rousseau, na qual a sociedade política deve ser criada para, ao mesmo tempo, conservar a soberania e preservar a liberdade humana, tendo em vista ser esta inalienável, numa fusão entre ato de obediência e ato de liberdade: “A concepção de participação em Rousseau consubstancia o manancial teórico que inspirou diretamente todas as abordagens que, de uma forma ou de outra, destacam a importância da introdução de elementos de democracia direta, quando não a sua completa adoção”³.

Para Rousseau, a participação de todos na sociedade e a sujeição de todos à vontade comum obstam o exercício de interesses pessoais. Nesse sentido, esse princípio participativo ocorre tanto no ato de associação quanto no exercício do poder.

Recentemente, a versão mais exponenciada da associação entre proteção e participação encontra-se no conceito de *partizipative Siherheitsstaat* (“Estado de segurança participativo”) criado por Mathias Kotter. Ao abordar a temática da segurança pública, o autor faz emergir a dimensão participativa como o vetor essencial para o combate tanto das ameaças tradicionais, quanto das ameaças modernas, catalisadas através da figura emblemática do terrorismo. Segundo suas perspectivas, a situação ideal de segurança pública depende imediatamente da existência de uma rede de cooperação entre Estado e cidadãos que sustente a transposição da regulação exclusivamente estatal da questão da segurança para a auto-regulação social influenciada pelo Estado.⁴

52

A participação popular, portanto, gera uma produção dialética e eficaz, pois, havendo um panorama global de interesses, aumentam os debates, que podem originar decisões mais eficientes e maior proteção, já que a participação social cria a transparência e polícias mais eficientes, legitimando-se as “esferas públicas”.

Em suma, a sociedade do risco imprime constitucionalmente a necessidade de participação dos cidadãos, o aumento das garantias protetivas contra o Estado e os detentores do poder, bem como a transparência dos procedimentos e das funções públicas.

Nesse passo, portanto, uma questão deve ser debatida: a necessidade de repensar as estruturas administrativas, ainda maculadas pelo estereótipo do racionalismo, de maneira a adaptá-las aos princípios constitucionais.

Infelizmente, em nosso modelo de organização administrativa ocorre ainda a centralização dos processos de decisão e de construção de programas de ação, o que

³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 152.

⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*, p. 154-155.

leva a desconsiderar as realidades locais. Precisa acontecer o oposto disso, as ações administrativas devem ser pautadas em um planejamento moderado, proporcional, de maneira a se adequar às comunidades nas quais se aplicam.

A implementação do princípio da participação popular no governo, consoante o Estado Democrático de Direito, é um remédio a ser aplicado para corrigir essa ausência de diálogo de uma sociedade oligárquica e patrimonialista. Daí sobrelevar-se a importância da educação política como condição inarredável para uma cidadania ativa numa sociedade republicana e democrática.⁵

Com o princípio da representação verifica-se o distanciamento exacerbado entre a esfera política e a esfera pessoal, e, portanto, é necessário o exercício do princípio da integração, aproximando o cidadão da política.

No entanto, para materializar políticas públicas é imperioso que os governos e a própria sociedade assumam-se como co-responsáveis por este processo e tenham a capacidade de construir espaços públicos de aprendizagem social, quer dizer, um planejamento temporalizado, mas preparado para o acontecer ou os fracassos possíveis da democracia.⁶

Consoante o entendimento de Mário Lúcio Quintão Soares⁷, “esta nova cidadania, erigida pelo novo paradigma, consiste na capacidade de participar no exercício do poder político e da gestão dos negócios da comunidade. As formas desse exercício definem os meios diretos ou não de participação dos cidadãos”.

Portanto, é evidente a contribuição positiva dos movimentos sociais para o fortalecimento das práticas democráticas, pois eles são atores que canalizam as principais preocupações e necessidades da população: 1º) facilitam a criação de elos para o entendimento mútuo; 2º) promovem o reconhecimento, a reconstrução e a proteção de identidades coletivas marginalizadas; 3º) facilitam a melhor representação dos interesses; 4º) promovem a abertura dos canais participativos; 5º) viabilizam a externalização dos dissensos, ou seja, a prática de tais movimentos tem como efeito direto tornar públicas as diversidades de interesses e as suas complexidades; 6º) exponenciam os índices de eficácia das funções de fiscalização e controle do poder.

A efetividade da implementação de políticas públicas ocorre apenas com a integração entre o cidadão e o Poder Público de maneira a fazer acontecer os planos construídos, exigindo certas estratégias como debates e audiências públicas para

⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 328.

⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito, p. 336

⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*, p. 307.

aspirar às necessidades da comunidade, quebrando o “tabu” de uma organização administrativa clássica hierárquica, do administrador autoritário, ditatorial.

Dessa forma, na democracia, a participação do cidadão no poder configura-se pela efetiva atuação em movimentos sociais em suas comunidades, concretizando a cidadania sob o prisma legal.

2.1 O controle jurisdicional das políticas públicas

O controle jurisdicional das políticas públicas remete-nos a mencionar o controle jurisdicional sobre a Administração Pública.

Na atualidade, alguns apresentam como solução o controle judicial sobre o Poder Legislativo e os atos do Poder Executivo, na forma de prestação de contas, para a efetivação dos direitos fundamentais.

Logo, é possível evidenciar que o controle jurisdicional das políticas públicas fundado no constitucionalismo poderá dimensionar dois âmbitos importantes do conjunto de ações governamentais: formal e material. Por certo sem cair em dicotomizações, cabe ao Poder Judiciário garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática. O que antes foi indicado como necessário para o processo de construção de políticas públicas, com certeza, pode ser levado ao controle jurisdicional como forma até mesmo de realizar a transparência administrativa.⁸

54

O Poder Judiciário também pode criar comissões (como, por exemplo, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul – “PGE Saúde”⁹) para controlar o cumprimento, pelo Poder Público, das decisões judiciais favoráveis à prestação de direitos fundamentais sociais prestacionais, especialmente no que toca à saúde e à vida, não havendo, portanto, uma liberdade impenetrável dos agentes públicos. E o exercício do controle por parte do Poder Judiciário não representa uma violação ao princípio da separação de poderes.

Destaca-se o entendimento do Ministro Eros Grau no sentido de que a reserva do possível “não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”.

Nesse passo, em complemento à citação supramencionada, é forçoso compreender que os direitos fundamentais sociais são plenamente eficazes independentemente da tentativa de restrição de sua aplicabilidade pelo Poder Público.

⁸ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito, p. 339-340.

⁹ MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 108.

Ressalta-se que a Constituição Federal possui hierarquia máxima, não devendo ser desvalorizada, estando o administrador vinculado à sua obediência, mediante uma melhora na organização dos orçamentos e pela aplicação dos princípios da moralidade e da probidade administrativa no que tange à alocação e destinação dos recursos públicos, com o auxílio do controle do Poder Judiciário.

Portanto, não é necessária uma reforma constitucional para disciplinar a forma de execução dos direitos fundamentais sociais prestacionais, tanto em sua amplitude quanto em seu mínimo, mas apenas uma melhoria das leis infraconstitucionais buscando superar omissões legislativas ou lacunas orçamentárias¹⁰, e o cumprimento efetivo, pela Administração, da Constituição Federal, otimizando a aplicação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, em especial o direito à saúde. E, nas situações já consolidadas, aplicando o legislador o princípio da proibição do retrocesso social, devendo, sim, o Poder Judiciário atuar como controlador dos atos do administrador em prol da preservação dos direitos fundamentais.

Ademais, cabe ressaltar o entendimento de Luciano Benetti Timm¹¹ e de Ana Paula de Barcellos¹² de que os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação, incluindo a abertura de créditos adicionais, devem ser empregados pelo Poder Público de modo mais eficiente para que possa atingir o maior número de demandas da população, cumprindo as metas fixadas. Isto é, devem ser implementadas políticas públicas e sociais, evitar o desperdício de recursos públicos, de maneira a efetivamente aplicá-los na melhora da qualidade da prestação dos direitos fundamentais sociais. Para isso, devem existir atores públicos mais capacitados, conhecedores das diversas disciplinas tanto humanas quanto exatas, como direito, economia e sociologia, com o escopo de obter uma administração mais eficiente no que tange à aplicação dos recursos públicos.

¹⁰ Nesse sentido, é interessante o entendimento de Ricardo Lobo Torres em O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 83: "Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis".

¹¹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 67.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 146.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As escolhas políticas do administrador em relação à destinação do orçamento público deveriam ser produzidas com a oitiva do administrado, ou seja, com a participação popular, de modo a haver maior transparência e eficiência dos atos do Poder Público na destinação de verbas para a prestação dos direitos sociais.

O Direito Administrativo tradicional vem sofrendo profundas alterações decorrentes da institucionalização de políticas públicas e da inserção dos debates sobre o tema no campo jurídico-administrativo. Deixa-se, assim, de centrar a discussão na órbita exclusiva dos atos administrativos, ampliando o leque de problematizações para uma instância antecedente a qualquer decisão dos agentes públicos. Não há como focar adequadamente o tema das políticas públicas num cenário de complexidade, como o atual, sem centrar o debate sobre os regimes políticos que constroem o modo-de-ser cultural dos cidadãos e da própria Administração Pública. Os estudos sobre a questão dos programas de governo partem de pressupostos analíticos e abstratos, olvidando que construir políticas públicas está diretamente relacionado com os diversos contextos públicos.¹³

56

Por fim, é imprescindível, com o amparo do legislador infraconstitucional e com o controle judicial sobre os atos administrativos, uma Administração Pública mais ativa no sentido de melhorar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais, que possuem caráter emergencial, e fazer com que a população mais carente receba esse auxílio com qualidade, além do “mínimo existencial”, sendo para isso necessária a realização de políticas públicas¹⁴, de programas orçamentários e sociais mais eficazes, empregando com mais sabedoria os recursos públicos de maneira a alcançar a população hipossuficiente financeiramente, que necessita do efetivo auxílio do Poder Público, respeitando e aplicando efetivamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Ademais, pelo presente estudo, conclui-se que o tipo ideal de democracia é aquela em que há um aprofundamento da identidade popular, possibilitando que as funções públicas sejam exercidas com maior participação dos cidadãos, criando-se novos espaços públicos e novos agentes.

¹³ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito, p. 343.

¹⁴ Segundo Ana Paula de Barcellos no texto *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, p. 117: “As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. E como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Além da definição genérica de em que gastar, é preciso ainda decidir como gastar, tendo em conta os objetivos específicos que se deseje alcançar”.

Seguindo o entendimento de Canotilho¹⁵, ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e de associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia.

Portanto, além do já explanado, conclui-se que a missão atribuída ao Poder Judiciário de “guardião da Constituição” exige a possibilidade de repensar o exercício da atividade jurisdicional, tendo em vista que controlar as políticas públicas significa não só a aplicação da lei, mas também a preocupação do agente público com o bem da comunidade, de maneira a atentar realmente para as mazelas sociais, inibindo os administradores públicos de terem ampla liberdade com a coisa pública.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.111-147.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.

MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 323-345.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

———. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 6 maio 2008.

———; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 288.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55-68.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

POR QUE DOGMÁTICA JURÍDICA?

WHY LEGAL DOGMATICS?

*Hugo de Brito Machado Segundo**

RESUMO

É comum, entre os trabalhos que se ocupam do direito, o uso da terminologia dogmática jurídica para designar o seu estudo científico. Entretanto, a epistemologia contemporânea tem definido o conhecimento científico, por exclusão, como o antônimo do que é dogmático. Além disso, a hermenêutica hoje considera equivocada a idéia segundo a qual o intérprete se limita a descrever normas, as quais, sendo o sentido dos textos normativos, são em verdade (re)construídas pelo intérprete à luz de sua pré-compreensão, das particularidades do caso concreto e dos valores prestigiados pelo ordenamento. Recomenda-se, por essas razões, o abandono da expressão dogmática jurídica, que mais confunde do que esclarece.

Palavras-chave: Dogmática jurídica; Conhecimento científico; Hermenêutica.

59

ABSTRACT

It is common among legal thinkers the use of the word legal dogmatic to describe scientific study of law. However, contemporary science has defined the scientific knowledge by exclusion, as the antonym of dogmatic. Furthermore, the hermeneutics today consider to be mistaken the idea that the interpreter is limited to describe norms, which are the meaning of legal texts, and because of this are indeed (re)constructed by the interpreter from his pre-understanding, the particularities the case and the values inserted in the legal system. For these reasons, the expression legal dogmatics, which confuses more than clarifies, is to be abandoned.

Keywords: Legal dogmatic; Scientific knowledge; Hermeneutics.

* Advogado. Mestre em Direito pela UFC. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Membro do Instituto Cearense de Estudos Tributários. Professor de Processo Tributário da pós-graduação da Unifor, da Faculdade Christus e da Faculdade Farias Brito. Blog: <www.direitoedemocracia.blogspot.com>. E-mail: <hugosegundo@machado.adv.br>; <hugo.segundo@gmail.com>.

1. INTRODUÇÃO

Textos escritos em torno do direito, no Brasil e no exterior, utilizam com alguma frequência a expressão *dogmática* para designar o estudo do direito, ou de parte dele. É curioso que a mesma expressão não seja empregada pelos que escrevem a respeito de outras áreas do conhecimento, como a biologia, a química ou a física. Só em textos dedicados à fé religiosa o seu uso se verifica com igual habitualidade¹.

Dos muitos que o empregam, contudo, poucos autores explicam o seu significado, ou a razão pela qual sua utilização é necessária. Por sua vez, os que dizem estar se ocupando da dogmática jurídica, ou do conhecimento da dogmática do direito (constitucional, civil, penal, tributário etc.), reclamam para suas reflexões, e para suas conclusões, o *status* de científicas.

Por essas razões, e tendo em vista a idéia contemporânea do que seja o conhecimento científico, parece adequado dedicar alguma atenção ao assunto. No curso de Doutorado em Direito da Unifor, fui incentivado pelo Professor Arnaldo Vasconcelos a examinar o tema, chegando a produzir pequeno estudo a respeito², cujas principais idéias compõem este artigo. São idéias que, porque contrárias ao que tem irrefletidamente prevalecido na maior parte dos estudos de teoria do direito, talvez mereçam ainda maior difusão e debate, o que justifica seu trato, mais uma vez, aqui.

60

2. O QUE SE ENTENDE POR DOGMÁTICA JURÍDICA?

Do grande número de obras jurídicas que se reportam à dogmática jurídica, bem poucas se preocupam em explicar a razão de ser do uso dessa expressão. Talvez os autores considerem que o seu significado seja de todos conhecido, não sendo, por isso mesmo, submetido a uma análise crítica. Pelo contexto em que a invocam, contudo, pode-se deduzir que cuidam do conhecimento das normas jurídicas em vigor, que as descreve, em contraposição à chamada teoria geral do direito, que trataria de conceitos comuns aos vários ordenamentos jurídicos de diversos tempos e lugares, sem se ocupar de nenhum em particular, e especialmente à filosofia do direito, que trataria de questões fundamentais ligadas à própria idéia de direito. É o que se percebe nas palavras Rafael Hernández Marín, para quem “el estudio del Derecho desde el punto de vista *interno* es realizado por dos disciplinas jurídicas: una, la *dogmática jurídica*, en el plano científico; otra, la *teoría general del Derecho*, en el plano filosófico”³.

¹ Cf., v.g., SCHNEIDER, Theodor (Org.). *Manual de dogmática*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1 e 2, *passim*.

² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

³ MARÍN, Rafael Hernández. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 18.

Quanto ao sentido do termo dogmática como sendo o mesmo de ciência do direito, Manuel Atienza o confirma, ao dizer que “la dogmática viene a constituir algo así como el núcleo de la expresión ‘ciencia del Derecho’”⁴. Por meio dela se “parte de las leyes, de las normas jurídicas, en cuanto realidad ya dada para, sobre esta base, abordar problemas conectados con la interpretación y aplicación”⁵.

Em resumo, o uso da expressão dogmática jurídica, quando é justificado, geralmente o é com a afirmação de que, como se trata da descrição de normas postas, o estudioso teria que delas partir necessariamente, não as podendo modificar. Seu papel seria descrever o direito que é, e não aquele que *deveria ser*, daí por que as normas seriam “dogmas” que não se poderiam modificar⁶.

Os autores mencionados, contudo, não fazem reflexão mais detida sobre os motivos da eleição da palavra “dogmática”, que não é utilizada pelos que se ocupam de outras áreas do conhecimento científico. Robert Alexy, em nota ao *Teoria da argumentação*, reconhece que, “em vez de começar com a terminologia predominante e aquelas matérias designadas pelas expressões ‘dogmática jurídica’ ou ‘dogmática legal’, poderíamos começar com uma análise do termo ‘dogmática’, uma investigação sobre sua história e sua aplicação em outras disciplinas, particularmente a teologia”⁷. Logo em seguida, contudo, decepciona o leitor mais curioso, afirmando que “essas investigações só têm sentido quando são feitas em suficiente profundidade. Isso não pode ser feito aqui”⁸.

Frise o leitor este aspecto: Alexy não cuidará das razões pelas quais emprega o termo “dogmática” por serem, segundo ele, muito profundas e impossíveis de abordar em seu livro. Esse dado é relevante em face das justificativas – que adiante serão vistas – que outros autores dão para também tangenciar o assunto. De forma ousada, talvez até atrevida, tentarei, nos itens seguintes, fazer a investigação à

⁴ ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 16.

⁵ ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*, p. 17. Muito semelhante é a explicação de Alexy, para quem, na terminologia geralmente aceita, “juristic dogmatics’ or ‘legal dogmatics’ is taken to mean legal science in the narrower and proper sense, as it is actually pursued by them” (ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*. Tradução de Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989. p. 250).

⁶ Nesse sentido, na doutrina brasileira: REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 160-161; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 47-48; ADEODATO, João Maurício. A – *Ética e retórica – Para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 142-142.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 283.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 283.

qual Alexy se recusou. Acredito que, mesmo sem a profundidade que ele decerto consideraria suficiente, o exame do assunto é necessário, e tem sentido: na pior das hipóteses, o de incentivar alguém mais capaz a fazê-lo melhor.

2. ANÁLISE CRÍTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1 O que é ciência?

Pela pequena amostra trazida no item anterior, viu-se que os textos que empregam a expressão *dogmática jurídica* reclamam para si, não raramente, a alcunha de *científicos*.

Como se está tratando, neste estudo, da adequação da expressão dogmática jurídica para designar a ciência jurídica, ou parte dela, é pertinente verificar no que consiste o conhecimento designado como científico. Afinal, o dogmático é usado como qualidade ou característica precisamente daquilo que teria o *status* de científico.

Quando se perquire a respeito de ciência, cogita-se de uma espécie ou modalidade do conhecimento humano, que pode decorrer simplesmente do senso comum, sendo chamado conhecimento comum, ou pode ser científico. No primeiro caso, é “eminentemente prático e assistemático”, essencialmente empírico, regendo, como nota Agostinho Ramalho Marques Neto, a “maior parte das nossas ações diárias”⁹. O mesmo autor observa que o conhecimento científico, em contrapartida, seria dotado de maior sistematicidade, consistência teórica e – esse dado é essencial – *caráter autoquestionador*.

A epistemologia contemporânea não mais considera como características do conhecimento científico a objetividade, a neutralidade, a clareza e a certeza. De fato, hoje se entende que a ciência é essencialmente provisória, composta de teorias e enunciados considerados verdadeiros até que se demonstre o contrário.

Isso porque se reconhece que o conhecimento se estabelece no âmbito de uma *relação* entre o sujeito que conhece, ou cognoscente, e o objeto a ser conhecido¹⁰. Ao examinar o objeto, o sujeito o faz pela imagem que vê dele, por meio de seus sentidos¹¹, e filtrando-a por sua pré-compreensão. Essa imagem não se confunde

⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44.

¹⁰ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Tradução de Antonio Correia. Coimbra: Armênio Amado, 1978. p. 26.

¹¹ Isso porque, como observa Kant, “what the objects may be in themselves would still never be known through the most enlightened cognition of their appearance, which alone is given to us” (KANT, Immanuel. *Critique of pure reason*. Translated by Paul Guyer and Allen W. Wood. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 185).

com o próprio objeto, constituindo “o instrumento pelo qual a consciência cognoscente apreende o seu objecto”¹².

Sendo o conhecimento construído a partir de mera *imagem* do objeto, formada na consciência do sujeito no exame que ele faz do objeto, não é preciso maior esforço intelectual para concluir pela sua *provisoriedade* e pela sua *imperfeição*. Será sempre possível, mediante novo exame do objeto, por outro enfoque, apreender-lhe características novas, aperfeiçoando a imagem que dele se tem. E será sempre possível, em tese, nesse novo exame, ver que a imagem até então construída é equivocada, merecendo retificações. Afinal, diz Agostinho Ramalho Marques Neto, o objeto do conhecimento é o objeto tal como o conhecemos, “isto é, o objeto *construído*, sobre o qual se estabelecem os processos cognitivos”¹³, de modo que “o ato de conhecer é um ato de construir, ou melhor, de *reconstruir*, de aprimorar os conhecimentos anteriores”¹⁴.

Assentado o conceito de *verdade* na concordância entre a imagem que o sujeito faz do objeto e esse objeto, conclui-se, também, que a verdade é provisória e relativa, pois a imagem é sempre passível de aperfeiçoamentos e retificações. A verdade está, ademais, além do objeto, que, como conclui Hessen, “não pode ser verdadeiro nem falso”, encontrando-se, “de certo modo, mais além da verdade e da falsidade”¹⁵. Na mesma esteira, partindo da premissa de que o objeto do conhecimento não é simplesmente dado e sim *construído* pelo sujeito, Marques Neto conclui que “todas as verdades, inclusive as científicas, são aproximadas e relativas; são parcialmente verdade e parcialmente erro”¹⁶.

Ora, se para se afirmar a veracidade do conhecimento é preciso demonstrar a identidade entre o objeto conhecido e a imagem que se faz dele, e se essa imagem é *sempre* imperfeita e imprecisa, nunca podendo ser integralmente idêntica ao próprio objeto, jamais será possível dizer-se, de modo definitivo, que uma afirmação é verdadeira. Pode-se, quando muito, dizer que não se descobriu ainda a sua falsidade. Isso porque, como bem observa Marques Neto, “só poderíamos falar de conhecimentos definitivos se o objeto de conhecimento correspondesse *exatamente* ao objeto real, ou seja, se fosse possível formular a equação O.C. = O.R. Mas não possuímos meios que nos permitam verificar essa correspondência”¹⁷.

Essa, como se sabe, é a teoria de Karl Popper, que inclusive a emprega para dar uma explicação natural para o conhecimento humano e sua evolução. Trata-se,

¹² HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*, p. 27.

¹³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 14.

¹⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 14.

¹⁵ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*, p. 30.

¹⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 15.

¹⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 15.

em última análise, da maneira *racional* de aprender e transmitir a experiência aprendida *com os erros*. O que os seres vivos de formação menos complexa fazem com o sacrifício de alguns indivíduos, para o proveito da espécie em face da seleção natural, o homem faz com a eliminação de idéias que se mostram errôneas ou ineficazes¹⁸. Por isso é que o cientista, ensina Popper, “formula enunciados, ou sistemas de enunciados, e verifica-os um a um”¹⁹, tendo por trabalho “elaborar teorias e pô-las à prova”²⁰.

Quando a teoria é posta à prova e resiste, decide-se positivamente pela sua manutenção. “Se se descobrir um motivo para rejeitá-la, contudo” – prossegue Popper –, “se a decisão for negativa, ou em outras palavras, se as conclusões tiverem sido *falseadas*, esse resultado falseará também a teoria da qual as conclusões foram logicamente deduzidas”²¹. A comprovação do acerto de uma teoria, todavia, é sempre provisória, pois “subseqüentes decisões negativas sempre poderão constituir-se em motivo para rejeitá-la”²². Por isso é que Popper afirma ser o jogo da ciência, “em princípio, interminável. Quem decida, um dia, que os enunciados científicos não exigem prova, e podem ser vistos como definitivamente verificados, retira-se do jogo”²³.

Portanto, é essencial a que se possa falar em conhecimento científico a *provisoriamente* de suas verdades, e a possibilidade de serem “testadas” ou terem sua veracidade (ou falsidade) posta à prova continuamente. Não importa tanto o método utilizado pelo estudioso, ou a neutralidade de suas afirmações. O que interessa é se essas verdades podem ser testadas, e falseadas. Se podem, são verdades científicas até que essa falsificação ou esse falseamento aconteça.

Não é demais lembrar, a propósito, estar a ciência hoje em sua terceira fase. Inicialmente descritiva, e em seguida compreensiva-explicativa, ela é hoje *prescritiva*. Não tem o propósito apenas de descrever a realidade, mas de alterá-la. É a lição de Arnaldo Vasconcelos:

O tempo da ciência puramente descritiva passou, faz séculos. Foi a época de Aristóteles e da Escolástica, da Antiguidade e da Idade Média. Depois veio o renascimento e Galileu, e com eles, a ciência explicativa, que esquadrinhou os céus a fim de torná-los inteligíveis através de seus esquemas

¹⁸ POPPER, Karl. *A vida é aprendizagem: epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Tradução de Paula Taipas. São Paulo: Edições 70, 2001. p. 17.

¹⁹ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 12. ed. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 27.

²⁰ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p. 31.

²¹ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p. 34.

²² POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p. 34.

²³ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p. 56.

matemáticos. Com Bacon e a Modernidade, surge a ciência construtiva que, a partir de Kant, vê-se autorizada a criar seu próprio objeto. Exige-se-lhe que seja fértil e eficaz.

(...)

A ciência contemporânea já não se coloca como objetivo principal a descrição da realidade, embora necessite de antemão conhecê-la. Há de ter-se em conta, como acertadamente lembrou Robert Musil, um dos distintos contemporâneos de Kelsen, que, se existe um senso de realidade, tem de haver também um senso de possibilidade.²⁴

Em relação à ciência jurídica não é diferente, sendo certo que ela resulta, como bem observa Agostinho Ramalho Marques Neto, “tanto quanto qualquer outra, de um trabalho de *construção teórica*. Por isso, suas proposições não podem revestir-se de caráter absoluto, mas aproximado e essencialmente retificável”²⁵.

2.2 Ciência e não-ciência. O dogma

Precisamente por conta da natureza aberta, crítica e essencialmente provisória do conhecimento científico, este se define, hoje, por exclusão. Não se diz o que é o conhecimento científico, ou quais são seus requisitos ou suas características, de forma exaustiva. Diz-se o que *não é científico*: o dogmático. “Todo conhecimento pré-científico” – diz Karl Popper – “animal ou humano, é *dogmático*; e a ciência começa com a invenção do método crítico não dogmático”²⁶. Por isso mesmo, Arnaldo Vasconcelos, criticando nos que vêem a pluralidade de opiniões em torno do tema como uma demonstração da acientificidade de sua abordagem, arremata que “o que não é científico é o pensamento ortodoxo e dogmático, o qual, por isso mesmo, mostra-se incapaz de produzir resultados satisfatórios”²⁷.

Johannes Hessen destaca, de forma incisiva, que o dogmatismo é “a posição epistemológica para a qual não existe ainda o problema do conhecimento”²⁸. Isso porque

o contacto entre o sujeito e o objeto não pode parecer problemático a quem não veja que o conhecimento representa uma relação. E isto é o que acontece com o dogmático. Não vê que o conhecimento é essencialmente uma relação entre um sujeito e um objeto. Crê, pelo contrário, que os

²⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito*: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 176-177.

²⁵ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito*: conceito, objeto, método, p. 129.

²⁶ POPPER, Karl. *A vida é aprendizagem*: epistemologia evolutiva e sociedade aberta, p. 22.

²⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito*: repasse crítico de seus principais fundamentos, p. 203.

²⁸ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*, p. 37.

objetos do conhecimento nos são dados absolutamente e não meramente por obra da função intermediária do conhecimento.²⁹

Esclarece Hessen, em seguida, que

também os valores existem, pura e simplesmente, para o dogmático. O facto de que todos os valores pressupõem uma consciência avaliadora permanece tão desconhecido para ele como o de que todos os objetos do conhecimento implicam uma consciência cognoscente. O dogmático paira por cima, tanto num caso como no outro, do sujeito e da sua função.³⁰

Lição expressiva. Embora escrita em face da teoria do conhecimento como um todo, parece construída à luz da doutrina positivista-legalista, nascedouro da idéia de uma dogmática jurídica e que também reservava papel bem pouco relevante ao intérprete sujeito cognoscente.

Não é por outra razão que a dogmática encontra lugar próprio no âmbito das religiões, tendo Houaiss definido dogma como “ponto fundamental de uma doutrina religiosa, apresentado como certo e indiscutível, cuja verdade se espera que as pessoas aceitem sem questionar <d. da santíssima trindade>”³¹. Afinal, é pela fé, pela crença e pela revelação, e não pelo conhecimento racional e crítico, que o homem tem acesso aos ou consciência dos assuntos divinos.

66

Aliás, se o conhecimento é a interminável busca pela *essência* de um objeto (verdade), busca feita a partir da imagem que o homem tem ou faz desse objeto (existência), a divindade não pode ser objeto de conhecimento, mas apenas de fé, pois nela essência e existência são uma mesma e única coisa. Daí a afirmação de Arnaldo Vasconcelos, de que a ciência positivista “– quem ousaria pensá-lo! – passaria a ocupar o lugar privilegiado da teologia na Idade Média, com toda a sua intolerância dogmática, deslocando a filosofia para a posição de disciplina vassala dos diversos tipos de ciências, incumbindo-lhe apenas as respectivas sínteses”³².

De tudo isso se verifica que, no plano epistemológico, vale dizer, da teoria do conhecimento, científico e dogmático são conceitos *antônimos*. Como observa Japiassu, “o que caracteriza a ciência é a falsificabilidade, pelo menos em princípio, de suas asserções. As asserções ‘inabaláveis’ e ‘irrefutáveis’ não são proposições científicas, mas *dogmáticas*”³³. Como, então, cogitar-se de uma ciência dogmática?

²⁹ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*, p. 38.

³⁰ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*, p. 38.

³¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1071.

³² VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 60.

³³ JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. p. 106.

2.3 É possível, hoje, falar-se em uma “ciência dogmática”?

Tendo em vista a compreensão atual do que caracteriza o conhecimento científico, rapidamente resenhada no item anterior deste texto, parece impossível agregar o termo *dogmática* à expressão *ciência*. Não obstante, o uso do termo *dogmática jurídica* é ainda freqüente, tanto entre os que escrevem sobre teoria do direito, ou ciência do direito em geral, como entre os que se reportam a determinado setor ou ramo do direito em particular.

Pode-se, em defesa da continuidade no uso da expressão, que a dogmática jurídica, hoje em dia, não é apenas descritiva. Deve seu nome à imodificabilidade, pelo cientista, das normas que estuda, mas não deve ser confundida com o dogmatismo.

Essa afirmação já reconhece, de saída, a impossibilidade de uma ciência dogmática, e não tem como ser usada pelo que se explicou nos dois itens anteriores deste texto. E se limita a defender a manutenção do termo por força da tradição.

Nem todos os autores que cuidam da dogmática jurídica, contudo, comungam de entendimento assim tão conciliador. Eduardo García Máynez, por exemplo, observa que, atendendo à sua índole dogmática, a dogmática jurídica

asemejase a la geometría y a la especulación teológica. Así como el geómetra parte en sus desarrollos de axiomas o verdades evidentes, que no necesitan ser demostrados, y el teólogo se funda en dogmas que estima revelados por Dios y reputa indiscutibles, el jurista, cuando procede estrictamente como tal, vuelve los ojos a las leyes e instituciones de un ordenamiento determinado y se limita a clasificarlas y sistematizarlas, mas no emite juicios de valor acerca de su contenido ni se atreve a poner en duda su obligatoriedad.³⁴

A parte final da transcrição é mais uma mostra das relações entre positivismo normativista e dogmática: o jurista, quando procede estritamente como tal, deve apenas classificar e sistematizar leis e instituições de determinado ordenamento, sem emitir juízos de valor ou se atrever a colocar em dúvida a sua obrigatoriedade. Não é por acaso, portanto, que o autor compara essa “ciência” à religião.

Esse tipo de comparação não passou despercebido de Germán Kantorowicz, para quem o paralelismo que existe “entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa (...) salta a la vista.³⁵” Para ele, no entanto, isso nada tem de saudável, como se depreende de sua ácida crítica:

³⁴ MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 53. ed., reimpressão. Cidade do México: Porrúa, 2002. p. 125.

³⁵ KANTOROWICZ, Germán. La lucha por la ciencia del derecho. Apud AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando García; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1960. p. 79.

Por un lado se habla de Dios, por el otro del Legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de un modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones. Ambas castas pretenden exponer la voluntad de aquellos seres, mientras que en realidad afirman como la voluntad de ellos lo que los teólogos o juristas desean que sea religión o Derecho. La situación es así, ya que la construcción de la voluntad se base en meros fragmentos: sagrada escritura, leyes. No obstante, la tarea consiste en responder con su auxilio claramente todas las cuestiones.³⁶

Breve retrospecto das definições e das passagens já transcritas neste estudo revela que o uso da expressão *dogmática*, de fato, nem sempre – ou quase nunca – é feito por “mera tradição”. O sentido que o termo “tradicionalmente” tem contamina sempre o ato de sua invocação com o dogmatismo. Basta lembrar que, como reconhece Tercio Sampaio Ferraz Júnior, a dogmática parte de “premissas arbitrarias” (as normas) e renuncia “ao postulado da pesquisa independente”³⁷. Isso porque, frisa Reale, a dogmática “tem por objeto de estudo as normas jurídicas vigentes, aceitas como ponto necessário de partida para a determinação do Direito Positivo”, normas essas que veiculam preceitos que, “pelo simples fato de serem vigentes, devem ser havidos como obrigatórios”³⁸. Neste quadro, recorda Karl Larenz, o que consta da lei “deixa de ser questionado”³⁹.

68

Ora, as insuficiências e os resultados negativos de uma abordagem normativista dispensam explicações aqui. A história, com o seu testemunho, e a atual teoria do direito, na qual mesmo os positivistas buscam aperfeiçoar a teorização proposta para o direito, tornam desnecessária a demonstração dos problemas do positivismo normativista. Na verdade, “as teorias da ciência do Direito” – doutrina Marques Neto –, “como quaisquer teorias científicas, são essencialmente *refutáveis* e, por isso mesmo, carecem, não de ser afirmadas dogmaticamente, como o faz a maioria dos juristas, mas de ser questionadas, postas em xeque, como recomenda Bachelard”⁴⁰.

³⁶ KANTOROWICZ, Germán. La lucha por la ciencia del derecho. Apud AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando García; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*, p. 79.

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 47.

³⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 160-161.

³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 319.

⁴⁰ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 186.

2.4 A “dogmática jurídica” e o papel do cientista e do aplicador do direito

Se bem observadas, mesmo as razões originariamente invocadas para se designar a ciência do direito como “dogmática”, ainda que aceitas em si mesmas, não conduzem à conclusão de que se trata de uma dogmática jurídica.

De fato, ainda que se admita que o cientista do direito deve partir de normas postas, não lhe cabendo discutir sua obrigatoriedade, isso não é motivo para se afirmar que tais normas devem ser vistas como dogmas. O motivo é que, mesmo sem discutir a procedência dessa visão epistemológica, também nos outros ramos do conhecimento científico, pelo menos em princípio, o objeto a ser conhecido é igualmente um dado “não-alterável” pelo sujeito cognoscente, regido por “leis” que não podem ser por ele modificadas, mas apenas “descobertas”. Exemplificando, o biólogo não pode recusar-se a aceitar que o calor excessivo é fatal para determinado organismo vivo, da mesma forma como o matemático não tem liberdade para se recusar a acreditar em números primos. Tampouco o físico pode deixar de aceitar a força gravitacional atrativa dos corpos no universo. Nem por isso se diz que tais ciências são dogmáticas. É curioso, nesse ponto, que Daniel Coelho de Souza tenha dito que o jurista, quando “realiza atividade estritamente científica, aceita a regra jurídica como um dogma à semelhança do teólogo que, diante do preceito canônico, deve apenas aceitá-lo e interpretá-lo”, completando que “posição diversa seria equiparável à do físico que investisse contra as leis naturais que estão para as ciências naturais, neste sentido, como as jurídicas para a ciência do direito”⁴¹. Por que, então, nunca se ouviu falar de física, química ou biologia dogmáticas?

Além disso, como os teóricos atuais reconhecem, mesmo os positivistas, as normas não são um “dado pronto”, a ser aceito de forma completamente acrítica pelo cientista do direito, nem um ponto de partida inelutável de qualquer investigação. De início, porque não há consenso quanto ao que prescrevem os textos que as enunciam, sendo certo que a norma não existe objetivamente *fora* do intérprete, de modo a ser simplesmente “descrita” por ele. Sendo ela o *sentido* do texto, é necessariamente *construída pelo intérprete*. Hans Kelsen, por exemplo, entende que a norma é “o sentido de um querer, de um ato de vontade”⁴², não devendo ser confundida com o dispositivo que lhe dá suporte. Aliás, Kelsen reconhece amplíssimo papel criativo ao intérprete, embora afirme que, ao desempenhar essa necessária tarefa criadora, ele não está fazendo ciência, mas política jurídica⁴³.

⁴¹ SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 88.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 3.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 390.

Humberto Ávila, calcado em Gadamer, também demonstra que “o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso”⁴⁴. Daí se dizer, prossegue Ávila,

que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção dos sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁴⁵

Partindo dessas premissas, Ávila assevera ser necessário “ultrapassar a crence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete *reconstrói* sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar”⁴⁶.

70

Mesmo nos casos em que se afirma que o texto legal é “claro”, não havendo lugar para o papel criador do intérprete, não se deve esquecer que o caso concreto (ao qual a norma será aplicada, e que influenciará na determinação de seu sentido) pode apresentar nuances que tornam o texto, ou o seu sentido, bem menos claro. O enunciado normativo que simplesmente afirma “é proibida a entrada de cães” pode ser muito claro, mas essa clareza se dissipa quando chega ao lugar alguém que não enxerga com um cão-guia, animal adestrado que a ninguém incomoda e sem o qual ele não pode locomover-se com a mesma desenvoltura. Não é por outra razão que Chaïm Perelman afirma que a aparente clareza da norma decorre, precipuamente, *da falta de imaginação e de inteligência do intérprete*⁴⁷.

Não é preciso mais que observar o processo de concretização do direito para constatar o acerto dessa afirmação. Conquanto existam critérios para determinar o conteúdo do direito a ser aplicado no caso concreto, tornando possível um debate racional, não-arbitrário, em torno dele, essa determinação está longe, muito longe, de ser automática, objetiva e descritiva. Primeiro, porque o sentido do texto, mesmo em tese, pode ser objeto de questionamentos, sendo o caso de se recordar

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 25.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 25-26.

⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Verginia K. Pupi, 1. ed., 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 51. Em sentido semelhante: MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 85; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 428.

a lição de Karl Engisch, segundo o qual inexistente consenso em torno do número e da hierarquia entre os “métodos” ou “elementos” de interpretação das normas jurídicas. Em suas palavras, “o defeito de nossa teoria jurídica interpretativa reside especialmente no facto de não termos ainda ao nosso dispor uma hierarquização segura dos múltiplos critérios de interpretação”⁴⁸. Dizer que a solução é utilizar “todos” os métodos de interpretação evidentemente não resolve o problema, pois os métodos não raro levam a soluções contraditórias. Isso faz lembrar o “quadro ou moldura de significados possíveis” a que alude Hans Kelsen⁴⁹.

Seja como for, o que importa, no caso, é que será à luz do caso concreto, *partindo* dos textos normativos, que o intérprete (re)construirá a norma jurídica a ser aplicada. Nem poderia ser diferente. Houvesse mera descrição, pelo intérprete, dos textos legais, tidos como “dogmas”, como explicar as divergências interpretativas? Tais divergências tanto são naturais, e inevitáveis, que o ordenamento jurídico constrói instrumento para lidar com elas. Cite-se, como exemplo, o recurso especial quando interposto com fundamento na alínea *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal de 1988. Aliás, como anota Perelman, a própria existência de órgãos colegiados nos tribunais é uma prova suficiente de que o sentido das normas não é unívoco⁵⁰. Não há, portanto, a “mera descrição” de normas pelo cientista ou pelo aplicador do direito, sendo descabido falar numa “função meramente reprodutiva” da ciência jurídica.

É possível, até mesmo, que em determinado caso concreto o intérprete adote solução contrária a uma regra jurídica expressa, ponderando-a. Não se trata, note-se, de algo arbitrário. Como registra Humberto Ávila, o que acontece é que mesmo as normas jurídicas com estrutura de regras podem ser ponderadas e, desde que de forma justificada, não serem aplicadas a determinado caso concreto. Sem entrar aqui na discussão de saber se se trata, em tais hipóteses, de “ponderação” da regra, ou de delimitação de sua hipótese de incidência, o que importa é que não há “dogmatismo” de qualquer espécie em sua aplicação. No dizer de Ávila, há casos em que

a conseqüência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões,

⁴⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 144.

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 390.

⁵⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, p. 239.

baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*).⁵¹

Desaparecem, com essas observações, todas as premissas em torno das quais se defende o uso da expressão dogmática jurídica para designar a ciência do direito ou parte dela. E a prática o demonstra. É por isso que, mesmo entre pessoas que afirmam estar fazendo um estudo “meramente descritivo” das normas, surgem tantas “divergências doutrinárias”. Sobretudo porque a disputa pode estar não apenas na “descrição” de uma determinada norma, mas no juízo de sua compatibilidade com outras normas do ordenamento, sobre cujo sentido também pode se instaurar uma divergência.

Daí por que não é rara a afirmação, feita por estudiosos de determinado ramo do direito positivo, de que certas normas são inválidas, por contrariarem dispositivos constitucionais, ou mesmo princípios implícitos no ordenamento. Há até aquelas que, mesmo sem uma declaração explícita nesse sentido, são ignoradas, como acontece com o prazo prescricional previsto no art. 169 do Código Tributário Nacional. Surgem então as disposições que são simplesmente ineficazes, ou que se neutralizam por interpretações *contra legem*, a exemplo do que fez o Superior Tribunal de Justiça com o critério para solução de conflito de competência entre municípios, na cobrança do ISS, previsto no art. 12 do Decreto-lei n. 406/68.

72

O estudo do direito seria menos científico, menos objetivo, menos certo ou menos neutro por isso? Evidentemente, não. A cientificidade do estudo do direito caracteriza-se, precisamente, pelo questionamento. Aliás, não só do estudo do direito, mas de qualquer objeto. Quanto à objetividade e à neutralidade, já se viu, não são características de nenhuma forma de conhecimento científico. E, como se isso não bastasse, a visão “dogmática”, em qualquer de suas vertentes, nenhuma objetividade ou neutralidade acrescenta ao estudo do direito.

Merece menção, nesse particular, o registro de Thomas Kuhn. Segundo ele, a excessiva preocupação dos que cuidam das chamadas “ciências sociais” em discutir a respeito da natureza “científica” de sua atividade – preocupação não verificada entre os que cuidam de outros ramos do conhecimento, como as “ciências naturais” – nos leva “a suspeitar que está em jogo algo mais fundamental. Provavelmente estão sendo colocadas outras perguntas, como as seguintes: por que minha área

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 38-39. Michel Villey, no mesmo sentido, ensina que as regras “não têm verdade certa, mas apenas *autoridade* bastante relativa e provisória. Nunca poderão gerar um sistema completo e definitivo. Seu destino é precário, ameaçadas que sempre estão de serem questionadas, rediscutidas dialeticamente” (VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito*. Os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 293).

de estudos não progride do mesmo modo que a física? Que mudanças de técnica, método ou ideologia fariam com que progredisse?”⁵².

Paradoxalmente, a solução encontrada para dar ao conhecimento do direito o *status* de “científico”, o exame “neutro” e “objetivo” dos fatos (positivismo sociológico) ou, o que foi ainda pior, das normas jurídicas (positivismo normativista), atrasou enormemente o seu progresso. Por esse motivo, enquanto os demais cientistas, inclusive sociais, “falam dos resultados de suas respectivas ciências, tanto em termos de elaboração teórica quanto de aplicações práticas” – as palavras são de Agostinho Ramalho Marques Neto –,

o jurista, ao contrário, sob o peso de uma formação dogmática que não o deixa sequer vislumbrar ciência alguma que constitua o referencial teórico do seu universo específico, limita-se a falar da lei, a procurar interpretá-la, mas raramente a critica em seus próprios pressupostos, pois sua formação mesma o induz a considerar a norma como algo perfeito e acabado, formalmente válido em si mesmo como produto do sistema de poder constituído.⁵³

Foi a ânsia por rotular o conhecimento do direito como científico, portanto, que mais o distanciou de tudo quanto o caracterizaria como tal, vale dizer, o não-dogmatismo, a crítica e a evolução. Não é demais lembrar que foi a visão de ciência do direito como mera descrição de leis que atraiu para esse ramo do conhecimento a mais contundente crítica à sua cientificidade, feita por Kirchmann, segundo o qual – na transcrição feita por Machado Neto⁵⁴ –, “Drei berechtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur” (Três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras tornam-se papel de embrulho).

É preciso recordar que entre os animais também há certos padrões de comportamento a serem seguidos, que viabilizam a vida em grupo, mas só o homem, com sua *racionalidade*, teve a capacidade de *aprimorar* esses padrões, aperfeiçoando-os e tornando-os mais complexos e apurados. As “sociedades animais, também elas, souberam inventar regras que não lhes eram dadas e sancioná-las. Mas o homem” – as palavras são de Norbert Rouland – “se distingue para sempre do animal pela amplitude do que constrói”⁵⁵. É esse aprimoramento da disciplina das relações sociais, havido nas sociedades humanas, que se conhece por direito.

⁵² KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 204.

⁵³ MARQUES Neto, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 214.

⁵⁴ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 15.

⁵⁵ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 37.

O direito tem uma história, sendo inerente a todo e qualquer grupo social, de qualquer época e lugar: comunidades pré-históricas, esquimós, tribos africanas e mundo ocidental contemporâneo. Assim, o direito precisa ser visto como algo inerente à vida em sociedade, e que por isso mesmo deve ser estudado à luz dela, dos valores que a inspiram e dos problemas sociais que se pretende com ele (tentar) resolver.

A simples aplicação de normas não exaure a tarefa do cientista do direito, sendo apenas uma técnica, importante mas insuficiente. Merece destaque, neste ponto, a lição de Pontes de Miranda, para quem o mero conhecimento das normas e das relações lógicas que entre elas se estabelecem é tão indispensável quanto insuficiente à adequada compreensão do direito. Faz-se necessário o conhecimento da realidade fática em face da qual foram produzidas as normas, e à qual tais normas serão aplicadas. Para Pontes, um juiz, ou advogado, que não conheça o dado fático (e, vale acrescentar, os valores à luz dos quais os fatos são avaliados), mas apenas a técnica de aplicação das normas, não se pode considerar um *jurista*. Em suas palavras, isso seria “como se o maquinista se considerasse físico ou o criador de animais se dissesse biólogo”⁵⁶.

O direito *se exprime* em normas, mas não se limita a elas, não sendo, também por isso, correto afirmar que o seu estudo consiste em descrevê-las como dogmas. As normas jurídicas são muito importantes, o que não quer dizer que sejam o exclusivo objeto das atenções do cientista do direito, que há de compreendê-las à luz da realidade factual nelas disciplinada, e dos valores que orientam esse disciplinamento. Pode até ocorrer de uma disposição normativa ser afastada, por ser considerada inválida, inaplicável ao caso, ou mesmo flagrantemente injusta, desde que o intérprete que assim proceder forneça razões convincentes. Isso para não referir a circunstância de que será conforme o caso concreto e suas peculiaridades que a norma será determinada pelo intérprete, não se podendo falar que ela seja, para ele, *a priori*, um dogma.

74

2.5 A “dogmática jurídica” não é dogmática?

Sendo hoje bastante claras as insuficiências do positivismo jurídico, os autores que insistem no emprego da expressão “dogmática jurídica” se vêem obrigados a uma série de esclarecimentos.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. III, p. 371. No mesmo sentido, Michel Villey afirma que, “assim como o operário trabalha com uma máquina sem se preocupar em saber como foi construída, ensinamos segundo as rotinas de um dos diferentes tipos existentes de positivismo jurídico...” (*Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito*, p. 12). Isso não quer dizer, contudo, que um estudo científico do direito se resume ao conhecimento dessas “rotinas de um positivismo jurídico”, e muito menos que uma ou outra dessas formas de conhecimento seja “dogmática”.

É o que ocorre com alguns autores que, conquanto tenham (ou pareçam ter) consciência do que se procurou mostrar até agora, e até colaboram na demonstração dessas insuficiências, seguem utilizando o termo dogmática jurídica. Não porque defendam o dogmatismo da ciência, ou se oponham ao que a esse respeito foi dito, mas porque consideram, como Rafael Hernández Marín, que o termo se justifica por razões históricas e semânticas. Em suas palavras, “la denominación ‘dogmática jurídica’ tiene una justificación, histórica y semántica, en la que no nos vamos a detener”⁵⁷.

Tal como Alexy, Marín tangencia a análise do termo, talvez por saber que a sua origem histórica não é nobre: reside na chamada escola da exegese, hoje considerada tão equivocada e descabida que os teóricos do direito nem se dão mais ao trabalho de a criticar. Essa origem, aliás, é mencionada por Miguel Reale⁵⁸, e por Aftalión Vilanova e Raffo. Enquanto o primeiro mantém o uso do termo, por razões que serão examinadas mais adiante, os últimos não lhe poupam críticas precisamente por conta de seu “notable paralelismo con la escuela francesa de a exégesis”⁵⁹. Também Agostinho Ramalho Marques Neto destaca que a escola da exegese tem acentuado formalismo dogmático, decorrente da “ingênua concepção empirista que considera a norma jurídica como algo *dado*, ignorando o fato de que ela é *construída* para atender condições sociais específicas, intrinsecamente dinâmicas, que não podem ser imobilizadas por qualquer legislação que seja”⁶⁰.

A razão histórica, portanto, recomenda o abandono do termo, e não sua manutenção.

Quanto a uma maior precisão semântica com ele obtida, não se pode negar, como aqui já foi dito, a utilidade de se designar com expressões distintas o estudo do direito como um todo, sem referência a um ou outro ordenamento específico, e o estudo voltado ao direito de determinada comunidade, ou a parte dele. Daí porque é aparentemente procedente a afirmação de que o termo é adequado por permitir essa designação.

Entretanto, parece que nem para isso serve a expressão dogmática jurídica, que, por alguns autores, é usada para designar *também* a teoria geral do direito, para diferenciá-la da filosofia do direito. A primeira seria o estudo “dogmático” das características comuns a qualquer ordenamento, descritivo, sem a feita de juízos de valor, enquanto a segunda se ocuparia de estudar os aspectos fundamentais e axiológicos do direito, por um prisma crítico⁶¹.

⁵⁷ MARÍN, Rafael Hernández. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, p. 18.

⁵⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 416.

⁵⁹ AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*, p. 243.

⁶⁰ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 153.

⁶¹ Cfr. AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*, p. 247.

Aliás, a explicação para o uso da expressão dogmática jurídica como forma de designar o estudo do direito positivo, tanto o especial quanto o geral, é a já apontada relação umbilical entre dogmática e positivismo. E mais: a intenção de certos setores do positivismo jurídico de abolir a filosofia do direito, substituindo-a pela teoria geral. Considerando que a distinção mais comumente apontada entre filosofia e ciência é a generalidade da primeira e a especificidade da segunda (distinção que hoje tem seus contornos cada vez menos nítidos), a teoria geral do direito foi uma criação positivista para se acabar com a filosofia do direito. Arthur Kaufmann, a esse respeito, observa que a teoria geral do direito seria uma “‘emancipación’ de la filosofía”⁶², enquanto Rafael Hernández Marín a define como o próprio estudo do direito “en el plano filosófico”⁶³.

Então dogmática seria a parte da ciência jurídica dedicada ao estudo de um determinado ordenamento, de forma descritiva, ou a parte dedicada aos aspectos comuns a todos os ordenamentos, a serem também meramente descritos? A aparente precisão semântica obtida com a expressão, como se vê, não existe. Isso para não referir a existência de autores, como Canotilho, que dão à expressão *dogmática* ainda outro significado, que é o de disciplina que “procura auxiliar o jurista constitucional” – ele se reporta especificamente à dogmática constitucional – “fornecendo-lhe esquemas de trabalho, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensável à ‘solução’ ou ‘decisão’, justa e fundamentada, dos ‘casos’ ou ‘problemas’ jurídico-constitucionais”⁶⁴.

76

Daí por que nem por motivos históricos nem por motivos semânticos a expressão dogmática jurídica merece constar de obras com as quais supostamente se faz ciência do direito, em qualquer de suas modalidades ou espécies.

Mas há os autores que não fazem essa ampliação do sentido de dogmática jurídica. Ao que se acabou de afirmar, diriam que se trata de ampliação equivocada do termo, e designariam com ele apenas o estudo de determinado ramo do direito positivo de certa comunidade. E afastam também a idéia de que dogmática induza a dogmatismo. É o caso de Ferraz Júnior, que reproduz distinção atribuída a Viewheg. Nesse caso, defende-se que seria válido seguir empregando a expressão “dogmática jurídica”, até porque ela

não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é a função da dogmática. De modo paradoxal, podemos dizer,

⁶² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002. p. 49.

⁶³ MARÍN, Rafael Hernández. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, p. 18.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 18.

pois, que esta deriva da vinculação a sua própria liberdade. Por exemplo, a Constituição prescreve: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O jurista reconhece essa norma como o princípio da legalidade. Prende-se a ele. No entanto, que significa aí *lei*? Como é ele quem vai esclarecer isso, cria-se para o jurista um âmbito de disponibilidade significativa: lei pode ser tomado num sentido restrito, alargado, ilimitado etc.⁶⁵

Parece ser esse também o reconhecimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para quem falar de dogmática “não é falar de dogmatismo; e isto é despiendo discutir”⁶⁶. Curiosamente, é o terceiro autor a tangenciar o tema, que parece trazer um certo desconforto. Enquanto Alexy⁶⁷ disse que seria profundo demais para o seu trabalho, e Marín afirmou simplesmente que não ia se deter no assunto⁶⁸, Miranda Coutinho considerou a discussão *despicienda*. Não obstante, continua ele, não são poucos os que seguem confundindo dogmática com dogmatismo, “com efeitos desastrosos para o Direito”⁶⁹.

Para Miranda Coutinho, a dogmática precisa ser “crítica (do grego *kritiké*, na mesma linha de *kritérion* e *krisis*), para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como realidade”⁷⁰. Ariani Bueno Sudatti preconiza a necessidade de se pensar “o discurso da dogmática jurídica a partir de um ponto de vista crítico...”⁷¹. Arthur Kaufmann, do mesmo modo, afirma que a identificação de um setor da ciência do direito como sendo dogmático

no significa necesariamente que el dogmático del derecho se conduzca sin crítica; pero también allí donde actúa críticamente, por acaso en el examen de una norma legal (cuando, por ejemplo, el Tribunal Federal Constitucional controla rigurosamente la constitucionalidad de disposiciones coactivas), argumenta el dogmático siempre intrasistemáticamente (para decirlo otra vez).⁷²

⁶⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 49.

⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais (direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 283.

⁶⁸ MARÍN, Rafael Hernández. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, p. 18.

⁶⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei, p. 225.

⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei, p. 226.

⁷¹ SUDATTI, Ariani Bueno. *Dogmática jurídica e ideologia: o discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Baktin*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 20.

⁷² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*, p. 48.

Kaufmann ressalta, em seguida, que tal postura “intra-sistemática” é perfeitamente legítima no âmbito da dogmática, mas “comienza a ser, empero, peligrosa cuando rechaza la manera de pensar no dogmática de la filosofía del derecho orientada transistemáticamente y la califica de innecesaria, ‘puramente teórica’ o sencillamente anticientífica e irracional”⁷³.

Miguel Reale, aliás, há bastante tempo já se colocava a questão da pertinência do nome, de seus problemas, e do seu sentido “verdadeiro”. São suas palavras:

Qual a razão de ser desse nome? Como se explica o emprego dessa terminologia que à primeira vista surpreende? Por que Dogmática Jurídica? Muitas confusões surgem pelo uso da palavra ‘dogmática’, por entenderem alguns estudantes, levados pela aparência verbal, que essa pesquisa implicaria a aceitação, sem discussão, das verdades jurídicas como se tratasse de regras absolutas e infalíveis. Toma-se erroneamente a palavra ‘dogma’ como uma imposição à inteligência e uma violentação aos valores da consciência...⁷⁴

Ora, por que é “errôneo” tomar a palavra dogma como imposição? Não é isso que ela designa? Qual outro sentido teriam então as expressões dogma e dogmática além daquele sugerido por sua “aparência verbal”?

78

Com todo o respeito, é preciso lembrar, ao julgar a lição de Reale, que a origem da expressão dogmática jurídica reside exatamente no afastamento da discussão sobre as “verdades jurídicas”, como se se tratasse de “regras absolutas e infalíveis”. Basta conferir alguns outros autores que a utilizam, e afirmam que o jurista deve descrever normas tal como o teólogo, sem “ousar” colocá-las em discussão. García Máynez compara o jurista ao teólogo, afirmando que, assim como o teólogo

se funda en dogmas que estima revelados por Dios y reputa indiscutibles, el jurista, cuando procede estrictamente como tal, vuelve los ojos a las leyes e instituciones de un ordenamiento determinado y se limita a clasificarlas y sistematizarlas, mas no emite juicios de valor acerca de su contenido ni se atreve a poner en duda su obligatoriedad.⁷⁵

⁷³ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, p. 48. Também Atienza reconhece que o jurista, não obstante dogmático, “contribuye de diversas formas a moldear el material normativo que constituye, al mismo tiempo, su material de estudio” (ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*, p. 19). Robert Alexy, por igual, não reserva ao “dogmático” apenas a descrição de normas. Para ele, a ciência jurídica dogmática “é uma mistura de ao menos três atividades: (1) aquela de descrever a lei em vigor, (2) aquela de sujeitá-la a uma análise conceitual e sistemática e (3) aquela de elaborar propostas sobre a solução própria do problema jurídico. Como fica claro a partir disso, a dogmática jurídica é uma ‘disciplina multidimensional’” (*Teoría da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 241).

⁷⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 320.

⁷⁵ MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*, p. 125.

Os “reparos” feitos posteriormente pelos que insistiram e insistem na defesa de uma “dogmática jurídica” terminaram, aos poucos e gradativamente, por descaracterizá-la enquanto tal. Miguel Reale, aliás, afirma que as regras jurídicas são dogmas “porquanto não podem ser contestadas na sua existência, se forem válidas”, e que “pode haver discussões quanto ao seu alcance e eficácia”⁷⁶. Mesmo se consideradas apenas as ressalvas por ele admitidas (relativas à validade, ao alcance e à eficácia da norma), que não são as únicas possíveis, ter-se-á aberto porta enorme para que se emitam juízos de valor a respeito do conteúdo da norma e haja atrevimento para se colocar em dúvida a sua obrigatoriedade.

Tudo isso mostra que mesmo os que mantêm o uso da expressão dogmática jurídica, ou ciência dogmática, reconhecem que ela não é dogmática. Por que, então, insistir em sua utilização, que obriga a todo um esforço esclarecedor (e “paradoxal”, como reconhece Ferraz Júnior) para afastar a “aparência verbal” do termo?

Miranda Coutinho escreve um longo texto só para afirmar – em termos muito semelhantes aos de Reale, que, não obstante, não é referido – que dogmática não se confunde com dogmatismo, e que são desastrosos os efeitos dessa confusão para o direito. Não seria mais fácil evitar a confusão com a simples substituição da palavra? Até porque algo que é conhecido por dogmático só pode mesmo ter o caráter do dogmatismo, a menos que se queira dizer que, para a ciência jurídica, por razões assaz misteriosas, a palavra dogmática tem sentido *oposto* ao que tem em todos os demais âmbitos em que a linguagem verbal é empregada. Nesse caso, o jurista deverá a cada passo redefini-la, como a dizer que, para o discurso jurídico, o quadrado na verdade é uma esfera.

A comparação geométrica é adequada. O que os atuais teóricos do direito fazem, para defender o uso da expressão dogmática jurídica, é algo como a postura de um geometa que falasse em quadrado, mas afirmasse que o quadrado que está a referir é peculiar, e não tem as características que a “aparência verbal” em um primeiro momento sugere: seria em verdade uma superfície plana limitada por uma linha curva cujos pontos são equidistantes de um ponto fixo situado em seu centro. Seria a definição do círculo para designar um quadrado, o que só gera confusão, pois, como bem observa Marques Neto, é absurdo definir a ciência do direito “como uma *ciência dogmática*, sem atentar para a profunda contradição em que tal expressão implica ao reunir dois termos irreduzivelmente antagônicos”⁷⁷.

É o caso de Miranda Coutinho, que chega a falar em uma “dogmática crítica”, e parece, com isso, destinatário da observação por ele próprio feita de que,

encastelados em um saber marcado pelo *sensu comum teórico*, na feliz expressão do Warat, impressiona a imensa dificuldade de se romper

⁷⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 321.

⁷⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 181.

com o erro. Falta, como parece sintomático, humildade. Sabe-se sobre o erro, não raro grosseiro, mas se persiste nele sem razão, por pura força do inconsciente, numa luta que pelo sintoma faz-se ver como interna, mas que se projeta para fora, sustentando – e às vezes eternizando – o sofrimento.⁷⁸

Encastelados hoje no “senso comum” de que o direito seria dogmático, os que se ocupam da ciência jurídica sabem do erro (talvez grosseiro) em que incorrem, tanto que cogitam de “dogmática crítica”, ou dão mil justificativas e explicações para o uso da palavra “dogmática”. Mas têm imensa dificuldade em romper com ele. Falta, ao que parece, humildade, para retificar o uso da expressão, reconhecendo o enorme equívoco que é o seu emprego.

O argumento de que o termo se encontra consolidado, e de que sua ligação com o dogmatismo é apenas histórica (e não atual), não justifica que se siga com o seu emprego.

Quanto à consolidação, ela, em si mesma, não pode ser motivo para que não se façam alterações no âmbito da ciência. Do contrário, consolidado que a geração espontânea fazia brotar ratos em pães umedecidos com leite e guardados em um quarto escuro, não se poderia jamais mudar o curso da biologia. Da mesma forma, consolidado o geocentrismo, o heliocentrismo não teria lugar. Por outro lado, o termo não está assim tão consolidado, e não há consenso quanto à sua significação. Tanto que tem justificado a elaboração de textos destinados apenas a demonstrar que a dogmática não enseja o dogmatismo, devendo ser crítica, o que só mostra que a consolidação, se há, precisa ser urgentemente revista.

Quanto à ligação meramente histórica, e não relevante para determinar o sentido da expressão hoje, o testemunho de Miranda Coutinho poderia ser suficiente para demonstrar o contrário. Não são poucos – diz ele – os que confundem dogmática com dogmatismo, com conseqüências desastrosas para o direito? Reale, muito antes, não já dizia, também, que “levados pela aparência verbal”, muitos pensam que “essa pesquisa implicaria a aceitação, sem discussão, das verdades jurídicas como se tratasse de regras absolutas e infalíveis”⁷⁹, pois se toma “erroneamente a palavra ‘dogma’ como uma imposição à inteligência e uma violentação aos valores da consciência”⁸⁰.

Por que será que essa confusão acontece? Será porque ser dogmático realmente implica – a linguagem está a dizer – dogmatismo? É evidente que sim. É errôneo, portanto, tomar a palavra “dogma” como uma “imposição à inteligência”? Não. O

⁷⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei, p. 225-226.

⁷⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 320.

⁸⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 320.

errôneo é utilizar a palavra “dogma”, algo incompatível com a natureza do direito, e do conhecimento científico que se pretende ter dele.

Mesmo a postura mais equilibrada de Kaufmann, que ressalta a impossibilidade – e o perigo – de uma visão dogmática do direito no campo da filosofia, não parece correta, pois não é possível traçar uma separação estanque entre o estudo interno, ou intra-sistemático, e um estudo externo ou extra-sistemático do direito. Tais instâncias se comunicam, e até mesmo a idéia de sistema jurídico atualmente adotada é a de um sistema aberto. Como ressalta Canaris,

isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou “sistema científico”, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o “sistema objetivo”. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.⁸¹

Mesmo o estudo intra-sistemático não é fechado, não merecendo o equivocado e indevido batismo de “dogmático”, que não tem nenhuma razão para continuar sendo empregado, mas reúne muitas para deixar de sê-lo. Afinal, se mesmo os que ainda utilizam a expressão explicam que tratam, paradoxalmente, de uma “ciência dogmática não-dogmática”, por que, então, não excluir o termo, inteiramente desnecessário?

2.7 Terminologia adequada e suas razões

Se o que o autor de um estudo pretende fazer é *ciência*, deve usar essa expressão, e não algo relacionado ao dogma, que lhe é antônimo. E deve estar em dia em torno do que se está a dizer do conhecimento científico, no campo da epistemologia.

É preciso reconhecer, nesse ponto, que realmente têm razão os que procuram um termo para diferenciar um estudo voltado para o direito positivo vigente em determinada comunidade, ou parte dele, de um estudo feito sobre aspectos gerais do direito, pertinentes a qualquer ordenamento. A precisão da linguagem é sempre muito importante quando se faz ciência, e dizer que nos dois casos se faz simplesmente “ciência do direito”, sem qualquer distinção, pode gerar incompreensões⁸².

⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 281.

⁸² Como observa Pontes de Miranda, em ciência, “se empregamos palavras que não têm sentido (e vale o mesmo terem mais de um), erramos de começo. Não saberemos, no momento de dificuldade, ao tratarmos dos problemas, de que é que estávamos ou estamos a falar” (*Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967. v. 1, p. 55). Michel Villey, no mesmo sentido, registra que “o rigor de uma ciência (inclusive o de uma ciência do direito) consiste precisamente em escapar a esta flutuação da linguagem e assegurar a cada termo um significado constante e relativamente preciso” (*Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito*, p. 10).

Entretanto, é essa mesma precisão de linguagem, exigida quando se faz ciência, que nos impele a examinar se, para traçar a diferença entre as duas formas de estudo do direito anteriormente apontadas, é correto dizer que uma delas, a voltada para um determinado direito positivo, ou para uma parte dele, é dogmática. Afinal, também essa palavra não seria sem significado, ou, o que é pior, não teria um outro significado – constante e relativamente preciso – talvez antagônico ao da palavra ciência?

Não se nega a necessidade de empregar expressão que diferencie um estudo geral do direito, não focado em um ordenamento jurídico (e uma realidade social subjacente) em particular, de um lado, de um estudo específico, que tenha como objeto um ordenamento ou uma parcela de um ordenamento determinado, e a realidade social e axiológica a ele subjacente, de outro. O que não é necessário é dizer que essa última espécie de ciência seria, paradoxalmente, “dogmática”, ainda que se trate de um exame com propósitos mais imediatos e pragmáticos das normas em vigor.

Da abordagem geral do direito, voltada para aspectos comuns ou gerais a vários ordenamentos, e às várias realidades sociais e axiológicas a eles subjacentes, pode-se dizer simplesmente que se trata de *ciência do direito*, *teoria do direito*. O qualificativo “geral”, ainda presente em muitos manuais, talvez seja desnecessário, pois, logicamente, a especificidade é que deve ser explicitamente referida, se for o caso.

82

Dependendo do enfoque utilizado, se mais especulativo e universalizante, pode-se usar a expressão filosofia do direito, sendo certo, aliás, que está cada vez menos nítida, em todas as searas do conhecimento, a fronteira entre ciência e filosofia, pois, como observa Bertrand Russel⁸³, ambas se caracterizam pela refutação, pelo inconformismo diante do argumento místico ou de autoridade, em busca do conhecimento.

Já o trato de determinado ordenamento jurídico, ou de determinada parcela de um ordenamento jurídico (e, não custa insistir, de forma indissociável, também dos fatos e valores a eles subjacentes), deve-se intitular também de ciência do direito, ou teoria do direito, mas com a referência a qual direito, ou parte dele, está sendo examinada (teoria do direito administrativo brasileiro, ciência do direito tributário argentino, ciência do direito penal espanhol etc.).

Mesmo dentro desse exame de um ordenamento jurídico específico, ou de parte dele, pode surgir a necessidade de diferenciar afirmações a respeito de como ele efetivamente *é*, e de como *deveria ser*. Essa necessidade, contudo, não nos autoriza a classificar a primeira espécie de afirmações como sendo “dogmáticas”, porque isso elas seguramente não são.

⁸³ RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 4. ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 11-12.

Se não há dúvida de que determinada conduta é tratada de maneira “x” pelo direito positivo, e assim deve ser considerada, mas, para os estudiosos do direito, *deveria* ser tratada de maneira “y”, não é apropriado dizer-se que o tratamento “x” seria imposto pela “dogmática”, enquanto o “y” seria recomendável em um plano “filosófico” ou “zetético”. Não. A rigor, é a ciência que dá ao estudioso os elementos para considerar que “x” é a conduta prescrita pelo direito positivo, mas que “y” seria a conduta mais recomendável. É a ciência que lhe dá meios para buscar a correção do direito positivo, seja pela via da interpretação, seja pela da reforma legislativa, quando pela primeira maneira isso não for possível.

As normas são apenas o aspecto *técnico* pelo qual o direito se exprime, e a ciência não apenas as descreve e compreende, mas também as aperfeiçoa. É o mesmo que acontece quando a química e a biologia dão ao cientista conhecimentos que lhe possibilitam ministrar de modo mais eficaz um medicamento já existente, ou aperfeiçoar esse medicamento alterando-lhe a fórmula; ou quando a engenharia mecânica dá ao seu estudioso meios de aperfeiçoar mecanismo preexistente, e também para elaborar um outro, novo e melhor.

Em suma, no exemplo citado, deve-se dizer que, à luz do direito positivo, a solução prevista é “x”, mas que, por razões “a” ou “b”, essa solução *deveria* ser “y”. Se as razões que justificam a solução “y” não impõem a invalidade da solução “x”, ou não são suficientes para que ela seja alterada no plano interpretativo, deve-se buscar uma alteração do direito positivo. Em qualquer caso, porém, é a mesma *ciência* do direito que indica ao estudioso que a solução é “x”, mas *deveria* ser “y”.

Isso mostra não ser apropriado dizer que, não obstante o fenômeno jurídico seja tridimensional (fato, valor e norma), a ciência jurídica se ocuparia da norma, a sociologia jurídica do fato, e a filosofia do direito do valor. As ciências não se diferenciam por seu objeto, necessariamente, mas sim pela abordagem que fazem dele. Um mesmo objeto pode ser examinado à luz da medicina, da psicologia, da sociologia, da ciência atuarial etc. Assim, ensina Marques Neto, “à ciência do Direito compete o estudo de *todos* esses fatores (fato, valor e norma), considerados em sua n-dimensionalidade”⁸⁴.

Essa é a lição de Arnaldo Vasconcelos⁸⁵, para quem não há como destacar um desses aspectos de forma autônoma e independente. Quando muito essa separação pode ocorrer de modo didático, e ainda assim levará a um estudo parcial e insuficiente. Mesmo o sociólogo, o filósofo ou o jurista não conseguem enxergar o fenômeno apenas em uma de suas dimensões.

Basta que se pense um pouco no trabalho desempenhado pelo advogado, pelo juiz, pelo professor de direito, para que se constate que nenhum deles se ocupa

⁸⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*, p. 190.

⁸⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17.

apenas de normas. As normas não têm sentido se divorciadas dos fatos por elas regulados, e dos valores que a eles o homem atribui. O direito é composto dessas três dimensões, e os vários ramos do conhecimento (sociologia, psicologia, ciência do direito em sentido estrito ou jurisprudência etc.) que dele se ocupam vêm essa realidade com óticas diferentes, de perspectivas distintas, mas sempre em sua tridimensionalidade. Daí por que não se pode dizer que, por serem as normas tidas como “dogmas”, a ciência do direito seria “dogmática”. Talvez essa expressão siga sendo utilizada porque é considerada pomposa, dando maior imponência àquele que diz dela se ocupar.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do que foi visto neste artigo, é possível concluir, em síntese, que a expressão dogmática jurídica, no vocabulário jurídico-científico, geralmente designa o ramo da ciência jurídica que se ocupa de um conjunto de normas jurídicas vigentes em determinada comunidade. O cunho dogmático de tal conhecimento decorreria do fato de que as normas não poderiam ser discutidas, nem seriam aceitáveis soluções delas não originadas. Seria o conhecimento em torno do direito que *é*, e não daquele que *deveria ser*.

84

O conhecimento científico, contudo, é atualmente definido por exclusão. É científico, basicamente, o conhecimento que não é dogmático, pelo que talvez seja adequado, pelo menos, reavaliar o uso da expressão *dogmática jurídica*, especialmente usada como sinônimo de *ciência do direito*.

As insuficiências (ou mesmo a impossibilidade factual) de uma visão dogmática do direito têm levado teóricos contemporâneos a defender a manutenção do uso dessa expressão, mas com inúmeras ressalvas e complementos. Chega-se a falar em dogmática crítica, o que é inteiramente paradoxal. Mais adequado para evitar tal confusão, e para afastar o dogmatismo do âmbito do direito, parece ser *deixar de se fazer referência ao estudo do direito, em qualquer de suas vertentes ou modalidades, como sendo dogmático*. O direito pode ser estudado por diversos prismas ou abordagens, não tendo nenhum deles caráter dogmático.

Se se quer diferenciar o estudo de determinado ramo do direito positivo de um estudo geral, pode-se simplesmente falar em *ciência do direito penal espanhol*, ou *teoria do direito civil brasileiro*, para designar esse estudo do direito positivo, em oposição à *teoria do direito*, ou à *ciência do direito*, e à *filosofia do direito*, para identificar estudo geral. Em qualquer caso, a expressão dogmática mais confunde que esclarece, sendo de todo recomendável o seu abandono.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica – para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, 27: 59-86, jul./dez. 2008

- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.
- ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*. Tradução de Ruth Adler e Neil MacCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais (direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Tradução de Antonio Correia. Coimbra: Armênio Amado, 1978.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
- KANT, Immanuel. *Critique of pure reason*. Translated by Paul Guyer and Allen W. Wood. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- KANTOROWICZ, Germán. La lucha por la ciencia del derecho. Apud AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando García; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 6. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1960.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

Hugo de Brito Machado Segundo

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARÍN, Rafael Hernández. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2002.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 53. ed., reimpressão. Cidade do México: Porrúa, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967. v. 1.

_____. *Sistema de ciência positiva do direito*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. III.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 12. ed. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2006.

_____. *A vida é aprendizagem: epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Tradução de Paula Taipas. São Paulo: Edições 70, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Lições preliminares de direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. 4. ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SCHNEIDER, Theodor (Org.). *Manual de dogmática*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1 e 2.

SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SUDATTI, Ariani Bueno. *Dogmática jurídica e ideologia: o discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Baktin*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito. Os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, 27: 59-86, jul./dez. 2008

A ÉTICA EMPRESARIAL E A RESPONSABILIDADE SOCIAL COMO INSTRUMENTOS DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

ENTREPRENEURIAL ETHICS AND SOCIAL RESPONSIBILITY AS INSTRUMENTS OF ECONOMICAL DEVELOPMENT

*Julio Cesar da Silva Tavares**

RESUMO

O artigo efetua a análise da ética empresarial como ciência que estuda as morais empresariais no contexto contemporâneo. Apresenta uma definição da responsabilidade social das organizações como uma exigência da sociedade, que cada vez mais reduz a ignorância e amplia sua conscientização como consumidor e cidadão. A educação diminui as desigualdades sociais com acesso ao mercado de trabalho daqueles com menores recursos financeiros e sociais.

Palavras-chave: Ética empresarial; Responsabilidade social; Desenvolvimento econômico; Educação.

ABSTRACT

The article makes the analysis of entrepreneurial ethics as a science which studies entrepreneurial morals in a contemporaneous context, presents a definition of the organizations social responsibility as a society requirement that reduces ignorance and extends its awareness as a consumer and citizen more and more and through education, reduces social inequalities with access to the working market of the ones with fewer social and financial resources.

Keywords: Entrepreneurial ethics; Social responsibility; Economical development; Education.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo em Lorena. Bancário e Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

1. INTRODUÇÃO

A análise de uma conexão entre a ética empresarial e a responsabilidade social nos remete à necessidade de buscarmos o entendimento e a fixação da definição do conceito de ética empresarial, mas antes ainda é imperiosa uma distinção entre ética e moral, que não muito raramente são utilizadas como sinônimos, mas podem ter significados bastantes distintos, levando a construções equivocadas. Em momento posterior, a definição de ética empresarial é importante para fixar o entendimento de sua diferenciação das demais éticas, e também será importante ressaltar a ética empresarial como diferenciada pelas suas peculiaridades das demais éticas profissionais.

O estudo das morais com o auxílio do pensamento filosófico, desenvolvido há muito tempo, com destaques para Platão, Aristóteles, Kant, os epicuristas, os estóicos, as doutrinas cristãs, Bentham, com ênfase na análise de conceitos como bem, mal, prazer, dor, virtude, vício, faz-se necessário na medida em que só poderemos compreender a ética a partir do conhecimento do contexto de cada época.

O esclarecimento do objeto da ética empresarial é essencial para sua compreensão, e uma visão do contexto em que a atividade empresarial está inserida, ou está em vias de ser colocada, proporciona uma visualização da abrangência de como a lógica empresarial acontece e como são acionados mecanismos morais, motivacionais e institucionais.

88

As medidas econômicas demonstram o comportamento do sistema econômico em determinado período e como ocorreram interações com os demais sistemas sociais. Mas é preciso indicar o que esses índices sociais são capazes de esclarecer e se tais dados podem mostrar como a sociedade empresarial tem realizado ações voltadas à responsabilidade social. Mas devemos definir a responsabilidade social das organizações e quais os seus objetivos.

Assim, neste texto devemos definir os conceitos de ética empresarial e responsabilidade social e como tais construtos se relacionam e como devem ser complementares para a realização de uma sociedade melhor e mais justa, e realizar os objetivos da República Federativa do Brasil, que propõe uma sociedade justa, fraterna, pluralista, e com capacidade de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

2. A ÉTICA EMPRESARIAL

Para uma definição de ética empresarial, necessariamente temos que refletir sobre a ética como uma ciência que busca o conhecimento dos princípios e noções que fundamentam as ações morais.

Inicialmente, é de suma importância exaltarmos as distinções entre ética e moral, pois não raramente observamos a utilização de tais vocábulos como algo único, indistinto. Etimologicamente, existe uma semelhança, já que do grego *éthos*

temos a idéia de hábito, uma prática reiterada, determinando o modo de agir do ser humano, e na tradução plural é a prática reiterada de grupos, comunidades, ou seja, de uma comunidade. A moral, originária do latim *moris*, se traduz por costume, que é a maneira de agir, reiterada pelo uso, ou ainda, relativa aos costumes. E essa semelhança pode ser um dos motivos da convergência conceitual. Como expressa Bittar¹, “a tradição latina, ao traduzir *éthos* por *mos* (donde, moral), perverteu a origem etimológica ao confundir ética com moral”, mas, apesar da profunda relação entre ética e moral, cada conceito tem sua definição.

Como moral, podemos entender um elenco de regras de conduta requeridas de pessoas ou grupos em determinado momento ou, utilizando a definição de Bittar², “A moral se constitui por um processo acumulativo de experiências individuais, que vão ganhando assentimento geral, antes se tornarem regras e normas abstratas”, ou ainda como Aranha³, “conjunto de regras que determinam o comportamento dos indivíduos em grupo social”. Temos a moral como produto de um contexto histórico e cultural de um grupo – tendo esse grupo qualquer abrangência – que adotou um elenco de regras pela sua reiteração.

Já a ética é uma ciência que estuda sistematicamente a ação autônoma do ser humano e sua capacidade de confronto com a prática reiterada e forças externas atuantes. Ou, no dizer de Arruda⁴, “A ética é a parte da filosofia que estuda a moralidade dos atos humanos, enquanto livres e ordenados a seu fim último”.

A ética tem como conteúdo a moral, pois é a partir das práticas reiteradas, aceitas e prescritas pela sociedade que inicia sua análise, elabora críticas, mensura e provoca discussões, que culminam em uma contribuição para o fortalecimento da moral. Portanto, a moral e a ética têm um relação que não permite sua desvinculação, pois ambas intercambiam elementos constituintes. Suas interações são de ordem estrutural, já que a ética não teria objeto e a prática reiterada não teria como se desenvolver ao longo do tempo. Mas é importante ressaltar que, mesmo a correlação sendo intensa, poderemos em determinados momentos ficar diante de conflitos em que a ética não se compatibiliza com o que é moralmente aceito.

As várias correntes éticas nos indicam o caminho das indagações dos homens sobre a conduta humana na busca de respostas ao que devemos ou não fazer. Para Platão em seu idealismo, o homem age de acordo com a ética, tem o seu atuar orientado pela inteligência que conduz ao bem. Ele afirma que aquele que detém

¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 476.

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*, p. 477.

³ ARANHA, Maria Lucia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003. p. 301.

⁴ ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 42.

a sabedoria age na busca do ideal, e quando erra é capaz de reparar o erro, e o vício se origina na ignorância. Assim, o pensamento platônico é idealista e não realista. Platão afirmava que a educação deveria ser pública, possibilitando uma sinergia entre o Estado e o cidadão, formando um movimento único derivado do bem.

Já para Aristóteles, a ação livre tem como objetivo o bem supremo do homem, que é a felicidade, sendo então uma ética teleológica. A essência da felicidade estava em agir de acordo com a virtude, e todo homem está apto a viver na virtude. Mas a ética aristotélica afirma também que a virtude não admite excessos, considerando que este termo abrange a carência e abundância e conduz a uma vida social e de acordo com as regras, estando conectado com a política.

Os estoicos acreditavam que a vida feliz é aquela conforme a razão, é viver retamente, lutar contra as paixões. Suas reflexões apontam que um estado isento de perturbações, a serenidade, é essencial à conduta humana, notadamente em situações adversas, quando ocorrem injustiças, crueldades, tentações mundanas etc. ou também, nas palavras de Bittar⁵:

O estoicismo de Sêneca consagra para a história da filosofia e da ética a preocupação com a serenidade humana ao enfrentar as tribulações da vida, as injustiças do mundo, sabendo dividir-se em atitudes éticas mesmo estando consciente de que se está a viver em um covil de lobos. Seja a política desonesta, seja a inconstância das paixões humanas, seja a tentação das ofertas mundanas... nada deve ser capaz de perturbar a serenidade e a certeza ética que moram no coração do homem sábio.

90

Os epicuristas têm a ética como uma relação de dor e prazer, a injustiça causa a dor e atrai a justiça por causa do prazer. Eles não concordam com a definição de um bem supremo como em Platão nem com a mediedade de Aristóteles, afirmam que o equilíbrio é que promove a felicidade. A sensação é o meio de se conhecer o mundo, de interagir com o mundo, atuando com prazer ou dor. A partir da sensação, o homem orienta sua conduta ética.

A ética cristã tem a vontade como o principal elemento, e, partindo de um pressuposto da onipresença da divindade que tudo sabe e vê, não existindo o que possa ser oculto ao divino, a adequação do homem ao virtuoso ocorre em consequência da fé através da palavra evangélica. Apesar de existirem diferenças entre as doutrinas tomistas e agostiniana, elas conduzem a uma supremacia da lei divina, mas cabendo ao homem a capacidade de deliberar sobre o certo ou errado ou o justo ou injusto.

Uma geometria ética, teorizada por Bento de Espinosa, busca demonstrar a capacidade do ser humano de controlar suas paixões, saindo de seu estado de

⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de ética jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 217.

natureza, mediante a razão, por uma metodologia matemática capaz de estabelecer a certeza sobre o que é necessário para trilhar o caminho que leva à virtude. Essa teoria sofre severa crítica, com ênfase na incompatibilidade de utilização de uma lógica formal para definir uma dimensão axiológica.

Diferente de Platão e Aristóteles, a ética kantiana não é estruturada na idéia do bem, mas tem seu eixo no dever. A ética kantiana marca um novo modelo de pensamento sobre a ética. Kant tem a preocupação de afirmar que a experiência humana não possui os atributos necessários para fornecer todas as respostas para uma escolha ética, e busca alicerçar a fundamentação da moral prática no imperativo categórico, que também não deriva da experiência. O imperativo categórico é único e indica que o agir deve ser segundo uma máxima e que dela se possa extrair uma lei universal. Kant, citado por Bittar⁶, afirma que o dever é condição de liberdade e se expressa da seguinte forma: “Esta fórmula é justamente a do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são a mesma coisa”.

O utilitarismo preconizado por Bentham afirma que o ser humano é conduzido pela dor e pelo prazer e daí decorre o agir ético. Para o utilitarismo, a busca do prazer e a distância da dor é ponto central da ética. John Stuart Mill, unindo o epicurismo à doutrina ética de Bentham, empreende o critério utilitarista, que, em síntese, é bem expresso por Arruda⁷: “O utilitarismo ou princípio da maior felicidade afirma que as ações são justas se promovem a felicidade (prazer e ausência de dor), e injustas (dor e ausência de prazer) enquanto produzem o contrário da felicidade”.

O pensamento ético, que atua pela reflexão que rompe com o egoísmo na busca de um agir altruísta, leva a admitir a existência de várias morais de acordo com grupos sociais onde o indivíduo está inserido. Essa multiplicidade de morais também conduz a uma classificação das éticas compatíveis com os seus objetos, ou seja, as morais.

Assim, temos a ética empresarial, que estuda as morais empresariais. Arruda⁸ nos ensina que as preocupações éticas têm seu ponto de partida nos debates nos países de origem alemã com o intuito de promover a participação dos trabalhadores na administração das organizações. A contribuição da filosofia na formação empresarial, com a inclusão de conceitos de ética na atividade empresarial, ocorreu com o ensino da ética nas universidades em cursos de administração e negócios.

Com o desenvolvimento do tema e a ampliação de redes acadêmicas, aliados a desafios de superar problemas de corrupção, fraudes, e outras mazelas causadas

⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*, p. 293.

⁷ ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*, p. 31.

⁸ ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*, p. 31.

pelo individualismo, pela concorrência, calculabilidade econômica, o tema toma relevância no rumo de uma concepção próxima da abordagem aristotélica, como expressa Arruda⁹:

Mais recentemente, a abordagem aristotélica dos negócios vem sendo recuperada. A boa empresa não é apenas aquela que apresenta lucro, mas a que também oferece um ambiente moralmente gratificante, em que as pessoas boas podem desenvolver seus conhecimentos especializados e também virtudes.

3. O CONTEXTO EMPRESARIAL

O contexto em que a atividade empresarial está inserida atualmente é bastante complexo, principalmente após o advento da globalização, que em síntese é a intensificação das interações socioeconômicas de abrangência espacial internacional. A ampliação de fronteiras, o avanço tecnológico, o poder de organização, e a evolução de instrumentos de informação como a internet, o sistema global de direitos humanos, são exemplos de situações que alteram dinamicamente o contexto da atividade empresarial.

É importante ressaltar que o processo de globalização a que estamos nos referindo é o contemporâneo, que ainda está em curso, já que o mercantilismo não deixa de ser um fato que provocou uma intensificação de interações socioeconômicas, em um período distante no tempo e quando a sociedade vivia sob o império de leis morais muito peculiares. Desde então, o aumento da concorrência tem provocado mudanças no mundo empresarial, não só em determinados países, mas na grande maioria deles.

A concorrência denominada de perfeita pelos economistas é caracterizada pelo atendimento de condições em que os agentes vendedores e compradores não possam influenciar no preço, os produtos e serviços são homogêneos, sem barreiras e com transparência. A concorrência denominada monopolista tem como características um grande número de concorrentes, prevalecendo a competitividade, com produtos e serviços buscando um diferencial, com mecanismos de controle de preço bem limitados.

Nesse contexto, Rossetti¹⁰ esclarece:

Em praticamente todos os mercados, prevalecem, ainda que em graus variados, situações conflituosas de interesse. As próprias forças da oferta e da procura definem-se por pressupostos conflituosos. Quem exerce a oferta, deseja o mais alto preço ou a mais alta remuneração possível; no lado oposto,

⁹ ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*, p. 57.

¹⁰ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 408.

quem procura quer pagar preços baixos, no mercado do produto, e remunerações também baixas, no de fatores. Consumidores, de um lado, desejam maximizar sua satisfação, aos mais baixos preços possíveis, otimizando seu poder aquisitivo, de outro lado os produtores desejam rentabilizar sua atividade, pagando o mínimo pelos recursos empregados e obtendo o máximo pelos produtos gerados. As pretensões dos agentes só não se realizam por completo porque: A concorrência entre produtos atua como uma espécie de freio; A possibilidade de substituição de produtos é um instrumento de poder de que os consumidores dispõem; A capacidade de substituição de fatores amplia o poder de negociação dos produtores, aumentando suas margens de manobra e sua flexibilidade para lidar com custos; E sob situações de poder extremamente desequilibrados, a intervenção corretiva do governo pode vir a ser prática, tanto no mercado de produtos como no de fatores.

Podemos concluir que o contexto empresarial atual é o da concorrência monopolista, que instrumentaliza os consumidores a efetuar substituições, boicotes, mediante associações de defesa de consumidores, exposição na mídia, ressarcimento junto ao Poder Judiciário. Mas as ameaças continuam a reduzir as propriedades de tais mecanismos, como a concentração de capital, as exceções ao Estado Democrático de Direito, e os regimes políticos totalitários.

Além do instrumental de mercado, importa destacar que cada vez mais temos a ampliação do rol de instrumentos legais, como o sistema brasileiro de defesa do consumidor, a própria finalidade da ordem econômica, as normas legais de defesa econômica, além de uma ligeira melhoria nas condições educacionais.

Assim, o contexto empresarial contemporâneo se apresenta de forma ainda a privilegiar a busca do lucro, mas com mecanismos capazes de alterar essa relação de forças, utilizando uma expressão de Srour¹¹, para um “capitalismo social”.

4. O CRESCIMENTO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A definição de crescimento econômico tem abrangência no âmbito dos indicadores macroeconômicos. Esses indicadores demonstram a evolução do produto interno bruto, que representa basicamente o valor de bens e serviços finais produzidos internamente no País. Mas essa indicação não é capaz de demonstrar se ocorreu uma melhoria qualitativa de situação econômica de um Estado, não demonstra que existe uma evolução dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme prescreve o artigo 3º da Constituição.

No artigo 3º da Constituição, os quatro incisos demonstram claramente que pretendemos obter um desenvolvimento, erradicando a pobreza, a marginalização

¹¹ SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial: a gestão da reputação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 306.

e reduzindo desigualdades sociais e regionais, e o instrumento para tal desenvolvimento, entre outros, é a ordem econômica, que, alicerçada em princípios, será regida por justiça social.

Devemos fixar o entendimento do significado de justiça social. O termo justiça adquire uma grande possibilidade de concepções, pois, na história do pensamento, encontramos inúmeras conceituações, como a teoria da justiça de John Rawls, a platônica, a aristotélica, mas todas, mantendo-se suas diferenças conceituais, indicam a aproximação de uma equidade. No contexto da nossa Constituição, a justiça social assume uma significação muito bem expressa por Grau¹²:

Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.

Eros Grau¹³ ainda acrescenta que “o termo ‘social’, na expressão, como averbei em outra oportunidade, não é adjetivo que qualifique uma forma ou modalidade de justiça, mas que nela se compõe como substantivo que a integra”. Assim, justiça social assume um contorno de diretriz, devendo ser compatível com os princípios da ordem econômica.

Ultimamente, temos exigido do Estado que promova o crescimento econômico, que se executem as políticas monetárias, cambiais, fiscais, ou seja, políticas econômicas, mas poucas vezes se movimentam na busca de um desenvolvimento nacional como indica a Constituição, na redução da pobreza e redução de desigualdades, que também são objetivos deste Estado.

A abrangência restrita da medição de crescimento econômico não é capaz de demonstrar se vêm ocorrendo mudanças na qualidade de vida, na distribuição de renda, na evolução de aproveitamento educacional etc. Tendo em conta a falta de um indicador que refletisse um desenvolvimento em aspectos sociais, culturais, políticos e ambientais, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou o índice de desenvolvimento humano (IDH), que representa aspectos não-econômicos, como expectativa de vida, indicadores educacionais, mas não é capaz de esboçar o mapeamento da distribuição de renda.

Em uma breve análise do IDH do Brasil, observamos uma evolução no índice, mas é preciso considerar que ainda há muito o que fazer, com um índice de analfa-

¹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 224.

¹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 223.

betismo superior a 10 em vários estados da Federação, as condições degradantes em populações sobreviventes em regiões em torno das grandes cidades. Mesmo com a melhora do índice, estamos na 70ª posição mundial do índice.

Recentemente, no Fórum Nacional promovido pelo Instituto Nacional de Altos Estudos (Inae), foi divulgado um novo índice que objetiva demonstrar o desenvolvimento social (IDS), com uma visão de síntese que considera os seguintes componentes:

- **Saúde**, que abrange a esperança de vida ao nascer e a taxa de sobrevivência infantil.
- **Educação**, que considera a taxa de alfabetização e a média de anos de estudo.
- **Trabalho**, representado pela taxa de ocupação e atividade.
- **Renda**, que é composto pelo PIB per capita e coeficiente de igualdade.
- **Habitação**, que contém as disponibilidades domiciliares de água, energia elétrica, geladeira e televisão.

Mas a condução predominante é pelo crescimento econômico, o que pode ser notado em comentários econômicos e eventos ligados à ciência econômica e políticas partidárias. Mudar essa situação é função dos cidadãos e das instituições, porque só existe sentido em uma ordem econômica se atender aos dispositivos éticos que foram positivados em nossa Carta Magna.

5. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS ORGANIZAÇÕES

Com a globalização, a busca do lucro, e na situação descrita do contexto empresarial, temos verificado, principalmente nos meios de comunicação em massa, a divulgação sobre experiências de investimentos privados com finalidades compatíveis com os interesses públicos. Aparentemente, isso poderia indicar uma contradição, tanto do ponto de vista teórico, quanto do ponto de vista prático. Mas isso só se verifica quando restringimos nossa perspectiva de análise à lógica tradicional empresária de ver como díspare a conhecida tríade: Estado e sociedade em confronto com o mercado. Nessa lógica tradicional, a missão empresarial é exclusivamente o interesse da busca pelo lucro, o que não se compatibiliza com a noção de interesse público. A nova lógica empresarial é possível e já vem ocorrendo paulatinamente, pois inúmeras corporações empresárias, em todos os níveis, já se deram conta de que a mudança de ética não é apenas filosófica, mas na verdade uma estratégia de ocupação de espaço e legitimidade.

De acordo com Ashley¹⁴, podemos observar que vem ocorrendo uma evolução no conceito de responsabilidade social. Historicamente, a mudança demonstra

¹⁴ ASHLEY, P. A. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

um deslocamento da motivação ética para uma conotação de sobrevivência da instituição em um contexto de economia globalizada dentro de um mercado de concorrência monopolista e uma crise estrutural do capitalismo que se dissemina a partir de meados do século passado. Essa crise e o crescimento de um movimento socioambiental estão empurrando para uma revisão de conceitos e para a importância de um engajamento em um projeto ético e político de amplitude societária, com a adoção de princípios de responsabilidade social, rompendo um modelo de desenvolvimento tradicional que tem interesses estritamente privados para um modelo que assume compromissos conectados com interesses da sociedade civil.

A responsabilidade social é conceito que orienta a estratégia empresarial em direção à visão ampliada do negócio na condução do capitalismo no sentido ético como elemento-chave para a adequação ao contexto empresarial contemporâneo.

Essa habilidade empresarial de mudança de rumo, além de buscar a sobrevivência empresarial frente aos desafios de um mercado altamente competitivo, almeja a recomposição do capital social, que depende inevitavelmente da ampliação dos interlocutores sociais dentro e fora da organização.

A responsabilidade social, do ponto de vista externo, considera como premissa de sua estratégia empresarial o pano de fundo do desenvolvimento sustentável em uma perspectiva socioeconômica que tem a capacidade de atender necessidades presentes de produção e consumo sem comprometer os direitos de gerações futuras. O relacionamento com a comunidade em seu entorno social imediato é relevante, pois essa comunidade é fornecedora de infra-estrutura e mão-de-obra.

O relacionamento com fornecedores, ou com a cadeia produtiva, indica uma preocupação no incentivo de novas práticas em todos os fornecedores, para garantir padrões de proteção ambiental, segurança, eliminação de práticas não aceitas de forma rigorosa, como o trabalho infantil.

O processo de informação é abrangido pela responsabilidade, sendo de importância destacada, pois este pode ser o principal fator de adesão e legitimidade. Fraudes em dados da empresa e nos relatórios de produtividade, lucro e impacto ambiental revelam o grau de dependência a que chegaram as empresas no que se refere a sua transparência em relação à sociedade. Sabemos que o bom desempenho econômico de uma instituição depende de dados fidedignos para acesso dos investidores. Se não se confiar nos dados informados pelas empresas, não há como o sistema informacional de investimentos externos operar satisfatoriamente.

O princípio da transparência empresarial torna-se um capital social, um patrimônio imaterial que repercute positivamente no mercado, pois associa valores éticos à logomarca da empresa, tornando-a habilitada ou desabilitada pelo conjunto da sociedade para exercer sua parcela de co-responsabilidade na expansão dos direitos humanos e socioambientais do seu entorno.

A responsabilidade social está fortemente conectada com uma nova estrutura de relacionamento com os clientes, pois os consumidores já não são mais passivos, têm organizações próprias, e participam de um movimento de consciência de consumo no Brasil e em países mais desenvolvidos que assume um caráter político, na medida em que se expressa no boicote a determinados produtos que não tenham embutido valores éticos, não só na relação da empresa com seus públicos internos, mas também com o meio ambiente. O consumidor não olha mais para as embalagens e decide pela aparência, ele decide levando em conta outros valores que dizem respeito à responsabilidade social reconhecida dessas empresas.

Diante do esclarecimento da estrutura da responsabilidade social das organizações, é importante ressaltar que essa estrutura está no campo que Eros Grau chama de superestrutura, mas a realidade está muito distante em adesão e legitimação empresarial.

6. INDICADORES SOCIOAMBIENTAIS DO NEGÓCIO

No contexto de busca de alternativa para o enfrentamento de problemas que assolam a atividade empresarial contemporânea, a construção de um diálogo entre Estado, empresários e organizações da sociedade civil é um instrumento que ganha potência.

A responsabilidade social empresarial é, portanto, um compromisso com um novo paradigma ético nos negócios, de maneira a construir e combinar o resultado imediato da produção no retorno dos investimentos de capital com a qualidade de vida atual e futura, não só na relação com o público imediato, mas em relação à sociedade de maneira geral.

Um movimento em direção à avaliação da responsabilidade empresarial das empresas foi dado, no Brasil, a partir de 1997, com a criação do selo Balanço Social, pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase). Esse tipo de certificação tem como meta reconhecer o trabalho das empresas engajadas em projetos de responsabilidade social; a premiação é feita por meio da divulgação desse selo, utilizando campanhas publicitárias nas propagandas e nas embalagens dos produtos de tais empresas. Assim, quando se fala em balanço social, falamos de um documento contendo os principais dados quantitativos, o que permite avaliar a situação da empresa no domínio social, medida em termos de indicadores sociais.

Tais indicadores do balanço social possibilitam fazer um diagnóstico da empresa, que melhor gerencia e planeja seus recursos humanos e naturais e também as relações com seus parceiros. Eles representam um conjunto de informações que relacionam as finalidades imediatas da empresa com os objetivos do desenvolvimento sustentável em relação à comunidade em que ela está inserida, assim como em relação ao meio ambiente, aos empregados e à sociedade como um todo.

Em 1998, foram instituídos indicadores Ethos de responsabilidade social e empresarial por um grupo de empresários, tendo como objetivo o autodiagnóstico das empresas quanto à incorporação da visão de responsabilidade social. Em 2003, a Ethos estabeleceu parceria com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), com o objetivo de divulgar o conceito de responsabilidade social e empresarial e incentivar sua incorporação no segmento de micro e pequenas empresas.

Nesse sentido, é necessário ampliar a noção de comunicação empresarial, com base no princípio da responsabilidade social, aumentando a relação entre o sujeito e o espaço e considerando a mediação das novas tecnologias de informação e comunicação. Isso indica que o espaço público empresarial passa a ser ampliado e, portanto, o tipo de marketing social tradicional das empresas na perspectiva da responsabilidade social ganha novos ingredientes. O novo espaço público da atuação da empresa socialmente impõe-se para a superação dos limites do desempenho tradicional empresarial, no que diz respeito ao lucro, ao crescimento e à sobrevivência.

Os indicadores são, em síntese, um instrumento de medir e demonstrar o diferencial para enfrentar o mercado competitivo.

7. EDUCAÇÃO – INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

98

A educação é um direito expressamente reconhecido em nossa Carta Magna, com a finalidade de promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, no artigo 205 da Constituição:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Assim, é imperioso alcançarmos um entendimento de como deve ser a educação capaz de promover a finalidade almejada pela sociedade e demonstrada em seu texto constitucional. O entendimento do que é educação não guarda grandes divergências entre autores:

Processo vital de desenvolvimento e formação da personalidade, a educação não se confunde com a mera adaptação do indivíduo ao meio. É atividade criadora e abrange o homem em todos os aspectos. Começa na família, continua na escola, e se prolonga por toda a existência humana.¹⁵
No sentido mais amplo, educação é um processo de atuação de uma comunidade sobre o desenvolvimento do indivíduo a fim de que ele possa

¹⁵ *Nova Enciclopédia Barsa*. 6. ed. São Paulo: Barsa Planeta Internacional, 2002. p. 298.

A ética empresarial e a responsabilidade social como instrumentos...

atuar em uma sociedade pronta para a busca da aceitação dos objetivos coletivos. Para tal educação, devemos considerar o homem no plano físico e intelectual consciente das possibilidades e limitações, capaz de compreender e refletir sobre a realidade do mundo que o cerca, devendo considerar seu papel de transformação social como uma sociedade que supere nos dias atuais a economia e a política, buscando solidariedade entre as pessoas, respeitando as diferenças individuais de cada um.¹⁶ [Educação é o] processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando à sua melhor integração individual e social.¹⁷

Todos esses conceitos expressam que, formalmente, a educação é o desenvolvimento de capacidades intelectuais, físicas e morais, formando o intelectual e o ético, predicados do ser humano. Mas existe um hiato entre as conceituações e a realidade, como dizia Paulo Freire, citado por Bittar:

Esta nos parece uma das grandes características de nossa educação. A de vir enfatizando cada vez mais em nós posições ingênuas, que nos deixam sempre na periferia de tudo o que tratamos. Pouco, ou quase nada, que nos leve a posições mais indagadoras, mais inquietas, mais criadoras. Tudo ou quase tudo nos levando, desgraçadamente, pelo contrário, à passividade, ao conhecimento memorizado apenas que, não exigindo de nós elaboração ou reelaboração, nos deixa em posição de inautêntica sabedoria.¹⁸

Formalmente, a educação, como instrumento de desenvolvimento humano, é o oposto da ignorância, mas é preciso determinar qual a abrangência da significação de ignorância. Por ignorância, podemos abranger apenas aqueles que não desenvolveram a habilidade de reconhecer os sinais gráficos que representam a linguagem, mas podemos ampliar o conceito para alcançar a significação de que ignorância é a ausência de informações que impossibilita a consciência crítica, que não promove sua autonomia, que possibilita a manipulação do indivíduo. Parece-nos que a ignorância que a educação tem o objetivo de eliminar é a ignorância que não gera a independência, e, logicamente, com a visão mais ampla possível.

Que a educação é elemento essencial para a redução de desigualdades, isso já é sabido com amplo consenso, conforme Barros e Mendonça, citado por Arruda:

O Brasil não é somente um dos países do mundo com o mais alto grau de desigualdade em educação, mas também um dos países com a maior

¹⁶ PAMPLONA, Kelma J. E. *Conceito de educação*. Disponível em: <<http://www.paraibanews.com/columnistas/conceito-de-educacao/>>. Acesso em: 26 maio 2008.

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 718.

¹⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. Barueri: Manole, 2004. p. 85.

sensibilidade dos salários ao nível educacional do trabalhador. Estes dois fatores em conjunto levam a que a contribuição da desigualdade educacional para a desigualdade salarial no Brasil seja, também, uma das mais elevadas do mundo.¹⁹

Em recente levantamento realizado pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) da Universidade de São Paulo (USP), com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), em 1981 uma pessoa tinha um salário 16,4% maior que outra com um ano de escolaridade a menos, e em 2006 essa diferença caiu para 11,3%. A pesquisa considerou para o estudo homens de 25 a 60 anos, e demonstra claramente a importância da educação na redução das desigualdades.

Formalmente, essa premissa é considerada pelo atual governo brasileiro ao implementar um Plano de Desenvolvimento da Educação e afirmar em documento intitulado (MEC, p. 5) “princípios, razões e programas” que: “ não há como construir uma sociedade livre, justa e solidária sem uma educação republicana, pautada pela construção da autonomia, pela inclusão e pelo respeito à diversidade”.

Também é importante ressaltar que o próprio governo brasileiro reconhece que ainda temos uma diferença entre a concepção sobre teoria da educação e a realidade fática. Esse reconhecimento é a própria razão da existência de um plano para superar tal situação.

100

A busca de uma melhor qualidade da educação é questão fundamental, mas igualmente relevante é a elevada taxa de analfabetismo acima de 10% em 2006, segundo dados do Instituto de Pesquisas e Economia Aplicada (Ipea), e mais grave ainda são as altas taxas de analfabetismo entre jovens de 15 a 24 anos, notadamente nas regiões Norte e Nordeste, alcançando índices superiores a 5% e superando 11% no Nordeste para os jovens na faixa etária de 25 a 29 anos. Nas regiões Sul e Sudeste, o analfabetismo entre jovens é residual, com percentuais inferiores a 1%.

Em uma análise inicial, vemos demonstrado por esses dados que a existência de desigualdades regionais é ainda expressiva, e que, mesmo com os recursos aplicados, com a implantação de políticas unificadoras, com planos de desenvolvimento e legislações com conteúdo louvável, o Estado brasileiro não tem conseguido garantir o direito à educação. Estamos ainda mantendo um sistema que no passado não garantiu um mínimo necessário ao desenvolvimento humano com um elevado nível de analfabetos.

Bittar reconhece um esforço que denomina de “desconstruindo os muros entre governo e sociedade civil”, ofertando uma educação ética e construída a partir do aprimoramento de uma educação libertadora, afirmando:

A educação libertadora, aquela que se deseja para o Brasil, é a educação capaz de provocar a liberdade do povo de sua condição de, sob imperativos

¹⁹ ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*, p. 170.

A ética empresarial e a responsabilidade social como instrumentos...

de baixa-estima e de dominação, ser considerado apaziguado para servir às grandes potências econômicas. A educação, portanto, tem um papel fundamental na afirmação da cidadania brasileira, na medida em que se encontra submersa nesse comportamento ético-social com as condições históricas da brasilidade.²⁰

Ainda é preciso que a educação reduza a ignorância no seu sentido mais amplo, e possibilite oferecer condições àquele que com menores recursos financeiros deve acessar as oportunidades do mercado de trabalho, assim cumprindo o papel constitucional estabelecido. Mas muito precisamos avançar para disponibilizar educação de qualidade que seja capaz de alterar o perfil da distribuição de renda.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, concluímos que a moral é elenco de regras de conduta requeridas de pessoas ou grupos em determinado momento. Vimos a moral como produto de um contexto histórico e cultural de um grupo – tendo esse grupo a abrangência que tiver – que adotou um elenco de regras pela sua reiteração.

Já a ética é uma ciência que estuda sistematicamente a ação autônoma do ser humano e sua capacidade de confronto com a prática reiterada e forças externas atuantes.

A ética tem como conteúdo a moral, pois é a partir das práticas reiteradas, aceitas e prescritas pela sociedade que inicia sua análise, elabora críticas, mensura e provoca discussões, que culminam em uma contribuição para o fortalecimento da moral. Portanto, a moral e a ética têm uma relação que não permite sua desvinculação, pois ambas se constituem mutuamente. Suas interações são de ordem estrutural, pois a ética não teria objeto e a prática reiterada não teria como se desenvolver ao longo do tempo.

A ética empresarial – que estuda as morais empresariais – fortaleceu-se, a partir do desenvolvimento de estudos acadêmicos, como um dos mecanismos capazes de enfrentar problemas de corrupção, fraudes, e outras mazelas causadas pelo individualismo, concorrência, calculabilidade econômica, e ainda diante do contexto empresarial contemporâneo, que se apresenta em uma concorrência monopolista. Essa ética instrumentaliza os consumidores a efetuar substituições, boicotes, por meio de associações de defesa de consumidores, exposição na mídia, ressarcimento junto ao Poder Judiciário. Mas as ameaças continuam a reduzir as propriedades de tais mecanismos, como a concentração de capital, as exceções ao Estado Democrático de Direito, e os regimes políticos totalitários. O contexto empresarial contemporâneo se apresenta de forma ainda a privilegiar a busca do lucro, mas com mecanismos capazes de alterar essa relação de forças.

²⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*, p. 105.

A responsabilidade social das organizações está fortemente conectada com uma nova estrutura de relacionamento com os clientes, em uma realidade em que os consumidores estão conscientes, com organizações próprias, que assumem um caráter político, na medida em que se expressam no boicote de determinados produtos que não tenham embutidos valores éticos, não só na relação da empresa com seus públicos internos, mas também com o meio ambiente.

A responsabilidade social empresarial é, portanto, um compromisso com um novo paradigma ético nos negócios, de maneira a construir e combinar o resultado imediato da produção no retorno dos investimentos de capital, combinado com a qualidade de vida atual e futura, não só na relação com o público imediato, mas em relação à sociedade de maneira geral.

Mas foi importante compreender que ações buscando crescimento econômico não foram suficientes para reduzir desigualdades e formar estruturas capazes de alterar o ciclo de ampliação de desigualdades sociais. Índices de crescimento econômicos não são sinônimos de desenvolvimento econômico, sendo necessário o desenvolvimento de outros indicadores, como o IDH e o IDS, para serem instrumentos de demonstração da necessidade de alteração da realidade.

A educação é um eficiente instrumento capaz de alterar a desigualdade social, pois, com a redução da ignorância, com a ampliação da consciência de consumidor, de cidadão, poderemos ampliar o acesso daqueles com menores condições financeiras e sociais ao mercado de trabalho, e com esse acesso ao mercado de trabalho, promover a redução da desigualdade salarial.

A sociedade contemporânea tem ampliado a exigência de ética empresarial e responsabilidade social em atendimento à exigência da ordem econômica prevista em nossa Carta Magna, mas principalmente como instrumento capaz de realizar uma sociedade justa, fraterna e pluralista, gerando desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lucia de Arruda; MARTINS Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003. 439 p.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 545 p.

ARRUDA, Maria Cecília Coutinho de. *Fundamentos de ética empresarial e econômica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 222 p.

ASHLEY, P. A. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 178 p.

BEDÊ, Marco Aurélio. O OAC e o crescimento da economia brasileira. *Integração: Ensino, Pesquisa e Extensão*. São Paulo, n. 52, p. 33-41, mar. 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 607 p.

- _____. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. Barueri: Manole, 2004. 268 p.
- _____. *Curso de ética jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. 547 p.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 716 p.
- CURI, Ivan Guérios (Org.). *Estudos de teoria geral do direito*. Curitiba: Juruá, 2006. 213 p.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2.128 p.
- FERREL, O. C. et al. *Ética empresarial: dilemas, tomadas de decisões e casos*. Tradução de Maria Cecília Coutinho de Arruda. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2001. 420 p.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 391 p.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 306 p.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 620 p.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análises das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. 368 p.
- MARQUES, Maria Rúbia Alves. Formação de professores e políticas educacionais: perspectivas da atualidade. *Evidência: Olhares e Pesquisa em Saberes Educacionais*. Araxá, n. 3, p. 129-141, 2007.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo, 2003. 310 p.
- MINISTÉRIO da Educação-MEC. Plano de Desenvolvimento da Educação – PDE. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/livromiolov4.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.
- NOVA Enciclopédia Barsa. l. 5 v.
- PAMPLONA, Kelma J. E. *Conceito de educação*. Disponível em: <<http://www.paraibanews.com/colunistas/conceito-de-educacao/>>. Acesso em: 26 maio 2008.
- RAMPAZZO, Lino. *Metodologia científica: para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2005. 141 p.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 922 p.
- SERRANO, Pablo Jiménez. *Epistemologia do direito: para uma melhor compreensão da ciência do direito*. Campinas: Alínea, 2007. 119 p.
- _____. *Interpretação jurídica: o método lógico de interpretação do direito e suas normas*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. 200 p.
- _____. *Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica: manual destinado à requalificação da atividade e da pesquisa científica nas universidades*. Barueri: Manole, 2003. 179 p.
- SROUR, Robert Henry. *Ética empresarial: a gestão da reputação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. 411 p.
- TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de. O FUNDEB e o novo modelo de financiamento educacional. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 44, p. 429-437, ago. 2007.

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

SUMARÍSSIMO PROCEDURE

Maria Cláudia Salles Nogueira*

RESUMO

Abordar o procedimento sumaríssimo, em que pese não ser um assunto que desperta grandes controvérsias no mundo jurídico, tem por objetivo comentar algumas questões do dia-a-dia que ainda causam dúvidas sobre a sua aplicação e a tramitação de seu rito, e trazer parcas discussões dignas de grandes doutrinadores. Na prática, verifica-se que os juízes consideram o valor da causa o requisito obrigatório das petições iniciais, pois se trata do elemento determinante para fixação da tramitação do rito. Contudo, doutrinadores ainda discutem sobre a obrigatoriedade desse requisito, já que o artigo 840 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não o fixa como essencial. Obrigatório ou não, o fato é que pedidos que somem até 40 salários mínimos seguem o rito sumaríssimo com todas as peculiaridades trazidas pela Lei n. 9.957/2000, que introduziu artigos na Consolidação das Leis do Trabalho. O rito sumaríssimo, quando introduzido no campo processual, tinha por pretensão trazer maior celeridade à Justiça do Trabalho, que até o ano de 2000 contava apenas com o rito ordinário e o sumário. No que tange à celeridade, para algumas metrópoles e capitais, a tramitação tanto das reclamações trabalhistas como dos recursos segue os prazos assinalados, contudo em outras cidades, como a de São Paulo, a redução do prazo ainda é muito imperceptível, não havendo mudanças que possam ser diferenciadas pelo jurisdicionado.

Palavras-chave: Valor da causa; Celeridade processual; Poucas mudanças.

ABSTRACT

Addressing the *sumaríssimo*¹ procedure (less requirements, faster), in spite of not being an issue that arouses great controversy in the legal world, aims

* Advogada. Ex-professora de Direito e Processo do Trabalho para cursinho preparatório para a OAB/SP. Graduada na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pós-graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em Direito e Processo do Trabalho. Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em Relações Sociais – Direito do Trabalho. O presente trabalho foi realizado com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

¹ Não foi encontrado um termo similar na língua inglesa. Uma tradução possível seria *summary and fast proceedings*.

to comment on some matters of everyday life that have caused doubts about the implementation and conduct of its ritual and bring meager discussion worthy of great legal writers. In practice, it appears that judges consider the value of the relevant requirement of the application, due to its the determining factor in setting the course of the rite. However, the legal writers also discuss this requirement, since Article 840 of the Consolidation of Labor Laws not fixed as essential. Mandatory or not, the fact is that applications that vanish up to forty minimum wages below the rite *sumaríssimo* with all the peculiarities introduced by Law 9957/2000 which introduced articles in Consolidation of Labor Laws. The rite *sumaríssimo* when introduced in the procedure was to move more quickly to bring the Labor Court, which until the year 2000 had only the ordinary rite and summary. Regarding the speed, for some cities and capital, the procedures following the time indicated, however in other cities such as São Paulo, the reduction of the period is still very soon, with no changes that might be perceived by the courts.

Keywords: Value of the case; Procedural speed; Few changes.

1. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA E O VALOR DA CAUSA

A reclamação trabalhista, ao ser distribuída, pode ser feita sobre três ritos: sumário ou de alçada, sumaríssimo, e ordinário. O rito é definido de acordo com o valor que se atribui à causa.

106

VALOR DA CAUSA	RITO
Até 2 salários mínimos	sumário
De 2 a 40 salários mínimos	sumaríssimo
Acima de 40 salários	ordinário

Em que pese não fazer parte dos requisitos da reclamação trabalhista formulada por escrito, que, pelo § 1º do artigo 840, necessita indicar apenas o juiz da Vara a quem se dirige a petição, a qualificação das partes, fazer uma breve exposição dos fatos resultantes da demanda, conter o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou seu representante, o valor da causa é requisito essencial à petição inicial por aplicação subsidiária do inciso V do artigo 282 do Código de Processo Civil (CPC)².

O valor da causa, segundo o artigo 259 do CPC³, terá por base a cobrança do valor devido pela reclamada, que compreende: a soma do valor principal, da pena

² “Art. 282. A petição inicial indicará: (...) V – o valor da causa;”

³ “Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será: I – na ação de cobrança de dívida, a soma do principal, da pena e dos juros vencidos até a propositura da ação; II – havendo

e dos juros vencidos até a propositura da ação. Pode o valor da causa ser formado pela soma de todos os pedidos, ou, havendo pedidos alternativos, prevalecer como valor da causa o de maior valor; havendo pedido subsidiário, atribui-se como valor da causa o valor do pedido principal.

O valor deve ser atribuído mesmo que seja apenas uma estimativa⁴. Mas, para Sérgio Pinto Martins⁵, ainda que o valor seja estimado, não se pode falar em valor para fins de alçada ou para efeito de custas processuais, pois há falta de norma legal dispondo nesse sentido.

No entanto, ao contrário do que defende Sérgio Pinto Martins, há súmulas do STF⁶ e do TST⁷ que dispõem sobre a fixação da alçada, apenas orientando no sentido de que esta fixação deve ser efetuada quando do ajuizamento da ação e não quando da prolação da sentença.

Mas na prática, quando se atribui um valor à causa sem ter havido a correta apuração dos pedidos e a sua soma, com aplicação de juros e correção monetária tal como determina o inciso I do artigo 259 do CPC, a estimativa do montante é justamente para se definir a alçada e, portanto, sob qual rito a reclamatória trabalhista tramitará até para que haja a correta interposição de recurso pelo sucumbente. Não há dúvidas de que o valor atribuído à causa por estimativa, em que pese não ser este o determinante para o recolhimento dos valores de custas e depósito recursal, é utilizado pelo juiz como parâmetro de fixação de valores na sentença condenatória, que pode ser igual, maior ou menor que o valor inicialmente atribuído; e esses valores serão utilizados como base de cálculo aos recolhimentos da fase recursal, evitando a deserção.

Segundo Sérgio Pinto Martins, “o valor da causa é fundamental na petição inicial, para que o reclamado possa saber quanto o autor pretende receber, proporcionando defesa à ré e inclusive facilitando a conciliação em audiência, que é o fim primordial da Justiça do Trabalho”⁸.

cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles; III – sendo alternativos os pedidos, o de maior valor; IV – se houver também pedido subsidiário, o valor do pedido principal; V – quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato;”

⁴ “Art. 258. A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.”

⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 241.

⁶ Súmula n. 502 do STF: “Na aplicação do art. 839 do Código de Processo Civil, com a redação da lei 4290, de 5/12/1963, a relação valor da causa e salário mínimo vigente na capital do estado, ou do território, para o efeito de alçada, deve ser considerada na data do ajuizamento do pedido”.

⁷ Súmula n. 71 do TST: “ALÇADA. A alçada é fixada pelo valor dado à causa na data de seu ajuizamento, desde que não impugnado, sendo inalterável no curso do processo”.

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros, p. 240.

Sobre a importância da fixação do valor da causa, o autor é acompanhado por outros, como Francisco Antonio de Oliveira, Amador Paes de Almeida e Valentin Carrion.

Carlos Henrique Bezerra Leite⁹ defende que o valor da causa é requisito obrigatório apenas para as causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, por força dos artigos 852-A¹⁰ e 852-B, inciso I e § 1º¹¹, da CLT. Já nas causas de procedimento sumário e ordinário, entende o autor que a fixação do valor cabe ao juiz, que deverá determiná-lo antes de iniciar a instrução processual para que se fixe em qual alçada o processo tramitará, segundo determinação do artigo 2º da Lei n. 5.584/70¹². Completa dizendo que, ainda que durante a instrução processual o valor da causa permaneça omissis, deve o juiz fixá-lo em sentença, até para que se possibilite a confecção de recurso, que possui suas peculiaridades de acordo com o rito processual em que os autos tramitaram.

Wagner Giglio compartilha de entendimento similar ao de Carlos Henrique Bezerra Leite, quando em sua obra afirma que:

A lei que instituiu o rito sumaríssimo (9.957, de 12.01.2000) não previu expressamente que a parte deveria dar valor à causa, na petição inicial, mas exigiu que fosse indicado o 'valor correspondente' do pedido (CLT, art. 852-B, I), sob pena de arquivamento do feito e condenação nas custas calculadas 'sobre o valor da causa', o que equivale a obrigar a parte, indiretamente, a fornecer o valor da causa.¹³

Segundo Wagner Giglio, "continua a prevalecer o rito ordinário em tudo o que não foi objeto de regulamentação pelo rito sumaríssimo"¹⁴.

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 347.

¹⁰ "Art. 852-A. Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo" (incluído pela Lei n. 9.957, de 12.01.2000).

¹¹ "Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo: [Incluído pela Lei n. 9.957, de 12.1.2000] I – o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente (...)."

§ 1º O não atendimento, pelo reclamante, do disposto nos incisos I e II deste artigo importará no arquivamento da reclamação e condenação ao pagamento de custas sobre o valor da causa."

¹² "Art 2º Nos dissídios individuais, proposta a conciliação, e não havendo acordo, o Presidente da Junta ou o Juiz, antes de passar à instrução da causa, fixar-lhe-á o valor para a determinação da alçada, se este for indeterminado no pedido."

¹³ GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 13 ed., p. 159. Apud SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2006. p. 295.

¹⁴ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. rev., ampl., atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367.

Renato Saraiva¹⁵ defende que a Lei n. 9.957/2000, que introduziu o rito sumaríssimo na Consolidação das Leis do Trabalho, foi a responsável pela inclusão obrigatória do valor da causa na petição inicial, pois é necessário que se defina sob qual procedimento o processo tramitará, e isso só será possível após a fixação do montante.

Por óbvio, assumir esta posição significa adotar o valor da causa como um dos requisitos obrigatórios da petição inicial por aplicação subsidiária do artigo 282 do CPC, e a falta de um desses elementos é motivo para a emenda da exordial, sob pena de indeferimento da petição e extinção do processo sem o julgamento do mérito, segundo a combinação do inciso I do artigo 295¹⁶ com o inciso I do artigo 267¹⁷, ambos do Código de Processo Civil.

Mesmo que a parte tenha atribuído um valor apenas para definir o rito de tramitação, se, pela avaliação do juiz, este valor estiver propositadamente aquém do montante pretendido pelo reclamante, somente para que seja recolhido menos custas em caso de recurso ou se impossibilite a interposição de recurso no caso de causas ajuizadas de acordo com o rito sumário, segundo Sérgio Pinto Martins¹⁸, pode o juiz de ofício retificar o valor da causa quando observar que não foram preenchidos os requisitos do artigo 259 do CPC.

O autor acompanha o mesmo entendimento doutrinário de outros, como José Carlos Barbosa Moreira, Hélio Tornaghi, Arruda Alvim e Manoel Antonio Teixeira Filho.

Quando o valor da causa é atribuído pelo reclamante, o momento processual para a sua impugnação é no ato da apresentação da defesa, que, no caso de reclamações trabalhistas, dá-se na primeira audiência. Pode a impugnação ser realizada por preliminar ou em peça autônoma, e nem por isso será atuada separadamente como ocorre no processo civil, tampouco terá sua análise em período anterior à prolação da sentença de mérito, mas, sim, ao mesmo tempo.

Contudo, pelo entendimento de Sérgio Pinto Martins, se não houve a fixação do valor por petição inicial e também não restou frutífera a conciliação, meio pelo qual seria desnecessário fixar um valor de causa, o valor deve ser fixado pelo juiz antes da instrução, e as partes têm o direito de impugná-lo em razões finais para que então possa ser novamente discutida a questão em sede de recurso.

¹⁵ SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*, p. 295.

¹⁶ “Art. 295. A petição inicial será indeferida: [redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973] I – quando for inepta; [Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973].”

¹⁷ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [Redação dada pela Lei n. 11.232, de 2005] I – quando o juiz indeferir a petição inicial;”

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*, p. 242.

Entendemos que a fixação do valor é permitida apenas nas causas cuja tramitação se dará pelo rito sumário, pois, caso contrário, nas ações pelo rito sumaríssimo, poderá o processo ser arquivado por falta de cumprimento ao disposto no inciso I do artigo 852-B da CLT.

Salienta-se que, para as ações de procedimento sumário, após a impugnação em razões finais e o seu não-acolhimento por ocasião da sentença, pode o impugnante requerer ao presidente do tribunal uma “revisão da decisão”, que deve ser analisada em 48 horas, funcionando como uma espécie de recurso, denominado de recurso de revisão¹⁹.

2. INTRODUÇÃO AO RITO SUMARÍSSIMO

Desde as *Ordenações Afonsinas*, há notícias de que causas com valor reduzido tinham um procedimento mais célere, posto que não precisavam se submeter ao mesmo trâmite demorado e complexo que outras causas requeriam.

Como já mencionado, o rito sumaríssimo foi incluído no processo do trabalho por força da Lei n. 9.957/2000, que teve sua origem no Projeto de Lei n. 4.693-B de 1998, responsável pela introdução dos artigos 852-A a 852-I da CLT, vigentes desde 13 de março de 2000. Além disso, foram acrescentados parágrafos e incisos ao artigo 895, o § 6º ao artigo 896, e o artigo 897-A com parágrafo único. Este último não é aplicável apenas para o processo de tramitação pelo rito sumaríssimo, mas também aos de procedimento ordinário.

Muitos dos artigos tiveram por base a Lei n. 9.099/95, que é aquela aplicável aos Juizados Especiais e que traz trâmites mais céleres de acordo com os reduzidos valores das causas (até 40 salários mínimos).

Para Carlos Henrique Bezerra Leite²⁰, o procedimento sumaríssimo não extinguiu o procedimento sumário previsto na Lei n. 5.584/70, por não haver revogação expressa no corpo da nova lei e por inexistir qualquer incompatibilidade entre os dois textos legais que possa culminar numa revogação tácita. Para o autor, as duas leis prezam pela mesma ideologia, qual seja, tornar o trâmite processual mais célere para os processos que discutam valores menores.

¹⁹ Lei n. 5.584/70 – art. 2º: “(...) § 1º Em audiência, ao aduzir razões finais, poderá qualquer das partes impugnar o valor fixado e, se o Juiz o mantiver, pedir revisão da decisão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ao Presidente do Tribunal Regional. § 2º O pedido de revisão, que não terá efeito suspensivo, deverá ser instruído com a petição inicial e a Ata da Audiência, em cópia autenticada pela Secretaria da Junta, e será julgado em 48 (quarenta e oito) horas, a partir do seu recebimento pelo Presidente do Tribunal Regional”.

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 258.

3. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Sérgio Pinto Martins²¹ elenca alguns princípios do direito processual em geral que são aplicáveis à tramitação do rito sumaríssimo:

3.1 Princípio da celeridade

Tem por objetivo tornar mais célere o procedimento ordinário, que era o único possível pela CLT.

3.2 Princípio da oralidade

Não se pode afirmar ser um princípio exclusivo desse rito, mas também aplicável a ele, posto que a contestação, a prova e as razões finais ainda são orais.

3.3 Princípio da concentração dos atos na audiência

Este princípio prima pelo fato de que todos os atos processuais se dão em audiência, desde a apresentação da contestação até a sentença. Contudo, na prática, na sua grande maioria, a sentença é confeccionada pelo juiz em data diversa da audiência e publicada a intimação dos patronos em diário oficial.

3.4 Princípio da economia processual

Ouso dizer que este é mais um princípio que pode ser aplicado ao rito sumaríssimo por ser tão essencial quanto os demais.

Alguns autores inserem, conjuntamente, esse princípio e o da celeridade. Por óbvio, a economia de atos desencadeia a celeridade dos procedimentos, mas, a concordar com tais autores, o princípio da celeridade estaria inserido no princípio da concentração dos atos na audiência.

Verificamos o princípio da economia processual já na designação de audiência, a qual é una, posto que todas as fases do processo se concentram em uma única audiência. A sentença é diferenciada, e seu detalhamento será abordado no item que trata das características do rito sumaríssimo. Além disso, há economia de procedimentos também na fase recursal, mais propriamente na tramitação do recurso ordinário, o qual requer uma distribuição mais rápida que a de recursos processados por outros procedimentos.

3.5 Princípio da persuasão racional do juiz

Wagner Giglio²², quando trata do propósito da Lei n. 9.957/2000 que criou o procedimento sumaríssimo, informa que a lei permite que o juiz julgue a produção

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros, p. 252-254.

²² GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*, p. 367.

de provas com maior liberdade, possibilitando que sua decisão seja por equidade, ou, segundo os mexicanos, julgue “em consciência”.

Com essa sua observação, que parte da simples interpretação da lei que introduziu o § 1º do artigo 852-I da CLT²³, é possível inserir um quarto princípio: o da persuasão racional do juiz.

Na obra de Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco²⁴, esse princípio é aplicável ao direito processual como um todo, mas, diante das considerações de Wagner Giglio, acreditamos encontrar perfeita identidade com o rito sumaríssimo.

Tal princípio é responsável por regular a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos para que o juiz forme sua livre convicção. “Situação entre o sistema de prova legal do julgamento secundum conscientiam”²⁵.

Pelo sistema da prova legal, cada prova recebe um valor inalterável e pré-fixado que o juiz aplica de maneira mecânica. Para julgar segundo sua consciência, pode o juiz decidir com base nas provas produzidas nos autos, sem provas ou até mesmo contra as provas.

A adoção desse princípio com base nessas definições nos faz concluir que o juiz pode decidir sem qualquer critério. Contudo, o juiz não pode se desvincular das provas e dos elementos dos autos para a formação de sua convicção (*quod non est in actis non est in mundo*), que deve ser motivada para que se evitem arbitrariedades. A avaliação da prova deve atender critérios críticos e racionais.

112

4. CARACTERÍSTICAS DO RITO SUMARÍSSIMO

A tramitação de uma reclamatória trabalhista pelo rito sumaríssimo é semelhante à do rito ordinário, sofrendo mudanças apenas naquilo que a Lei n. 9.957/2000 estabeleceu.

Assim, após o recebimento da petição inicial, escrita ou oral reduzida a termo, de acordo com os requisitos do artigo 840 da CLT, o pedido deve ser submetido à análise do juiz para verificação das exigências legais do rito sumaríssimo; se cumpridas, o feito é encaminhado à secretaria da Vara, que designará audiência una no prazo de 15 dias após a distribuição (artigo 852-B, III, da CLT) e notificará a

²³ “Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. [Incluído pela Lei n. 9.957, de 12.01.2000] § 1º O juízo adotarà em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum”.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 67-68.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*, p. 67-68.

reclamada, por via postal, a comparecer naquela data munida de defesa (oral ou escrita) e documentos, acompanhada por um representante da empresa, e se achar necessário, o máximo de 2 testemunhas. Caso não tenha havido o atendimento dos requisitos da lei, o processo deverá ser arquivado por despacho, com base no artigo 852-B, § 2º, da CLT²⁶.

Segundo o artigo em comento, a ação processada pelo sumaríssimo só pode ser arquivada na falta de cumprimento de um ou ambos os requisitos:

- pedido deverá ser certo ou determinado, indicando o valor correspondente (inciso I do artigo 852-B da CLT);
- indicação correta do nome e endereço do reclamado, posto que não haverá a citação por edital (inciso I do artigo 852-B da CLT).

A respeito do inciso I, a discussão já foi feita no item 1 deste trabalho. Já sobre a possibilidade de haver citação por edital no procedimento sumaríssimo, Wagner Giglio entende que, por respeito ao direito de ação, o recebimento de reclamações de pequeno valor sem a indicação do endereço da reclamada, pleiteando a expedição de editais, quando justificada essa forma de citação: em vez do arquivamento, determina-se o processamento da reclamação pelo rito ordinário²⁷.

Muitas vezes, acontece na prática é que, após o arquivamento, nova reclamação é proposta pelo procedimento ordinário para que se possa requerer a citação por edital. Essa tática só não poderá ser adotada se o juiz daquela Vara determinar que os valores dos pedidos sejam apurados com o objetivo de determinar o rito de tramitação, podendo o reclamante passar pelo mesmo problema, pois, com a distribuição eletrônica das iniciais, há uma verificação prévia da propositura de ações trabalhistas anteriores cuja litispendência verificada direciona o novo processo para a mesma Vara do processo antigo.

Não havendo o arquivamento da audiência, por ausência do reclamante ou decretação da revelia e dos efeitos da confissão por ausência da reclamada, após a tentativa de conciliação frustrada e oferecida a defesa oral (20 minutos) ou escrita, é iniciada a instrução, que deve ocorrer numa única audiência.

Wagner Giglio traz em sua obra um roteiro de como a audiência deve ser conduzida:

... ficou o juiz instrutor autorizado a decidir de plano incidentes e exceções (art. 852-G), indeferir provas que reputar desnecessárias (art. 852-D),

²⁶ “Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo: [Incluído pela Lei n. 9.957, de 12.01.2000] (...) § 1º O não atendimento, pelo reclamante, do disposto nos incisos I e II deste artigo importará no arquivamento da reclamação e condenação ao pagamento de custas sobre o valor da causa. [Incluído pela Lei n. 9.957, de 12.01.2000].”

²⁷ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*, p. 371.

ouvir as partes de imediato sobre os documentos oferecidos (art. 852-H, § 1º), e inquirir as testemunhas presentes, até o máximo de duas para cada parte (art. 852-H, § 2º). Na ata da audiência poderão ser resumidamente consignados apenas “os atos essenciais, as afirmações fundamentais das partes e as informações úteis” das testemunhas (art. 852-F). Não há descaracterização do rito (muito menos nulidade), porém, se o juiz determinar sejam registrados mais extensamente os depoimentos.²⁸

Não sendo possível a realização da audiência uma por ser imprescindível ouvir testemunha comprovadamente convidada para aquela audiência, o advogado requererá a intimação das testemunhas (artigo 852-H, § 3º, da CLT) e a necessária realização de provas técnicas (perícia – artigo 852-H, § 4º, da CLT). A manifestação do laudo deve ocorrer no prazo comum de 5 dias. O prosseguimento da audiência e a solução do processo devem ocorrer no prazo de 30 dias, salvo se houver motivo justificado (artigo 852-H, § 7º, da CLT).

Salienta-se que nem sempre haverá a suspensão da audiência para a oitiva de uma testemunha, posto que, se já tiver havido intimação anterior, pode o juiz determinar a sua imediata condução coercitiva (artigo 852-H, § 3º, da CLT).

A sentença, que será prolatada na própria audiência (é sabido que na prática isso não ocorre, pelo menos não em São Paulo), trará os elementos de convicção do juízo, com o resumo dos fatos relevantes, sendo dispensável o relatório (artigo 852-I, *caput* e § 3º, da CLT).

Wagner Giglio faz uma crítica a respeito da sentença com ausência de relatório:

Para obter uma solução mais rápida, não basta resumir a sentença aos fatos essenciais, eliminando o relatório, mesmo porque há limites para a simplificação. O relatório é integrado pelo resumo do pedido e o nome das partes, que não podem ser eliminados, sob pena de não se saber quem foi condenado, o que e quem deve receber.²⁹

4.1 Resumo das características do rito sumaríssimo

- Valor da causa até 40 salários mínimos (art. 852-A da CLT).
- Não se aplica à Administração Pública direta, autárquica e fundacional (art. 852-A, parágrafo único da CLT).
- O juiz deve decidir de plano todas as exceções e incidentes que possam influenciar no prosseguimento do processo (art. 852-G da CLT).
- O pedido deverá ser certo ou determinado, com o correspondente valor (art. 852-B, I, CLT).

²⁸ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*, p. 372.

²⁹ GIGLIO, Wagner D., CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*, p. 372.

- Não haverá citação por edital (art. 852-B, II, CLT). *Observação:* se não houver os corretos valores nos pedidos e se o reclamante não indicar o nome e endereço correto da reclamada, haverá o arquivamento da reclamação trabalhista e a condenação do reclamante ao pagamento de custas sobre o valor da causa, caso não obtenha os benefícios da justiça gratuita.
- Audiência una (conciliação, instrução e julgamento – art. 852-C, CLT) em 15 dias, após o ajuizamento da reclamatória trabalhista (art. 852-B, III, CLT). Caso a audiência seja interrompida (perícia, testemunha que necessariamente deve ser ouvida em outra audiência), a solução do processo deve ser em 30 dias (art. 852-H, § 7º, CLT).
- Máximo de 2 testemunhas (art. 852-H, § 2º, CLT), que não precisam ser arroladas antes como no processo civil (art. 407, CPC); e se comprovadamente convidadas e não comparecerem, cabe intimação (art. 852-H, § 3º, CLT).
- A sentença dispensa relatório e contém apenas os fatos relevantes da audiência (art. 852-I, CLT), da qual as partes saem intimadas (art. 852-I, § 3º, CLT).

5. RECURSOS

O rito sumaríssimo trouxe mudança de tramitação apenas para os Tribunais Regionais, não havendo qualquer alteração no Tribunal Superior do Trabalho. A única questão a respeito do TST importa na matéria que poderá ser abordada quando da interposição do recurso de revista, a qual está sujeita à tramitação normal do procedimento ordinário.

Passemos a analisar cada um desses recursos:

5.1 Recurso ordinário

Nos Tribunais Regionais, é facultado designar uma Turma que seja responsável pelo julgamento dos recursos ordinários que tiveram seu trâmite pelo rito sumaríssimo na primeira instância³⁰.

O recurso interposto será imediatamente distribuído ao relator, sem designação de revisor, devendo o relator liberá-lo no prazo máximo de 10 dias, e a secretaria da Turma deverá colocá-lo na pauta de julgamento imediatamente (artigo 895, § 1º, inciso II da CLT).

Wagner Giglio³¹ entende que a expressão “imediatamente” não significa instantaneamente, mas apenas que os recursos ordinários serão distribuídos à medida

³⁰ “Art. 895 (...) § 2º Os Tribunais Regionais, divididos em Turmas, poderão designar Turma para o julgamento dos recursos ordinários interpostos das sentenças prolatadas nas demandas sujeitas ao procedimento sumaríssimo. [Incluído pela Lei n. 9.957, de 12.01.2000].”

³¹ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*, p. 373.

que cheguem, sem a necessidade de aguardarem o dia normal de distribuição. A colocação em pauta terá preferência, a não ser em casos de *habeas corpus* e mandado de segurança.

A Procuradoria do Trabalho não está obrigada a emitir parecer sobre o caso *sub judice*; se considerar essencial, ela o fará oralmente na sessão de julgamento, com o registro na certidão (artigo 895, § 1º, inciso III, CLT). Esta, com um mínimo de dados (indicação do processo, parte dispositiva e razões de decidir do voto), servirá como acórdão (artigo 895, § 1º, inciso IV, CLT). Caso a sentença da primeira instância seja confirmada pelos próprios fundamentos, basta o registro na certidão de julgamento.

Acredito que, neste último caso, no qual a sentença de primeira instância não sofre qualquer reforma, verifique-se a maior necessidade e ocorrência de oposição de embargos declaratórios, posto que, como o acórdão não aprofundou a matéria, pode haver a dúvida na instância superior se a matéria está devidamente pré-questionada, sendo este um dos requisitos de admissibilidade do recurso de revista. Talvez tenha sido esse o motivo pelo qual o legislador introduziu a matéria pela inclusão do artigo 897-A da CLT, pois, antes da Lei n. 9.957/2000, os embargos declaratórios eram empregados no processo trabalhista por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (artigo 535).

116

5.2 Recurso de revista

O recurso de revista não será admitido na integralidade das hipóteses das alíneas *a*, *b* e *c* da CLT, mas apenas nos casos de ofensa literal à Constituição ou de contrariedade às súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (artigo 896, § 6º, da CLT)³².

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do legislador ao editar a Lei n. 9.957/2000 que criou o procedimento sumaríssimo e o introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho foi o de acelerar o andamento processual das reclusórias trabalhistas. Essa é a conclusão evidente, tal como a Lei n. 5.584/70, que criou o procedimento sumário.

Contudo, os prazos estabelecidos pelo legislador para a tramitação sumaríssima não condizem com a realidade, pelo menos não dos grandes centros, como

³² “Art. 896 Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: [Redação dada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998]: (...) § 6º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República. [incluído pela Lei n. 9.957, de 12.01.2000].”

São Paulo. Em algumas outras localidades, o procedimento ordinário tem tramitação semelhante à aplicação teórica do procedimento sumaríssimo, não tendo havido qualquer modificação, a não ser no que tange aos requisitos que devem ser cumpridos para que não se verifique o arquivamento do processo: pedido certo ou determinado, com a indicação dos valores; e fornecimento de nome e correto endereço da parte reclamada, posto que impossível a citação por edital.

Pode-se dizer que, se um dia este procedimento teve aplicação prática conforme o que está previsto na teoria, sobretudo no que diz respeito ao cumprimento dos prazos processuais impostos, foi totalmente ceifado pelo maior assoberbamento da Justiça Trabalho, resultante da ampliação da sua competência trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

REFERÊNCIAS

BRASIL. <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho: legislação complementar, jurisprudência*. 30. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. rev., ampl., atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2006.

PODER E AUTOPOIESE DA POLÍTICA EM NIKLAS LUHMANN

POWER AND AUTOPOIESIS OF POLITIC SYSTEM IN NIKLAS LUHMANN'S PERSPECTIVE

*Rafael Lazzarotto Simioni**

RESUMO

A política pode ser entendida em várias perspectivas teóricas diferentes. Na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a política é um sistema autopoiético de comunicação que se diferencia dos demais a partir da sua referência ao poder como meio de comunicação. Assim, a política estrutura e dota de sentido todas as ações e decisões que fazem referência ao seu código. Essa perspectiva se torna interessante para a teoria política, especialmente porque ela vai muito além da idéia de política ligada a Estados nacionais. A política acontece em todas as formas de comunicação social que fazem referência ao seu código. Mas uma objeção pode ser feita a essa perspectiva: como pensar suficientemente a política mundial sob o código da diferença entre situação e oposição se esse código estrutura mais o âmbito interno das organizações internacionais do que a comunicação internacional do poder? Por isso, a diferença entre decisores e afetados pela decisão parece complementar a inteligência do poder no campo das políticas mundiais.

Palavras-chave: Política; Poder; Autopoiese; Teoria dos sistemas; Niklas Luhmann.

ABSTRACT

The politic system can be understood on several different theoretical perspectives. From the perspective of Niklas Luhmann, the politic is a autopoietic system of communication which differs from the other from its reference to power as a means of communication. Thus, the political system structure and gives meaning for the all actions and decisions that make reference to your code. This perspective is interesting for political theory, especially because it goes beyond the idea of policy related to national States. The

* Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela UCS. Professor e pesquisador da UCS e Ulbra. E-mail: <rafael@institutoorbis.org.br>.

policy is in all forms of communication that make reference to your code. But an objection can be made to this view, when worked in the code of the political system of society: how the political world think enough under the code of the difference between situation and opposition? Is under the code structure more internal place of international organizations. So the difference between decision makers and affected by the decision seems to complement the intellection of power in the field of world policy.

Keywords: Politic; Power; Autopoiesis; Systems theory; Niklas Luhmann.

1. INTRODUÇÃO

Na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a política é entendida como um sistema de comunicação dotado de clausura operativa, auto-referência e autopoiese. Ao lado de sistemas como o direito, a ciência, a economia, a arte e a religião, a política produz operações sociais específicas, que promovem a sua diferenciação funcional. A especificidade do sistema político da sociedade está no tipo de comunicação que ela produz, qual seja, a comunicação do poder.

Política, poder, força, Estado, são todos conceitos muitas vezes utilizados como sinônimos. Na perspectiva da teoria dos sistemas, é preciso distinguir rigorosamente esses conceitos. A força é um – e apenas um entre vários outros – dos recursos do poder. O poder é o meio de comunicação da política. É a unidade de uma diferença específica que constitui a referência das operações políticas. O Estado é o sistema de organização do poder político. O Estado é o símbolo que designa as organizações que atualizam o primado funcional do sistema político da sociedade. E a política é o sistema que produz e reproduz todas essas operações.

Essa perspectiva abre uma via crítica importante para a teoria política, especialmente porque a concepção da política e do poder como uma forma especial de comunicação permite entendê-los de modo muito mais abrangente do que o caso especial do poder político organizado na forma dos Estados. No âmbito da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o poder acontece em todas as relações de comunicação da sociedade. Não se trata apenas de um recurso do poder político estatal. Tampouco está ligado a ações baseadas em coações irresistíveis. O poder está exatamente na conexão entre ações, decisões ou comunicações sociais, na forma de um tipo especial de comunicação que vincula as comunicações ulteriores de um modo muito mais sutil – e muito mais ideológico – do que as teorias críticas da década de 1970 puderam observar.

No que segue, enfrentar-se-á a conceitualização da política na perspectiva teórica de Niklas Luhmann. Importante salientar que o poder, na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, não constitui um sistema da sociedade. O poder é um meio de comunicação simbolicamente generalizado, que disponibiliza à sociedade uma forma específica de comunicação para resolver o problema social

de coordenação de ações. Com base no desenvolvimento desse meio de comunicação simbolicamente generalizado, na modernidade estruturou-se um sistema de comunicação operativamente fechado, dotado de autopoiese, que é o sistema político da sociedade.

Política e poder, portanto, são coisas diferentes na modernidade. O poder é o meio de comunicação que estrutura o sistema político da sociedade. Assim, a política opera de modo recursivo com base no poder, ao mesmo tempo em que o poder disponibiliza as formas de comunicação do sistema político. Por isso é importante ter presente que o poder, enquanto meio de comunicação do sistema político, não é um recurso social exclusivo do poder político estatal.

2. CLAUSURA OPERATIVA E AUTOPOIESE DO SISTEMA POLÍTICO

Desde Aristóteles se tem uma definição de política como uma forma de organização social que divide partes dominantes e partes dominadas¹. Entre os súditos e as autoridades se encontra então a idéia de Estado do mundo grego. Uma hierarquia organizada na forma de cadeias hierárquicas que iam dos súditos até os imperadores, para os quais o poder estava fundamentado em uma delegação divina ou natural.

Uma sociedade baseada em estratos tinha que estar também politicamente organizada em estratos. Mas a passagem da forma estratificada de sociedade para uma forma de sociedade funcionalmente diferenciada permitiu, mais ou menos a partir do século XVI, a concentração da comunicação do poder na forma da política como um sistema autopoietico. Um sistema/função político então se desenvolveu ao lado de sistemas como o direito, a ciência, a economia etc. E tal como os demais sistemas/funções da sociedade, também a política se diferenciou funcionalmente mediante sua referência a um código binário especificamente político, com exclusão de outras possibilidades.

Segundo Luhmann, o código que constitui a unidade operativa da autopoiese do sistema político da sociedade é a diferença entre governo (ou situação) e oposição². A política opera com referência a essa diferença irreduzível entre governo e oposição. Assim, no âmbito da comunicação política, o poder se torna organizado

¹ Na *Política* de Aristóteles, Livro II, Capítulo I, § 6º, pode-se ler: “como perpetuar-se no poder não é compatível com a igualdade natural, e além disso sendo justo todos participarem dele, já tido como um benefício, já como um malefício, deve-se imitar essa faculdade de alternar no poder que os homens iguais uns aos outros se facultam, de igual modo como antes o receberam. Assim sendo, uns mandam, outros obedecem, de modo alternado, como se se transformassem em outros homens” (ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 39).

² LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 57.

na forma da diferença entre poder do governo, de um lado, e poder da oposição, de outro.

A partir desse código, o sistema político pode distribuir as alternativas de decisão entre o governo e a oposição, de modo que as decisões políticas, coletivamente vinculantes, passam a ser tomadas pelo governo, ao mesmo tempo em que as idéias sobre as alternativas possíveis de decisão passam a ser condensadas na oposição³. O governo decide, e a oposição serve como ponto de referência reflexivo a respeito das outras possibilidades de decisão que o governo decidiu preterir.

O meio de comunicação do poder, como todos os demais meios de comunicação simbolicamente generalizados, garante uma seletividade especificamente política na construção social da realidade. Com base na comunicação do poder, o mundo torna-se dividido entre cumprimento e descumprimento de pretensões de poder – ou simplesmente “poder/não-poder”⁴. A partir dessa diferença, todos os demais sentidos possíveis já não contam como realidade. Todo o resto da realidade fica alocado no ambiente do sistema político, diante do qual o poder só pode reagir mediante operações próprias, isto é, mediante mais atos de poder.

Em outras palavras, a partir do código do poder, todos os demais sentidos possíveis da realidade ficam atribuídos ao ambiente do sistema político. E exatamente em razão dessa seletividade, a política conquista um isolamento operacional capaz de permitir o seu desenvolvimento com autonomia em relação aos demais sistemas da sociedade.

Assim, a política conquista autopoiese. Conquista a possibilidade de produzir operações de poder baseadas nas operações de poder imediatamente precedentes. Uma auto-referência operativa como essa exige uma abertura para as operações do ambiente, a qual se estabelece por meio de programas políticos, como aqueles que vão dos programas políticos do Estado de Bem-Estar Social até os planos de gestão estratégica das organizações empresariais.

3. TRANSFORMAÇÕES NA MODERNIDADE

Segundo Luhmann, na sociedade estratificada – típica da Idade Média –, a política operava com base em um esquema bidimensional, organizado na forma de dois valores hierárquicos: em cima e embaixo. O código do poder político, nesse

³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Flipe Segura. Ciudad del México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005. p. 487.

⁴ LUHMANN, Niklas. *Potere e codice politico*. Tradução de Gustavo Gozzi. Milano: Feltrinelli, 1982; _____. *Poder*. Tradução de Luz Mónica Talbot e Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1995.

modo estratificado de organização, era a diferença entre mando e obediência⁵. Mando de cima para baixo e obediência de baixo para cima.

Mas a passagem das sociedades estratificadas para a sociedade funcionalmente diferenciada – típica da modernidade – produziu uma transformação significativa no sistema político. Dos dois valores “em cima/embaixo”, a diferenciação funcional gerou a introdução de mais um valor, formando uma tríplice diferenciação entre política, administração e público, a partir da qual apenas no interior de cada uma dessas distinções a política manteve o código hierárquico do “mando/obediência”⁶.

Essa reestruturação do sistema político, contudo, ocorreu de modo gradual. Primeiro, foi a divisão do Estado. Depois, a separação de poderes do modelo do Iluminismo burguês. E somente com a separação dos poderes tornou-se então possível uma democratização do sistema político, que conduziu à criação de uma nova referência politicamente relevante: a opinião pública.

A opinião pública passou a se tornar uma referência relevante não só porque influencia as decisões políticas do Estado, mas também porque participa dessas decisões, comandando inclusive o resultado das eleições. A opinião pública se torna uma referência comunicativa que não pode mais ser desprezada pela política do Estado, pois agora a agenda política do Estado não é mais preenchida apenas pelo chefe do governo, mas também pela opinião pública, que é conduzida, gize-se, pelos meios de comunicação de massa.

Diferenciando-se o Estado da opinião pública, surgem novas formas de mediação dessa diferença. A partir do século XIX, aparecem organizações para fazer essa mediação: os partidos políticos. Uma comunicação especificamente política logo se desenvolve por meio dos partidos políticos. Através deles, estabeleceu-se uma mediação comunicativa entre a opinião pública e o Estado. Em outras palavras, os partidos políticos surgem exatamente como formas de acoplamento estrutural entre a opinião pública e o Estado. Nessas condições, o próprio Estado já não pode mais ser entendido em seu sentido tradicional de sistema político.

A partir dessa reestruturação da política, o Estado passa a assumir a forma de uma organização dentro do sistema político. O Estado constitui uma forma de organização do poder político⁷, não se confundindo mais com o sistema político; ele, agora, é administração⁸. É um sistema de organização que atualiza o primado funcional do sistema político da sociedade, localizando-se exatamente no lugar da mediação entre a política e a opinião pública.

⁵ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*, p. 62.

⁶ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*, p. 62.

⁷ LUHMANN, Niklas. *Stato di diritto e sistema sociale*. Tradução de Flavio Spalla. Napoli: Guida, 1990.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*, p. 63.

Assim, o Estado deixa de “fazer política” no sentido tradicional e passa a orientar-se a seus ambientes criados em seu próprio interior: a opinião pública e a política. E isso significa que, diferentemente da estrutura hierárquica da política da Idade Média, o Estado Moderno tem que orientar-se, ao mesmo tempo, segundo a comunicação política da sociedade, de um lado, e segundo a opinião pública, de outro.

Só assim o Estado adquire a possibilidade de ver os problemas que são publicamente relevantes, para tratá-los como assuntos políticos. Em outras palavras, a agenda política de um Estado já não é mais definida somente pelo governo, pois agora, no âmbito da sociedade funcionalmente diferenciada, o Estado tem que defini-la na forma de uma mediação entre as expectativas da opinião pública e a comunicação do poder.

E como a comunicação do poder afeta as expectativas da opinião pública, o sistema político se transforma, da sua forma hierárquica tradicional, para uma forma circular de referências entre a opinião pública, a administração e a política.

4. RECURSIVIDADE E SENSIBILIDADE

A recursividade das operações do sistema político se torna evidente na sociedade contemporânea. A opinião pública influencia as decisões da administração do Estado por meio das eleições e dos demais modos de participação popular. As decisões da administração do Estado se vinculam, por isso, às expectativas da opinião pública, as quais, por sua vez, produzem novamente repercussões nas decisões da administração, e assim sucessivamente.

Essa circularidade dinâmica, contudo, mantém referências também aos limites da comunicação do sistema político. E isso significa que o sistema político mantém uma circularidade entre três referências comunicativas: a opinião pública influencia as decisões da administração do Estado, as quais são tomadas dentro dos limites e prioridades políticas, tendo como orientação as expectativas da opinião pública, que, pelo simples fato de perceber uma decisão da administração, já pode criar novas expectativas para novamente influenciar as decisões da administração⁹.

Uma circularidade tridimensional como essa desloca a comunicação do poder das suas tradicionais formas de circulação hierárquica “de cima para baixo”. As ordens já não são mais simplesmente dadas por uma cúpula central e obedecidas por uma base periférica. A comunicação do poder, agora, circula de modo descentralizado entre opinião pública, administração do Estado e sistema político.

Em outras palavras, a diferença entre cumprimento e descumprimento de uma decisão pode ser observada tanto pela opinião pública quanto pela administração

⁹ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*, p. 64.

do Estado, no âmbito do sistema político. A circulação do poder, portanto, abandona o seu tradicional caminho que o conduzia de cima para baixo e o substitui por um labirinto político entre opinião pública e administração do Estado.

E para percorrer esse labirinto político, pode-se circular em qualquer sentido. O poder pode circular da opinião pública para a administração do Estado, como da administração para a opinião pública, com duas vias de sentido para a circulação do poder a partir das quais se pode optar por circular na via do governo ou na da oposição.

Nessas condições de circularidade tridimensional, o sistema político se torna sensível a qualquer tipo de assunto ou interesse. Qualquer assunto passa a poder ser tratado como um assunto político. Orientada à opinião pública, a administração do Estado (seja no âmbito do governo, seja no do Legislativo) desenvolve uma sensibilidade aos mais diversos temas da comunicação. Praticamente, tudo pode ser incluído no sistema político, desde problemas individuais até problemas ecológicos transnacionais.

Mas, como em qualquer sistema autopoietico, a inclusão de uma comunicação no âmbito do sistema político também produz a reconstrução do seu sentido: quase tudo pode ser incluído na comunicação do sistema político, mas na política o sentido das comunicações passa a ser tratado sob o código da diferença entre governo e oposição¹⁰.

A questão da energia, por exemplo, estabelece um tipo de comunicação social baseada na diferença entre disponibilidade energética e falta de energia. Tanto a disponibilidade energética quanto a falta de energia podem ser igualmente tratadas, na política, como oportunidades do governo e da oposição. Normalmente, a falta de energia fortalece o poder da oposição. E a disponibilidade energética fortalece o governo. Mas não há nenhuma relação linear entre “governo/oposição” e “energia/falta de energia”, pois tanto a disponibilidade energética quanto a falta de energia podem ser utilizadas, no âmbito político, como formas de comunicação que mantêm a circulação do poder sob a ambivalência da tensão entre governo e oposição.

5. FUNÇÃO E PRESTAÇÕES DO SISTEMA POLÍTICO

Uma complicada estrutura comunicativa como essa coloca em foco a questão da função que o sistema político desempenha para a sociedade.

Na perspectiva de Niklas Luhmann, a comunicação do poder se estabelece naqueles tipos de comunicação em que uma ação de alterar provoca a necessidade de uma ação correspondente de ego. Mas a comunicação do poder sempre deixa

¹⁰ LUHMANN, Niklas. Politics and economy. *Thesis Eleven*, n. 53, p. 1-9, maio 1998.

aberta a alternativa entre aceitar ou rejeitar a pretensão de poder. E, por esse motivo, o cumprimento de uma pretensão de poder se torna problemático na sociedade: mesmo quem está submetido ao poder sempre tem a possibilidade de escolher entre cumprir ou descumprir a pretensão de poder.

Em outros termos, na comunicação do poder sempre há a possibilidade do descumprimento de uma ordem. Precisamente para evitar esse problema, o sistema da política organiza a comunicação do poder de modo a desenvolver estruturas capazes de reduzir as alternativas da negação e aumentar as da aceitação do poder.

A função do sistema político se desenvolve, portanto, sobre essa base. Para o problema da contingência na aceitação ou rejeição da pretensão de poder, quer dizer, para o problema da liberdade que sempre existe entre cumprir ou descumprir uma ordem, o sistema político se constrói na forma de uma solução.

A solução desse problema de referência, portanto, constitui a função do sistema político: *produzir decisões coletivamente vinculantes*¹¹. As decisões políticas conquistam, no sistema político, uma forma de organização capaz de generalizá-las para todos os destinatários dessas decisões. Todos os destinatários de uma decisão política ficam, assim, submetidos a essa comunicação do poder.

126

E, uma vez submetidos, toda a coletividade dos destinatários das decisões políticas já se encontra vinculada à comunicação do poder, porque, tanto para quem decide cumpri-las quanto para quem pretende descumpri-las, a decisão política já vinculou a seleção das alternativas na forma da única alternativa entre cumprir ou descumprir a decisão.

Tal como a função de meio simbólico de comunicação produzida pelo poder, também o desempenho da função política de produção de decisões coletivamente vinculantes pressupõe o uso simbólico de vários recursos, em especial o recurso à ameaça do uso da força física¹².

A capacidade de imposição das decisões pressupõe, portanto, uma organização da comunicação do poder na forma de um sistema capaz de efetivar as decisões. Exatamente essa organização do poder político constitui o Estado. E dentre os principais recursos utilizados pela organização estatal do poder político, destaca-se a ameaça do uso da força física.

Naturalmente, existem inúmeras propostas bem intencionadas – normativamente idealizadas – de produção de decisões coletivamente vinculantes pelo

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*, p. 94.

¹² Max Weber já havia destacado que a formação do Estado Moderno só foi possível através da monopolização da força física como um recurso exclusivo do Estado (WEBER, Max. *A política como vocação*. In: _____. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 60-61).

convencimento racional de todos os possíveis atingidos pela decisão¹³. Mas, na prática da comunicação política organizada na forma do Estado, o recurso à ameaça do uso da força física continua sendo o principal meio de imposição efetiva de decisões¹⁴.

Só assim a política mantém a sua identidade funcional como diferença em relação a outros contextos funcionais da sociedade. Somente nessas condições a política pode desempenhar a sua função específica de produzir decisões coletivamente vinculantes.

E precisamente por isso se pode entender a vinculação política das decisões no âmbito dos demais sistemas como a principal prestação que o sistema político desempenha para a sociedade. A economia, por exemplo, precisa de uma taxa de juros oficial para servir de referência às decisões econômicas entre pagar ou não pagar, investir ou não investir. As decisões do Judiciário também precisam do recurso ao monopólio da ameaça de força física do Estado para impor suas decisões.

A função política de produção de decisões coletivamente vinculantes constitui prestações para os demais sistemas da sociedade. A vinculação política de decisões, contudo, não produz verdades científicas, nem correção normativa. Com política não se produz nenhum bem escasso indispensável à sobrevivência; produzem-se apenas decisões coletivamente vinculantes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

127

Uma pequena objeção pode ser feita a essa perspectiva luhmanniana da política: esse código “governo/oposição” vale também no campo da política internacional? Enquanto não houver um governo mundial para o qual existiria então uma oposição, parece que esse código fica restrito ao âmbito das organizações políticas internacionais. No campo da política internacional, o código “governo/oposição” parece ficar restrito ao âmbito de cada um dos sistemas de organização.

Cada organização política internacional tem seu próprio governo e sua própria oposição. Isso significa que, entre as organizações políticas internacionais, a perspectiva da diferença entre governo e oposição pode ceder lugar para a perspectiva da diferença entre decisores e afetados pela decisão política.

¹³ Ver-se, especialmente: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I; _____. *La inclusión del otro*: estudios de teoría política. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999; e _____. *La constelación posnacional*: ensayos políticos. Tradução de Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós, 2000.

¹⁴ Pode-se ler em Luhmann que “La relativa naturalidad con la que este logro funciona entre nosotros, así como la relativa falta de aplicación de la fuerza física, no pueden inducirnos a infravalorar la importancia de este aspecto. Aquí reside la esencia de toda la política, el presupuesto indispensable de la diferenciación de un sistema político y la condición de posibilidad de todas las prestaciones políticas” (LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*, p. 94).

Em outras palavras, no campo das relações políticas entre organizações diferentes, a diferença entre quem decide e quem é possivelmente afetado pela decisão é uma diferença constitutiva das relações políticas internacionais. No âmbito interno das organizações estatais continua valendo o código “governo/oposição”. Mas no âmbito externo, o simples fato de ser um possível afetado por uma decisão externa – quer dizer, uma decisão que não é atribuída nem ao governo, tampouco à oposição – já é suficiente para constituir um motivo político comum capaz de unir as perspectivas do governo com as da oposição¹⁵.

Os problemas das políticas mundiais ilustram precisamente o fato de a diferença entre governo e oposição perder-se diante de problemas imputados a decisões políticas tomadas fora das fronteiras dos Estados nacionais. Como em qualquer sistema de organização, somente os problemas imputados ao ambiente do sistema são capazes de apaziguar os conflitos e divergências entre governo e oposição, unificando seus esforços sob objetivos comuns. Daí ser necessário repensar o papel dos Estados nacionais – especialmente as funções clássicas de controle, compensação das desigualdades e integração social – quando a política já pode ser observada como uma forma de comunicação evidentemente transnacional.

REFERÊNCIAS

128

- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.
- _____. *La constelación posnacional: ensayos políticos*. Tradução de Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós, 2000.
- _____. *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Tradução de Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Flipe Segura. Ciudad del México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. *Poder*. Tradução de Luz Mónica Talbot e Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1995.

¹⁵ Desde Hobbes já se sabe que “graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros” (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2004. p. 144).

Poder e autopoiese da política em Niklas Luhmann

- _____. Politics and economy. *Thesis Eleven*, n. 53, p. 1-9, maio 1998.
- _____. *Potere e codice politico*. Tradução de Gustavo Gozzi. Milano: Feltrinelli, 1982.
- _____. *Stato di diritto e sistema sociale*. Tradução de Flavio Spalla. Napoli: Guida, 1990.
- _____. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- WEBER, Max. A política como vocação. In: _____. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

HERDEIRO APARENTE, EFEITOS DE SEUS ATOS E SUA RESPONSABILIDADE CIVIL

SUPPOSED HEIR, THEIR ACTS AND CIVIL RESPONSABILITIES EFFECTS

*Renato Maia**

RESUMO

Na legislação pátria, inexistente a figura do herdeiro aparente (o qual, juridicamente, nenhum direito tem sobre os bens da sucessão), salvo na hipótese do art. 1.817 do Código Civil, em que se vê apenas o indigno excluído da sucessão.

Tal dispositivo deve ser tido como norma de natureza excepcional, limitado que se acha ao caso de exclusão de herdeiro indigno. Só na analogia, então, seria viável a sua aplicação a outros casos de herdeiro aparente.

Salienta-se que o Código outorga a validade aos atos onerosos de alienação do herdeiro excluído da herança por indignidade, desde que realizados antes da sentença, o que faz título excepcional.

É verdade que o Código em vigor não contém regra especial para o caso. Mas a analogia e os princípios gerais de direito – cuja aplicação a Lei de Introdução ao Código Civil determina ao julgador (art. 4º) – conduzem a solução do problema para o campo do art. 1.817 do Código Civil, que deve ser aplicado não apenas à exclusão de herdeiro indigno, mas também “a qualquer caso de herdeiro aparente”.

Pode-se, do ordenamento, chegar-se a quatro possibilidades de herdeiro aparente: a) o indigno, que é herdeiro; b) o herdeiro aparente, que jamais chegou a sê-lo; o indigno, pela decretação de sua indignidade, perde os direitos que tinha, enquanto o herdeiro aparente não chega a perder aquilo que nunca teve; c) verdadeiro herdeiro, herdeiro legítimo; d) o terceiro de boa-fé, que é o adquirente; a boa-fé do adquirente, na lei brasileira, vale mais que os direitos do verdadeiro proprietário, uma vez que admite a validade da alienação, cabendo ao verdadeiro herdeiro o direito de haver do herdeiro aparente o preço da venda.

Palavras-chave: Herdeiro aparente; Sucessão; Responsabilidade civil.

* Promotor de Justiça. Professor Universitário da FDSM/MG. Mestre e Doutor em Direito Civil Comparado pela PUC/SP.

ABSTRACT

In the homeland legislation, it's inexistent the figure of a supposed heir (where jurisdictionally, no rights are had over the assets of succession), except in the hypothesis of the article 1817 of the Civil Code, where it is only seen the indignant person excluded from the succession.

Such resource, as cited above must be held as an exceptional norm, limited to what is found randomly of exclusion of the indignant heir.

Only in the case of analogy, then it would be feasible its application to other cases of supposed heir.

It's emphasized that the Code gives validity to the alienation onus acts of the excluded heir of inheritance for indignity, since that is done before the sentence, which makes an exceptional title.

It's true that the current Code doesn't have a special rule for the case. But the analogy and the law general principles – whose application, the Civil Code Introduction Law determines to the arbiter (article 4) – lead the solution of the problem to the field of the article 1817 of the Civil Code, which must be applied, not only for the exclusion of the indignant heir but also to “any case of supposed heir”.

It's possible to extract four figures: a) the indignant, who is heir; b) the supposed heir, who has never been, since the indignant, for decree of his/her indignity loses the rights he/she had, while the supposed heir doesn't lose what he/she never had; c) the true heir, legitimate heir; d) the third of good faith which is the person who acquires; the good faith of one who acquires, in Brazilian law, worths more than the true owner's rights, once he admits the validity of alienation, up to the true heir the right to receive from the supposed heir, the sale's price.

Keywords: Colorable heir; Succession; Civil liability.

1. INTRODUÇÃO

Na nossa legislação, inexistente a figura do herdeiro aparente (que, juridicamente, nenhum direito tem sobre os bens da sucessão), salvo na hipótese do art. 1.817 do Código Civil (que no Código Civil de 1916 tinha como correspondente o art. 1.600), no qual se vê apenas o indigno excluído da sucessão.

Esse dispositivo deve ser tido como norma de natureza excepcional, limitada que se acha ao caso de exclusão de herdeiro indigno.

Apenas pela analogia seria viável a sua aplicação a outros casos de herdeiro aparente.

Salienta-se que o Código outorga a validade aos atos onerosos de alienação do herdeiro excluído da herança por indignidade a terceiro de boa-fé, desde que realizados antes da sentença, o que faz título excepcional.

É verdade que o Código em vigor não contém regra especial para o caso. Mas a analogia e os princípios gerais de direito – cuja aplicação a Lei de Introdução ao

Código Civil determina ao julgador (art. 4º) – conduzem à solução do problema para o campo do art. 1.817 do Código Civil, que deve ser aplicado não apenas à exclusão de herdeiro indigno, mas também “a qualquer caso de herdeiro aparente”.

Ressaltam-se quatro figuras, como possibilidades:

- a) o indigno, que é herdeiro;
- b) o herdeiro aparente, que jamais chegou a sê-lo; o indigno, pela decretação de sua indignidade, perde os direitos que tinha, enquanto o herdeiro aparente não chega a perder aquilo que nunca teve;
- c) o verdadeiro herdeiro, herdeiro legítimo;
- d) o terceiro de boa-fé, que é o adquirente; a boa-fé do adquirente, na lei brasileira, vale mais que os direitos do verdadeiro proprietário, uma vez que admite a validade da alienação, cabendo ao verdadeiro herdeiro o direito de haver do herdeiro aparente o preço da venda.

2. O HERDEIRO APARENTE

Ao se tratar do tema, herdeiro aparente, considera-se a teoria da aparência, como o processo de conciliação entre a equivocada representação das exterioridades e a oculta legitimidade do real.

O legislador até mesmo releva o erro plenamente justificado pela boa-fé, uma vez que supre as nulidades e remove os defeitos.

Herdeiro aparente é aquele que, embora não tenha tal condição, a de ser herdeiro, apresenta-se como tal aos olhos de todos, como sucessor do *de cuius*.

Mário Moacyr Porto¹ define o herdeiro aparente como aquele que, não sendo titular de direitos sucessórios, é tido, no entanto, como legítimo proprietário da herança, sem conseqüência de erro invencível comum.

Para Orlando Gomes², é herdeiro aparente o que se encontra na posse de bens hereditários como se fora o legítimo titular do direito à herança.

A aparência evidencia a realidade, por todos o herdeiro aparente é considerado genuíno herdeiro, por força de erro comum, mesmo quando esteja de má-fé.

2.1 Capacidade e incapacidade sucessórias – casos de herdeiro aparente

Como se pode observar, o herdeiro aparente detém o título hereditário, embora lhe falte condição de verdadeiro herdeiro. Para Caio Mário da Silva Pereira³,

¹ PORTO, Mário Moacyr. Teoria da aparência e herdeiro aparente. *Revista dos Tribunais*, v. 260, p. 14.

² GOMES, Orlando. *Sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 47.

³ PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, p. 40.

pode ser réu na ação o simples possuidor ou detentor dos bens, como aqueles que os conservam na qualidade de herdeiros aparentes, isto é, aqueles que os detêm.

Pode-se vislumbrar a questão do herdeiro aparente, por exemplo, quando, após alguns anos de já aberta a sucessão, é surpreendido o legítimo herdeiro com a existência de testamento do falecido beneficiando terceira pessoa, ou quando o herdeiro testamentário assiste ao rompimento do testamento que o instituiu como herdeiro, vez que há herdeiro necessário. Poderia também ser considerado caso de herdeiro aparente quando este, embora tendo participado da sucessão, inclusive participando do quinhão hereditário, é dela afastado, uma vez que veio a se descobrir novo instrumento testamentário que nomeou outro como seu herdeiro e não mais aquele que se havia beneficiado como o primeiro.

Enfim, existirá a aparência de herdeiro toda vez que em princípio se vê determinada pessoa como herdeiro, mas, por situação alheia, seja por novo testamento ou pela preexistência de outro herdeiro, retiram daquela o estado alcançado de herdeiro.

Ainda, segundo Orlando Gomes⁴, o herdeiro aparente poderá ser de boa ou má-fé.

Considerar-se-á de boa-fé o herdeiro que adquirir tal posição na convicção de ser realmente herdeiro, seja por disposição legal ou por testamento, ou por se ignorar a existência de parente que o preceda na ordem da vocação hereditária, ou quando se supõe válido testamento absolutamente nulo, caso em que se pode até observar desconhecimento de novo testamento revogando o antigo.

Já o herdeiro aparente de má-fé é aquele que não desconhecia obstáculo para poder adquirir a herança, ou então, quando embora realmente não tenha conhecimento, foi negligente quanto à indagação das circunstâncias que ensejaram dúvidas acerca de sua condição hereditária.

2.2 Causas de exclusão do herdeiro: Renúncia, exclusão por indignidade e deserção

Já que o herdeiro é aparente, até pela própria expressão, que assim o considera, surge dúvida se mesmo nesta condição poderia ou não ser excluído, por exemplo, por indignidade. Se fora anteriormente admitido como herdeiro, entende-se possível sua exclusão, aplicando-se assim o art. 1.817 do Código Civil, que em linhas gerais preceitua no mesmo sentido, que são válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro excluído, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar perdas e danos.

⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

Entender não ser possível aplicar ao herdeiro aparente a exclusão por indignidade é um equívoco, uma vez que, antes da exclusão, era visto e tido como herdeiro, portanto proprietário dos bens que herdara, tendo assim pleno domínio sobre os mesmos, inclusive podendo aliená-los.

Segundo Orlando Gomes⁵, o herdeiro aparente poderá ser excluído:

- a) por sentença que o declare indigno;
- b) por ter sido anulado o testamento que o instituíra;
- c) por ter encontrado testamento que não o contemplava;
- d) por haver sido reconhecido o título de herdeiro a alguém que o pretere.

2.3 Procedimento para obter a exclusão

O procedimento judicial adequado para ver excluído o herdeiro aparente será a ação de petição de herança.

A ação de petição de herança pode ser proposta antes ou depois de ser homologada a partilha, uma vez que o julgamento de divisão hereditária não faz coisa julgada em relação ao pretenso herdeiro real, já que a ele foi estranha.

Como o verdadeiro herdeiro não participou da divisão de herança, torna-se desnecessária a rescisão da partilha por nulidade absoluta.

Se, contudo, for reconhecida a qualidade hereditária do verdadeiro herdeiro, atual autor, antes de ser formalizada a partilha, refaz-se o processo de inventário.

Questão relevante que surge é quanto à admissibilidade de medidas acautelatórias.

Entende-se serem elas plenamente possíveis, como a reserva de bens em poder do inventariante.

Outra questão é quanto à prescritibilidade da ação. Para alguns, trata-se de ação real, para outros, é ação de natureza pessoal.

Para o já citado Orlando Gomes⁶, ainda que a ação tivesse natureza real, não prescreveria como não prescreve a ação de reivindicação, a que se equipararia. Fosse ação pessoal, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da qualidade hereditária de alguém, não se perde esta pelo não-uso. Busca-se um título de aquisição.

Seu reconhecimento não pode estar trancado pelo decurso de tempo. Há de ser declarado, passem ou não os anos.

⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

⁶ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1967. p. 96.

Assim, acolhe-se a posição, considerando ser a ação imprescritível.

Outro aspecto destacado por Orlando Gomes é que se confundem dois problemas quando se admite a prescrição do direito hereditário ou, mais precisamente, do título herdeiro. O herdeiro aparente pode usucapir os bens recebidos na convicção de que lhe pertenciam por devolução regular. Assim sendo, se o consumo real somente promove a aquisição do título quando já se consumou a usucapião, impossibilitado ficará de recolher os bens.

Nessa hipótese, continua o mestre, a *petitio hereditatis* torna-se inútil, em vista de não se produzir sua conseqüência natural, que é a restituição dos mesmos bens. Não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza.

No direito português, tal questão tem o seguinte entendimento, pelo art. 2.075 do Código Civil português: a ação de petição de herança pode ser intentada a todo tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas. Ainda cabe indagar se suportaria a reserva de quinhão.

A reserva de quinhão só deve ser admitida em relação a herdeiro incluído que tivesse sido contestado na sua qualidade, pois, nessa hipótese, poder-se-ia considerá-lo como se fora admitido. Já o Código de Processo Civil, embora se refira ao herdeiro excluído, defere a retenção (reserva) a quem quer que se julgue preterido, isto é, a qualquer pessoa, não declarada herdeiro pelo inventariante, que se arroge à condição de herdeiro.

Outro aspecto é a ocasião em que, vencido na demanda, deixa de ter qualquer título sobre o espólio – assim, toda e qualquer alienação por ele praticada, em regra, nenhuma eficácia produz, exceção feita com terceiros adquirentes de boa-fé e se o negócio jurídico promovido foi a título oneroso.

2.4 Efeitos da exclusão e a reabilitação do excluído

Para o professor Silvio Rodrigues⁷, a sentença de exclusão retroage para todos os efeitos, exceto para invalidar os atos de disposição praticados pelo indigno perante terceiros de boa-fé, que não podiam antever futura exclusão do ingrato, e, portanto, foram ludibriados por erro comum e invencível, uma vez que acreditaram estar adquirindo os bens hereditários do verdadeiro dono e possuidor.

Assim, há de se respeitar, considerando-os válidos, todos os atos praticados pelo herdeiro aparente.

Quanto à alienação de bens hereditários efetuadas a título gratuito, como as doações e outras liberalidades, embora sejam adquiridos de boa-fé, deverão ser

⁷ RODRIGUES, Silvio. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7, p. 67-69 e 73.

restituídos, pois nada perde o que recebeu de quem não podia dar, considerando-se, assim, nulas as alienações dos bens hereditários efetuadas a título gratuito.

Por sua vez, em se tratando de alienação a título oneroso, são válidas, desde que o terceiro adquirente esteja de boa-fé, pois, se demonstrada a má-fé, a aquisição se torna ineficaz.

Então, há de se distinguir o excluído do herdeiro aparente quanto aos efeitos, vez que sustenta a irrevogabilidade dos atos de alienação praticados pelo indigno quando de boa-fé o adquirente, ao passo que, para o herdeiro aparente, deve ser negada eficácia dos atos de disposição praticados por este mesmo que diante de terceiros de boa-fé.

Entende-se que, embora a sentença de exclusão venha a retroagir para todos os efeitos, deverá aplicar-se conjuntamente o art. 1.817 do Código Civil, pois impõe ao herdeiro aparente o dever de arcar com perdas e danos aos co-herdeiros quando causou dano em alienar os bens que a princípio possuía como seus, assim como deverão ser respeitadas todas as alienações a título oneroso que foram celebradas entre o herdeiro aparente e terceiros de boa-fé.

Observa-se que a boa-fé, tanto do herdeiro como do terceiro adquirente, deve ser provada, não sendo presumida.

Vencido o herdeiro aparente, independentemente de ser de boa ou má-fé, deverá restituir os bens e direitos como os herdou na época da efetiva propositura da ação de petição de herança. Contudo, se demonstrado tratar-se de boa-fé, não ficará obrigado a restituir os frutos percebidos, ao passo que o de má-fé deverá, além de restituir a herança, ressarcir os danos, mesmo àqueles aos quais não deu causa diretamente, e os respectivos frutos.

Portanto, são eficazes as aquisições de boa-fé, por título oneroso, e ineficazes as de má-fé por esse mesmo título, bem como as feitas a título gratuito.

A sentença que exclui o herdeiro por indignidade é também declaratória, pois a indignidade não resulta da decisão, segundo o já citado Mário Moacyr Porto⁸.

Outra questão é quanto à reabilitação do excluído: entende-se possível sua reabilitação desde que o excluído possa demonstrar insubsistentes os motivos de sua exclusão.

No caso de ter sido excluído por indignidade, a lei defere a sucessão aos descendentes, como se morto fosse, não havendo necessidade, portanto, da “*petitio hereditatis*”; nos demais casos, o herdeiro aparente é excluído pela sentença que reconhece qualidade sucessória ao autor da ação.

⁸ PORTO, Mário Moacyr. Teoria da aparência e herdeiro aparente, p. 14.

3. DA RESPONSABILIDADE DOS HERDEIROS À LUZ DA DOUTRINA

3.1 Da validade dos atos praticados pelo herdeiro aparente

Maria Helena Diniz⁹ considera seus atos válidos, “devido à impressão generalizada de ser o sucessor do ‘*de cuius*’”.

Para Orlando Gomes¹⁰, herdeiro aparente

... é o que se encontra na posse de bens hereditários como se fora o legítimo titular do direito à herança. Ensina que é possuidor de boa-fé se houver adquirido a posse na convicção, por erro escusável, de ser verdadeiro herdeiro. Não se configura esse elemento psicológico quando o erro decorre de culpa grave. Necessário o título de herdeiro, proveniente da lei ou de testamento. Admite-se, porém, o título putativo, bastando, assim, estar ele convencido de sua qualidade hereditária. Estará de boa-fé, por exemplo, se ignora a existência de parente que o precede na ordem da vocação hereditária, ou se supõe válidos testamentos absolutamente nulos.

Prossegue o ilustre autor definindo que, se o herdeiro aparente era possuidor de boa-fé, não fica obrigado à restituição dos frutos percebidos. Entretanto, o mesmo não ocorre com o possuidor de má-fé.

Os tribunais pátrios, paulatinamente, vêm conferindo credibilidade e validade à alienação realizada pelo herdeiro aparente, já que está pulsando o princípio universal da boa-fé dos contratantes, o qual, embora não previsto no Código Civil, tutela de forma esparsa (art. 1.817) os interesses de terceiros que foram iludidos por uma situação que era aparentemente verdadeira.

O ordenamento jurídico brasileiro, além do art. 1.817 do Código Civil, acolheu a aparência em vários outros dispositivos, por exemplo, os arts. 309, 686 e 1.561 do CC, não havendo razão para que o princípio não seja aplicado analogicamente a outras hipóteses, como admite o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (TJRJ – Ac. Unânime 5ª C. j. 08.09.1981, reg.13.10.1981 – Ap. 302 – Rel. Des. Graccho Aurélio).

Carvalho Santos¹¹ dispõe, conforme análise ao art. 1.600 do Código Civil de 1916, “que a situação do herdeiro excluído é a do herdeiro aparente com a posse e o domínio dos bens que lhe haviam sido distribuídos”.

Acrescenta que a boa-fé “se presume aos terceiros que trataram com ele e essa é a razão por que são válidos os atos praticados. Provada que seja a má-fé do

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 51.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

¹¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. XXII, p. 236-241.

terceiro, não pode subsistir o ato, ainda que concluído antes da sentença declaratória de indignidade”.

Admitindo a teoria da aparência, Silvio de Salvo Venosa¹² prescreve: “A lei condiciona a validade do pagamento ao fato de o ‘accipiens’ ter a aparência de credor e estar o ‘solvens’ de boa-fé. Restará ao verdadeiro credor haver o pagamento do falso ‘accipiens’”.

Ao tratar do assunto, Orlando Gomes¹³ assinala: “A boa-fé nos contratos, a lealdade nas relações sociais, a confiança que devem inspirar as declarações de vontade e os comportamentos exigem a proteção legal dos interesses juriformizados em razão da crença em uma situação aparente, que tomam todos como verdadeira”.

Há, sem dúvida, interesse social a servir de fundamento do princípio de que o aparente equivale ao real. A esse respeito se manifesta Mário Moacyr Porto¹⁴:

Ao que tudo indica o conceito de que o aparente equivale ao real se estende em razões puramente pragmáticas. O verdadeiro é o útil. Se a manutenção do negócio aparente, em relação ao interesse social, é mais vantajosa que o respeito à situação protegida por lei, vinga o aparente como realidade jurídica.

Também se manifesta acerca da tutela jurídica da aparência Ovídio Baptista da Silva¹⁵:

O extraordinário prestígio que o princípio da boa-fé objetiva adquiriu no direito moderno outra coisa não é senão a tutela jurídica da aparência. E nem é por outro motivo que a proteção da aparência cresce e se desenvolve em todos os setores do direito privado, protegendo-se cada vez mais aqueles que, de uma forma ou de outra, relacionam-se com o “herdeiro aparente”, ou com o “credor aparente”, ou “procurador aparente”.

Pontes de Miranda¹⁶, a respeito, traz o texto de Gaio: “diz que possui na qualidade de herdeiro não só o que é herdeiro, mas ainda o que se crê tal, e possui como possuidor o que, sem causa, possui coisa hereditária, ou mesmo toda a herança, que ele sabe não pertencer”.

É curioso notar que a apresentação do suposto herdeiro de boa-fé gera nas relações com terceiros os mesmos resultados que o próprio direito produziria

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 1988. v. 2, p. 162.

¹³ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

¹⁴ PORTO, Mário Moacyr. *Ação de responsabilidade civil e outros estudos: teoria da aparência e herdeiro aparente*. Rio de Janeiro: Revistas dos Tribunais, 1967. p. 96.

¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de direito civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993. v. I, p. 57.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Borsoi, 1968. t. 57, p. 138.

nos vínculos legítimos e reais, de forma a ensejar a eficácia de situações aparentes. O que representa um grande avanço para a tutela de interesses dos terceiros de boa-fé que se enganam com a aparência de uma situação apresentada de forma verdadeira, porém é enganosa.

Álvaro Malheiros¹⁷ traz rol de casos mencionados pelos escritores de aplicação possível da teoria da aparência, todos mostrando um liame entre o credor verdadeiro e o aparente, ou uma situação no sentido de alguém se passar por credor porque investido em determinada função, ou assim podendo ser considerado por força de determinadas condições objetivas.

Eis, *no direito alemão*, os casos de aparência: aqueles atos praticados pelo herdeiro aparente, pelo credor anterior sobre os créditos que na realidade já cedeu, pelo procurador cujo poder já se extinguiu, pelo testamenteiro, cuja função já cessou; *no direito francês*: casos de domicílio aparente, proprietário aparente, mandatário aparente, capacidade aparente, separação de fato dos cônjuges, situação do filho nascido depois de trezentos dias da dissolução da sociedade conjugal, o concubinato, a propriedade aparente, a hipoteca concedida pelo proprietário, o pagamento feito a credor aparente ou putativo, a responsabilidade civil aparente, a capacidade aparente da testemunha, além também de herdeiro aparente, casamento putativo, domicílio aparente etc.; *no direito italiano*, a circulação dos títulos de crédito, a responsabilidade de quem autoriza alguém a assinar em seu nome, a validade da aquisição feita por terceiro de boa-fé e a título oneroso, a validade do pagamento a quem exiba um cheque com firma falsa, o efeito do mandato comercial etc.; *no direito brasileiro*, entre outros, os casos de separação de fato dos cônjuges, induzindo à crença da inexistência ou cessação da sociedade conjugal; a ostentação de vida 'more uxório' pelos concubinos, produzindo, nos terceiros, a convicção da existência de matrimônio, o mandato, praticado o ato pelo mandatário após a extinção do mandato, representação comercial, sociedade aparente, administradores de sociedade etc.

O reconhecimento dos efeitos jurídicos das situações aparentes surge com o intuito de garantir a boa-fé, a honestidade e a credibilidade dos negócios jurídicos, uma vez que situações aparentes capazes de enganar não podem ser ignoradas, como se inexistissem no mundo jurídico, pois quem, de boa-fé, torna-se vítima de tal engano causado por outrem, não pode ser frustrado em seu direito, motivo pelo qual constitui tendência do direito moderno a tutela destes direitos advindos da aparência que se exterioriza faticamente como real.

¹⁷ MALHEIROS, Álvaro. *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva. t. 25, p. 294 e segs.

O que deve ser considerado quanto aos atos praticados pelo herdeiro aparente não é a sua boa ou má-fé, e sim se o terceiro adquirente está de boa-fé e a onerosidade do ato praticado para que o negócio celebrado seja eficaz.

3.2 O indigno pode ser considerado herdeiro aparente?

Orlando Gomes¹⁸ considera indigno “o herdeiro que cometeu atos, ofensivos à pessoa ou à honra do ‘de cujus’, ou atentou contra sua liberdade de testar, reconhecida a indignidade em sentença judicial”.

A exclusão do herdeiro se fará po meio de sentença judicial.

Maria Helena Diniz¹⁹ define a indignidade como sendo “uma pena civil, que priva do direito à herança não só o herdeiro bem como o legatário que cometeu os atos criminosos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do ‘de cujus’”.

O art. 1.814 do Código elenca as causas que permitem a exclusão do herdeiro ou legatário da sucessão.

Os efeitos jurídicos da indignidade podem ser aceitos, como bem salientou Orlando Gomes²⁰, “como se morto fosse”.

É interessante verificar o posicionamento de Orlando Gomes²¹ ao afirmar que:

Se o indigno se comporta como se herdeiro fora, é considerado herdeiro aparente e possuidor de má-fé. Tem esta qualidade porque não pode ignorar o vício do seu título de aquisição, consistente em fato pessoal. Obrigado fica, em consequência, a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido. Em face de terceiros, conserva a figura de herdeiro aparente, sendo válidas as alienações de bens hereditários anteriores à sentença declaratória da indignidade.

Entretanto, para Maria Helena Diniz²², o indigno é como herdeiro aparente, devido à impressão que causa a terceiros de boa-fé de ser o sucessor do *de cujus*.

Explica que o indigno é equiparado ao “possuidor de má-fé, uma vez que nunca foi dono dos bens da herança e nem ignora que o ato de ingratidão que praticou contra o *de cujus* resultará em perda do direito à sucessão”.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 51.

²⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

²¹ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

²² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 51.

Quanto aos efeitos da indignidade, Maria Helena Diniz²³ esclarece que, apesar da retroação *ex tunc* dos efeitos da sentença declaratória de indignidade, ela não poderá causar prejuízos a terceiros de boa-fé,

... daí respeitarem-se os atos de disposição a título oneroso e de administração praticados pelo indigno antes da sentença; mas aos co-herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito a demandar-lhe perdas e danos (CC, art. 1.817). Opera a sentença “ex nunc”, validando atos praticados pelo herdeiro excluído até o momento de sua exclusão da sucessão, atendendo ao princípio da onerosidade da alienação e da boa-fé dos adquirentes, uma vez que o indigno se apresentava aos olhos de todos como herdeiro do *de cuius*, sendo, portanto, um “herdeiro aparente”, devido à impressão de ser o sucessor do “*de cuius*”...

Orlando Gomes²⁴ acrescenta que predomina entendimento de que, para eficácia da alienação, não deve ter relevância a boa ou má-fé do herdeiro aparente. Protege-se a boa-fé do adquirente. Assim, são três requisitos para a validade da aquisição por terceiro, que:

- a) adquira de herdeiro aparente;
- b) adquira por título oneroso;
- c) adquira de boa-fé.

142

A proteção à boa-fé do terceiro adquirente leva a se considerar herdeiro aparente não apenas quem se apresente com título de herdeiro, mas igualmente quem, sem título, se comporta como se o fora, investindo-se na posse dos bens hereditários, pagando tributos, fazendo despesas e assim por diante.

Interessante, também, anotar a opinião de Carlos Maximiliano, transcrita na obra de Carvalho Santos²⁵, de que “caem as doações e quaisquer ônus e alienações a título gratuito: ninguém faz presente daquilo que não é seu”. O que contrata a título oneroso, e de boa-fé, merece apoio, porque – *certat de damno vitando* – pleiteia para evitar prejuízo para si; igual não é a posição jurídica do beneficiado gratuitamente pelo indigno, pois – *certat de lucro captando* – pleiteia para auferir lucro, unicamente; pode deixar de ganhar; nada tem a perder.

Infere-se, destarte, ser totalmente cabível considerar-se o indigno como herdeiro aparente.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 51.

²⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

²⁵ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil interpretado*, p. 236-241.

3.3 O anteprojeto do professor Orlando Gomes de 1963 (art. 769)

O anteprojeto de Código Civil do professor Orlando Gomes²⁶, em seu art. 769, consignava a seguinte regra: “Art. 769. São válidas as alienações feitas de boa-fé, a título oneroso, pelo herdeiro aparente”.

É óbvio que o preceito contém um engano, pois a boa-fé que se reclama é a do adquirente, e não a do alienante. Entretanto, desconsiderado o mencionado erro, a regra que se pretendia introduzir representava valiosa inovação dentro do sistema brasileiro, visto que poria fim a uma controvérsia e instalaria dentro do campo legal uma solução contestada por muitos.

Qual controvérsia?

Pela regra atual, constante de nossa legislação (art. 1.817 do Código Civil brasileiro):

Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito a demandar-lhe perdas e danos.

Não merece atenção a alienação a título gratuito, mas apenas a título oneroso. Dispõe o mestre Silvio Rodrigues²⁷ que ao requisito de boa-fé do adquirente deve-se adicionar o da onerosidade da alienação, como já exposto no atual art. 1.817 do CC brasileiro. Os atos de disposição praticados pelo indigno, até a sentença de exclusão, só serão válidos se o forem a título oneroso.

A lei abre uma exceção à regra *nemoplus juris* com o propósito de evitar prejuízo injusto para o adquirente de boa-fé. Todavia, se a aquisição se realizou a título gratuito, a razão que inspirou o legislador não mais impera, pois a devolução da coisa pelo adquirente só o priva de um ganho, em vez de impor-lhe um prejuízo. Por isso o legislador, tendo que escolher entre tutelar os interesses de quem procura evitar um prejuízo e os interesses de quem busca alcançar um lucro, prefere preservar os do primeiro, solução que lhe parece mais justa.

2.4 A teoria da aparência (efeitos e responsabilidade civil e a possibilidade de dano moral pela alienação de bens feita pelo herdeiro aparente)

2.4.1 Teoria da aparência

A teoria da aparência se firma pelo fato de, sendo o direito uma ciência não-lógica, muitas vezes se furta a uma aplicação rígida das disposições legais. Ciência

²⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 47.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. *Curso de direito civil*, p. 67-69 e 73.

eminentemente social, atende sobretudo aos reclamos da equidade e às exigências do bem comum. A teoria da aparência, que se revela como o processo de conciliação entre a enganosa representação da figura exterior (aquilo que parece ser, mas não é) e a oculta legitimidade do real (aquilo que é, mas não parece ser), bem demonstra esse ideal de justiça.

Podemos afirmar que, entre um interesse aparente e um interesse protegido por lei, não pode haver dúvida possível entre a prevalência do segundo em relação ao primeiro, e que num país regido por um direito escrito, os costumes, as solicitações da equidade, as máximas e os ensinamentos da tradição jamais poderão revogar ou modificar o sistema legislativo. Mas, na prática, assim não acontece.

O próprio legislador cede cada vez mais a injunções da aparência para regularizar e retificar situações de fato, nivelando o ilusório ao real e, mais que isso, sobrepondo o interesse que resulta do erro escusável ao interesse que se apóia na lei.

A boa-fé que decorre de erro plenamente justificado pelas circunstâncias supre as nulidades, remove os defeitos, antecipa os prazos da prescrição aquisitiva, consolida o domínio.

A especial capacidade *ab-rogante* da boa-fé tem conduzido os juristas no sentido de alcançar uma explicação científica de fenômeno ou à unificação da teoria da aparência.

144

Mário Moacyr Porto²⁸ afirma que não é possível filiar o fenômeno da aparência a uma categoria legal preexistente. Para ele, em certas hipóteses, poderia o intérprete vislumbrar conduta negligente do verdadeiro titular do direito como o fundamento da teoria da aparência.

O erro de terceiro seria uma consequência do procedimento culposo de quem deveria agir com a prudência e diligência necessárias para evitar que situações aparentes fossem tomadas por situações reais. No entanto, esse conceito é impreciso, pois equipara um dever de consciência a um de obrigação legal.

Para o citado autor, o conceito de que o aparente equivale ao real se esteia em razões puramente pragmáticas. O verdadeiro é o útil. Se a manutenção do negócio aparente, em relação ao interesse social, é mais vantajosa que o respeito à situação protegida por lei, vinga o aparente como realidade jurídica.

2.4.2 Herdeiro aparente

É o que, não sendo titular dos direitos sucessórios, é tido, no entanto, como legítimo proprietário da herança, em consequência de erro invencível e comum. Os conflitos entre o verdadeiro herdeiro e o herdeiro aparente ocorrem, por exemplo,

²⁸ PORTO, Mário Moacyr. Teoria da aparência e herdeiro aparente, p. 14.

quando um herdeiro mais remoto se habilita à herança em lugar do sucessor mais próximo, ou quando a anulação ou descobrimento de um testamento excluem aqueles que, até então, eram tidos e havidos como sucessores do *de cuius*.

Quanto aos atos de administração do herdeiro aparente para com os bens da herança, não há dúvidas; a dificuldade surge quando o herdeiro aparente aliena bens da herança a terceiros de boa-fé.

Há os que entendem que ninguém pode transmitir direitos que não tem e que, portanto, as alienações feitas pelo herdeiro aparente são nulas, mesmo em relação ao adquirente de boa-fé. Outros, ao contrário, se opõem às nulidades das alienações, sensíveis aos argumentos de que o erro invencível e comum consolida a situação de fato.

2.4.3 Validade das alienações feitas pelo herdeiro aparente

Uma autêntica *vexata quaestio* se estabelece, pois, na ausência de um texto legal que as discipline, tendem a eternizar-se no discurso erudito e na perplexidade dos argumentos contraditórios.

A disposição do art. 1.817 do CC brasileiro e a jurisprudência, conforme será demonstrado a seguir, vêm estabelecendo pela validade dessas alienações. Caso, na qualidade de legítimo titular da herança, o herdeiro aparente pratique atos de disposição dos bens da herança, os atos praticados por ele com terceiros a título gratuito não produzirão efeitos perante o herdeiro preterido. Os atos praticados a título oneroso, estando o terceiro de boa-fé, deverão ser mantidos e produzirão efeitos.

145

2.4.4 Efeitos/responsabilidade civil

A teoria da aparência, quanto aos seus efeitos, está implicitamente contemplada na teoria da responsabilidade civil, que pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, o que vale dizer que é dever legal o ressarcimento, ante a verificação da culpa, pelo atendimento das perdas e danos.

O herdeiro preterido, na defesa de seu quinhão, dependendo da situação, poderá voltar-se contra o herdeiro aparente ou contra ele e eventual terceiro envolvido. O fundamento legal da tutela de seu direito está no art. 1.817 do CC brasileiro, que, apesar de tratar do herdeiro excluído, com base no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, por analogia, aplica-se ao herdeiro aparente.

O herdeiro aparente caracterizado como tal responde perante o herdeiro preterido. Se aquele estiver de boa-fé, deve ser demandado para restituir o quinhão, bem como os frutos e rendimentos da coisa. Estando de má-fé, deverá inclusive indenizar por perdas e danos, bem como restituir todos os frutos.

Para que o herdeiro legítimo tenha amparo em seus direitos, deverá demonstrar, em juízo, o *consilium fraudis*. Coloca-se o herdeiro legítimo, que segundo a lei tinha o seu direito reconhecido, em desvantagem, pois terá que demonstrar que o ato celebrado entre o herdeiro aparente e terceiro adquirente não ocorreu de boa-fé, já que esta se presume.

2.4.5 A possibilidade de dano moral pela alienação de bens feita pelo herdeiro aparente

Já que, em caso de estar o herdeiro aparente de má-fé, torna-se obrigado a indenizar, salta a dúvida se nessa indenização estaria incluída ou poderia vir a incidir a indenização moral. E mais, se em caso de alienação, pelo herdeiro aparente, de bem de valor moral ou inestimável, estaria este obrigado a indenizar o herdeiro real.

Quanto à indenização devida pela má-fé, entende-se que não resta dúvida, porque, se há a incidência das regras da responsabilidade civil, esta deve compreender também os prejuízos morais que porventura houverem sido causados.

Quanto à alienação de objeto (bem) de valor inestimável, há o entendimento de que a mera reposição do valor da alienação não elimina o prejuízo sofrido pelo herdeiro real. A questão da boa ou má-fé não pode afastar a indenização por dano moral, porque o bem deixado em legado já possuía a estima e importância moral do legatário. A impossibilidade de reaver o bem do terceiro adquirente deve ser compensada, até mesmo pela regra do *aliud pro alio*, no caso em expectativa, e por argumento de *similitude*.

146

3. O HERDEIRO APARENTE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Conforme mencionado, não se pode dissociar a validade dos atos praticados pelo herdeiro aparente da análise do *animus* do adquirente. Se de boa-fé o adquirente, vimos que válido é o ato jurídico; ao contrário, se o ato não está revestido dessa pura intenção, deve ser declarado ineficaz, com efeitos *ex nunc*.

E do mesmo modo se posiciona já de forma bastante assentada a mais consagrada jurisprudência, conforme os entendimentos a seguir externados por diversos de nossos Tribunais Estaduais e pelo Supremo Tribunal Federal.

Herdeiro aparente. Validade da alienação feita por herdeiro aparente quanto ao adquirente de boa fé. Conhecimento pela letra d do premissivo constitucional e desprovimento do recurso [STF – Recurso Extraordinário n. 84.938-MG; Min. Relator Soares Muñoz].

Herdeiro aparente. Validade da alienação feita por herdeiro aparente quanto ao adquirente de boa-fé. Precedente: RE 84.938-MG. Interpretação do art. 1.600 do Código Civil [STF – Recurso Extraordinário n. 93.998-GO; Min. Relator Cordeiro Guerra].

Herdeiro aparente, efeitos de seus atos e sua responsabilidade civil

Apelação Cível. Embargos de terceiro. Terminal telefônico. Construção do bem. Adquirente de boa-fé. Herdeiro aparente. Exegese do artigo 1.600, do Código Civil. Recurso desprovido. O terceiro de boa-fé pode manejar a ação de embargos de terceiro e demonstrar a legitimidade da aquisição do bem da construção [Tribunal de Justiça do Paraná; Apelação Cível; Ac. n. 1.718; Des. Relator Antônio Gomes da Silva].

Inúmeras são as ementas existentes nesse sentido, não destoando da regra nenhum dos tribunais pesquisados. Todos eles bem interpretam o antigo art. 1.600 do Código Civil e atual correspondente art. 1.817, como o fez Clóvis Beviláqua²⁹ em seus comentários ao referido dispositivo:

O indigno, antes da sentença que o exclui da sucessão, é um herdeiro aparente, e, como tal, em condições de dispor dos bens da herança. A sentença declaratória da indignidade fere-o, pessoalmente, não deve atingir terceiros, que com ele trataram de boa-fé. Se os terceiros estiveram de má-fé, não poderão invocar a proteção do direito. Conheciam a indignidade, tentaram fraudar a lei e o direito de outros, são cúmplices do indigno.

Para finalizar, cumpre acrescentar que as inúmeras decisões proferidas nesse mesmo diapasão estenderam ao herdeiro aparente a aplicação da teoria da aparência, porque atestar a boa-fé do adquirente implica supor que indícios inexistem, quando da celebração do negócio com o herdeiro aparente, de que faltava legitimidade a este para a realização do ato jurídico. É o que ficou expresso em Acórdão proferido também pelo Supremo Tribunal Federal, decidindo em recurso extraordinário originado de Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo trecho se pede vênua para transcrever:

Quanto aos cessionários, o aresto concluiu “que se tratava de caso típico de aplicação da teoria da aparência”, não existindo qualquer indício de má-fé no negócio jurídico. Os efeitos da ação de petição de herança não poderão prejudicar aquele que, de boa-fé, adquiriu do herdeiro aparente qualquer bem do espólio... [STF – Recurso Extraordinário n. 90.706-RJ; Relator Min. Néri da Silveira].

Em caso adverso, ou seja, quando não se faz presente a boa-fé do adquirente, é pacífica também a jurisprudência ao aplicar seu consagrado posicionamento no sentido de anular o negócio realizado.

HERDEIRO APARENTE. VENDA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO ANTERIOR CONTRA O VENDEDOR. COMPRADOR DE MÁ-FÉ. NULIDADE DO NEGÓCIO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.600 DO C.C. [Recurso Extraordinário n. 96.841-5-GO; Min. Relator Cordeiro Guerra].

²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

5. HERDEIRO APARENTE NO DIREITO COMPARADO

5.1 Direito argentino

Segundo Zannoni³⁰, o Código Civil argentino não define estritamente o que é herdeiro aparente. Mas é possível propor a definição que surge do art. 3.423 ao mencionar o sujeito passivo da ação de petição de herança. Por esse esse artigo, assume o caráter de herdeiro aparente o parente de grau mais remoto que tenha entrado na posse da herança por ausência de ação dos parentes mais próximos, ou um parente de mesmo grau que recusa reconhecer a qualidade do herdeiro, pretendendo ser também chamado à sucessão em concorrência com ele.

Como a petição de herança se converte em título de herdeiro, tende a lograr o reconhecimento da vocação preferente ou concorrente em relação a quem obteve uma investidura oponível à aquisição hereditária. Alijado da posse e devendo participar de sua convocação, o vencido na petição de herança está obrigado, segundo o estabelecido no art. 3.425, a entregar todos os objetos herdados que estão em seu poder, com os acessórios e melhorias que eles houverem recebido, ainda que pelo seu próprio fato.

Importa trazer à baila a relevância dada pelo direito argentino à boa e à má-fé do herdeiro aparente. Na regulamentação dos efeitos que, entre as partes, produz a petição de herança, vinculam especificamente à obrigação de restituir. A boa e a má-fé do possuidor da herança desempenham um papel fundamental nesta obrigação.

Os arts. 3.426 e 3.427 distinguem o elemento intencional, com fundamento na norma geral do art. 3.428, que estabelece que o possuidor da herança de boa-fé, quando por erro de fato ou de direito, acredita ser o legítimo proprietário da sucessão sob a qual tem a posse.

Os parentes mais distantes que tomam posse da herança por não-habilitação de um parente mais próximo não são de má-fé, por terem conhecimento de que a sucessão está deferida a esse último. Mas são de má-fé quando conhecem da existência de um parente mais próximo e sabem que não se apresentou a recolher à sucessão porque ignorava que lhe fosse deferida.

No tocante à alegação de erro de fato e de direito, o Código Civil argentino³¹ baseia-se em alguns aspectos dos princípios gerais. Sabe-se que os efeitos da prescrição aquisitiva, do art. 4.006, definem a boa-fé como a crença indubitável de ser o possuidor o exclusivo dono da coisa.

E como se aplicam as disposições relativas à boa-fé na posse da coisa? A norma nos remete, obrigatoriamente, ao art. 2.356. Sem dúvida, resulta que, segundo ele,

³⁰ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. t. I e II.

³¹ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*.

a posse é de boa-fé quando o possuidor, por ignorância ou erro de fato, se persuadir de sua legitimidade. Já o art. 3.428, como visto, admite a alegação do erro de direito, pois o herdeiro pode muito bem ser considerado possuidor de boa-fé, não obstante crer ser legítimo herdeiro se recair em um erro de direito.

Pela leitura do art. 2.362 do Código argentino³², a boa-fé do possuidor da herança deve ser presumida. Esse é um princípio geral. Os titulares de uma vocação eventual ou são chamados em segundo ou em último grau, à exceção dos titulares de má-fé, porque estes conhecem, ao obter e opor sua investidura, que existem titulares de um chamamento preferente ou, em seu caso, concorrente.

No direito argentino³³, os efeitos da boa e má-fé se projetam com vinculação à obrigação de restituir que pesa sobre o herdeiro aparente. O possuidor de boa-fé não deve nenhuma indenização pela perda ou danos que houver causado às coisas herdadas, a menos que houvesse aproveitado desses danos, e, neste caso, só será responsabilizado até o proveito que houver obtido.

Seria o caso do herdeiro que faz demolir um edifício construído sobre um imóvel da herança e vende os materiais da demolição. Segundo Zannoni³⁴, não será responsável pelo fato senão até o valor do proveito que obteve da venda, isto é, o preço recebido pelos materiais, conforme determinação legal, art. 3.426.

Já o possuidor de má-fé, ao contrário, está obrigado a reparar todo o dano que houver causado pelo seu fato, respondendo, portanto, pela perda ou danos aos objetos hereditários ainda quando ocorram por caso fortuito, salvo se a perda ou deteriorização houver ocorrido no mesmo local e esses objetos forem encontrados em poder do herdeiro, segundo o art. 3.426, 2ª parte.

O possuidor de boa-fé só é responsável pelos frutos percebidos a partir da notificação da demanda por petição de herança. Ao contrário, o possuidor de má-fé está obrigado a entregar ou a pagar os frutos da coisa que houver percebido, e os que por sua culpa havia deixado de perceber, sacando os gastos do cultivo, colheita e extração dos frutos.

Do mesmo modo, está igualmente obrigado a indenizar aos proprietários dos frutos civis que podia produzir uma coisa não-frutífera se o proprietário pudesse sacar um benefício dela. Os gastos necessários serão pagos ao possuidor de boa-fé. Mas os gastos feitos pelo possuidor de boa-fé para simples conservação da coisa em bom estado são compensados com os frutos percebidos e ele não pode cobrá-los (art. 2.430). Ao contrário, o possuidor de má-fé só tem direito a ser indenizado

³² ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*.

³³ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*.

³⁴ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucesione*.

pelos gastos necessários feito na coisa, e goza do direito de retenção até ser pago por eles.

Não se poderia deixar de ressaltar a boa-fé do terceiro adquirente, que é exigida pela legislação argentina. Segundo a lei, é terceiro contratante de boa-fé aquele que ignora a existência de titulares de uma vocação preferente, ou ainda quando há ignorância de que os direitos sucessórios do possuidor da herança não se encontram judicialmente controvertidos.

É sabido que no direito argentino a boa e a má-fé são princípios gerais, norteadores e de aplicação imediata em toda e qualquer relação existente entre o herdeiro aparente e o verdadeiro herdeiro.

5.2 Direito português

O herdeiro aparente no direito português, de um modo geral, é todo aquele cujo direito de herdeiro cessa no todo ou em parte, pois seus atos estão sujeitos à contestação e também a uma petição de herança. Assim, segundo Luis da Cunha Gonçalves³⁵, são exemplos de herdeiro aparente o herdeiro instituído em testamento que foi anulado; o herdeiro meramente legítimo que teve de abrir mão da herança por ter aparecido um ignorado herdeiro legítimo; o herdeiro legítimo que teve de ceder perante um testamento no qual foram instituídos herdeiros testamentários, além de legatários, o herdeiro, que foi julgado incapaz ou indigno de suceder.

Surgiu no direito português, com a figura do herdeiro aparente, a teoria dos “*actos do herdeiro aparente*”, com o objetivo de se proteger os terceiros de boa-fé.

Assim, se um devedor da herança pagar a sua dívida a um herdeiro aparente, tendo boas razões para crer que era este o legítimo sucessor do seu credor, o pagamento será válido, e não poderá o herdeiro verdadeiro reclamar a aquele devedor novo pagamento, só terá ação contra o herdeiro aparente, para restituição da soma recebida, com boa ou má-fé.

Mas foi levantada a questão das alienações de bens e as hipotecas constituídas pelo herdeiro aparente e de boa-fé. Deverá a solução acima dada ser extensiva às alienações e hipotecas?

Alguns autores sustentam a afirmativa, e nesse sentido é a jurisprudência dominante na França. No entanto, a maioria das opiniões é em sentido contrário, porque a boa-fé do herdeiro aparente não impede que ele tenha alienado ou hipotecado coisa alheia, e bem sabido é que ninguém pode transmitir direitos que não tem. Aqueles atos jurídicos, por isso, serão sempre anuláveis, por força dos arts. 894 e 1.555 do Código Civil português.

³⁵ GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de direito civil*. Lisboa: Livraria Silverio, 1955. v. III, t. I.

É inadmissível, em face desta lei, a distinção feita pelo Código Civil italiano, art. 933, entre a boa e a má-fé do herdeiro aparente, estabelecendo que, no primeiro caso, devem ser mantidas as alienações por ele feitas.

A boa-fé desse herdeiro não é mais digna de proteção do que o direito de propriedade do herdeiro verdadeiro.

Por análoga razão, será nula a cessão parcial ou total da herança que o herdeiro aparente haja feito em prejuízo do herdeiro verdadeiro. A transação celebrada pelo suposto herdeiro com um devedor ou litigante adverso à herança não poderá ser oposta ao herdeiro verdadeiro, pelo contrário, será ela anulável com *res inter alios acta*.

Terá de ser mantida, porém, a expropriação por utilidade pública, em virtude da qual o herdeiro aparente recebeu a respectiva indenização, pela simples razão de que a coisa expropriada não pode ser reivindicada, não está já em comércio, mas o mesmo herdeiro aparente terá de restituir a dita indenização ao herdeiro verdadeiro.

Discute-se muito na doutrina portuguesa se devem ser válidos, pelo menos, os atos de administração praticados pelo herdeiro aparente, como arrendamentos, vendas de colheitas. As opiniões dos escritores são, em geral, no sentido afirmativo, se bem que invocando argumentos pouco felizes.

Mas uma corrente minoritária vem sustentando que os atos de administração só terão que ser respeitados quanto aos seus efeitos passados, quando seja impossível restaurar a situação primitiva, e os efeitos ainda subsistentes terão de caducar. Por exemplo, se um arrendamento feito por herdeiro aparente ainda subsistir, terá de ser anulado quanto ao futuro, pois não se concebe que permaneça como senhorio quem não é dono do prédio.

5.3 Direito italiano

Para Brunett³⁶, não importa que o herdeiro aparente esteja de boa ou má-fé, que não saiba da invalidade de seu título, que afirme ser o verdadeiro herdeiro embora sabendo ao contrário. Para o direito italiano, basta agir como verdadeiro herdeiro sem o ser.

Uma sentença da Carta de Apelação de Firenze afirmou que herdeiro aparente é aquele que possui um título, consista ele na lei ou através de um testamento, que lhe dê legalidade. Sem esse título, o possuidor da herança não pode ser considerado herdeiro aparente. É o caso do indigno que esteve na posse da herança até que, com a declaração da indignidade, seu título tenha sido considerado nulo.

Quanto à validade dos atos efetuados com terceiros, seu Código Civil é expresso: o art. 534, § 2º, declara válidos os contratos a título oneroso celebrados

³⁶ BRUNETT, Apud PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzione di diritto civile*. 3. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1894. v. VII.

por terceiro de boa-fé com herdeiro aparente. Assim dispõe: “sono salvi i diritti acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneros con uno l’erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede”.

Esse artigo, justificando a razão por que o legislador invocou a matéria, anteriormente baseada no princípio: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat*, afastou-se deste, e baseou-se na consideração de que um título aquisitivo “intervivos”, quanto à existência e eficácia, é muito mais fácil de ser conhecido de um terceiro que a existência e eficácia de um título *causa mortis*.

Assim, num testamento, muitas pessoas em perfeita boa-fé podem ignorar o vício. O testador poderá ter feito o testamento num momento de perturbação mental, ter sido ele revogado e o terceiro não ter tomado conhecimento.

Analogicamente, tratando-se de vocação legítima, é muito mais complexo controlar a existência de um parente mais próximo. Portanto, as pessoas podem incorrer facilmente num erro que nem a mais exata e correta diligência poderá impedir que aconteça.

Segundo outros doutrinadores, ao contrário, o art. 534 do CC, que salva o direito de aquisição pelo terceiro, decorrente de ato transmissivo do herdeiro aparente, não é de caráter singular, mas se pode aplicar aos casos análogos.

152

Nesse sentido, há duas decisões da Carta de Apelação: uma sentença mantém válidas as alienações (sempre a título oneroso e de boa-fé) feitas ao terceiro (como administradores de uma herança jacente) a qual, em seguida, foi declarada nula; e outra também considerou válido o negócio feito com o mandatário, cujo mandato já havia sido revogado, mas notificado apenas o mandatário.

Quanto à validade das alienações feitas por quem nunca foi herdeiro, Mazzonni³⁷ argumenta que, embora falte título ao herdeiro aparente, a lei protege as alienações feitas por ele com terceiros de boa-fé. Isso é assim em razão do princípio da equidade.

Antonio Masi³⁸ doutrina que a figura do herdeiro aparente se funda no seu comportamento objetivamente considerado, dispensando qualquer elemento de boa-fé e de má-fé de tal pessoa.

O terceiro, de fato, é um estranho à família do sucessor, ignora a ligação de parentesco, a demora em se habilitar do parente mais próximo e mesmo a existência dele. Nem mesmo os casos de vícios do testamento por dolo, erro, de violência feita ao testador pelo herdeiro, são passíveis de serem conhecidas pelo terceiro. Essa é a razão por que se protege o terceiro que contrata com o herdeiro aparente.

³⁷ PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzione di diritto civile*.

³⁸ MASI, Antonio. Apud PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzione di diritto civile*.

Se o herdeiro aparente está de má-fé, mais difícil ainda é para o terceiro descobrir o vício do título apresentado.

Outro motivo merece consideração: a inércia e a negligência do verdadeiro herdeiro, que com o seu comportamento passivo não contesta a qualidade de herdeiro. Torna-se, assim, mais fácil ainda o erro do adquirente.

Quanto à extensão analógica do art. 534, é uma outra questão importante no direito italiano.

Dito artigo não é suscetível de extensão analógica, por ser uma norma de caráter excepcional. Ao se aceitar a aplicação em outros casos, foge-se do princípio *nemo dot quod non brasbet*, estipulado no art. 1.459 do Código Civil italiano.

A boa-fé é requisito para o terceiro adquirente que estiver convicto de que se tratava do verdadeiro herdeiro. Entretanto, não é presumida, segundo o princípio enunciado no art. 1.147, § 3º, do Código Civil italiano, tendo o ônus de prová-la. Essa prova não deve consistir em apenas demonstrar o comportamento inidôneo do alienante que se passou por verdadeiro herdeiro e nem do herdeiro que se pôs num estado de ignorância pela própria negligência.

Pergunta-se também se o erro de direito escusa a boa-fé do terceiro adquirente. Há muito se sustenta que *nemo ignorare cencetur*, isto é, a lei se presume conhecida.

Necessário, contudo, distinguir a ignorância de uma lei dispositiva de uma lei imperativa. Quanto à primeira, não tem finalidade de manter a ordem pública, mas unicamente de regular e interpretar a livre vontade dos contratantes. A segunda é dotada de proteção do interesse público, de modo que, se violada, não se poderá alegar erro de direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O herdeiro aparente, embora não seja tratado diretamente pela legislação pátria, por analogia tem respaldo pela aplicação do disposto no art. 1.817 do Código Civil, que trata de atribuir validade a seus atos desde que praticados a título oneroso, resguardando sempre a boa-fé do terceiro adquirente.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1967.

Renato Maia

GONÇALVES, Luis da Cunha. *Tratado de direito civil*. Lisboa: Livraria Silverio, 1955. v. III, t. I.

MALHEIROS, Álvaro. *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva. t. 25.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Borsoi, 1968. t. 57.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Instituzione di diritto civile*. 3. ed. Firenze: Fratelli Cammelli, 1894. v. VII.

PORTO, Mário Moacyr. Artigo Teoria da aparência e herdeiro aparente. *Revista dos Tribunais*, 14, São Paulo.

_____. *Ação de responsabilidade civil e outros estudos: teoria da aparência e herdeiro aparente*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1966.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Curso de direito civil*, volume das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RODRIGUES, Sílvio. *Curso de direito civil*, volume das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 2.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. XXII.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Atlas, 1988. v. 2.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil: derecho de la sucession*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. t. I

ABUSO DE DIREITO DO GUARDIÃO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE DO MENOR E DO NÃO-GUARDIÃO

GUARDIAN'S ABUSE OF RIGHT AND THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PERSONALITY OF THE MINOR AND NON-GUARDIAN

Roseli Borin Ramadan Ahmad*

“O amor é uma necessidade de todos nós, que deve ser procurada, exercitada e encontrada especialmente na família, mas também na sociedade em geral. Amar não é apenas ser afetivo, fraterno e solidário, mas é, especialmente, dar a todo e qualquer ser humano a possibilidade de desenvolvimento de uma identidade que lhe permita expressar toda a sua potencialidade.”

Antônio Carlos Ribeiro Fester

155

RESUMO

O presente trabalho trata dos institutos do poder familiar e da guarda, abordando a questão do abuso no exercício do direito dos referidos institutos e suas conseqüências, tal como a violação do direito fundamental do menor diante da privação do direito à convivência familiar e a violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Aborda, ainda, os reflexos negativos da conduta negligente e irresponsável do guardião na formação do menor e a conseqüente lesão do direito fundamental à dignidade humana

* Advogada. Mestre em Ciências Jurídicas – Direitos da Personalidade na Tutela Jurídica Privada e Constitucional pelo Centro Universitário de Maringá (Cesumar). Especialista em Direito Civil – Sucessões, Família e Processo Civil, pelo Cesumar. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora de Processo Civil, Direito Civil e Metodologia da Pesquisa Científica e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Alvorada de Ensino e Tecnologia de Maringá. Professora de Direito do Consumidor da Faculdade Metropolitana de Maringá e Professora de Estágio Supervisionado do Cesumar.

intrínseca no direito à convivência social e familiar e ao acompanhamento ao seu desenvolvimento e formação. Passa em revista, também, a violação de diversos direitos fundamentais do não-guardião, como a lesão ao direito à igualdade na chefia familiar, o direito à convivência e ao acompanhamento do desenvolvimento físico, mental e moral do menor e à relação materno e paterno-filial. Por fim, traz à pauta o direito de fiscalização ao guardião como instrumento de garantia e manutenção da integridade dos direitos do menor e seus próprios.

Palavras-chave: Poder familiar; Guarda; Convivência familiar; Abuso no exercício da guarda.

ABSTRACT

The present work treats of the institute of the family power and of the guard, approaching the subjects of the abuse in the exercise of the right of the referred institutes and their consequences, just as, the violation of the smallest's fundamental right due to the privation of the right to the family coexistence and the violation to the beginning of the child's best interest and of the adolescent. It approaches, still, the negative reflexes of the guardian's negligent and irresponsible conduct in the smallest's formation and the consequent lesion of the fundamental right to the intrinsic human dignity in the right the social and family coexistence and to the attendance to her/him I development and formation. It passes in magazine, also, the violation of the non guardian's several fundamental rights, as the lesion to the right the equality in the family leadership, the right to the coexistence and attendance of the smallest's development physical, mental and moral and the maternal and paternal-filial relationship. Finally, it brings the line the fiscalization right to the guardian as warranty instrument and maintenance of the integrity of the smallest's rights and the owner's.

Keywords: To can family; Guard; Family coexistence; Abuse in the guard exercise.

1. INTRODUÇÃO

O instituto do poder familiar tem acompanhado, ao longo do último século, a galopante evolução das relações familiares, assumindo um teor construtivo e protetivo em relação à prole, o que se reflete, inevitavelmente, nas questões referentes à guarda de menor.

Assim sendo, e considerando a possibilidade de diferentes origens e disciplinas jurídicas do instituto, abordar-se-á, especificamente, o abuso de direito do guardião no exercício do direito de guarda do menor e as conseqüentes violações dos direitos de personalidade inerentes ao instituto.

Também se analisará a violação de diversos princípios constitucionais dispostos para o não-guardião e a lesão aos seus direitos fundamentais, bem como

se evidenciará o direito de fiscalização ao guardião como forma de manutenção dos direitos do menor e do não-guardião.

Portanto, neste estudo se buscará com destemor, com análise científica, doutrinária e jurisprudencial enfrentar a instigante questão do exercício abusivo do direito de guarda e as conseqüentes violações dos direitos fundamentais do menor e do não-guardião.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Precipuamente, faz-se mister discorrer acerca de alguns conceitos cruciais que conduzem ao entendimento do que é a personalidade e os direitos inerentes a ela, protegidos pela Constituição Federal sob a designação de direito fundamental.

A nova ordem constitucional alçou a pessoa à condição de elemento principal da relação jurídica, centro da ordem jurídica, e sua dignidade elevou-se ao *status* de valor supremo do ordenamento. Para tanto, foram estabelecidos princípios diretores de caráter fundamental para assegurar à pessoa os direitos e garantias fundamentais, de forma a proteger e promover a personalidade¹.

Assim, a toda pessoa humana é conferida a personalidade, ou a capacidade jurídica, “qualidade inerente ao ser humano (...), uma qualificação formal, (...) um valor jurídico, (...) um bem”², que “não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualificação jurídica”³, sendo, pois, a suscetibilidade genérica do indivíduo para adquirir direitos e contrair obrigações⁴, ou seja, ser titular de direitos e obrigações⁵.

Importa frisar que a referida aptidão genérica de adquirir direitos e obrigações inerente à personalidade humana não difere de direito para direito, tampouco depende da forma ou meio de pleiteá-los, podendo ser por representação⁶, assistência, ou pessoalmente⁷.

¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 56.

² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 205 e 208. Apud BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Tereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral*, v. 1 (arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 38.

³ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004. p. 19.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 116.

⁵ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 19.

⁶ CC, art. 1.634: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: (...); V – representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento”.

⁷ BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ARRUDA ALVIM; Tereza Alvim (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral*, v. 1 (arts. 1º a 103), p. 39.

Os direitos dispostos para a proteção da personalidade humana estão voltados para a proteção do conjunto de caracteres⁸ físicos, psíquicos e morais⁹ do indivíduo, destinados a “resguardar a eminente dignidade da pessoa, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos”¹⁰.

Importa esclarecer que os direitos da personalidade inerentes à personalidade humana estão abarcados numa esfera protetiva maior, a dos direitos fundamentais, que “demarcam em particular a situação do cidadão com a preocupação básica da estruturação constitucional”¹¹, ou seja, os direitos fundamentais são “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”¹².

Extrai-se do exposto que os direitos fundamentais estão dispostos, constitucionalmente, para a pessoa humana, que, portadora de personalidade, tem a proteção dos chamados direitos da personalidade – princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira¹³ –, lastreados pela cláusula geral dos direitos da personalidade¹⁴ – fundada no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵.

Como princípio diretivo dos direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da Carta Maior, tem em seu núcleo a própria dignidade do indivíduo, pois corresponde, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶, à

158

... qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degra-

⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o NCCB. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Prefácio, p. VII.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 131.

¹¹ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 45.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 359.

¹³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 137.

¹⁴ Embora a Constituição Federal não disponha expressamente acerca da Cláusula Geral dos Direitos da Personalidade, subtende-se que a adota em seu Título I, quando resguarda a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

¹⁵ CF, art. 1º, III: “A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: (...); III – a dignidade da pessoa humana”.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

dante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Mais sinteticamente, trata-se de um “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁷, e por isso a sua violação, conforme lição de Celso Bandeira de Mello¹⁸, “é mais grave do que transgredir uma norma”, haja vista que “a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”, e complementa que “é a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”.

Entendido que o princípio da dignidade da pessoa humana é a célula nuclear que irradia todos os direitos fundamentais do ser humano, toma-se para análise a privação do direito à convivência familiar e a violação do direito fundamental de personalidade do menor e do genitor não-guardião.

3. PODER FAMILIAR E GUARDA

Denominação adotada pelo novo Código Civil de 2002, a expressão “poder familiar” veio substituir o termo “pátrio poder” originado no Código Civil de 1916 e que carregava em sua concepção o peso da história da família patriarcal, que remetia ao pai, chefe da família, todo poder em relação aos filhos, de forma patrimonialista e discriminatória.

O referido instituto, ao longo do século XX, mudou substancialmente, acompanhando a evolução das relações familiares, afastando-se de sua função originária, em que prevalecia o interesse do pai, para “ganhar uma conotação protetiva e construtiva no tocante à prole”¹⁹.

Todavia, a atual denominação “poder familiar” mantém ênfase no “poder” e por isso permanece inadequada, alvo de severas críticas da doutrina. Paulo Luiz Netto Lôbo argumenta que, em razão de o interesse dos pais estar condicionado ao interesse do filho na sua realização como pessoa em formação, “não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 106.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 300.

¹⁹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27.

o poder compartilhado dos pais (familiar)”²⁰. Ana Carolina Brochado Teixeira²¹ esclarece que “poder sugere autoritarismo, supremacia e comando”, e conclui que essa concepção não se coaduna com a pretensão do ordenamento jurídico no que se refere às relações parentais, e que os traços de poder que possam permear a expressão “autoridade”, no caso em tela, traduzem-se em relação de ascendência.

Por isso importa salientar que o poder familiar é mais dever do que poder sob a forma de encargo legal atribuído aos pais ou a outrem, haja vista que a expressão familiar não sugere titularidade apenas aos pais, mas é extensiva a toda a família²², razão pela qual parte da doutrina defende maior adequação do termo parental em detrimento do termo familiar²³. Ademais, trata-se de um dever de que não se pode eximir sob pena de multa prevista no art. 249²⁴, perda da guarda, prevista no art. 129, inciso VIII²⁵, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outras medidas, como a incidência em crime de abandono²⁶.

Para Caio Mário da Silva, o instituto do poder familiar é um “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º da Constituição”²⁷.

Do poder familiar origina-se o instituto da guarda dos filhos, e o da figura do guardião, atributo previsto no Código Civil, art. 1.634, inciso II²⁸.

Plácido e Silva ensina que o termo guarda,

²⁰ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 12 fev. 2007.

²¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 5.

²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 5. “Autoridade parental” é utilizado pelo legislador francês desde 1970.

²³ Nesse sentido: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 5; FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai: estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 593; RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, p. 27.

²⁴ ECA, art. 249: “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena – multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

²⁵ ECA, art. 129: “São medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis: (...) inciso VIII – perda da guarda”.

²⁶ VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 38.

²⁷ Silva, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 5, p. 233.

²⁸ CC, art. 1.634: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos: (...) II – tê-los em sua companhia e guarda”.

Abuso de direito do guardião e a violação de direitos fundamentais...

Derivado do antigo alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *ward* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado, em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.²⁹

Transportando a expressão para o direito de família, Plácido e Silva define guarda de filhos como a “locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil”³⁰.

Silvana Carbonera conceitua guarda como sendo o

... instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.³¹

Entretanto, é necessário pontuar que, embora a guarda seja inerente ao poder familiar, é da sua natureza e não da sua essência, de forma que “é possível que convivam pátrio poder e direito de guarda ...”³², assim como, mesmo sem a guarda, pode existir o poder familiar, que constitui “direito distinto e autônomo de outra pessoa”³³.

Importa esclarecer, ainda, que o direito da guarda de menores pode advir de situações diferentes submetidas a disciplinas jurídicas distintas. A guarda pode decorrer da separação dos pais, de fato ou de direito, conforme dispõem os arts. 1.566-IV³⁴ e 1.724³⁵ do Código Civil brasileiro, operando-se um desmembramento da guarda, que será deferida a um dos pais, ou de menores em situação irregular ou abandonados, com o objetivo de regularizar uma situação de fato, e possibilitar a colocação da criança e do adolescente em família substituta, na

²⁹ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I e II, p. 365.

³⁰ SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*, p. 365-366.

³¹ CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 47.

³² VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 39.

³³ FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato na prática forense*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 20.

³⁴ CC, art. 1.566: “São deveres de ambos os cônjuges: (...); IV – sustento, guarda e educação dos filhos”.

³⁵ CCB, art. 1.724: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

forma em que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 33³⁶, 34³⁷ e 35³⁸.

Em ambos os casos, o conceito de guarda não se altera. Entretanto, há que se frisar que, no primeiro caso, da guarda proveniente da separação de fato ou de direito, mesmo o cônjuge não tendo a guarda, permanece detentor do poder familiar; já na segunda situação, que se refere a condição irregular do menor, a situação se inverte, pois, mesmo sendo detentor da guarda (em situação irregular ou de abandono), não se investe das faculdades inerentes ao poder familiar³⁹.

Importa salientar que, por vezes, o exercício do direito de guarda é permeado por mágoas e desejos de retaliação em contra o não-guardião, o que culmina em evidente abuso do direito de guarda, violando-se não apenas o direito fundamental do menor à convivência familiar, como o mesmo direito do não-guardião.

4. EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE GUARDA

Ponto a ser previamente esclarecido é quanto ao exercício do direito, que difere conforme sua natureza. Embora o exercício de um direito tenha caráter facultativo, haja vista que ninguém está obrigado a exercer o seu direito, alguns direitos são outorgados em proveito de outrem, como ocorre nos casos dos direitos dos pais em relação aos filhos⁴⁰, ou representantes legais em relação aos menores em situação irregular ou abandonado, os quais, por não terem a capacidade de exercer por si os seus direitos, têm a titularidade desse direito investida na pessoa do seu representante legal.

Investido da titularidade do direito do menor, o representante legal está habilitado ao seu exercício em nome do menor, mas de modo normal⁴¹, não da forma que melhor lhe convém, sob pena de cometer abuso de direito.

162

³⁶ ECA, art. 33: “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

³⁷ ECA, art. 34: “O Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado”.

³⁸ ECA, art. 35: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”.

³⁹ FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato na prática forense*, p. 20.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 112.

⁴¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 113.

Concernente a essa vertente, é necessário esclarecer que a teoria do abuso de direito é resultante da concepção relativista dos direitos desencadeada no começo do século XX, portanto, trata-se de uma construção do pensamento jurídico recente com finalidade amortecedora dos choques freqüentes entre a lei e a realidade que não mais correspondem às aspirações sociais atuais⁴².

A doutrina diverge entre três correntes – a) a subjetivista, a qual defende dois critérios reveladores do abuso de direito: o intencional, que requer como pressuposto o ânimo de prejudicar⁴³, seja com o fim exclusivo de causar prejuízo a outrem, sem obter qualquer vantagem, seja pelo exercício da má-fé⁴⁴; e o técnico, segundo o qual o exercício culposo é elemento caracterizador do abuso de direito⁴⁵; b) a objetivista, pela qual o abuso de direito se evidencia pelo critério econômico, que demanda exercício de um direito sem legítimo interesse; e c) a teleológica, segundo a qual o direito foi exercido em desconformidade com sua destinação econômica ou social⁴⁶.

Importa, ainda, esclarecer que o abuso de direito restou pacificado, em nossa doutrina e jurisprudência, na forma do art. 160, inciso I, parte final, do CCB de 1916, interpretado a contrário *sensu*, que dispunha sobre a licitude dos atos praticados em legítima defesa, ou exercício irregular de um direito⁴⁷, haja vista que, não sendo o ato praticado com o referido intuito, seria um ato ilícito⁴⁸.

Entretanto, o Código Civil de 2002⁴⁹ consagrou a teoria do abuso do direito em nosso ordenamento jurídico, dispondo no Título II do Capítulo V do Livro III, atinente aos atos ilícitos, em seu art. 187, que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Partindo de uma análise do conteúdo do citado dispositivo, entende-se que a teoria do abuso de direito sobejou assentada numa mescla da teoria subjetivista, quando dispõe sobre o ato ilícito motivado pela má-fé, e da teoria teleológica, quando dispõe sobre o ato ilícito como forma de desvio do fim econômico e social proposto.

⁴² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 114-115.

⁴³ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 114.

⁴⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 251.

⁴⁵ GOMES, Orlando. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 114.

⁴⁶ GOMES, Orlando. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 114.

⁴⁷ CC 1916, art. 160: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido;”

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁴⁹ A doutrina do abuso de direito está difundida na maioria dos ordenamentos jurídicos das grandes nações, notadamente no direito italiano, russo, argentino e português, tendo esse último influenciado o Código Civil brasileiro de 2002.

Assim sendo, com base nas referidas teorias, toma-se para análise as situações em que o abuso de direito é praticado no exercício de poder conferido pelo *status* familiar, especificamente as que envolvem as questões atinentes à guarda do menor, e que ferem de morte direitos fundamentais, tanto deste quanto do não-guardião, sempre com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Várias são as situações em que é dado visualizar-se o abuso de direito no ambiente sociofamiliar. Entre as muitas possibilidades, as que envolvem as questões relativas à guarda do menor são das mais cruéis e violadoras dos seus direitos fundamentais, como a frustração imposta ao direito de visitação ao menor, tanto do não-guardião, quanto de entes queridos como os avós e outros parentes, conquanto tal abuso obsta a convivência familiar, constitucionalmente protegida.

No referente a medidas repressivas ao exercício abusivo do direito à guarda, os arts. 1.586⁵⁰ e 1.637⁵¹, ambos do Código Civil, propõem de medidas paliativas que zelem pela segurança do menor até suspensão do poder familiar, porquanto, nesses casos, quem suporta o peso da lide é o menor, e em muitas situações a inversão da guarda não realiza o melhor interesse dele, até a reparação indenizatória por danos morais.

Todavia, deve-se salientar que, embora originária da esfera dos direitos patrimoniais com o fito de impor sanção reparatória por prejuízo causado em razão do abuso de direito por ato ilícito, migrando a aplicabilidade da teoria do abuso de direito para a esfera dos direitos extrapatrimoniais, acreditou-se que a reparação deixou de ter eficácia quanto ao regime de repressão, já que, por vezes, não constituía dano material, e, portanto, a reparação indenizatória não se fazia mais eficaz.

Contudo, se a inversão da guarda, por vezes, não resguarda o interesse do menor, e a reparação indenizatória não atinge a eficácia almejada, já que o pagamento por danos morais não supre nem compensa o amor, o carinho e a atenção que foram subtraídos do filho durante o período de sua formação⁵², qual seria a medida repressiva capaz de fazer valer os direitos do não-guardião e dos demais entes queridos do menor?

Retomando a questão da ineficácia da medida reparatória por indenização, importa analisar que, ainda que seja impossível mensurar os danos morais, psico-

⁵⁰ CC, art. 1.586: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.

⁵¹ CC, art. 1.637: “Se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha”.

⁵² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, p. 109.

lógicos e sociais que o menor possa vir a sofrer com a imposição do guardião à privação ao convívio familiar por meio do direito de visitação, talvez fosse o caso de deferir-se reparação civil ao não-guardião e avós prejudicados, com base na teoria do abuso do direito, haja vista que, sendo aquela pessoa de coração frio ao ponto de não se sensibilizar com as irreparáveis perdas do menor diante da situação posta, talvez seja no bolso que pulsa o seu coração, embora se entenda não ser esta solução de eficácia absoluta.

Entretanto, se comparada com as situações em que o menor tem seu melhor interesse atingido, como em casos de inversão da guarda, talvez a medida paliativa, autorizada pelo Código Civil, seja menos traumática e produza resultados mais efetivos e céleres – tal como uma multa por dia de abuso do direito.

5. A PRIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PERSONALIDADE DO MENOR

A Constituição Federal de 1988 é taxativa e enfática em seu art. 227, *caput*, no que se refere ao direito que a criança e o adolescente têm à convivência familiar, estando o trinômio família, Estado e sociedade incumbido de assegurar esse direito, posicionamento reafirmado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 19 e seguintes.

Desse prisma, revela-se relevante investigar a situação em que se instala a privação do direito à convivência familiar por meio do abuso no exercício do direito de guarda e suas conseqüências violadoras da ordem constitucional.

Do direito de guarda surge o direito de visitação, legalmente estabelecido no direito de família, na forma do art. 1.589⁵³ do Código Civil, e que nada mais é que o direito do não-guardião de se comunicar e conviver com o menor, acompanhar seu desenvolvimento físico e psíquico⁵⁴, e de ter esse direito regulamentado não apenas para si, mas também para os demais entes queridos do menor que fazem parte do seu referencial familiar⁵⁵. E entre estes se incluem os parentes independentemente de grau, os parentes espirituais, como os padrinhos, e até as pessoas

⁵³ CC, art. 1.589: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção”.

⁵⁴ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005. p. 36.

⁵⁵ Nesse sentido: GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 443: “... esse direito decorre não só da solidariedade familiar, dos laços de família, do parentesco na linha reta, como, também, do fato de o ascendente estar obrigado a dar alimentos ao descendente”. Também nesse sentido: BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1984. p. 120-126.

estranhas ao parentesco⁵⁶, mas que lhes são queridas e, portanto, imprescindíveis à convivência com o menor.

Assim, o art. 227⁵⁷ da Constituição Federal dispõe enfaticamente sobre a prioridade à convivência familiar como dever imposto à família, à sociedade e ao Poder Público para os casos de separação de fato ou de direito. Também para os casos de guarda de menores para famílias substitutas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 4º⁵⁸, 19⁵⁹ e seguintes, prevê, a exemplo da Constituição Federal, a convivência familiar do menor com a família, cuidado do legislador que se justifica pelo fato de que o direito de visitação é muito mais da criança e do adolescente do que do adulto visitante⁶⁰, haja vista que, sobretudo, impera o melhor interesse da criança e do adolescente.

Todavia, não são poucos os casos em que o rompimento conjugal ou a colocação da criança em família substituta dificultam ou fazem cessar a convivência do menor com seus familiares e com a comunidade que antes lhe servia de referencial.

Na maioria dos casos em que esse rompimento se processa, o exercício do direito de guarda está contaminado por mágoas e desejos de retaliação em relação ao não-guardião, e nessas circunstâncias o peso de tal conduta recai sobre o menor, que tem seus interesses prejudicados e seus direitos fundamentais violados.

Ao assegurar constitucionalmente o direito à convivência familiar, o legislador buscou preservar o direito dos pais “à convivência com os filhos como forma de realização e crescimento pessoal, concretizado nos cuidados e educação dos mesmos”⁶¹, pois “a aproximação da criança com os pais e avós presume-se de seu interesse, salvo particularidades excepcionais que, essas sim, necessitam ser provadas ou bem fundamentadas”⁶².

166

⁵⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, p. 120.

⁵⁷ CF, art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁵⁸ ECA, art 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária”. (Negrito.)

⁵⁹ ECA, art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

⁶⁰ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Guarda, Estatuto da Criança e do Adolescente: questões controvertidas*. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 53.

⁶¹ CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*, p. 75.

⁶² BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, p. 131.

Ademais, “o vínculo entre pais e filhos deve ser encarado sob a ótica do amor, do respeito e da solidariedade, na busca do que seria a maternidade e a paternidade responsável”⁶³, e é envolvidos nessa atmosfera familiar harmoniosa “que devem estar os menores, porque é nesse meio que melhor se pode desenvolver o espírito, no sentido do bem, do justo e, ainda, do útil social e individual”⁶⁴.

Se, ao contrário, o guardião, munido de ressentimentos ou interesses escusos, afasta o menor do convívio familiar, sobre ele recairá o repúdio da lei e da moral, mas “nem sempre serão condenados pelo filho”⁶⁵, sobre o qual pesarão todas as conseqüências sociopsicológicas.

Ressalta-se que, embora o direito de visita esteja condicionado, tão só e puramente, ao interesse do menor, trata-se de um dever de ordem moral e não uma obrigação. Assim,

... se o progenitor reclama a faculdade de conviver periodicamente com os filhos, há de ser pela razão de que, sem embargos dos desajustes conjugais, ainda lhe sobram impulsos afetivos, que a criança receberá (...) sem revolta interior que resultaria do indiferentismo de um deles.⁶⁶

Assim sendo, ao não-guardião seria possibilitado o estabelecimento de um regime de convívio amplo resultante do maior tempo de convívio com o menor, o que, do ponto de vista da convivência familiar, resultaria numa atuação direta e mais efetiva de ambas as partes, guardião e não-guardião, o que fatalmente redundaria na manutenção dos laços afetivos entre estes e o menor.

A privação do convívio entre a criança com o não-guardião, seja numa relação entre pais e filhos, entre netos e avós⁶⁷ ou demais familiares, é tão prejudicial ao menor quanto abandoná-lo à própria sorte, pois, muitas vezes, o sentimento de abandono que o filho nutre diante do rompimento da estrutura familiar é convertido em um comportamento agressivo contra o próprio guardião ao entender que as manobras deste têm o fito de dificultar, sem justificativa, o acesso do não-guardião.

⁶³ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*, p. 22.

⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado: comentários ao art. 384*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956. p. 840.

⁶⁵ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, 129.

⁶⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, p. 133.

⁶⁷ “DIREITO DE VISITA ENTRE AVÓS E NETOS – Embora o CCB não contemple, de modo expresso, o direito de visita entre avós e netos, esse direito resulta não apenas de princípios de direito natural, mas de imperativos do próprio sistema legal, que regula e admite essas relações, como em matéria de prestação de alimentos (art. 397), de tutela legal (art. 1.603), além de outros preceitos. O direito de os avós visitarem os netos e serem por eles visitados constitui, assim, corolário natural de um relacionamento afetivo e jurídico assente em lei” (TJRS – AI 590.007.191 – 3ª C – Rel. Dr. Flávio Pâncaro da Silva – J. 29.03.1990, RJ 156/80).

Obviamente, não se pode generalizar, afirmando que todos os filhos que vivem na situação proposta estão predestinados a um comportamento agressivo, violento ou perturbado, mas se pode afirmar que, na grande maioria dos casos, senão em todos, a qualidade de vida do menor estará prejudicada pela falta da manutenção do núcleo familiar primitivo que garante o seu desenvolvimento sadio e a sua auto-estima, do que decorrerá a ausência de traumas, muito comuns nos casos de separação familiar conturbada.

A convivência comunitária também é fator importante a ser considerado no desenvolvimento normal e contínuo do menor e do adolescente, haja vista que a comunidade representa para eles um referencial de normas comportamentais.

Ponto relevante a ser considerado, ainda, é que não apenas a ausência de um membro familiar no convívio com o menor é fator desestruturante na sua formação, mas também o é a aparência de descumprimento das funções desse membro familiar diante da privação à convivência com o menor, imposta pelo guardião, e que se traduz em negligência, ferindo violentamente as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal.

Tal violência aos direitos fundamentais de personalidade do menor requer medidas enérgicas que obriguem o guardião no exercício abusivo do seu direito de guarda a repensar seu importante papel de protetor, mentor, educador e tantos outros diante do menor.

Para o menor, muitos seriam os benefícios emocionais que sobreviriam dessa conscientização, desde a garantia de seu direito de convivência familiar até a proteção de suas aspirações e esperanças na estrutura familiar.

Destarte, foi baseada na prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente que a Constituição Federal priorizou a sua proteção, assegurando e garantindo os seus direitos fundamentais, entre os quais a convivência no seio familiar e comunitário – ainda que seja por meio de visitas regulamentadas em processo judicial.

6. A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças, tem sua origem atada ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra como uma prerrogativa do rei de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por si mesmos⁶⁸.

⁶⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1.

Nos Estados Unidos, o princípio do *best interest of the child* foi introduzido em 1813, vigorando na forma de concessão ao Estado da função de guardião legal dos incapazes⁶⁹.

A manifestação de reconhecer uma proteção especial para a infância em âmbito internacional se fez constar na Declaração de Genebra, já em 1924, e em 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1959 na Declaração Universal dos Direitos da Criança e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, ratificada e integrada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 99.710/90, que, expressamente, faz referência ao princípio do melhor interesse da criança⁷⁰.

Constitucionalmente, a proteção integral, ou “melhor interesse da criança”⁷¹ estão materializados na forma do art. 227, *caput*. Nos mesmos parâmetros, essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), no art. 3º, que prevê o gozo dos direitos fundamentais para as crianças e os adolescentes sem prejuízo da proteção integral, e no art. 4º, que dispõe acerca do dever da família, a sociedade e o Estado zelarem pela prioridade e efetivação desses direitos.

No âmbito do Código Civil, o dispositivo 1.583 confere aos cônjuges, diante de separação ou divórcio consensual, a liberdade de acordarem sobre a guarda de filhos, e não havendo acordo, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la, de acordo com o disposto no seu art. 1.584 – interpreta-se “melhor condição” do ponto de vista do que é melhor para o menor. O novo diploma civil também relegou a culpa na separação do casal como fator influenciador no tangente à guarda de filhos.

Conclui-se da análise dos citados dispositivos que o legislador buscou evidenciar a aplicação da proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional, haja vista que, em todos os casos a que os dispositivos infraconstitucionais remetem, a situação do menor deve ser priorizada.

Assim, é imperioso que, ao se reputar a qualquer modalidade de guarda, se tenha como guia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, haja vista a proteção especial conferida constitucional e infraconstitucionalmente, em

⁶⁹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, p. 96.

⁷⁰ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, p. 98.

⁷¹ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) considera criança a pessoa com idade entre 0 (zero) e 12 (doze) anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

razão da condição especialíssima de seres em desenvolvimento físico, psíquico e moral, e por serem, reconhecidamente, sujeitos de direitos e não meros objetos⁷².

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve estar relacionado às necessidades essenciais e indispensáveis do menor, priorizando-se o seu bem-estar em detrimento de qualquer interesse do guardião ou não-guardião, principalmente os interesses relativos à convivência deste, pois a ordem jurídica tem o condão de zelar “para que não ocorram rupturas dos laços afetivos criados, em prejuízo dos verdadeiros fins estampados no sistema jurídico, que prestigiam entre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor”⁷³.

7. DIREITO AO ACOMPANHAMENTO DO DESENVOLVIMENTO E DA FORMAÇÃO DO MENOR, E VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE ENTRE OS PAIS E DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR E DO DIREITO DE FISCALIZAÇÃO AO GUARDIÃO

A concepção constitucional de família igualitária e eudemonista⁷⁴ baliza a necessidade patente que os menores e os adolescentes têm de convívio social e familiar, e o direito dos genitores em acompanhar o seu desenvolvimento e formação, nos campos físico, intelectual e moral.

170

O acompanhamento do desenvolvimento e da formação do menor, por parte de ambos os genitores, durante a infância e a adolescência oferece ao menor recursos necessários à sua completa formação, desde os conhecimentos basilares aos mais complexos aspectos da vida, numa clara função orientadora e educativa, pautada na noção de liberdade e respeito.

É, portanto, em prol da garantia desses direitos que a Constituição Federal assegura, no art. 226, § 5º, a igualdade jurídica dos cônjuges, pondo fim ao poder marital e à soberania absoluta de chefe de família, alçando a mulher à sua real condição, a de colaboradora e não de subordinada ao homem, como outrora. No compasso desse posicionamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente também preceitua, em seu art. 21, a igualdade de condição entre os genitores do menor em relação ao pátrio poder⁷⁵.

⁷² PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 28.

⁷³ FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*, p. 21.

⁷⁴ *Dicionário Aurélio século XXI*, eletrônico. Eudemonismo: doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, i.e., que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade.

⁷⁵ ECA, art. 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução do conflito”. CC,

Partindo desse prisma, claro está que os direitos e obrigações relativos às crianças e aos adolescentes devem ser exercidos em igualdade de condições pelos pais, com o objetivo de executar suas incumbências legais e preservar o melhor interesse daqueles.

Decorrente do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, tem-se o princípio da igualdade na chefia familiar, que deve ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração.

No Código Civil de 2002, o princípio em questão pode ser percebido pelo que consta dos incisos III e IV do art. 1.556, que atribui, de forma igualitária, a ambos os cônjuges os deveres concernentes à prole, considerando as possibilidades patrimoniais e pessoais de cada um. Da mesma forma, o art. 1.631 concede aos pais, independentemente da forma de entidade familiar, o poder familiar paritário, possibilitando a qualquer deles recorrer à solução judiciária diante de desacordo, e o art. 1.634 elenca as atribuições dos pais para com os filhos⁷⁶.

Assim, quando o cônjuge detentor da guarda viola o direito do outro cônjuge em conviver com o menor, está ferindo, na esfera do não-guardião, o princípio da igualdade dos pais, o direito ao poder familiar, bem como fere de morte, na esfera do menor, o princípio da convivência familiar, o direito à paternidade responsável e o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange ao poder familiar, vale lembrar que é exercido no proveito, no interesse e na proteção dos menores, e é conferido aos pais simplesmente porque o ser humano, naturalmente, durante sua infância necessita de alguém que lhe proteja, crie, eduque, guarde e defenda seus interesses.

Assim sendo, a violação do poder familiar do não-guardião cerceia o direito/dever de o genitor não-guardião exercer a paternidade responsável⁷⁷ preceituada constitucionalmente, um direito fundamental do menor, bem como fere o dever de paternidade responsável do genitor guardião para com o menor.

art. 1.589: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. Art 5º, I, CF: “Todos são iguais perante a lei (...): I – homens mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; 226, § 5º CF: “(...) § 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁷⁶ A saber: a) dirigir a criação e a educação dos filhos; b) ter os filhos em sua companhia e guarda; c) conceder aos filhos ou negar-lhes consentimento para casarem; d) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou se o sobrevivente não puder exceder o poder familiar; e) representar os filhos, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; g) exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁷⁷ CF, art 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, (...)”.

No concernente ao direito de fiscalização do não-guardião⁷⁸, com o intuito de evitar a autoridade abusiva do guardião, o Estado intervém submetendo o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle, na forma de restrição de seu uso e dos direitos dos pais, e limitação desse poder no tempo, com o objetivo de resguardar a dignidade da pessoa humana em formação, pois, “enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida”⁷⁹, particularmente em se tratando da dignidade de menor, pessoa incapaz na defesa dos seus direitos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As situações atinentes à guarda do menor em que há o abuso no exercício do direito ferem de morte os direitos fundamentais, tanto do menor quanto do não-guardião, pois violam o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o vínculo entre pais e filhos ou menores e seus representantes deve ser pautado no amor, no respeito e na solidariedade, com o fito do exercício do que seria a maternidade e a paternidade responsáveis.

Destarte, a convivência da criança e do adolescente com sua família e com a comunidade deve ser meta obsessiva dos operadores do direito nas ações de guarda, pois a família é a base social e, na maioria das vezes, o fio condutor da harmonia e do ambiente propício ao desenvolvimento e à formação do menor em um cidadão consciente de seus direitos e deveres.

Se, ao contrário, na família do menor não houver harmonia e ambiente adequado a sua formação, e se a tentativa de adequá-lo se frustrar, e as penalidades legais, como a multa, a inversão da guarda e a indenização, entre outras medidas paliativas, não surtirem o efeito desejado, o lar substituto deve ser procurado, de modo que o menor possa se desenvolver num ambiente sadio e afetoso capaz de estruturá-lo sob o aspecto da cidadania e da humanização.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Tereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1 (arts. 1º a 103).
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

⁷⁸ Vide art. 1.589 do CC, nota de rodapé n. 75.

⁷⁹ CUNHA, Jorge Teixeira da. Valor: cultura e direitos humanos. *Communio – Revista Internacional Católica*, 1997, p. 50. Apud MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 188.

Abuso de direito do guardião e a violação de direitos fundamentais...

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado: comentários ao art. 384*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o NCCB. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1984.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- CARBONERA, Silvana Maria. *A guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 1. ed. Campinas: Romana, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral do direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai: estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato na prática forense*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. *Guarda, Estatuto da Criança e do Adolescente: questões controvertidas*. 1. ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2005.
- FRAGA, Thelma. *A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto*. Niterói: Impetus, 2005.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 12 fev. 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 5.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I e II.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey.

