

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
LINDÔRA MARIA ARAUJO

Conselho Editorial

Ministério Público Federal
GUSTAVO TEPEDINO (Coordenador) – Professor Doutor
MARCO AURÉLIO DUTRA AYDOS – Procurador da República

Ministério Público do Trabalho
REGINA BUTRUS (Vice-Coodenadora) – Procuradora Regional do Trabalho
JORGE LUIZ SOUTO MAIOR – Professor Doutor

Ministério Público Militar
ADRIANO ALVES MARREIROS – Promotor da Justiça Militar



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 4 - Número 17 - outubro/dezembro 2005
Brasília/DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU

SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar

70200-901– Brasília/DF

Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <www.esmpu.gov.br>

E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright 2005. Todos os direitos autorais reservados.*

Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa

Hindemburgo Chateaubriand P. D. Filho – Procurador Regional da República

Setor de Apoio

Adriana Ribeiro Tosta

Setor de Documentação e Edição

Cecília S. Fujita dos Reis

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato Cavalcante

Edição eletrônica, fotolitos e impressão:

Artes Gráficas e Editora Pontual Ltda. – SIG/Sul Quadra 08 n. 2315

CEP 70610-400 – Brasília/DF – Tel.: (61) 3344-1210 – Fax: (61) 3344-3041

E-mail: <graficapontual@ibestvip.com.br>

Tiragem: 3.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 4, n.17, out./dez., 2005

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

“Quem quer passar além do Bojador tem que passar além da dor”, disse o grande poeta português, exprimindo em palavras o que o brasileiro sabe melhor que ninguém, o que os membros do MP sabem melhor que ninguém. É difícil realizar um bom trabalho, combater o bom combate. É mais fácil desistir ou flutuar em devaneios.

O país vive, e há muito tempo, a esperança de momentos que o credenciem como candidato real a – oh, lugar comum! – país do futuro. Copas, pilotos, ginastas, novidades alimentam ou enfraquecem essa espera. Nem sempre parece que tais sonhos se confirmarão, mas no presente, apesar dos reveses, muito tem feito, ao lado de outras instituições, o *Custos Legis*, o *Dominus Litis*, nas suas diversas áreas de ação.

A ação nasce de idéias, que são discutidas, e da discussão nasce a luz. Algumas idéias são escritas e se transformam em livros, pareceres, peças jurídicas, artigos, revistas, antes de se materializarem com vida própria na Sociedade. Das idéias podem surgir soluções! Para que estudar o Direito? Para que discutir o Direito? Para que escrever sobre Direito? Simples! Quem lida em nossa área só pode estar buscando soluções, soluções práticas para aperfeiçoar o que nos cerca. Que outro sentido haveria?

Leia o *Boletim Científico da ESMPU*. Ele está especialmente voltado para a prática, para o mundo real. Este número propõe soluções, expõe pontos de vista relevantes, aborda novos ângulos e traz visões inéditas de assuntos variados, mas, acima de tudo, faz uma conexão com o mundo real, onde atua o Direito.

Eis a nossa revista, em mais uma edição, falando dos assuntos mais simples e dos mais polêmicos, sempre de forma densa e concreta. Pra-

ticando o debate, estimulando idéias, incentivando a pesquisa, o estudo e, despretensiosamente, aperfeiçoando, um pouquinho que seja, a Democracia.

ADRIANO ALVES
Promotor de Justiça Militar
Membro do Conselho Editorial da
Escola Superior do Ministério Público da União

Sumário

Seção I – Direitos Humanos

11/9 ou Modernidade e terror <i>Agnes Heller</i>	11
---	----

Seção II – Interesses Difusos e Coletivos

Meio ambiente e relação de consumo sustentável <i>Inês Virgínia Prado Soares</i>	33
---	----

Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas <i>Ronaldo Lima dos Santos</i>	61
--	----

Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional <i>Jorge Luiz Souto Maior</i>	87
--	----

Seção III – Direito Penal e Liberdades Constitucionais

A transação penal e a ação penal privada <i>Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto</i>	121
--	-----

De coragem, covardia e soberba: o abuso de <i>habeas corpus</i> no Supremo Tribunal Federal <i>Marco Aydos</i>	145
--	-----

Sexo grupal: à (meia) luz do direito <i>Ivaldo Lemos Júnior</i>	185
--	-----

Seção IV – Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional <i>Gustavo Tepedino</i>	223
---	-----

Seção V – Temas Atuais

**Direito e modernidade: lineamentos para uma teoria da
reforma constitucional**

Paulo Thadeu Gomes da Silva.....239

Seção VI – Resenhas

**Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na
Constituição Federal de 1988 (Ingo Wolfgang Sarlet)**

Wellington Soares da Costa.....273

Seção I

Direitos Humanos

11/9 ou Modernidade e terror¹

Agnes Heller*

No ano passado eu me decidi a deixar de lado a teoria política e escrever sobre política apenas em minha condição de cidadã. Num acesso momentâneo de otimismo, regoziquei-me ao imaginar que nos campos da filosofia e da teoria social eu já havia cumprido meu dever e afinal poderia, merecidamente, debruçar-me exclusivamente sobre assuntos mais gratificantes, como arte ou religião. O 11 de setembro provou-me que eu estava errada. Não que eu tivesse compartilhado nem por um minuto da crença, generalizada e popular no início dos anos 90 do século recém-fimido, de que o tempo do totalitarismo e do terror havia passado, porque eu jamais deixei de enfatizar que ele não passou. O totalitarismo e o terror permaneceram entre nós à margem da ordem política democrático-liberal, e assim desde sempre foi evidente que mais cedo ou mais tarde eles poderiam ameaçá-la em alguma forma nova. Não obstante eu acreditei, ou melhor, esperei, que isso aconteceria mais tarde e não mais cedo; que nós poderíamos desfrutar de algumas décadas de convalescença.

Já se tornou lugar-comum sustentar que fatos políticos são contingentes, que não se pode prever nem profetizá-los, mas que apesar disso pode-se chegar a uma compreensão aproximada, depois que eles aparecem, das condições estruturais, pelo menos (isso tanto em relação às estruturas políticas quanto às psíquicas) do que se consegue saber deles. Depois do ataque de 11 de setembro tornou-se evidente

* Agnes Heller é titular da cátedra Hannah Arendt de Filosofia na New School for Social Research, Nova York. Na edição de número 14 do *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, publicamos da autora o artigo “As várias faces do multiculturalismo”.

¹ Tradução de Marco Aydos a partir do original “911, or modernity and terror”, publicado na revista *Constellations*, v. 9, n. 1, 2002, gentilmente autorizada pela autora para publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.

que uma onda de terror ameaça novamente as democracias liberais. Não sabemos onde nem como se dará o próximo ataque, porque todos os fatos são contingentes e nenhum pode ser previsto, mas já sabemos muito sobre a organização, a operação, os condutores sociais e a ideologia do terror global; sabemos o suficiente para uma compreensão aproximada.

Este estudo pretende contribuir para um discurso compreensivo que se vem construindo. Ainda assim eu não o teria escrito se não me tivesse defrontado com muitos fraseados supersofisticados de literatos, que me irritaram a ponto de sentir-me forçada a tornar pública minha opinião. Eu não preciso mencionar nomes, norte-americanos ou alemães, mas são todos intelectuais de renome, cujos escritos chocaram-me não só por sua insensibilidade como também por sua irrelevância. E, não obstante, eles fixaram o tom, ou pelo menos uma entonação que ressoou sobre muitas outras opiniões. Vou confrontar-me aqui não só com esses fraseados, como também com muitos outros que já se tornaram típicos. Evidentemente eu entro em discussão apenas com aqueles que sejam parceiros numa discussão. A condição mínima de participação é a condenação do ato terrorista do 11/9 como algo “inumano” ou “inescusável”. Aqueles que condescendem com ele, ainda que apenas sob certas condições, não serão partícipes reais ou potenciais neste discurso.

Seja-me permitido enumerar os grandes grupos de opiniões correntes.

1. Em primeiro lugar vêm as tais razões da “globalização”.
 - a) A distribuição de bens escandalosamente desigual, o abismo crescente entre ricos e pobres e a pobreza no mundo em geral tornam as pessoas desesperadas e furiosas. O terror é uma resposta, do mesmo modo como seriam respostas as manifestações em Seattle e em Gênova. É, obviamente, uma resposta errada, mas ainda assim é uma resposta. Na medida em que ele responde aos males da globalização, nós só poderemos repressar o terrorismo pondo um fim à globalização, restringindo o poder dos negócios internacionais até chegar a esvaziá-lo e restaurando economias e mercados locais.

b) O terror é uma resposta ao capitalismo em geral; é uma atitude anticapitalista (ainda que errada). O capitalismo destrói formas tradicionais de vida, de religião e de moralidade. É hedonista e decadente. Espalha tecnologias que envenenam o ambiente. Em resposta a essa visão, a idéia é de que seria possível acabar com o terrorismo introduzindo tecnologias alternativas, fazendo assim com que deixe de propagar-se a tão falada decadência ocidental.

2. Em segundo lugar vem a razão da “culpa americana”.

a) A América² sempre foi culpada, especialmente em suas relações com os mundos árabe e muçulmano, que têm sido constantemente humilhados e sentem-se frustrados por culpa dos Estados Unidos. Uma intervenção norte-americana secreta deu ao Xá do Irã seu trono; a América defendeu ditadores militares no Paquistão; apoiou os fundamentalistas (bin Laden inclusive) no Afeganistão contra os soviéticos; foi à guerra contra o Iraque; segue apoiando regimes reacionários no mundo árabe, e.g., na Arábia Saudita; e apóia Israel contra os palestinos.

b) A América é a fonte da abominação moral: ela tolera a homossexualidade, a amoralidade nas mulheres, as vestimentas frívolas, as drogas e o alcoolismo – tudo isso que ela espalha pelo mundo com ajuda da hegemonia da cultura de massas norte-americana.

c) Esse feixe de razões normalmente inclui a premonição de que a América adotará alguma forma de retaliação (como sempre) pelo ataque terrorista. Como se passou na Iugoslávia, haverá muitas vítimas civis. A América causará muito mais mal do que aquele que sofreu (como sempre); talvez chegue mesmo à terceira guerra mundial. O xis da questão é que a América

² NT – Mantenho o termo América como sinônimo de Estados Unidos, especialmente porque nas manifestações globais esse nome, usado em inglês para referência a parte da América, isto é, aos Estados Unidos da América, tornou-se corriqueiro e adquire um sentido marcado no discurso político globalizado.

faz qualquer coisa para preservar sua dominação sobre o mundo, seja a que preço for.

3. Em terceiro lugar vem a razão do “fundamentalismo islâmico”.
 - a) É um equívoco acreditar que o Islã está representado na Bíblia. Os muçulmanos sequer conhecem a Bíblia. O fanatismo e o fundamentalismo formam a essência do Islã. O Islã não admite qualquer Ilustração e resiste à modernidade.
 - b) A principal guerra na modernidade é uma guerra cultural. As culturas européia e muçulmana não conseguem coexistir. O Islã é inferior à cultura européia, mas reclama superioridade. A fúria ressentida e o ódio do Islã contra a alteridade absoluta de um estrangeiro, ainda por cima mais bem-sucedido, são o combustível dos ataques terroristas.

Antes de esmiuçar uma por uma dessas razões eu quero apontar algo de que todas elas compartilham. Toda aluna de primeiro ano de Sociologia aprende a distinguir explicação de compreensão, e repetirá a bem aprendida lição de que nenhum fato social ou histórico pode ser apreendido por explicação, apenas por compreensão (“*Verstehen!*”, ela repetirá orgulhosamente em alemão ao ser sabatinada). Nenhuma das razões referidas acima explica o ataque terrorista contra o WTC e contra o Pentágono exclusivamente com a enumeração de causas, porque elas procuram explicar um fato (o ataque terrorista), um fato contingente, por suas causas suficientes. Fazer isso é evidentemente incorrer em grave equívoco filosófico, já repudiado por Aristóteles em sua *Metafísica*. Mesmo que se pudessem enumerar as causas suficientes de um fato histórico, o que é impossível, esse fato ainda permaneceria contingente e completamente incompreendido. Aristóteles disse que se precisa conhecer a causa final e a causa formal, i.e., a essência ou a função de alguma coisa, para poder explicá-la ou compreendê-la. Já voltarei a esse ponto. Primeiro quero escrutinar as “causas” acima referidas.

No que se refere ao primeiro grupo de razões, é verdade que o mundo agora está dividido entre nações ricas e pobres, e que o abismo entre elas aprofundou-se durante os últimos dez anos. Eu diria mais,

que esse abismo também está aumentando internamente às nações, e.g., nos Estados Unidos. Mas eu tenho dúvidas se a globalização seria responsável por todas essas mazelas. O abismo entre nações pobres e ricas é na verdade um problema global, e é por isso que ele precisa ser tratado de modo globalizado e não antiglobalizado. É óbvio que apenas uma espécie de política social-democrática de redistribuição pode enfrentar o problema com pelo menos a mínima esperança de sucesso. Mas a social-democracia é o inimigo número dois do terrorismo mundializado, assim como lhe será inimiga toda formação liberal, social ou politicamente secularizada. Além disso, não são os pobres, mas os muito ricos as cabeças pensantes por trás do terrorismo global, e mesmo aqueles que o executam são primordialmente filhos de classes médias, em especial de altas classes médias. Eles estão a uma distância gritante dos desgraçados da terra.

Os partícipes de protestos de massa contra a globalização são ideologicamente muito diferentes. E mesmo que algumas organizações terroristas possam aproveitar-se dessas manifestações para o exercício da violência, elas não representam o movimento todo. Ao contrário, o terror global é cria da globalização. O terror globalmente organizado é o terror de um mundo globalizado.

Também é verdade que o capitalismo destrói muitas das formas de vida que lhe precedem. Por exemplo, ele destrói monarquias tradicionais, aristocracias tradicionais, divisões estamentais rígidas e a auto-suficiência rural. Não obstante, se observarmos atentamente alguns líderes e membros de organizações terroristas, notaremos de imediato que eles são beneficiários do capitalismo: eles devem suas posições à destruição de estruturas tradicionais. O pai de bin Laden não era um príncipe nem filho de um príncipe, mas um homem que se fez por si (um *self-made man*), um burguês de extração recente, como também o era o pai de Atta. O inimigo número três do terrorismo global são notadamente as últimas monarquias (quase) tradicionais do mundo árabe, ao passo que seus melhores amigos são as suas ditaduras revolucionárias como a Síria, o Iraque e a Líbia. Ontem eram os leninistas, i.e., fundamentalistas seculares (e muitos deles ainda são); agora eles tornaram-se fundamentalistas muçulmanos. Na perspectiva atual isso

não difere em nada. Existe fundamentalismo apenas lá onde não há mais fundamentos.

Enfrentemos agora a segunda razão, a da “culpa da América”.

A América tem cometido muitos equívocos em sua política externa e tomado muitas decisões ruins. Ela também já tomou muitas decisões elogiáveis e boas. Nos últimos dez anos, desde o colapso da União Soviética, na minha opinião as decisões boas preponderaram sobre as ruins. Mas ainda que alguém pense o contrário, isso não altera o fato de que o ataque terrorista não tem nada que ver com ações anteriores da América, sejam boas ou más. As duas coisas estão completamente desconectadas. O processo de paz israelo-palestino já estava a caminho (com a ajuda dos Estados Unidos) quando o ataque terrorista contra a América estava em estágio avançado de planejamento. Os esforços de grupos terroristas nesse estágio poderiam apenas atrapancar o processo de paz e por isso *não* ajudariam os palestinos. Eu não ficaria admirada se fosse revelado que a organização por trás da segunda Intifada também tem responsabilidade pelo ataque aos alvos americanos.

A imagem da “culpa americana” é uma imagem ideológica. Não é causa de nada, mas serve de justificativa para tudo. Sempre que um americano expressava horror diante dos expurgos de Moscou, ele ouvia em resposta que na América os negros apanham. E isso era verdade, mas não tinha nada que ver com os expurgos soviéticos nem com campos de concentração, e ainda assim servia como justificação ideológica para tudo. E, tal como naquele tempo, o mesmo se passa hoje com o argumento da “culpa da América”. Seus defensores dizem: “o ataque foi um erro, é óbvio, mas ainda assim há algo de verdade nele”, o que significa que há uma certa justificativa. Ainda se precisa aprender a mais simplória das sabedorias filosóficas, ou seja, que não se pode dizer uma mentira em dez frases sem dizer algo verdadeiro. As ideologias fazem uso desse lugar-comum. Elas sempre transformam uma pequena verdade numa grande mentira. Certamente era verdade que o Tratado de Versalhes era injusto – mas daí justificar-se Hitler era uma mentira infame.

Se o mundo árabe se sente frustrado, não foi a América quem causou essa frustração. A frustração, que é verdadeira, seguiu-se ao colapso da tentativa de criação de um Estado pan-árabe e à derrota do nacionalismo pan-árabe. A ideologia leninista, largamente adotada durante a época de Nasser e da subida ao poder do partido Ba'ath, revelou-se um pouco inútil para o projeto de construção de um império. Essa é a pré-história, ainda que não a causa, da emergência e do fortalecimento do fundamentalismo muçulmano, o qual, em realidade, originou-se em um país não-árabe que já estava em atrito com o mundo árabe contemporâneo.

À premonição de que “a América irá contra-atacar e mais uma vez bombardear populações civis” eu responderei apenas brevemente. Na minha concepção, os ataques contra o Iraque e a Iugoslávia foram justificados. Mas mesmo aqueles que sustentem o contrário terão de convir que, segundo todas as tradições teóricas de guerras justas desde Grotius até os dias de hoje, o ataque do 11/9 contra os Estados Unidos está entre os casos mais puros e mais incontestáveis de *ius ad bellum*, o direito à guerra. Qualquer comparação com Pearl Harbor é forçada, porque os japoneses atacaram a marinha e a força aérea, potencialmente beligerantes, ao passo que o ataque de 11/9 atingiu imediatamente não-beligerantes, reais ou potenciais. O ataque também infringiu (fora de uma situação de guerra) o *ius in bello*, ou seja, o princípio de conduta justa *na* guerra. O problema de como a América deva retaliar é apenas pragmático, uma questão de medida, não um problema de justiça ou de direito. (Eu observarei, apenas, em parêntesis, que ter direito a declarar guerra não é equivalente a “ser bom” – primeiro, porque apenas indivíduos podem ser bons e não Estados; e segundo, porque, mesmo no que se refere a indivíduos, ninguém é bom porque faz alguma coisa em justificada autodefesa. Ao contrário, alguém é bom se ajuda vítimas de agressão sem ter sido atacado. Mas no caso de Estados soberanos nem mesmo essa condição faz sentido.)

Agora vou abordar o último grupo de explicações: “o fundamentalismo muçulmano”.

É verdade que os povos do Islã não são povos da Bíblia (eles não lêem a Bíblia, ela não é seu livro sagrado), e que eles diferem nisso das

outras duas religiões monoteístas tradicionais. Mas eu acho que isso tem muito pouco que ver com nosso problema. Os primeiros homens-bomba suicidas foram japoneses, não muçulmanos. Existe uma tradição muçulmana de fanatismo, mas o mesmo se passa de várias formas nas tradições judaica e cristã. Agora, lá onde a superioridade da tradição européia em relação ao Islã está em questão, bem, se precisaria mesmo de memória muito fraca para acreditar nisso. Os dois regimes totalitários de terror do século vinte – o nazismo e o bolchevismo – foram subprodutos da cultura européia. Mas da mesma forma como não se pode deduzir a União Soviética dos textos de Marx ou o nazismo dos textos de Gobineau ou de Nietzsche, também é absurdo tentar deduzir bin Laden do texto do Alcorão. É certo que o Alcorão endossa a *jihad*, que Karl Marx saudou a ditadura do proletariado e que Nietzsche elogiou a besta loira. Mas, e daí? Regimes de terror precisam de textos tradicionais por razões ideológicas; eles usam e abusam deles como ideologias. Nenhum texto deve ser lido do ponto de vista de sua implementação ideológica.

A isso eu gostaria de somar uma observação pessoal. Apesar de falarmos em fundamentalismo muçulmano como a ideologia da nova onda de terrorismo global pós-moderno (e justificadamente), por enquanto todos os membros conhecidos de organizações terroristas, inclusive seus *Führers*, são muçulmanos árabes. A revitalização do muçulmanismo começou no Irã, mas eu não vejo um único iraniano entre os terroristas. Não vejo também um paquistanês ou um malaio, nem um turco ou indonésio, e nem mesmo um afegão. Em quase todas essas sociedades muçulmanas se vêem manifestações contra a América, gritam-se palavras de ordem e multidões carregam cartazes do seu atual *Führer*, bin Laden. Mas todos os principais organizadores (tanto quanto sabemos), todos os homens-bomba suicidas, e mesmo os suspeitos de terrorismo agora presos, são árabes. Será que se precisa da fertilização recíproca entre a ideologia de uma cultura guerreira e o Islã como ideologia para produzir a nova onda de terrorismo?

O fundamentalismo é um fenômeno moderno. É uma reação ao processo de Ilustração, à destruição/desconstrução de arranjos sociais tradicionais, à idéia de progresso, à crença no racionalismo, à perda de comunidades naturais, de identidades, segurança e certeza – uma rea-

ção à contingência e ao fardo de uma liberdade abstrata de que o indivíduo mal ou bem pode dispor. O fundamentalismo é um sistema fechado de crenças, seculares ou religiosas, e não permite qualquer discussão sobre sua compatibilidade ou incompatibilidade com qualquer outro sistema de crenças, porque ele compreende a si mesmo, por definição, como incompatível. O fundamentalismo oferece fundamentos num mundo que não os possui. Ele trabalha com o conceito de verdade da tradição das religiões monoteístas (todo o resto é heresia ou paganismo, perverso, mau etc.). O desejo de pertencimento, a insegurança em ser minoria, o impulso por liberar-se do peso do pensamento independente – tudo isso se junta na tendência para o fundamentalismo, e está presente em todo lugar no mundo moderno, até mesmo entre liberais. O fundamentalismo também pertence à história (tanto passada quanto presente) dos Estados Unidos.

Um sistema fechado de crenças (seculares ou religiosas) é pré-requisito do terrorismo moderno, apesar de ser apenas um entre vários outros. A segunda condição é uma organização totalitária. A organização totalitária foi inventada por Lenin em 1903, no Congresso que fundou a facção bolchevique do Partido Social-Democrata Russo. Lenin inventou uma organização partidária que devia funcionar como um exército. O centro expede ordens e cada unidade obedece, em cada uma das diversas instâncias hierarquicamente estruturadas. Um partido assim, sustentava Lenin, consegue funcionar com segurança na clandestinidade e na ilegalidade. A organização é um Todo porque está fundada numa verdade e num objetivo compartilhado. Na concepção de Lenin, todo membro deve aceitar os ensinamentos marxistas como a Verdade, compartilhar os objetivos de tomada do poder, da tal ditadura do proletariado, da revolução mundial e da destruição do capitalismo. Ele ainda somou duas notas importantes a esse cenário, isto é, que a democracia e o liberalismo são inimigos, entre outras razões, porque os liberais supostamente apenas conversam, ao passo que revolucionários devem agir e, além disso, porque são os intelectuais que adoram discutir, trabalhadores preferem a ação. Na perspectiva de Lenin, qualquer um que esteja em posição de comando no partido é por definição um trabalhador, isto é, alguém atuante, e não precisa discutir nem permitir que outros o façam. “Ação”, aqui, significa força e violência.

O partido totalitário de Lenin foi em verdade uma invenção completamente nova, e tornou-se o modelo para todos os partidos totalitários subsequentes, tais como os partidos comunistas da Europa e da Ásia, o partido nazista e os partidos fascistas da Europa, do Oriente Médio e da América Latina. Eu acentuo que um partido apenas será completamente totalitário se for também fundamentalista. O marxismo-leninismo era uma ideologia fundamentalista, e assim também eram as ideologias do racismo. E todas tinham caráter secular.

Se partidos totalitários tomam o poder do Estado, eles totalizam o Estado. Se o Estado já está totalizado, eles começam a totalizar toda a sociedade. “Totalizar”, aqui, significa proscriver o pluralismo. Numa sociedade moderna o pluralismo não pode ser eliminado, mas ele pode ser proscrito. Isso significa, na prática, que o partido determina quais visões são permitidas e quais são proibidas. As visões proibidas são por definição aquelas do inimigo. O totalitarismo mantém o partido, o Estado e a sociedade num estado de revolução permanente; ele conduz guerras intermináveis contra inimigos internos e/ou externos. Regimes totalitários precisam de uma imagem muito forte do inimigo, eles precisam demonizar o outro. Tanto o “nós” quanto o “eles” precisam ser visualizados. O “nós” é representado pelo cartaz com o *Führer*, o outro por qualquer inimigo/estadista que possa ter sua fotografia queimada. A cada “Viva!” deve seguir-se um “Abaixo!”, tal como no famoso romance de Silone.

Nem todas as organizações, Estados ou sociedades totalitárias, todavia, são terroristas. Todos os grupos totalitários tratam seus inimigos com brutalidade; eles organizam assassinatos, eles assassinam em massa, e mandam até mesmo simples suspeitos para campos de concentração. Mas o terror significa matança indiscriminada. O terror comanda se não existe a mínima relação entre as ações e a conduta da pessoa, de um lado, e o fato de ela ser escolhida como vítima de assassinato-por-atacado, de outro lado. O terror é absolutamente irracional do ponto de vista da vítima, que não pode evitar que ela e sua família sejam assassinadas – nem mesmo pelo mais rigoroso colaboracionismo com o grupo que aterroriza. Mas o terror é completamente racional do ponto de vista do terrorista. A palavra terror tem dois significados: medo e intimidação sem precedentes, por um lado, e matança

indiscriminada de outro. O objetivo do terror do ponto de vista do terrorista é exatamente essa intimidação. Todos devem ter medo. O medo e a fé podem chegar a fundir-se psicologicamente. Quanto mais os outros o temem, mais importante você se torna.

É discutível se a União Soviética foi um regime de terror desde sua concepção ou se ela ficou assim apenas na era da coletivização. No tempo de Lenin, os membros das ditas classes inimigas já eram alvos, além dos inimigos políticos reais, suspeitos ou potenciais. Seja como for, com a coletivização (a totalização de toda a sociedade) o terror atingiu seu ápice e, com exceção de alguns poucos anos de guerra, ele nunca chegou a diminuir até a morte de Stálin. Coisas bem parecidas podem ser ditas da Alemanha nazista. Desde que os judeus – crianças e nascituros incluídos – foram, desde o início, selecionados como alvos inimigos sem qualquer provocação sua, poder-se-ia dizer que o regime foi de terror desde o início. Mas também se poderia dizer que o regime tornou-se terrorista a partir de 1939, quando o plano de exterminação de judeus e outros foi executado.

Eu não traço esses esboços com o objetivo de explicar bin Laden e sua organização terrorista, mas para inseri-los numa espécie de genealogia. Algo que já havia sido inventado, que já fez sentir sua presença no mundo (nesse caso, o totalitarismo terrorista) pode facilmente combinar-se com elementos de paternidade distinta. Adiante retornarei à discussão sobre as características comuns entre os Estados totalitários europeus e a organização, a ideologia, a filiação e as ações do grupo bin Laden. Primeiro quero prosseguir com sua genealogia.

Depois da Segunda Guerra Mundial vários pequenos grupos de ação/terror apareceram em cena, da Europa e Japão à América Latina. Eles eram relativamente independentes uns dos outros, pelo menos no começo. Nem todas as organizações que eram chamadas terroristas nessa época eram realmente terroristas na minha interpretação. Para grupos que têm como alvo homens de Estado individualmente considerados, agentes de polícia secreta ou policiais considerados responsáveis por homicídios (reais ou supostos), eu usaria o termo “assassinos políticos”, não “terroristas”. Isso não significa que eu condescenda com o (então) generalizado culto a heróis adotado por alguns inte-

lectuais europeus em relação a esses grupos, como o dos Tupamaros. (Eu já os condenava naquele tempo.) Também não pretendo tratar aqui do terrorismo étnico/nacional, porque esses grupos tinham objetivos concretos, algumas vezes com certa justificação, algumas vezes sem nenhuma. Eu prefiro concentrar-me nos terrorismos italiano e alemão, no das Brigadas Vermelhas e dos grupos fascistas correspondentes, de um lado, e no terrorismo do grupo Baader-Meinhof de outro, e, além deles, nas unidades terroristas do Oriente Médio no Líbano e na Síria, patrocinadas naquela época pela União Soviética. Esse último aspecto é relevante, porque era por isso que eles eram chamados “de esquerda”. Os predecessores de bin Laden eram chamados de “esquerdistas” porque eram patrocinados pelos soviéticos, ao passo que qualquer um que fosse apoiado pelos americanos era chamado “de direita”. O que decorre desse notável absurdo, e desde então dá-se por suposto, é que a América ajuda “direitistas”, tais como o democrático Israel, ao passo que os soviéticos ajudam “esquerdistas”, tais como os militantes muçulmanos no Líbano. Essa ideologia, apesar de absurda, ajudou a preparar a primeira ofensiva na globalização das redes de terror.

É fato que a distinção entre direita e esquerda, apesar da irracionalidade na sua utilização, ainda indica uma relação bem viva com uma tradição política. Pois decerto que os Brigadas Vermelhas não eram “esquerdistas” num sentido político, como também não eram simplesmente “direitistas” num sentido político os assassinos em massa da estação de trens de Bolonha.

Como acontece nas genealogias em geral, eu preciso simplificar a história. O que havia de novo aqui? Qual a novidade que veio ao mundo com os terroristas do pós-guerra? A novidade é que eles eram ou tornaram-se terroristas, entre outras razões, porque eles “inventaram” a tática do seqüestro como meio de chantagem política. O seqüestro usa civis aleatoriamente como reféns para atingir objetivos políticos, tais como a libertação de camaradas presos ou a divulgação das ideologias do grupo. Mesmo em situação de guerra, a tática de tomar reféns é um caso elementar de conduta ilícita. Tomar civis aleatoriamente como reféns e finalmente matá-los logo tornou-se prática generalizada em terra, não só no ar. Esses terroristas, especialmente

na Europa, não tinham por objetivo a tomada de poder do Estado, seus objetivos eram principalmente negativos: intimidação, subversão, agitação e no geral a exposição a nu das mazelas do Estado e do sistema democrático. Fossem ou não anticapitalistas em sua retórica, todos eles odiavam a democracia existente, o Estado, o liberalismo, o *establishment*, a hipocrisia. Ao “enojarem-se” com o modo de vida burguês e com um cotidiano prosaico, eles compartilhavam da alternativa do culto aos heróis do bolchevismo, do fascismo e do nazismo, só que eles não possuíam *Führers*. Nem mesmo o Baader, figura masculina carismática do seu grupo, era um *Führer*. Mas foi precisamente esse fato que, somado à ausência de um projeto concreto de tomada de poder em qualquer Estado, tornou esses grupos terroristas os propulsores iniciais do terrorismo global. Eles passaram a conectar-se e a planejar ações conjuntas. Terroristas alemães eram treinados em campos de manobras do Oriente Médio, e como resultado sua ideologia passou a incluir fortes acentos retóricos de anti-semitismo e oposição a Israel. Esses grupos terroristas jamais foram completamente vencidos, eles foram apenas enfraquecidos. Primeiro, porque a onda de uma “nova esquerda”, que por um breve período realçou projetos de longo prazo, roubou-lhes os simpatizantes políticos; segundo, porque tanto o terrorismo “de esquerda” quanto o “de direita” perderam seus apoios financeiros e organizacionais com a queda do império soviético.

Uma observação lateral: esses grupos terroristas relativamente pequenos uniam-se apenas por ideologias fundamentalistas, não pela raça, pela classe social ou pela religião. Eles eram extraterritoriais, não só no fato de aos poucos se tornarem globalizados, mas também no sentido de que em lugar nenhum eles sentiam-se em casa. Disso decorre que eles não praticaram purgações étnicas no sentido utilizado pelos dois regimes de terror totalitário. A purgação étnica como violação flagrante dos direitos humanos e de cidadania é manifestação provável, mas não necessária, do terror total, e tem sido praticada até por Estados que não eram totalitários ou nem mesmo completamente autocráticos. No caso do terror global, bin Laden e sua organização obviamente querem “limpar” o Oriente Médio de judeus e uma vez que isso se torne impossível eles podem até pender para uma purgação religiosa entre muçulmanos. Isso é, todavia, pura especulação.

A abordagem genealógica exige que façamos um catálogo preliminar dos elementos comuns entre todos os Estados e organizações terroristas. Esses elementos passam a ser combináveis em modos diferentes; alguns são postos de cabeça para baixo e combinados com elementos novos ou com elementos extraídos de diferentes origens. Eu daria aqui alguns exemplos, sem pretender que eles sejam algo mais que meros exemplos. Ao contrário das ideologias fundamentalistas pagãs ou ateístas das organizações nazistas e bolcheviques, o nosso terror global contemporâneo usa a religião (uma religião) como ideologia. Isso não é pior nem melhor que as ideologias secularistas de terror, se eu puder expressar-me em termos tão inadequados, mas é algo evidentemente diferente, que por isso exige estratégias novas se pretendemos compreendê-lo. Os constituintes do terror global contemporâneo não são raças ou classes, mas os muçulmanos. Ou, numa formulação mais adequada, esses novos terroristas representam a si mesmos como o povo do Islã, do mesmo modo como os nazistas se representavam como pessoas que eram da mesma raça de seus constituintes, e de modo similar ao dos bolcheviques, que representavam a si mesmos como uma classe mitológica chamada proletariado. Como esses, os novos terroristas precisam inventar uma “grande narrativa” completamente nova. E de fato bin Laden fez exatamente isso numa entrevista recente à televisão, na qual ele fez uma história de frustração muçulmana começar com a ocupação de Jerusalém pelos cruzados, seguindo pela *reconquista* da Espanha, até chegar à ocupação de Jerusalém pelos judeus. Uma outra combinação nova é o fato de que os terroristas contemporâneos não almejam a tomada de poder num Estado, mas a infiltração ideológica em todos os Estados muçulmanos. Eles pretendem tornar-se o único poder que eleve governantes ao trono em cada um desses Estados, e assim chegar à dominação mundial. É óbvio que tanto os nazistas quanto os bolcheviques compartilhavam desse último objetivo, mas eles precisavam antes de poder absoluto num Estado para serem bem-sucedidos. Isso tudo pode parecer uma guerra cultural, mas não é. Há tão pouco de guerra cultural aqui quanto havia de guerra inter-racial na guerra nazista ou de guerra interclassista na guerra bolchevique.

Quais são as características comuns a todos os tipos de terror moderno que discuti acima? Admita-se que nós não temos convicção absoluta acerca da identidade dos arquitetos do bombardeio suicida de 11/9, e talvez jamais a teremos. Mas também ninguém jamais “provou”, sem margem a dúvidas, que os nazistas atearam fogo ao *Reichstag* ou que os bolcheviques executaram em massa os oficiais poloneses em 1939. Como diz a canção de Brecht-Weil na *Ópera dos três vinténs*: “um tubarão não é um tubarão se você não pode provar”.

Mas o *Führer* de uma organização totalitária é aquele que aparece como o *Führer*. Bin Laden é o *Führer* do terrorismo global contemporâneo porque ele aparece como tal, porque ele assumiu esse papel. Bin Laden é o cabeça de uma organização totalitária e em consequência é seu *Führer* por definição. Como cabeça de sua organização, bin Laden é a fonte de todo o poder. Seu mito é uma realidade tanto quanto eram reais os mitos de Hitler e de Stálin. Sabemos pelos livros de história que nos períodos de maior perigo, quando a União Soviética foi atacada pela Alemanha, Stálin teve medo e paralisou-se num estado de indecisão, literalmente impotente, enquanto outros tomavam decisões por ele. Mas estes continuavam a creditar a ele todas aquelas decisões, porque sem fê absoluta num *Führer* nenhum mecanismo totalitário pode funcionar adequadamente. É também por isso que penso ser prudente concentrarmo-nos na captura ou eliminação de bin Laden, e a razão pela qual eu julgo a objeção, aqui, de que haverá muitos outros para tomar o seu lugar concebível, mas ainda assim pouco razoável. Até bin Laden assumir a posição de *Führer* e enquanto seus retratos não eram carregados em cartazes em toda manifestação contra a América, ele era facilmente substituível, mas agora isso seria mais difícil.

Como já discutimos, um partido totalitário – para proscrever o pluralismo – precisa de uma ideologia fechada ou fundamentalista. Agora é o tempo do Islã. O uso de ideologias é similar em todos os casos. Neste caso, quem não aceita completamente a interpretação fundamentalista do Islã não é considerado um verdadeiro muçulmano, mas um agente dos cruzados ou dos judeus; ele é um inimigo. Nunca é demais enfatizar que o Islã cumpre a função de uma ideologia. Quase todas as religiões têm um fundamento, e parece até que elas são

facilmente mobilizáveis como credos fundamentalistas. Mas o fanatismo religioso (a única fonte de perversidade moral na dicção de Descartes) normalmente faz sua aparição triunfal em tempos de desintegração de identidades e de competição religiosa. Só que a desintegração de identidades e a competição entre concepções de mundo, éticas etc., deixou de ser excepcional: elas formam a exata situação do mundo moderno. E o fanatismo/fundamentalismo é apenas uma entre muitas respostas religiosas a esse desafio. As outras incluem a fé religiosa subjetiva, comunidades religiosas menores ainda abertas ao diálogo, *ocumene* e tolerância religiosa entre religiões tradicionais e mais novas.

No caso do fanatismo religioso (e o uso ideológico da religião na política é por definição fanático) a condenação moral do inimigo é fácil, e normalmente se concentra na sexualidade, em especial na sexualidade das mulheres. O fundamentalismo (seja religioso ou não-religioso) mobiliza todas as reservas de *ressentiment*, agressão e ódio. E o *ressentiment* é mais eficientemente mobilizado quando seu alvo é o poder e/ou a liberdade sexual, isto é, quando desejos inconscientes podem ser canalizados para um inimigo superdimensionado.

Como sabemos, toda organização totalitária é centralizada e hierárquica; ela opera como um exército por meio de relações de comando/obediência, e como tal está perfeitamente ajustada à operação clandestina e ao exercício do terror. Uma tal organização, como a Al Qaeda, mostra-se como um poder homogêneo. O poder homogêneo é atraente, e lá onde ele se institucionaliza – como é esse nosso caso – torna-se uma instituição carismática. Um poder arrogante, cheio de si e inflexível, quando organizado e mobilizado para a ação, é quase sempre carismático e assim também são seus *Führers*. Na sua visão cada dissidência é alta traição. E como o carisma se dissemina rapidamente pelos grupos de apoio, nesse caso entre os muçulmanos, dissidência ou diferenças de opinião serão sem dúvida consideradas traição e mesmo livres-pensadores potenciais serão vistos como traidores. Sempre que assisto na televisão à cobertura de manifestações de massa de entusiasmados de bin Laden e os vejo queimando bandeiras americanas e cartazes com o presidente dos Estados Unidos eu me lembro de manifestações parecidas e de passeatas em Budapest no início dos anos 50, quando

fotos do presidente Truman ardiam e todo mundo cantava em coro: “a América nos destruiria se tivesse a chance”. Então eu também aprendi que o medo e a fé se robustecem mutuamente, e que, sempre que o medo desaparece, a fé imediatamente se desvanece (salvo para os crédulos originários, que são, contudo, sempre minoria nessas manifestações). Eu não pretendo menosprezar o perigo do fanatismo de massas, quero antes enfatizar que ele está sempre do lado dos que aparecem como vencedores, nunca dos vencidos. Bin Laden deve a idolatria que recebe hoje ao ataque terrorista contra os Estados Unidos (quer o tenha ou não de fato organizado) e disso segue que ele deverá prosseguir nessas ações. Se bin Laden quiser preservar sua popularidade, ele precisa adicionar outras “vitórias” àquela do 11/9. Se não conseguir, ele perderá apoio e muitos de seus seguidores perderão a fé. É aqui que entra sua urgência em tornar a revolução permanente.

Eu já referi que regimes e organizações de terror precisam de uma imagem bem demarcada ou de um mito do inimigo. O inimigo precisa ser apresentado como o compêndio de todos os males, mesmo de “perversidades” que se autocontradizem, como é o caso do comunismo e do capitalismo. O exemplo mais célebre é o jargão de ódio de Hitler: “judeo-plutocrático-bolchevique”. A expressão, na realidade, descreve inimigos mitológicos. Os judeus eram o inimigo número um do nazismo. A guerra nazista foi em verdade feita primordialmente contra os judeus. Mas em outras organizações e Estados totalitário-terroristas os judeus (até bin Laden) não contavam entre os inimigos primordiais. O “capitalismo”, o “imperialismo” e os “inimigos de classe” eram os inimigos número um do regime soviético. Aparentemente nós lidamos aqui com o inimigo comum em todos os Estados e grupos terroristas, pois acabei de referir a retórica anti-plutocrática de Hitler. A maioria dos grupos terroristas europeus e japoneses era “antiimperialista”, e o capitalismo global é visto como inimigo mortal pelo terror global. Não obstante, as cabeças pensantes do terror global são elas mesmas capitalistas globais, do mesmo modo como Hitler fora apoiado por industriais e financistas alemães. (Eu novamente omito o fascismo italiano, porque ele não era um regime de terror na minha compreensão da palavra “terror”, mesmo que se tenha tornado totalitário na República de Saló, que tenha tratado com

crueidade seus inimigos, ou supostos inimigos, e praticado purgações étnicas.) O fato é que o anticapitalismo freqüentemente serviu de bandeira e foi usado principalmente para atrair ressentimentos de massas contra os ricos em favor de guerras raciais, religiosas ou territoriais.

Talvez seja ironia que os terroristas globais possam levar ao ar discursos de ódio contra a tecnologia moderna e a mídia, valendo-se de tecnologias modernas e da mídia. A rede do terror opera de um modo mil vezes mais sofisticado que o *Comintern* de Stálin. Os novos terroristas comunicam-se por *e-mail*, pela Internet e por telefones celulares. Mas a ironia é, afinal, mais um signo de “decadência” e perversão moral. O uso das redes de comunicação global apenas torna o terrorismo global mais invisível e menos rastreável que seus predecessores. É ainda outro tipo de ironia que as cabeças pensantes por trás do terrorismo, mesmo desprezando o racionalismo do mundo secularizado, planejem seus atos com o máximo de racionalidade. Eles não invocam a ira de Deus, ao contrário, calculam cada passo previamente, e mantêm registros de todos os meios necessários para atingir seus objetivos, e.g., a quantidade de combustível necessária numa aeronave que tenha determinado destino.

A retórica antiburguesa do terrorismo global parecerá ainda mais ridícula se dermos uma rápida olhada no contexto familiar e de educação dos ditos “atores”, nos registros biográficos das bombas-humanas reais e potenciais e de outros ativistas “profissionais”. Eu já referi que todos os membros de grupos terroristas até agora confirmados, tanto aqueles que foram presos ou postos sob vigilância na Europa como aqueles que ainda são investigados, são muçulmanos árabes, a maioria deles com ascendência em classes médias abastadas. O que é mais importante, todavia, é que eles possuem educação universitária. Eles são intelectuais frustrados. A primeira geração de lideranças soviético-comunistas também consistia principalmente de intelectuais frustrados. Uljanov/Lenin não pôde seguir sua desejada carreira acadêmica em razão da participação de seu irmão, e posterior execução deste, em atentado contra a vida do czar. Dsugasvili/Stálin, autor de poemas líricos modernistas, aterrissou no comunismo vindo de um seminário ortodoxo. E não se deve esquecer que Goebbels sempre assinou seus discursos de propaganda como Dr. Goebbels. Jovens que querem tor-

nar-se extraordinários num mundo muito ordinário, que possuem grandes ambições sem terem grandes talentos, ou que enfrentam dificuldades externas verdadeiras no curso de suas carreiras, todos esses são facilmente cooptados por credos fundamentalistas e mitos de heroísmo. Nesse desenvolvimento alguns param em determinado ponto, mas outros vão até os extremos. Esses jovens perseguem o fantasma da imortalidade, seja a fama imortal ou um lugar no paraíso. O primeiro tipo quer ser lembrado eternamente pela história, o segundo quer entrar imediatamente no paraíso. Se eles realmente vêm ou não a assassinar alguém não me parece fazer uma enorme diferença.

Universidades de massas são fábricas de produção de intelectuais frustrados e permanecerão como campos de manobras para todo tipo de extremismo. Que tipos de extremismo ocorrerão no futuro ninguém pode prever. Nós devemos agora enfrentar-nos com o mais virulento. Mas qual é, afinal, o inimigo comum deles? Quem é o inimigo? Porque existe com certeza um inimigo comum, odiado e perseguido por todas as organizações totalitárias, os Estados de terror e as redes de terror. Esse inimigo comum não é o capitalismo, nem a moderna tecnologia. É a democracia liberal, os direitos humanos e o secularismo. Por “secularismo” eu não compreendo a derrota das religiões. De resto, o inimigo mais odiado, a América – em contraste com a maioria dos Estados europeus –, é um país completamente religioso. Secularismo aqui significa a possibilidade de escolher entre religiões ou mesmo de não escolher nenhuma delas, a divisão das esferas da religião, da estética, da política e da economia, e finalmente a possibilidade de escolher entre uma grande variedade de formas de vida. A liberdade é o inimigo comum.

A modernidade é fundada na liberdade, mas essa liberdade é um fundamento que não fundamenta. Em liberdade pode-se optar pela não-liberdade, pode-se livremente escolher a não-liberdade. E essa é a opção dos fundamentalistas. Eles não renunciam à modernidade, eles não renunciam ao capitalismo nem à tecnologia moderna. Eles não renunciam ao racionalismo nem à Ilustração no seu todo. O que eles renunciam mesmo é a uma interpretação da Ilustração, qual seja, a Ilustração de Kant. A Ilustração, segundo Kant, significa a superação de nossa auto-imposta tutela. (Na modernidade, toda tutela é sempre auto-

imposta.) O fundamentalismo, ou a filiação a uma organização totalitária, é um retorno à tutela. Retorno que também significa renúncia às três máximas ilustradas do entendimento humano: pensa com a tua própria cabeça (pensamento independente), pensa no lugar do outro (pensamento alargado) e pensa de modo consistente. O fundamentalismo renuncia ao pensamento independente, rejeita o pensamento alargado e – por meio de seus exercícios de propaganda – tenta fazer de tolo o pensamento consistente.

As três máximas da compreensão humana são máximas, não normas. Poucas pessoas seguem-nas completamente. O fardo do pensamento independente é o fardo da liberdade, que é pesado. Todos nós temos preconceitos, e por isso é tão difícil situarmo-nos em pensamento no lugar dos outros. Além disso, pensar consistentemente é talvez a máxima mais difícil de seguir, porque sempre que nossos valores ou preferências estão em jogo nós pensamos que estamos sendo consistentes, e precisamos que outros nos apontem onde não somos consistentes. É terrivelmente difícil navegar entre o fundamentalismo e o niilismo, entre o fanatismo e o cinismo, entre concepções de mundo totalmente fechadas e o relativismo total. Mas é exatamente essa navegação difícil que precisa ser defendida. Por que nós – democratas, liberais – precisamos pedir desculpas por estarmos absolutamente convencidos de que a porta aberta para uma navegação como essa é afinal o tesouro no labirinto do mundo moderno? Por que nós com tanta frequência nos intimidamos com dizer simplesmente “Não!”, sem enveredar por fraseados super-sofisticados, sempre que esse tesouro se torna alvo predileto do ódio, sempre que autoproclamados redentores tentam destruí-lo?

Como resposta aos desafios do terror global eu repetiria as palavras de mais um nome da Ilustração. Confrontado com um assassinato motivado por fanatismo religioso, Voltaire dirigiu-se a seus compatriotas com a exortação: *Écrasez l'infame!* – “Agarrem o infame!” Eu apenas adicionaria: e certifiquem-se de que outros tenham sorte igual.

Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

Meio ambiente e relação de consumo sustentável

Inês Virgínia Prado Soares*

A massa da humanidade é governada não por suas intermitentes sensações morais, menos ainda pelo auto-interesse, mas pelas necessidades do momento. Parece fadada a destruir o equilíbrio da vida na Terra – e, assim, ser o agente de sua própria destruição. O que poderia ser mais sem esperanças do que pôr a Terra aos cuidados dessa espécie notadamente destrutiva? (John Gray)¹.

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Constituição, proteção do meio ambiente e defesa do consumidor. 2.1 A defesa do consumidor. 2.2 A proteção do meio ambiente. 3 Relação de consumo ambientalmente sustentável. 3.1 O consumidor e o fornecedor na relação de consumo sustentável. 3.2 Pilares da relação de consumo ambientalmente sustentável. 4 Princípios ambientais que orientam a relação de consumo sustentável. 4.1 Princípio do desenvolvimento sustentável. 4.2 Princípio da participação e da formação. 5 Conclusões.

1 Considerações iniciais

A construção e o fortalecimento da consciência coletiva sobre a necessidade de manutenção do equilíbrio do meio ambiente como

* Inês Virgínia Prado Soares é Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Direito Sanitário pela UnB, Presidente do Instituto de Estudos Direito e Cidadania (IEDC) e Procuradora da República em São Paulo.

¹ GRAY, John. *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 34.

uma “necessidade do momento” para a perpetuação da vida humana passa pelas escolhas comerciais mundiais e pela adoção, no âmbito de cada país, de modelos de produção dos bens e serviços que integrem a variável ambiental.

A dimensão ecológica do processo de produção e consumo, o papel do mercado, a importância do desenvolvimento econômico para se alcançar internamente um patamar mínimo de justiça social (e mesmo de justiça ambiental) são temas da ordem econômica constitucional brasileira que conduzem à reflexão acerca da necessária prática de relações de consumo ambientalmente sustentáveis.

A dignidade da pessoa humana, a imposição ao Estado de promoção da defesa do consumidor e a necessidade de proteção e defesa do meio ambiente com objetivo de garantir para as presentes e futuras gerações a sadia qualidade de vida, previstas na Constituição Federal como parâmetros de atuação para o Poder Público e a sociedade, indicam a convergência na tratativa do tema *Meio ambiente e relação de consumo sustentável* em nosso sistema jurídico.

As matérias de consumo e meio ambiente têm um aparato legal harmonioso – a começar pela Constituição – que lhes possibilita uma gama de opções e estudos para sua implementação conjunta. Embora independentes, têm muitos pontos de contato que devem ser trabalhados de modo mais atento pela Administração Pública, pela sociedade (especialmente pelos que comandam o mercado produtor e que geram as necessidades para os consumidores) e pelos operadores do direito. O balizamento do mercado pelas leis infraconstitucionais, especialmente do CDC, que protegem a saúde e a segurança do consumidor, é notado pela doutrina:

Verdade é que a legislação consumerista, juntamente com as normas protetivas da concorrência, constituem um forte balizamento para o mercado. De se observar, entretanto, que a legislação de proteção e defesa do consumidor tem alcançado melhores resultados do que as normas de defesa da concorrência, estas ainda extremamente carentes de observância e acatamento na realidade

brasileira. Como examinado alhures, as práticas abusivas do poder econômico, além de nocivas para a posição do consumidor, têm o perverso efeito inibidor para os novos agentes econômicos, até estrangeiros, aptos a ingressarem no mercado, pois que maculado o caro princípio da liberdade de iniciativa econômica. Se o mercado, por si só, não se estabelece de forma a preservar os interesses dos consumidores, a situação fica mais gravosa quando detectado quadro em que o poder econômico esteja atuando de forma abusiva².

A Carta Magna dispõe que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por objetivo assegurar a todos uma vida pautada na dignidade, conforme os ditames da justiça social. Para atingir esse escopo, tem por princípios, entre outros, a defesa do consumidor e do meio ambiente (art. 170, V e VI). A livre iniciativa tem nos princípios supramencionados uma limitação e um direcionamento.

A ponderação dos princípios que informam a ordem econômica e a busca do equilíbrio entre estes e as necessidades do mercado – entre a proteção do meio ambiente e a proteção da relação de consumo, entre a propriedade privada e o meio ambiente, entre a função social da propriedade e o meio ambiente, entre a liberdade de concorrência e a defesa do consumidor etc. – é o grande desafio para a sociedade.

A reflexão acerca da relação de consumo sustentável – como uma via para proteção concomitante do meio ambiente e do consumidor – é o objeto do presente trabalho. Porém, desde já, vale ressaltar que esse texto não tem a pretensão de oferecer soluções, mas a de dar subsídios para uma discussão das inúmeras possibilidades de tratativa das matérias ambiental e consumerista numa perspectiva coerente.

² PETER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 232-233.

2 Constituição, proteção do meio ambiente e defesa do consumidor

A Constituição brasileira, ao estabelecer como objetivos fundamentais do país a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e ainda a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³, admite a existência de desigualdades sociais, econômicas e culturais e a necessidade de uma atuação conjunta da sociedade e do Estado para atingir tais objetivos.

Para isso, há o reconhecimento constitucional do papel do Estado como um importante ator, senão o principal, na promoção dos objetivos fundamentais. Porém, sob o prisma da ordem econômica, do mercado produtivo e das relações comerciais e de consumo decorrentes deste, a importância do Estado na promoção dos direitos fundamentais individuais e coletivos é mitigada, cabendo também à sociedade (especialmente aos agentes econômicos) uma parcela de atuação determinante na efetividade dos direitos prescritos e na concretização da finalidade do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Os direitos fundamentais coletivos, diferentemente do que em geral ocorre com os direitos previstos no art. 5º da Constituição⁴, são estabelecidos a partir de situações (ou necessidades) que precisam ser viabilizadas economicamente pelo Estado ou por grupos sociais. No esteio das lições de José Reinaldo de Lima Lopes, os direitos coletivos têm características especiais:

[...] não são fruíveis ou exequíveis individualmente. Não quer com isto dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros

³ Art. 3º, I a IV, da CF.

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 126-127.

direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo, por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social [...] ⁵.

O direito do consumidor e o direito ao meio ambiente são direitos fundamentais, podendo-se destacar as características de não-fruição individual para o último. Ambos necessitam, para sua efetividade, da atuação do Executivo e do Legislativo. Porém, nas relações de consumo podemos notar toda uma construção legal e jurisprudencial no sentido de reduzir ao máximo a desigualdade fática entre o consumidor e o fornecedor, para que as relações de consumo desenvolvam-se em parâmetros justos, tanto na perspectiva individual do consumidor como na perspectiva da coletividade. Entre os parâmetros de justiça aos quais se almeja com a proteção do consumidor certamente estão os de justiça ambiental, que têm reflexos diretos e imediatos na saúde e na segurança dele e servem para balizar o patamar mínimo de qualidade de vida aceitável.

A busca da harmonia nas relações de consumo, pelo CDC, com o fornecimento da normatividade e com a previsão de instrumentos e mecanismos jurídicos que balizam o mercado e que podem ser utilizados sempre em favor do consumidor, ao mesmo tempo que possibilitam a proteção dos seus direitos e do meio ambiente, tem um reflexo direto e positivo na ordem econômica. Nesse sentido, vale trazer as lições de Cláudia Lima Marques:

A força normativa do Direito Constitucional no Direito Privado não mais pode ser negada, assim como é evidente o efeito horizontal, entre privados, dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Queira-se ou não, a verdade é que a Constituição Federal de 1988 interessou-se indiretamente pela contratação que envolve consumidores, tanto no momento em que se identificou este novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor (art. 5º, XXXII, da

⁵ Ibidem, p. 129.

CF/88), quanto no momento em que assegurou a sua proteção, apesar da livre iniciativa de mercado (art. 170, V, da CF/88) e concomitante com a possibilidade de privatização, concessão e outros métodos de iniciativa privada em atividades antes exercidas pelo Estado, como é o caso da saúde, educação, habitação, previdência, etc.⁶

A doutrina se posiciona pela adequação da postura dos sujeitos da relação de consumo ao consumo ambientalmente sustentável. A liberdade de escolha de produção e de consumo podem ter na vertente ecológica uma limitação legítima. Nas palavras de Lafayette Josué Petter:

Como a qualidade de vida é mesmo um bem da atual e das futuras gerações, é de se perquirir qual o impacto que as práticas econômicas estabelecidas nas relações fornecedores \times consumidores impõem ao meio ambiente e de que modo se podem implementar políticas de defesa do meio ambiente ao se tratar de políticas econômicas que afetem diretamente o consumidor. Certo, entretanto, é que aos consumidores são atribuíveis mais responsabilidades na proteção do meio ambiente. Como pondera a doutrina, a livre escolha do consumidor pode ser legitimamente limitada em nome da defesa do meio ambiente. Os consumidores, a cada dia, precisam tornar-se conscientes da dimensão ecológica do processo de consumo em geral e de seu comportamento individual em particular⁷.

Desse modo, a atuação do mercado e dos sujeitos da relação de consumo demonstra a necessidade de uma postura – dos agentes e do próprio Estado – cada vez mais próxima da proteção ambiental, já que a produção e o consumo têm reflexos diretos ou indiretos no meio ambiente.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 212.

⁷ PETER, *Princípios constitucionais...*, cit., p. 240-241.

2.1 A defesa do consumidor

A defesa do consumidor prevista no art. 5º, XXXII, da Constituição, elencada no rol dos direitos e garantias fundamentais, traz para a esfera da coletividade (consumidores e equiparados) um direito fundamental que deve ser garantido e implementado pelo Estado. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques destaca:

Ninguém discute hoje mais porque o consumidor foi o único agente econômico a merecer inclusão no rol dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, foi escolhido porque seu papel na sociedade é intrinsecamente vulnerável perante o seu parceiro contratual, o fornecedor. Trata-se de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. Criar uma lei especial e assegurar direitos subjetivos para este sujeito vulnerável são instrumentos de Igualdade, de ação positiva do Estado-legislador, a guiar a ação do Estado-executivo e do Estado-juiz⁸.

A adoção da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 170, V) reforça a importância desse direito fundamental e direciona tanto o exercício da política pública como a atividade econômica para condutas que respeitem sempre não só os interesses econômicos dos consumidores, mas sua dignidade, segurança e saúde. Os agentes públicos e privados têm, por imposição constitucional, o dever de atuar para que a normatividade que protege o consumidor seja efetivada.

O art. 5º, XXXII, da Constituição impõe ao Estado a promoção da defesa do consumidor. No art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, foi estabelecida a necessidade urgente (120 dias) de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, uma norma infraconstitucional que tratasse da proteção do consumidor,

⁸ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 317-318.

direito fundamental individual e coletivo. Sobre a previsão constitucional em comento, Vital Serrano aduz:

Assim, consubstancia-se o dever do Estado em proceder a uma horizontalização da relação de consumo, ou seja, deve a atividade interventora do Estado cingir-se em propiciar a paridade entre os pólos da relação de consumo, munindo o consumidor de instrumentos de defesa de seus direitos, contornando-o por uma verdadeira aura de proteção.

Mais que isso, a inclusão no referido rol de direitos traz a inafastável conseqüência de total possibilidade de emenda constitucional tendente a abolir tal preceito, por tratar-se de cláusula petrificada pelo inciso IV do § 4º do art. 60, que impõe a vedação material ora tratada⁹.

Para atender ao mandamento constitucional, foi promulgada em 11 de setembro de 1990 a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC) – que trata da Política Nacional das Relações de Consumo em nosso país, tem como base a vulnerabilidade de uma das partes da relação de consumo e a imprescindibilidade tanto da defesa desta parte – que é o consumidor – quanto da busca constante de harmonia nas relações de consumo.

O conceito de consumidor adotado pelo art. 2º do CDC é caracterizado pelo caráter exclusivamente econômico. É consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que adquire bens ou contrata a prestação de serviços como destinatário final. Destinatário final é aquele que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou para utilizá-lo, aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir¹⁰. Este é o conceito de consumidor de caráter essencial, decorrente da relação de consumo.

Outros três conceitos são estabelecidos por equiparação e oferecem aparato jurídico para defesa do consumidor na perspectiva dos

⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2-3.

¹⁰ MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 311.

direitos difusos e coletivos, como interessa quando se trata do tema meio ambiente e consumo¹¹. O parágrafo único do art. 2º do CDC dá a característica de consumidor à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo; o art. 17 considera consumidor, para efeito de acidentes de consumo, todos aqueles que estiveram sujeitos de algum modo ao evento; e o art. 29 equipara todas as pessoas determináveis ou não aos consumidores, quando estas forem expostas às práticas abusivas. Estes integravam antes a categoria de “terceiros” nas relações de consumo:

[...] hoje podemos afirmar que o CDC assegura uma forte e efetiva proteção ao sujeito antes denominado “terceiro na relação”, agora alçado ao *status* novo de consumidor *stricto sensu* ou consumidor equiparado. O fato do sistema do CDC, tanto em suas regras materiais como processuais, não distinguir entre os tipos de consumidores e assegurar iguais direitos contratuais a todos os consumidores, tanto os do art. 2º como os consumidores equiparados dos arts. 17, 29 e parágrafo único do art. 2º, tem fortes efeitos no mercado, a assegurar boa-fé, legitimação processual e garantias aos antes denominados “terceiros” nos contratos¹².

Nesses casos a proteção é coletiva e a relação de consumo (na qual o consumidor é um grupo determinável ou não) não exige a aquisição efetiva de bens e serviços. A potencialidade de dano aos consumidores expostos às relações de consumo é o suficiente para uma atuação preventiva ou corretiva.

A presença do risco (mesmo que este não seja atual, mas futuro) justifica a utilização dos instrumentos estabelecidos na Constituição e nas normas consumeristas (ou em outras que protejam o consumidor, como as normas ambientais, sanitárias etc.) para responsabilização dos fornecedores, para exigência de mudança de postura do consumidor e para uma readequação do mercado.

¹¹ Sobre a conceituação do consumidor, ver NUNES JUNIOR; SERRANO, *Código de Defesa do Consumidor interpretado*, cit., p. 12-22.

¹² MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 299.

Assim, o princípio constitucional econômico de defesa do consumidor traz em seu bojo a atuação responsável dos sujeitos da relação de consumo e da coletividade, bem como a adoção de políticas de prevenção e repressão, com a finalidade de possibilitar aos consumidores uma melhoria em sua qualidade de vida. Qualidade de vida também é a palavra-chave que informa a proteção ambiental.

2.2 A proteção do meio ambiente

O direito ambiental protegido no Estado Democrático de Direito é o normatizado, o que organiza de forma mandamental os comportamentos sociais que devem ser estabelecidos para garantia e implementação da manutenção das formas de vida, já que é essa a essência da sociedade¹³. Desta forma,

não há, portanto, que se falar na adoção de um direito natural à vida, imanente a todos os seres vivos, pelo simples dado de serem vivos. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma construção social, partindo de dados da nossa realidade social – inclusive os de natureza inserida nas relações sociais¹⁴.

A noção de direito fundamental ao meio ambiente está, portanto, centralizada no desenvolvimento social, econômico e cultural do homem e é bem resumida por Antonio Sousa Franco, quando diz que

o direito fundamental a um ambiente são e equilibrado não pode ser entendido fora das suas coordenadas culturais, nomeadamente da sua articulação com o conceito de desenvolvimento econômico-social, porque, na verdade, é nesse âmbito que diversas questões, que são jurídicas, assumem o seu sentido essencial¹⁵.

¹³ DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 97-99.

¹⁴ *Ibidem*, p. 98.

¹⁵ FRANCO, Antonio Sousa. Ambiente e desenvolvimento. Textos: Ambiente e consumo.

A declaração constitucional de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, e à sadia qualidade de vida, cabendo à sociedade e ao Poder Público sua defesa e preservação, para gerações presentes e futuras, insculpida no art. 225, além de erigir o Direito Ambiental a um direito fundamental, direcionou a Política Nacional Ambiental já instituída pela Lei n. 6.938/81 no sentido de normatizar o desenvolvimento com objetivo de garantir aumento da qualidade das condições existenciais dos cidadãos.

As características de transversalidade e de transdisciplinaridade do direito ambiental permitem que os valores ambientais estejam espalhados por toda Carta Magna. Desse modo, vale mencionar, como valores ambientais constitucionais: a dignidade humana (consagrada princípio fundamental da República – art. 1º, III), a ordem social baseada no primado do trabalho e com objetivo de proporcionar o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), a ordem econômica que, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por objeto assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170), a garantia a todos, pelo Estado, do pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional (art. 215, § 1º), a previsão de que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial que sejam portadores de referência dos grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216).

A concepção de transversalidade em matéria ambiental gerou (e ainda gera, gradualmente) a introdução da variável ambiental nas opções de produção de bens e serviços, especialmente a partir dos instrumentos e princípios estabelecidos na Lei n. 6.938/81 – depois reiterados e ampliados na Constituição Federal. A consequência foi a exigência de mudança de postura pela sociedade e pelo Estado, que pode ser entendida, em amplas linhas, como uma obrigação geral de considerar a vertente ambiental em assuntos aparentemente desvinculados do tema.

Desse modo, na Constituição, assim como na Lei n. 6.938/81, também há a adoção da concepção do Direito Ambiental como trans-

Revista do Centro de Estudos Ambientais e de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, CEJ, Portugal, p. 9, 1996.

versal e transdisciplinar, com o estabelecimento prévio de uma relação de interdependência com os diversos temas ligados à efetividade da dignidade da pessoa humana e da sadia qualidade de vida, que ultrapassa a horizontalização na tratativa da matéria, como aduzem José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala. Sobre o assunto, os mencionados juristas destacam:

Cogita-se, aqui, qualificar a transdisciplinaridade do Direito Ambiental através do exercício de um *discurso ecológico de integridade*, que qualifica a juridicidade do discurso ambiental através do prévio estabelecimento de relação de interdependência. Esta qualidade fundamental do novo modelo de relação prioriza o desenvolvimento da função de mediação, que é definida pelo princípio democrático e que privilegia seu poder de dialogicidade, de estabelecimento de vínculo de comunicação dialógica e aberta, relacionando homem e natureza, de forma essencialmente interativa e dinâmica.

Dessa forma se permite que a abertura comunicacional proporcionada pelo discurso ecológico atue diretamente na orientação de qualquer conduta e atividade de intervenção sobre o ambiente. Nessa leitura transdisciplinar, o *Direito do Ambiente deixa de ser compreendido como um direito horizontal, para assumir as feições interativas de um direito transversal* (“*Querschnittsrecht*”)¹⁶.

Desde a edição da Lei n. 6.938/81 houve uma aproximação gradual entre ordem econômica (mercado, seus agentes e seus interesses preponderantes) e meio ambiente. Os instrumentos e princípios legais estabelecidos refletiram direta e imediatamente na atuação dos agentes econômicos, que foram obrigados a incorporar a variável ambiental.

O principal objetivo das normas ambientais, tanto pelo disposto na Lei n. 6.938/81 como na Constituição, é garantir a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com a consideração de todos os componentes que o integram, e no tempo presente e futuro¹⁷.

¹⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 92 [grifos originais].

¹⁷ Nas palavras de Cristiane Derani: “A finalidade de um meio ambiente que permita igualmente a existência humana e a das demais espécies, ou seja, a realização de um

No que tange à participação da coletividade na preservação e proteção do bem ambiental e de todos os seus elementos, o que já estava traçado na LPNMA foi reforçado e ampliado pela Constituição, com a previsão da responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade e a concepção do meio ambiente como essencial para a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. A perspectiva de proteção ambiental para as gerações futuras exige que os agentes públicos e privados adotem posição compatível com as metas de sustentabilidade e com os parâmetros legais estabelecidos para a política ambiental¹⁸.

O direito ambiental, insculpido no art. 225 da Lei Maior e por valores permeados em todo o texto constitucional, busca a promoção de justa harmonia nas relações dos seres humanos entre si e a plena integração desses com a natureza, transcendendo-se a questão dos recursos naturais e sua exploração¹⁹, com objetivo de se chegar ao tema crucial das condições de vida, do bem-estar da população. Esse dispositivo constitucional fortalece também as normas que versam sobre cidadania, e interage com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), especialmente no que tange à valorização da dignidade, à proteção da saúde e da segurança da coletividade e à busca constante da melhoria da qualidade de vida da população.

Sob essa ótica, é inegável o reflexo recíproco das normas ambientais e consumeristas nas respectivas Políticas Nacionais e na par-

meio ambiente ecologicamente equilibrado, já é uma norma jurídica que demanda um quadro normativo capaz de garantir os meios para a concretização deste fim imposto pelo Direito. É uma norma-fim que, para ser efetivada, requer a realização dentro do quadro político de uma série de atos” (A estrutura do sistema nacional de unidades de conservação – Lei n. 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Hermann (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 233).

¹⁸ No mesmo sentido, DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 168, e MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66.

¹⁹ Segundo Cristiane Derani, “o meio ambiente deixa-se conceituar como um espaço onde se encontram os recursos naturais”, mas ressalta que este conceito “não se reduz a ar, água, terra, mas deve ser definido como conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento” (*Direito ambiental...*, cit., p. 70-71).

tipificação da coletividade na utilização dos instrumentos existentes para a defesa desses direitos e nos procedimentos decisórios formais ou informais sobre tais assuntos.

As disposições dos parágrafos que explicitam o art. 225 dispõem sobre a atividade humana que cause (ou ameace causar) impacto no meio ambiente, partindo sempre da idéia da ação humana e da função dos bens ambientais para a sadia qualidade de vida. Esse artigo atribui ao Estado e à sociedade o dever de protegê-lo e preservá-lo. Em uma conexão com o CDC, os sujeitos da relação de consumo são responsáveis pela preservação e defesa do meio ambiente e devem pautar sua oferta e demanda em condições que possibilitem a sadia qualidade de vida e a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Esse também é o sentido da Emenda Constitucional n. 42/2003 que, ao dar nova redação ao inciso VI do art. 170, complementou o princípio da defesa do meio ambiente ao da relação de consumo sustentável, nos seguintes termos: “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Conduz esse princípio à necessidade de tratativa das questões ambientais sob a perspectiva econômica e, especialmente, sob a perspectiva das relações de consumo, com as diferenciações cabíveis, conforme a possibilidade de risco ambiental que os produtos e serviços oferecidos e/ou consumidos apresentem, ou de acordo com o impacto ambiental causado pelos fornecedores nos processos de elaboração dos produtos e na prestação dos serviços²⁰.

O tratamento diferenciado deve sempre ser favorável ao meio ambiente, podendo inclusive acarretar outras obrigações e responsabilidades para os sujeitos da relação de consumo ou para os agentes do mercado, pois somente dessa forma prestigia-se o princípio da defesa do meio ambiente. Com a atual redação há uma inafastável ligação

²⁰ A doutrina também destaca a nova conformação dada pela nova redação do artigo pela Emenda 42 ao Sistema Tributário Nacional, bem como a importância da adoção de uma atitude premial. Ver PETER, *Princípios constitucionais...*, cit., p. 247 e seguintes.

entre o mercado, o consumo sustentável e o meio ambiente. Seguiu-se a tendência mundial, traduzida também na doutrina jurídica, de possibilitar normativa e concretamente (com a utilização/construção de instrumentos pela sociedade) o desenvolvimento e o consumo sustentável.

3 Relação de consumo ambientalmente sustentável

A tratativa do sistema jurídico brasileiro sobre o papel do consumidor, do fornecedor e de ambos – como sociedade ou sujeitos que devem proteger o meio ambiente –, embora guarde uma coerência e tenha princípios constitucionais que guiem as práticas para relações de consumo sustentáveis, apresenta algumas questões de difícil compatibilização, especialmente em razão da noção de desenvolvimento dissociado da sustentabilidade ambiental.

As soluções que envolvem matéria ambiental, sejam judiciais ou extrajudiciais, devem estar preordenadas à observância dos princípios ambientais insculpidos na Carta Magna, tendo em vista o caráter peculiar da irreversibilidade do dano ambiental. A percepção do risco e do perigo em relação às questões ambientais é multidisciplinar e resulta tanto de conhecimentos técnicos como das relações sociais mais cotidianas. Portanto, ao analisar o impacto ambiental de um produto ou serviço colocado no mercado para consumo, existe uma tendência de afastar (ou não considerar) as conseqüências ambientais da atuação do fornecedor ou da escolha do consumidor para enfocar o problema apenas sob o ângulo dos benefícios econômicos.

Dessa forma, como compatibilizar, na prática, o consumo sustentável e o papel da sociedade na proteção ambiental? Quais seriam os atores responsáveis? O que é mais importante: a existência de políticas públicas específicas de incentivo à produção e ao consumo sustentável ou a responsabilidade social do fornecedor? Qual a importância da consciência do consumidor sobre a dimensão ecológica do processo de consumo em geral? E seu comportamento individual, em particular, tem reflexo considerável na proteção dos bens ambientais caracterizados pela natureza difusa? Seria possível falar em outras formas de partici-

pação do consumidor, que tem como traço característico a vulnerabilidade, nos processos decisórios para proteção do meio ambiente? Qual seria a importância de outros parâmetros legais, doutrinários e éticos para o consumo sustentável?

Existe, decerto, uma tendência inerente ao ser humano de associar o desenvolvimento a obras, bens ou atividades que lhe venham proporcionar bem-estar e conforto, sem avaliar as conseqüências de tais obras ou atividades para o meio ambiente – tanto no momento atual como no futuro. Porém, a Constituição, ao prever que o meio ambiente deve ser preservado e defendido também para as gerações futuras, conduz a uma mudança de perspectiva do consumidor e da sociedade como um todo.

A construção da noção de consumo sustentável se amolda a essa mudança de perspectiva. O conceito de consumo sustentável elaborado pela ONU tem por base a noção de sustentabilidade e parte da necessidade de compreensão da esgotabilidade dos recursos naturais, da capacidade degradadora das relações de consumo e da necessidade de se garantir um mínimo de qualidade ambiental para as gerações futuras:

Consumo sustentável é o uso de serviços e produtos que correspondem às necessidades básicas de toda a população e trazem a melhoria da qualidade de vida, ao mesmo tempo que reduzem o uso dos recursos naturais e de materiais tóxicos, a produção de lixo e as emissões de poluição em todo ciclo de vida, sem comprometer as necessidades das gerações futuras²¹.

Assim, as atividades que, de alguma forma, interfiram ou prejudiquem a possibilidade de uma vida saudável e com qualidade devem se compatibilizar com as normas de proteção e garantia do estado de

²¹ Comissão de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (CDS/ONU), 1995.

salubridade, para as presentes e futuras gerações²². Portanto, a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, ou princípios econômicos constitucionais como a liberdade de iniciativa econômica e a propriedade privada não podem ser levantados como empecilho para o consumo sustentável.

3.1 O consumidor e o fornecedor na relação de consumo sustentável

O consumidor está caracterizado pela sua vulnerabilidade na relação de consumo. Ao mesmo tempo, é um agente degradador e poluidor em sua relação com a natureza, porque a atividade humana geralmente coloca em risco os bens ambientais protegidos. Assim, se a proteção do meio ambiente cabe tanto ao Estado como à sociedade, os cidadãos – e, portanto, os consumidores e fornecedores – assumem uma posição de responsáveis e têm a tarefa constitucional de utilizar os instrumentos cabíveis para a defesa dos valores e bens ambientais.

Os sujeitos da relação de consumo só cumprem essa tarefa constitucional se tiverem um comportamento dentro dos parâmetros da sustentabilidade ambiental: participando das decisões como fornecedor e consumidor de modo consciente e responsável. Daí decorre o direito à informação, tendo o consumidor o direito de conhecer previamente acerca do produto ou serviço oferecido, para que faça conscientemente sua escolha.

O CDC, em seu art. 4º, II, *c* e *d*, determina que o Poder Público desenvolva ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, garantindo padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos e serviços.

²² Édis Milaré afirma que a sua principal característica desse princípio é a “conciliação entre o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida” (*Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36). Paulo Afonso Brum Vaz e Murilo Mendes afirmam que “o desenvolvimento sustentado é um desenvolvimento que atende a necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de responder às suas próprias necessidades” (Meio ambiente e mineração. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 244).

Os arts. 8º a 10 do mesmo diploma estabelecem normas que exigem do fornecedor a devida informação sobre os riscos que produtos ou serviços possam apresentar, determinando, inclusive, que tais produtos ou serviços não sejam colocados no mercado quando apresentarem riscos acima do esperado. Em seu art. 31, o CDC garante o direito de todos os consumidores terem acesso ao pleno conhecimento sobre os produtos que consomem.

O Código de Defesa do Consumidor considera enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, propriedades, origem e quaisquer outros dados sobre produtos ou, ainda, deixar de informar dado essencial acerca deles (art. 37, §§ 1º e 3º). Conceitua como abusiva a publicidade que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde (art. 37, § 2º).

O descarte de produtos que provocam danos ambientais – como, por exemplo, as baterias de telefone celular, as lâmpadas fluorescentes, as pilhas, os agrotóxicos etc. – é uma questão que, embora decorra das relações de consumo, deve ser trabalhada sob o enfoque da proteção ambiental, com a informação ao consumidor dos efeitos do produto adquirido para o meio ambiente e os possíveis riscos para as gerações futuras. O debate deve proporcionar a reflexão sobre a responsabilidade dos sujeitos envolvidos na relação de consumo e na cadeia de produção.

3.2 Pilares da relação de consumo ambientalmente sustentável

A sustentabilidade se apóia nas concepções de justiça social, desenvolvimento econômico e proteção ambiental. Porém, para o tema das relações de consumo e meio ambiente, analisaremos somente alguns aspectos e princípios do que se considera um consumo sustentável.

Embora seja de extrema importância a postura do consumidor em não adquirir produtos ou contratar serviços que sejam socialmente injustos (seja porque existe exploração de mão-de-obra infantil, seja porque os trabalhadores não têm seus direitos respeitados etc.) ou deixar

de consumir produtos ou serviços de empresas que claramente praticam condutas abusivas, obtendo vantagens econômicas indevidas ou desproporcionais e às custas das lesões provocadas aos consumidores, nossa abordagem se concentrará na proteção ambiental, um dos ali- cerces da sustentabilidade. Será feita especialmente com base nos prin- cípios do desenvolvimento sustentável e do acesso à informação que, na Constituição, estão referidos expressamente como princípios ambientais, por entendermos que estes dão o suporte necessário para o desenvolvimento do tema²³.

Os princípios do desenvolvimento sustentável e do acesso à in- formação, pilares do consumo sustentável, respaldam direitos transin- dividuais e são de extrema importância para a proteção e efetividade dos direitos fundamentais coletivos. Permeiam todo nosso sistema ju- rídico – estão declarados em nossa Constituição, em tratados e nas normas infraconstitucionais – e têm forte aplicação na proteção do meio ambiente.

Em matéria consumerista, a influência e a transversalidade dos princípios em comento são aferidas em diversos dispositivos do Có- digo de Defesa do Consumidor, que versam acerca da responsabili- dade do fornecedor, da publicidade e da informação sobre os produtos ofertados. Porém, vale destacar a atenção especial às necessidades bási- cas dos consumidores previstas no art. 4º do CDC: o respeito à digni- dade, à saúde e à segurança do consumidor, o princípio da transparên- cia nas relações de consumo, a proteção dos interesses econômicos dos consumidores e o objetivo de direcionar a Política Nacional das Relações de Consumo para possibilitar a melhoria da qualidade de vida dos consumidores a fim de atingir a *harmonia nas relações de consumo*.

²³ Outro princípio de extrema importância é o princípio da equidade intergeracional. Porém, a tratativa desse princípio não atingiria o objetivo desse estudo, que é aproximar os temas meio ambiente e consumo, sem a necessidade de construções teóricas mais aprofundadas. A abordagem do aludido princípio exigiria do leitor a apreensão e a compreensão profunda do sistema de proteção ambiental (teríamos necessariamente que fazer um estudo sobre os princípios da precaução e da prevenção, a previsão do princípio da equidade geracional nos tratados internacionais firmados pelo Brasil etc.) o que proporcionaria um distanciamento muito grande do tema consumidor.

4 Princípios ambientais que orientam a relação de consumo sustentável

4.1 Princípio do desenvolvimento sustentável

A incorporação da vertente ambiental é um dos modos de redução das práticas abusivas que interferem e repercutem em toda a coletividade, no plano social e também no econômico. A importância de tal incorporação ganha maior destaque, especialmente, se for considerada numa base temporal que ultrapassa a geração presente e se reflete nas futuras gerações. Nesse sentido, um conceito de desenvolvimento econômico é apresentado pelos economistas: *o desenvolvimento solidário*. Paul Singer define desenvolvimento solidário como:

um processo de fomento de novas forças produtivas e de instalação de novas relações de produção, de modo a promover um processo sustentável de crescimento econômico, que preserve a natureza e distribua os frutos do crescimento a favor dos que se encontram marginalizados da produção social e da fruição dos resultados da mesma. [...] Em suma, o desenvolvimento solidário busca novas forças produtivas que respeitem a natureza e favoreçam valores como igualdade e auto-realização, sem ignorar nem rejeitar de antemão os avanços científicos e tecnológicos, mas submetendo-os ao crivo permanente dos valores ambientais, da inclusão social e da autogestão²⁴.

No plano jurídico, a percepção de que o desenvolvimento econômico dissociado da proteção do meio ambiente traz conseqüências desastrosas a médio e longo prazo para manutenção da vida do ser humano no planeta, também conduziu à construção do princípio ambiental do desenvolvimento sustentável. Nesse esteio, vale trazer a conceituação do princípio por José Marcos Domingues de Oliveira:

²⁴ SINGER, Paul. Desenvolvimento capitalista e desenvolvimento solidário. *Estudos Avançados*, São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da USP, v. 18, n. 51, p. 7-22, maio 2004.

Esse feliz binômio, desenvolvimento sustentável ou “desenvolvimento sustentado”, parece ser a harmoniosa solução para a permanente tensão entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente.

Desenvolvimento sustentável, que se baseia num princípio ético, isto é, o desenvolvimento atual não deve prejudicar as gerações futuras, consiste no progresso da atividade econômica compatível com a utilização racional dos recursos ambientais. Representa a rejeição do desperdício, da ineficiência e do desprezo por esses recursos²⁵.

O princípio do desenvolvimento sustentável exige uma atuação do Estado na definição e execução de políticas que possibilitem a consecução

de um conjunto de fatores convencionalmente chamados de bem-estar. Tal processo envolve interesses diversos e às vezes até antagônicos e, por isso, revela-se complicado, sem a obtenção de resultados imediatos para as medidas adotadas²⁶.

Nesse sentido, o princípio 1 da Declaração do Rio de Janeiro/92 estabelece:

Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Na mesma linha de argumentação, Antonio de Sousa Franco destaca a importância da exigência de elaboração e implementação de políticas econômicas que estejam em harmonia com a proteção do meio ambiente:

²⁵ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 18-19.

²⁶ DERANI, *Direito ambiental...*, cit., p. 176-177.

[...] Não é possível preservar o ambiente se se não criarem instrumentos de análise científica, instrumentos de programação e execução das políticas econômicas e instrumentos de gestão empresarial que não tenham em conta os elementos de custo e de benefício envolvidos na dimensão ambiental ou ecológica da actividade económica [...]. Basicamente é esta a elaboração que abre a porta à integração no conceito de desenvolvimento da variável ecológica ou ambiental²⁷.

Vale destacar que “a sustentabilidade é um princípio válido para todos os recursos renováveis. Para recursos não-renováveis ou para atividades capazes de produzir danos irreversíveis este princípio não se aplica”²⁸. Assim, a oferta e o consumo de bens, produtos, insumos ou serviços não-renováveis ou que provoquem danos irreversíveis ao meio ambiente ou de difícil reparação (seja essa dificuldade tecnológica, seja financeira) não se enquadram no conceito de relação de consumo sustentável, tanto porque afrontam o princípio da equidade intergeracional como porque não contribuem para o equilíbrio de forças que deve existir entre o desenvolvimento económico e a proteção do meio ambiente.

Nas palavras de Cristiane Derani, “desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmónico da economia e ecologia que devem ser ajustados numa correlação de valores onde o máximo económico reflita igualmente um máximo ecológico”²⁹. Desse modo, sempre haverá possibilidade de confronto e ponderação entre os princípios da ordem económica e os da defesa do consumidor e do meio ambiente para se chegar à efetividade do direito fundamental ao desenvolvimento.

Por essa razão, as normas ambientais e consumeristas, com base no princípio do desenvolvimento sustentável, podem ser restritivas e

²⁷ FRANCO, *Ambiente e desenvolvimento...*, cit., p. 11.

²⁸ DERANI, *Direito ambiental...*, cit., p. 127.

²⁹ *Ibidem*, p. 128.

ter o objetivo de modificar o modo de agir dos sujeitos da relação de consumo, direcionando as políticas públicas e as atuações dos particulares.

4.2 Princípio da participação e da informação

O princípio da participação tem como escopo a participação de toda a sociedade, administrativa ou judicialmente, na preservação do meio ambiente³⁰. A participação popular nas questões relativas à preservação ambiental tem amparo constitucional, uma vez que a Constituição Federal, na parte final do *caput* do art. 225, impõe à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente.

Administrativamente, essa participação possui mecanismos legais para que venha a ser efetivada: a Lei n. 9.784/99, que prevê a participação popular nos processos administrativos de interesse geral por meio da consulta pública. Judicialmente, a participação da sociedade é viável pela via da ação popular, do mandado de segurança, do mandado de injunção, cabendo, ainda, ao Ministério Público, com ou sem a provocação do cidadão, propor a ação civil pública na defesa do meio ambiente.

O princípio da participação recebe embasamento com o destaque da importância da educação e da informação ambiental no sistema normativo ambiental³¹. A Constituição determina que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público promover a educação ambiental

³⁰ O princípio da participação é realçado pela Lei n. 7.802/89, alterada pela Lei n. 9.974/2000, que dispõe sobre agrotóxicos e afins, para determinar que os usuários de agrotóxicos, seus componentes e afins efetuem a devolução das embalagens vazias aos estabelecimentos comerciais em que foram adquiridos (art. 6º, I, § 2º). Determina também que as embalagens rígidas que contiverem formulações miscíveis ou dispersíveis em água deverão ser submetidas pelo usuário a operação de triplíce lavagem ou tecnologia equivalente (art. 6º, I, § 4º). Dessa forma, nota-se que o usuário assume parcela de responsabilidade na preservação do meio ambiente, com custos que decorrem dessa utilização.

³¹ Importante notar que a informação e a educação ambiental estão previstas na Lei n. 7.802/89, alterada pela Lei n. 9.974/2000, nos arts. 7º, II, *d*, e 19, parágrafo único, como forma de implementar o princípio da participação.

em todos os níveis de ensino e a conscientização pública quanto à preservação do meio ambiente (art. 225, § 1º, VI). A Lei n. 9.795/99 estabeleceu a Política Nacional de Educação Ambiental.

O consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e a equidade só estará mantida com uma postura estatal interventora, que propicie instrumentos que garantam a efetiva proteção de seus direitos. O fornecedor, embora não explícito constitucionalmente, está presumidamente numa situação de vantagem e supremacia, pois “carrega consigo o domínio total e exclusivo da informação, da redação do contrato, do conhecimento dos meandros da produção, afora sua situação de prepotência econômica”³².

O princípio da informação prevê o direito e o dever de todas as pessoas estarem informadas sobre as questões ambientais, inclusive acerca dos materiais e atividades perigosas em suas comunidades e dos reflexos e dos riscos que tais atividades ou produtos podem vir a apresentar para a saúde e para a qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Mas esse princípio vai mais além: direciona a atuação do Estado para exigência de transparência na conduta do fornecedor.

O princípio da informação, bem como a obrigação de informar e o direito de ser informado de modo efetivo têm uma tratativa de destaque no Código de Defesa do Consumidor. Este diploma, em seu art. 31 combinado com o art. 37, §§ 1º e 3º, consagra o princípio da veracidade, pelo qual a publicidade deve ser escorreita e honesta, segundo os requisitos legais. Deve conter uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, não podendo induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre tal produto ou serviço. Ou seja, não pode a publicidade ser enganosa.

Para tanto, estabelece referido Código, no art. 36, parágrafo único, que a publicidade deve fundamentar-se em dados fáticos, técnicos e científicos que comprovem a informação veiculada, para informação aos interessados e eventual demonstração de sua veracidade (princípio da transparência da fundamentação).

³² NUNES JUNIOR; SERRANO, *Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 5.

Está também previsto o princípio da não-abusividade (CDC, art. 31, c/c o art. 37, § 2º), segundo o qual a publicidade deve preservar valores éticos de nossa sociedade e não deturpar a vontade do consumidor, a ponto de induzi-lo a comportamentos que sejam prejudiciais ou perigosos à sua saúde e segurança.

No mesmo sentido é o previsto no art. 2º, item 3, da Convenção sobre o Acesso à Informação, a Participação do Público no Processo Decisório e o Acesso à Justiça em Matéria de Meio Ambiente:

A expressão “informação sobre o meio ambiente” designa toda informação disponível sob a forma escrita, visual, oral ou eletrônica ou sob qualquer forma material, sobre: a) o estado do meio ambiente, tais como o ar e a atmosfera, as águas, o solo, as terras, a paisagem e os sítios naturais, a diversidade biológica e seus componentes, compreendidos os OGMs, e a interação desses elementos; b) fatores tais como as substâncias, a energia, o ruído e as radiações e atividades ou medidas, compreendidas as medidas administrativas, acordos relativos ao meio ambiente, políticas, leis, planos e programas que tenham, ou possam ter, incidência sobre os elementos do meio ambiente concernente à alínea *a*, supramencionada, e a análise custo/benefício e outras análises e hipóteses econômicas utilizadas no processo decisório em matéria de meio ambiente; c) o estado de saúde do homem, sua segurança e suas condições de vida, assim como o estado dos sítios culturais e das construções na medida onde são, ou possam ser, alterados pelo estado dos elementos do meio ambiente ou, através desses elementos, pelos fatores, atividades e medidas visadas na alínea *b*, supramencionada³³.

O consumo sustentável tem seu esteio no princípio da informação. Por isso, as partes devem buscar estabelecer nas relações de consu-

³³ Cf. MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*, cit., p. 74. Na nota de rodapé sobre a Convenção: “Aarhus (Dinamarca), 25 de junho de 1998. A Convenção foi preparada pelo Comitê de Políticas de Meio Ambiente da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas. Entrou em vigor em 30 de outubro de 2001”.

mo o equilíbrio entre a satisfação das suas necessidades – sem o comprometimento grave do meio ambiente. Para a opção consciente de consumo, faz-se necessário acesso aos conhecimentos básicos acerca do produto ou serviço colocados à disposição do consumidor pelos fornecedores. É a vivência do princípio do acesso à informação, que é colocado de modo diferente para os sujeitos da relação de consumo quando se versa sobre proteção ambiental: o consumidor é a parte vulnerável, cabendo ao fornecedor e ao Estado oferecer as informações necessárias para as opções conscientes de consumo.

5 Conclusões

Como se procurou demonstrar neste trabalho, as questões relativas à relação de consumo e ao meio ambiente estão muito mais interligadas do que se imagina num primeiro momento.

Pensar na proteção ambiental dissociada dos valores do mercado e das relações de consumo é um equívoco que os estudiosos do direito não podem cometer. Ao mesmo tempo, valorizar os reflexos negativos para a economia que a adequação às exigências ambientais provocam – sem considerar as alternativas de obtenção de vantagens a partir do ônus imposto – é uma postura daqueles que acreditam na impunidade e na ausência de responsabilidade com as gerações futuras.

A opção pelo respeito aos valores ambientais e a utilização responsável dos recursos por toda a cadeia de produção, assim como a de fruição do bem produzido pelos consumidores, deve se dar a partir da concepção de sustentabilidade. Assim, a obrigação de toda a cadeia produtora e dos que oferecem bens e serviços é a adoção integral do tripé da sustentabilidade: responsabilidade social, eficiência econômica e proteção ambiental.

Também é de extrema importância a postura do consumidor em não adquirir produtos ou contratar serviços que sejam socialmente injustos (seja porque existe exploração de mão-de-obra infantil, seja porque os trabalhadores não têm seus direitos respeitados etc.) ou deixar de consumir produtos ou serviços de empresas que claramente

desrespeitem as normas ambientais ou poluam o meio ambiente, bem como das que praticam condutas abusivas, obtendo vantagens econômicas indevidas ou desproporcionais e às custas das lesões provocadas aos consumidores.

É imprescindível a utilização de todos os instrumentos judiciais e extrajudiciais – tanto pelos agentes econômicos como pelo Estado e pela coletividade – para que a oferta de opções de produtos e serviços possibilitem sempre o desenvolvimento de relações de consumo ambientalmente sustentáveis, para as presentes e futuras gerações. Desse modo, os princípios ambientais do desenvolvimento sustentável, da participação e da informação devem direcionar a conduta dos sujeitos da relação de consumo.

Referências

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. A estrutura do sistema nacional de unidades de conservação – Lei n. 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Hermann (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

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

FRANCO, Antonio Sousa. Ambiente e desenvolvimento. Textos: Ambiente e consumo. *Revista do Centro de Estudos Ambientais e de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça*, CEJ, Portugal, p. 9, 1996.

GRAY, John. *Cachorros de palha: reflexões sobre humanos e outros animais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SINGER, Paul. Desenvolvimento capitalista e desenvolvimento solidário. *Estudos Avançados*, São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da USP, v. 18, n. 51, p. 7, maio 2004.

VAZ, Paulo Afonso Brum; MENDES, Murilo. Meio ambiente e mineração. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas

Ronaldo Lima dos Santos*

Sumário: 1 A coisa julgada nas ações coletivas. 2 Critérios de determinação da amplitude subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas. 2.1 Coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos difusos: coisa julgada *erga omnes* e *secundum eventum probationis*. 2.2 Coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos coletivos: coisa julgada *ultra partes* e coisa julgada *secundum eventum probationis*. 2.3 Coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos: coisa julgada *erga omnes* e coisa julgada *secundum eventum litis*. 2.4 Transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva. 3 Amplitude objetiva (territorial) da coisa julgada nas ações coletivas: a ineficácia da limitação do art. 16 da Lei n. 7.347/85. 4 Amplitude subjetiva das demandas fundamentadas em direitos individuais homogêneos: ineficácia do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97.

1 A coisa julgada nas ações coletivas

Embora a legislação brasileira já consagrasse algumas situações de proteção a interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), como a ação popular, a ação de proteção ambiental da Lei n. 6.938/81, a Lei Orgânica do Ministério Público – LC n. 40/81, a ação de cumprimento e o dissídio coletivo, foi a partir do advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e do Código de

* Ronaldo Lima dos Santos é Procurador do Trabalho da PRT-2ª Região – São Paulo. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Universitário.

Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que se deu o passo mais relevante para a instauração de um microsistema das ações coletivas.

A imbricação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública¹ conferiu uma sistematização aos diversos aspectos da tutela coletiva e, com o Código de Processo Civil operando como pano de fundo e fonte subsidiária², formou um verdadeiro circuito de integração e complementaridade, delineando um “microsistema processual coletivo”³, cujas normas e princípios são aplicáveis a qualquer demanda cujo objeto consista na tutela de interesses transindividuais.

Além de conferir contornos mais precisos à ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor redefiniu uma série de institutos processuais, cujo espectro era estatuído pelo prisma dos conflitos individuais, para adaptá-los às peculiaridades dos conflitos de massa e das demandas vocacionadas à sua solução.

Entre as diversas ressignificações de institutos processuais, o microsistema das ações coletivas concedeu um novo regime à coisa julgada, afastando-a da tradicional regra do art. 472 do Código de

¹ A Lei n. 8.078/90, além de instituir o Código de Defesa do Consumidor, introduziu no ordenamento legal os conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e disciplinou diversos aspectos da tutela coletiva, determinando, em seu artigo 90, a aplicação às ações previstas em seu Título III, das “normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de junho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. Por outro lado, esse mesmo diploma legal, por meio do seu art. 117, inseriu o art. 21 na Lei de Ação Civil Pública, para determinar a aplicação “à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, dos dispositivos do Título III da lei que institui o Código de Defesa do Consumidor”, determinando, dessa forma, uma imbricação desses dois diplomas legais.

² A aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil às demandas coletivas é determinada pelo art. 19 da LACP (“Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo que não contrarie as suas disposições”) e pelo art. 90 do CDC (“Aplica-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”).

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Tese de Titularidade – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 7.

Processo Civil, reconfigurando-a para adaptá-la às peculiaridades dos conflitos de massa⁴.

A principal característica da coisa julgada coletiva consiste no fato de que ela

não respeita os limites subjetivos traçados pelo artigo 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas. Há, nesse tipo de processo, possibilidade de eficácia *erga omnes* (isto é, perante quem não foi parte no processo), embora nem sempre de forma plena⁵.

Por isso, é assente na doutrina, que, nesse sistema de jurisdição, a coisa julgada, assim como a legitimação para agir, constitui um dos pontos sensíveis da regulamentação e do desenvolvimento do processo coletivo⁶.

O tratamento molecular dos litígios, em substituição ao tradicional tratamento atomizado, exigiu a revisão e adaptação de alguns institutos do direito processual clássico, em especial a legitimidade *ad causam* e os limites da *res judicata*⁷. Como ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso, as

várias soluções cogitadas para se resolver o problema da coisa julgada nas ações coletivas (*secundum eventum litis*; ou *in utilibus*; o sistema norte americano do *opt in opt out* etc.) derivam da seguinte dificuldade: nessas ações se faz a tutela de um interesse que é metaindividual, e que, portanto, concerne a um número mais ou menos indeterminado de indivíduos; todavia, a ação é ajuizada por um “representante institucional” (Ministério Público; associação;

⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Modalidades da coisa julgada coletiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, ano 14, n. 27, p. 38, mar. 2004.

⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 478.

⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 258.

⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 98-99.

órgão público), que, obviamente, não pode “consultar previamente” a coletividade, nem agir *ad referendum* desta. Essa circunstância, porém, há que ser compreendida dentro da óptica da tutela jurisdicional a interesses que não são intersubjetivos: nos conflitos deste último tipo, se estabelece o binômio: “titularidade do interesse = legitimação para agir”; já nos conflitos de massa, diverso é o enfoque: a “representação adequada” supre a impossibilidade da presença de todos os interessados; e isso, para que a ação se torne viável⁸.

No regime do processo individual, a identificação entre o titular do direito material e a legitimidade processual faz com que a coisa julgada produza efeitos *pro et contra*, isto é, independentemente do resultado da demanda ser favorável ou contrário aos interesses da parte ou de terceiros⁹; já no regime da coisa julgada coletiva, em que há uma desidentificação entre a titularidade do direito material e a legitimidade processual (que é exercida por um autor ideológico – associação, Ministério Público etc.), a constituição e a extensão da coisa julgada dependerão da natureza do direito material tutelado e do resultado da demanda.

Nesse contexto a disciplina geral da coisa julgada nas ações coletivas vem traçada, de modo diferenciado, nos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do artigo 81;

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 240.

⁹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66.

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 81;

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do artigo 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o artigo 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispêndência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor propõe uma nova disciplina da coisa julgada, com o objetivo de solucionar os conflitos de massa presentes na sociedade contemporânea, ampliando-a *erga omnes* ou *ultra partes* para que possa beneficiar pessoas que se encontram na mesma situação jurídica, ainda que não constituam partes formais do processo.

Trata-se de uma mudança da política processual, em que o garantismo processual ultrapassa a perspectiva exclusivamente individual para adquirir um espectro coletivo, em demandas em que um autor ideológico assume a iniciativa em favor de uma coletividade (determinada ou indeterminada) de pessoas, que, em geral, não integram o processo como parte, mas poderão sujeitar-se aos efeitos das sentenças nelas proferidas¹⁰.

2 Critérios de determinação da amplitude subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas

Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha disciplinado a coisa julgada praticamente em dois dos seus dispositivos, os arts. 103 e 104, a minudência de tratamento exige uma análise um tanto profunda para a real compreensão do fenômeno, em virtude da complexidade adquirida pela coisa julgada, quando trasladada para o âmbito da tutela coletiva.

Pode-se dizer que, no âmbito da tutela coletiva, não existe somente uma coisa julgada, mas diversas espécies de coisa julgada, a depender da natureza do direito material litigioso e do resultado da demanda. O próprio Código de Defesa do Consumidor utiliza diversas qualificações para distinguir a coisa julgada consoante os seus efeitos em relação às partes do processo e aos titulares do direito material (coisa julgada *erga omnes* e coisa julgada *ultra partes*), sendo encontradas outras adjetivações da coisa julgada coletiva na doutrina e na jurisprudência (coisa julgada *secundum eventum litis* e coisa julgada *secundum eventus probationis*).

Por isso, os efeitos subjetivos e objetivos da coisa julgada e a sua amplitude somente poderão ser compreendidos levando-se em consideração diversos aspectos da demanda coletiva, como a natureza do direito transindividual tutelado (difuso, coletivo ou individual homo-

¹⁰ FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas: restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 99.

gêneo) e o resultado da demanda (extinção sem julgamento do mérito, procedência, improcedência, improcedência por insuficiência de provas), diferenciando-se, numa e outra hipótese, a extensão dos seus efeitos perante terceiros alheios à lide, em relação aos autores legitimados para a propositura da demanda coletiva e àqueles que participaram do contraditório coletivo.

2.1 Coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos difusos: coisa julgada *erga omnes* e *secundum eventum probationis*

Consoante o Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de interesses difusos, a coisa julgada terá eficácia “*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova [...]” (art. 103, I).

A eficácia *erga omnes* dos interesses difusos decorre do fato de esses interesses estarem dispersos pela sociedade civil como um todo (tutela do meio ambiente, proteção do patrimônio histórico, cultural e artístico etc.), ou seja, referem-se a bens concernentes a uma coletividade difusa (espraiada, disseminada), de forma que a coisa julgada que se forma nas demandas que versam sobre esses interesses alcança a todos aqueles situados na sua esfera jurídica de proteção, por isso a utilização da expressão *erga omnes*¹¹ (perante todos) para designar a coisa julgada nas ações coletivas que se fundamentam em interesses difusos.

Em relação aos autores ideológicos, isto é, os entes legitimados à tutela dos interesses difusos, a eficácia *erga omnes* da decisão alcança todos os entes indicados nos arts. 5º da Lei n. 7.347/85 e 82 da Lei n. 8.078/90, de modo que, uma vez proposta determinada demanda por uma das pessoas constantes do rol de legitimados, a imutabilidade da coisa julgada material estende-se a todos os demais, que não poderão propor nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, mesmo que não tenham participado da demanda originária.

¹¹ *Erga omnes*: expressão latina que significa perante todos, contra todos. “Diz-se do ato, lei ou decisão que a todos obriga, ou até é oponível contra todos, ou sobre todos tem efeito” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 784).

No entanto, para resguardar os interesses difusos de demandas infrutíferas por má produção probatória por parte do ente legitimado que ingressou com a demanda, o legislador previu uma exceção à coisa julgada *erga omnes*, correspondente à hipótese de improcedência do pedido por insuficiência de provas, possibilitando a propositura da mesma demanda, com idêntico fundamento, tanto pelo autor que a havia proposto quanto pelos demais legitimados, ao que se passou a denominar coisa julgada *secundum eventum probationis* (segundo a sorte das provas).

No caso de improcedência da demanda coletiva cuja decisão se fundamente em qualquer outro motivo que não a insuficiência de provas, haverá a formação da coisa julgada material, a obstar a propositura de uma nova ação coletiva com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer ente legitimado.

Em resumo, o quadro da coisa julgada nas demandas fundamentadas em direitos difusos fica assim estruturado:

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Conseqüências
Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC)	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia <i>erga omnes</i> . Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado.

<p>Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a insuficiência de provas.</p>	<p>Coisa julgada material</p>	<p>Eficácia <i>erga omnes</i>. Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado.</p>
<p>Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a insuficiência de provas.</p>	<p>Coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i></p>	<p>Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, baseada em novas provas, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.</p>

2.2 Coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos coletivos: coisa julgada *ultra partes* e coisa julgada *secundum eventum probationis*

Nas demandas fundamentadas em direitos coletivos, a coisa julgada terá eficácia “*ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas” (art. 103, II, do CDC), hipótese em que, nos mesmos moldes previstos para os interesses difusos, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O regime da coisa julgada nas ações para a tutela de interesses coletivos distingue-se do previsto para os direitos difusos apenas em relação à natureza da eficácia, que será *ultra partes* em se tratando dos primeiros, e não *erga omnes* como nos segundos. A diferença de tratamento decorre da própria diversidade de natureza de ambos os interesses, pois, ao passo que os interesses difusos têm como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, os interesses

coletivos são titularizados por grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. Exatamente a presença de uma relação jurídica básica permite tornar determinável a extensão da coletividade, sendo que a eficácia subjetiva da demanda limitar-se-á aos membros da coletividade, isto é, àqueles que possuem um vínculo jurídico básico entre si ou com a parte contrária; por isso o emprego da expressão *ultra partes* em vez de *erga omnes*, pois aquela pressupõe uma maior delimitação do âmbito de abrangência que esta.

No mais, a eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações para a tutela de interesses coletivos segue a mesma disciplina prevista para os interesses difusos, inclusive no que respeita à coisa julgada *secundum eventum probationis* (segundo a sorte das provas), como delineado no quadro a seguir:

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Consequências
Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC)	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia <i>ultra partes</i> . Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado.

<p>Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a insuficiência de provas.</p>	<p>Coisa julgada material</p>	<p>Eficácia <i>ultra partes</i>. Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado.</p>
<p>Improcedência do pedido por qualquer motivo que não a insuficiência de provas.</p>	<p>Coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i></p>	<p>Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, baseada em novas provas, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.</p>

2.3 Coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos: coisa julgada *erga omnes* e coisa julgada *secundum eventum litis*

A disciplina da coisa julgada nas ações coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos é distinta daquela prevista para as demandas referentes a interesses difusos e coletivos.

Essa distinção de tratamento quanto aos efeitos da coisa julgada decorre da própria dessemelhança de natureza dos interesses individuais homogêneos em relação aos difusos e coletivos, pois ao passo que estes constituem interesses essencialmente transindividuais, cuja tutela somente pode ser realizada por um ente ideológico por meio de uma ação coletiva, aqueles não são transindividuais em sua essência, tendo em vista que constituem interesses individuais que, somente em razão da sua origem comum, da homogeneidade de natureza e da

conotação social que adquirem, podem ser tutelados por uma via processual coletiva.

Os direitos individuais homogêneos, assim, são individuais em sua essência (com titulares determinados, divisíveis, de fruição singular e disponíveis), sendo que somente adquire feição coletiva a forma processual pela qual podem ser tratados, dada a sua homogeneidade decorrente da origem comum e da expressão social que adquirem¹².

Diversamente dos interesses difusos e coletivos cuja guarida processual encontra-se jungida a uma tutela coletiva, proposta por um autor ideológico, os interesses individuais homogêneos podem ser tutelados tanto pela via coletiva quanto pela individual, justificando o tratamento peculiar da coisa julgada que se forma nas demandas que os tenham como objeto.

Em virtude dessa peculiaridade, tanto o pedido quanto o conteúdo da decisão serão distintos consoante se tratem de interesses difusos e coletivos ou de interesses individuais homogêneos. Na hipótese de interesses difusos e coletivos, o pedido deverá ser certo e determinado, devendo a ação ter por objeto uma tutela específica (art. 3º da Lei n. 7.347/85) de sorte que o conteúdo da decisão também será específico (reparação do bem histórico, pagamento de indenização para o Fundo etc.); já nas ações referentes a interesses individuais homogêneos, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, com a fixação da responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 da Lei n. 8.078/90), devendo o *quantur debeat* ser apurado em liquidação e/ou execução coletiva, em que serão identificados os beneficiários, ou em liquidação e/ou execução propostas pelos próprios interessados individuais (arts. 97 e 98 da Lei n. 8.078/90). Na liquidação, além do *quantum debeat*, cada liquidante deverá pro-

¹² SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicato e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003. p. 98-99.

var, por artigos, a existência do seu dano pessoal e o nexó etiológico com o dano reconhecido na demanda coletiva.

Com base nessas peculiaridades, previu-se que nas demandas coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores” (art. 103, III, da Lei n. 8.078/90).

Desse modo, além do caráter *erga omnes* da coisa julgada, as ações coletivas para a tutela dos interesses individuais homogêneos caracterizam-se pela presença da coisa julgada *secundum eventum litis* (segundo a sorte da lide), isto é, o conteúdo da sentença somente atingirá os titulares dos interesses individuais na hipótese de procedência da demanda (sorte da lide), circunstância que os habilita a beneficiar-se da decisão favorável, procedendo-se diretamente à execução dos seus direitos, sem a necessidade de prévio processo de conhecimento.

Por outro lado, eventual decreto de improcedência da ação coletiva não possui eficácia *erga omnes* em relação aos titulares singulares, que poderão propor ações individuais para a proteção dos seus direitos, desde que preenchida uma condição: não tenham integrado a demanda coletiva como litisconsortes do autor ideológico, pois, nesse caso, uma vez que participaram do contraditório, serão abrangidos pela coisa julgada, restando prejudicada qualquer ação individual com o mesmo título (art. 103, § 2º, da Lei n. 8.078/90).

Em resumo, consoante o fenômeno da coisa julgada *secundum eventum litis*, as pretensões individuais dos particulares beneficiam-se das vantagens advindas com o proferimento de eventual sentença de procedência em ação coletiva, de modo que a coisa julgada possuirá efeitos *erga omnes*. Em sentido contrário, as pretensões individuais dos particulares não são prejudicadas pelo advento de sentença desfavorável, ou seja, somente são abrangidos *secundum eventum litis*; nesse caso, a existência de sentença coletiva desfavorável não obsta que os indivi-

duos enquadrados na hipótese fática ou jurídica que fora objeto da ação coletiva promovam suas ações individuais¹³.

Mesmo na hipótese de sentença favorável há uma exceção à regra do beneficiamento do interesse individual: trata-se da situação em que o indivíduo possuía uma ação individual e, ao tomar ciência da propositura da demanda coletiva com o mesmo objeto, não requereu a suspensão da respectiva ação individual no prazo de trinta dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104 da Lei n. 8.078/90). Assim, não havendo a suspensão do processo individual, eventual sentença coletiva favorável não beneficiará o autor da demanda individual, que ficará à mercê da decisão a ser proferida no processo em que figura como parte.

Para elucidar esses aspectos, na prática, tome-se como exemplo uma ação coletiva proposta por uma entidade sindical pleiteando o pagamento do adicional de insalubridade aos empregados de determinada empresa, cujos aspectos ficarão assim delineados:

- a) *Pedido certo e determinado, mas genérico*: responsabilização do réu pelo pagamento do adicional de insalubridade aos empregados dos sujeitos aos agentes insalutíferos.
- b) *Sentença genérica de procedência*: reconhece a insalubridade e condena o réu ao pagamento do adicional de insalubridade aos trabalhadores que exerceram suas atividades no estabelecimento X durante o período Y.
- c) *Efeitos “erga omnes” e “secundum eventus litis”*: a sentença favorável aproveita a todos os trabalhadores individuais, que pode-

¹³ Como exemplifica Humberto Theodoro Junior, “numa demanda coletiva foi declarado improcedente o pedido de retirada do mercado de um produto medicinal por nocividade à saúde pública, tendo a sentença proclamado que o medicamento não era danoso. Haverá coisa julgada suficiente para impedir que qualquer nova ação coletiva venha a ser aforada contra o fabricante em torno do aludido produto, mesmo que outro seja o legitimado. Isto, todavia, não impedirá que um determinado consumidor, reputando-se lesado pelo medicamento, venha a ajuizar uma ação indenizatória individual” (THEODORO JUNIOR, *Curso...*, cit., p. 479).

rão promover coletiva (com identificação dos substituídos) ou individualmente a execução, que se processará por artigos. O reconhecimento da insalubridade a todos beneficia. Na liquidação o trabalhador demonstrará que laborava no estabelecimento X no período Y.

- d) *Exceção aos efeitos “erga omnes” e “secundum eventum litis”*: o trabalhador que mantinha uma reclamação trabalhista com pedido de adicional de insalubridade contra a empresa e não requereu a suspensão do processo, no prazo de 30 dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva, não se beneficiará da decisão coletiva, podendo inclusive ter sentença desfavorável na ação individual que, por qualquer motivo, não reconheça a insalubridade.
- e) *Sentença genérica de improcedência*: não reconheceu a insalubridade e julgou desfavoravelmente a ação coletiva. Os trabalhadores poderão rediscutir a existência ou não de insalubridade em processos individuais, podendo haver reconhecimento pelo juízo da insalubridade, independentemente da sentença desfavorável proferida na ação coletiva. Somente os trabalhadores que intervieram na ação coletiva estarão obstados de rediscutir a matéria por meio de ações individuais.

Em relação aos entes legitimados para a tutela dos interesses individuais homogêneos, nas hipóteses de procedência ou improcedência do pedido, haverá sempre coisa julgada material, inclusive nos casos de improcedência por insuficiência de provas, o que obstará a propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer autor ideológico, tenha ou não participado da demanda coletiva.

Desse modo, fica assim delineado o quadro da coisa julgada nas demandas coletivas fundamentadas em direitos individuais homogêneos:

Natureza da decisão	Formação da coisa julgada	Consequências
Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC)	Coisa julgada formal	Possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, inclusive pelo autor que havia proposto a ação anterior.
Procedência do pedido	Coisa julgada material	Eficácia <i>erga omnes</i> . Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. A execução poderá ser efetuada a título coletivo ou individual. Não será beneficiado pela coisa julgada coletiva o indivíduo que não requereu a suspensão do processo individual (art. 104 do CDC).
Improcedência do pedido, inclusive por insuficiência de provas.	Coisa julgada material	Impossibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, por qualquer ente legitimado. Os interessados individuais que não tiverem intervindo no processo poderão pleitear seus direitos em ações individuais.

2.4 Transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva

Como visto, os interesses individuais homogêneos não são transindividuais em sua essência, mas somente a forma da sua tutela processual é que adquire caráter coletivo. Os interesses individuais homogêneos não perdem a nota da sua individualidade (continuando com titulares determinados, divisíveis, disponíveis e de fruição singular), mas, por serem uniformes, possuem a mesma natureza e decorrem de uma origem comum, adquirem uma expressiva dimensão social, justificando o seu tratamento molecular, máxime em prol da segurança e da celeridade das decisões judiciais, evitando-se o tratamento desigual de situações iguais, com decisões conflitantes. Por isso, a demanda coletiva tem como objeto principal, por via coletiva, a satisfação de interesses individuais, cujos titulares poderão promover diretamente a execução do seu direito com fulcro em decisão favorável na demanda coletiva.

Ao contrário dos individuais homogêneos, os interesses difusos e coletivos são marcados pela nota da indivisibilidade e da indeterminabilidade (ou determinabilidade) dos membros da coletividade. O pedido na ação coletiva para a tutela desses direitos não tem como objetivo a reversão direta para os sujeitos singulares do resultado favorável da demanda, como ocorre em relação aos interesses individuais homogêneos, mas a proteção específica do bem difuso ou coletivo; bem esse que constitui uma síntese das pretensões da coletividade, por isso mesmo sendo indivisível.

Embora as ações coletivas para a tutela dos direitos difusos e coletivos não tenham como objeto imediato a satisfação de interesses individuais, não fugiu ao legislador a possibilidade de eventual decisão favorável à tutela de um bem difuso ou coletivo poder beneficiar indiretamente as pretensões dos sujeitos singulares, razão pela qual previu o instituto do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, previsto no § 3º do art. 103 do CDC.

O transporte *in utilibus* da coisa julgada favorável nas ações para a tutela de interesses difusos e coletivos dependerá do requerimento da suspensão do processo individual, no prazo de trinta dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva. Há um erro de remis-

são no art. 104 do CDC, que, na sua segunda parte, refere-se aos “efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior”, quando a coerência sistemática entre a primeira e a segunda remissão exige que se leia na segunda a referência ao inciso I.

Tome-se, como exemplo, uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho cujo objetivo é a eliminação da insalubridade no estabelecimento de determinada empresa. Embora o pedido seja a proteção de um bem essencialmente coletivo (meio ambiente do trabalho), em sendo julgada procedente a demanda, o reconhecimento da insalubridade do meio ambiente daquele estabelecimento, e dos danos reais ou potenciais à saúde dos trabalhadores, aproveita *in utilibus* aos trabalhadores individuais, que não necessitarão discutir novamente a salubridade daquele ambiente, podendo promover diretamente a execução do julgado, demonstrando na liquidação, que se processará por artigos, os elementos necessários à fixação do adicional de insalubridade. Dá-se, *in casu*, nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, uma ampliação do objeto do processo coletivo¹⁴.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 934. Márcio Flávio Mafra Leal nos concede o seguinte exemplo: numa ação coletiva para a defesa de direitos difusos “requer-se a responsabilização do réu por danos ambientais (com o resultado da indenização se destinando para o fundo do art. 13 da Lei n. 7.347/85). A coisa julgada formada nessa ação, segundo a concepção *in utilibus*, aproveitará os indivíduos que experimentaram danos pessoais em decorrência do fato ambiental, podendo de pronto liquidar e executar a sentença, sem necessidade de conhecimento individual” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 206). Vale apresentar a ressalva formulada por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho no sentido de que “essa extensão favorável da coisa julgada da ação coletiva, ademais, e a despeito da redação do § 3º do art. 103, não se dá exclusivamente em relação à típica ação civil pública, mas sim com relação a qualquer decisão típica de direitos difusos ou de direitos coletivos, mesmo que formada à luz dos incisos I e II do art. 103 do CDC, uma vez que *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, e, afinal, julgado procedente o pedido coletivo, a decisão faz coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, beneficiando, assim, a coletividade, o grupo, a categoria ou a classe interessados (*arg. ex. incisos I e II do art. 103*)” (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 13).

3 Amplitude objetiva (territorial) da coisa julgada nas ações coletivas: a ineficácia da limitação do art. 16 da Lei n. 7.347/85

A extensão objetiva (territorial) dos efeitos da coisa julgada coletiva, em princípio, confunde-se com a sua amplitude subjetiva, isto é, a eficácia da tutela coletiva expande-se por todo o âmbito territorial pelo qual se espraiam os sujeitos ou os bens objetos da sua respectiva tutela.

No entanto, como assevera Rodolfo de Camargo Mancuso, diversos problemas e incompreensões na *praxis* judiciária das demandas coletivas, principalmente no que se refere à eficácia expandida da coisa julgada coletiva, originam-se da resistência em se admitir que a jurisdição entre nós é de âmbito nacional¹⁵.

A despeito de toda a doutrina processual sobre a função das regras de competência, o Poder Executivo, visando à proteção de seus interesses, por meio da Medida Provisória n. 1.570, de 26 de março de 1997, posteriormente transformada na Lei n. 9.494, de 10 de setembro do mesmo ano, alterou a redação do art. 16 da Lei n. 7.347/85¹⁶ com a pretensão de cingir os efeitos da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator.

Embora objetivasse limitar a abrangência da coisa julgada nas ações coletivas por meio da utilização de regras de competência, o Poder Executivo “pecou pela incompetência”, pois o acréscimo introduzido no art. 16 da Lei n. 7.347/85 é totalmente ineficaz, tendo em vista a relação de integração e complementariedade da Lei da Ação Civil Pública com o Código de Defesa do Consumidor, cujos arts. 93 e 103, que tratam, respectivamente, da competência e dos efeitos da coisa julgada, continuam em vigor, sobrepondo-se à alteração perpetrada¹⁷.

¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Tese de Titularidade – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 446.

¹⁶ Lei n. 7.347/85 “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas”.

¹⁷ GRINOVER et al., *Código...*, cit., p. 920.

A competência constitui mero critério de repartição do trabalho judiciário, que opera mediante a disponibilização de determinados conjuntos de processos, a partir de critérios distintos (determinativos ou modificativos), a certos órgãos jurisdicionais. Conquanto seja bastante extenso o território nacional, em virtude do nosso desenho jurídico-político republicano-federativo, uma vez fixado o órgão jurisdicional, federal (comum e especial, estruturado em seções, e distribuído por regiões ou estados) ou estadual (estruturado em comarcas reunidas em entrâncias), seu julgado produzirá efeitos na razão direta da dimensão do conflito, não cabendo ao legislador nem ao juiz restringir ou exacerbar esses parâmetros. Uma vez definido o órgão jurisdicional, cessa a utilidade da regra de competência, razão pela qual não se justifica o seu emprego para questões de outra ordem, como para determinar quais sujeitos estarão suscetíveis aos efeitos do comando judicial¹⁸.

Além de incongruente, por confundir competência e jurisdição, o acréscimo ao art. 16 da Lei n. 7.347/85 apresenta-se totalmente ineficaz por diversos aspectos.

Ao se referir à coisa julgada *erga omnes*, a nova redação do art. 16 afastou, desde logo, a sua aplicação às demandas que versam sobre interesses coletivos, uma vez que, como exposto alhures, essas produzem eficácia *ultra partes*, e não *erga omnes*. Por outro lado, a referência à coisa julgada *secundum eventum probationis* exclui automaticamente as demandas fundamentadas em direitos individuais homogêneos, pois a eficácia subjetiva do julgado, nesse caso, independe da sorte das provas, isto é, se a ação foi julgada improcedente por insuficiência de provas ou não.

Por sua vez, a alteração incrementada no art. 16 da LACP, ao confundir competência e extensão dos efeitos da coisa julgada, é ineficaz mesmo em relação aos interesses difusos, uma vez que a amplitude da coisa julgada é determinada pelo pedido. Em sendo amplo o

¹⁸ MANCUSO, *Jurisdição coletiva...*, cit., p. 446-449.

pedido (*erga omnes*), o juízo competente o será para julgar com relação a todo o objeto do processo¹⁹.

Em se tratando de interesses difusos, a restrição imposta é igualmente inoperante, pois a competência territorial das ações coletivas é regulada expressamente pelo art. 93 da Lei n. 8.078/90, sendo que a regra expressa nessa *lex specialis* é da competência da capital do Estado ou do Distrito Federal nas hipóteses de dano regional ou nacional. Dessa forma, fixar que a coisa julgada se restringe “aos limites da competência do órgão prolator” nada mais indica além de que se devem seguir os parâmetros do Código de Defesa do Consumidor, que prevê as hipóteses de decisões com extensão regional e nacional²⁰.

Essa inoperância da alteração introduzida no art. 16 da LACP decorre igualmente da própria natureza indivisível dos interesses tutelados, os quais não encontram fronteiras em regras de competência. Como acentua Ricardo Barros Leonel, a extensão da coisa julgada coletiva decorre da peculiar natureza da relação jurídica material trazida a juízo. A amplitude da *res iudicata* coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual), tornando a decisão judicial insuscetível de cisão, uma vez que a lesão a um interessado implica lesão a todos, e o proveito a um a todos beneficia, de forma que a indivisibilidade do objeto é o que realmente determina a extensão dos efeitos do julgado²¹. Como assinala Rony Ferreira, “como os direitos versados são transindividuais, a extensão subjetiva da coisa julgada, que conforme a situação concreta será *ultra partes* ou *erga omnes*, também será transindividual”, sendo inidônea qualquer tentativa de limitação da eficácia da prestação jurisdicional por meio do critério de competência²². A tentativa de limitação perpetrada pelo Poder Executivo, além de ilegítima, é impossível de atendi-

¹⁹ GRINOVER et al., *Código...*, cit., p. 923.

²⁰ Ibidem, p. 921.

²¹ LEONEL, *Manual...*, cit., p. 284.

²² FERREIRA, *Coisa julgada...*, cit., p. 144.

mento nos planos lógico, fático e concreto, uma vez que essa alteração não tem o condão de alterar a natureza das coisas²³.

Em relação à alteração introduzida no dispositivo legal em comento, parte da doutrina vislumbra, além da sua ineficácia, a sua inconstitucionalidade formal e material, decorrente do fato de ela originar-se de Medida Provisória destituída dos necessários caracteres de relevância e urgência, além de afrontar a norma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988²⁴.

Em síntese, as regras de competência do art. 2º da Lei n. 7.347/85 e art. 93 da Lei n. 8.078/90 constituem meras regras de divisão do trabalho judiciário, visando à sua maior eficiência, nada representando sob o ponto de vista dos limites subjetivos da coisa julgada, cuja amplitude territorial será delimitada pelo alcance e indivisibilidade do dano (ou da ameaça desse)²⁵. A extensão da coisa julgada é determinada pelo pedido e não pela competência, que corresponde a uma simples adequação entre processo e juiz, sem nenhuma influência sobre o objeto do processo²⁶.

4 Amplitude subjetiva das demandas fundamentadas em direitos individuais homogêneos: ineficácia do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97

Novamente com o objetivo de obstar a efetividade das ações coletivas, o Poder Executivo, por meio da Medida Provisória n. 2.180-35,

²³ SILVA, Bruno Ferreira e. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 338.

²⁴ Nesse sentido expõe Nelson Nery Junior: “A norma, na redação dada pela L. 9494/97, é inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º, XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade, e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 *caput*” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1540-1541). Também: SILVA, A ineficácia..., cit., p. 340; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 276.

²⁵ MANCUSO, *Jurisdição coletiva...*, cit., p. 448.

²⁶ GRINOVER et al., *Código...*, cit., p. 922.

de 24 de agosto de 2001, inseriu o art. 2º-A na Lei n. 9.494/97, visando a obstar a extensão subjetiva do julgado proferido em ações para a tutela de interesses individuais homogêneos, prescrevendo, *in verbis*:

A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa na defesa de interesses e direitos dos seus associados abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Também com relação a mais esta tentativa de limitação dos efeitos da coisa julgada coletiva, o Poder Executivo mostrou-se inábil, inserindo mais uma regra ineficaz no microsistema das ações coletivas. Como pondera Ada Pellegrini Grinover, todas as considerações expendidas com relação à alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/85 aplicam-se ao novo dispositivo, pois o problema não é de eficácia da decisão, mas de amplitude do pedido²⁷.

Acrescente-se que a exigência de apresentação de rol de substituídos é ineficaz e desnecessária, tendo em vista a vigência dos arts. 103, I, 95 e 96 do Código de Defesa do Consumidor, que prevêem, respectivamente, a eficácia *erga omnes* da decisão (que abrangerá todos os lesados, independentemente de constar ou não de eventual

²⁷ Ibidem, p. 924. Em relação à indivisibilidade dos interesses, embora os interesses individuais homogêneos sejam divisíveis, a sua tutela processual dá-se de modo molecular, ao menos na sua primeira parte, isto é, no processo de conhecimento, com o proferimento de uma decisão genérica, razão pela qual a natureza desses interesses determinam, conjuntamente com os outros fatores, expendidos em relação à alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/85, a inoperância da regra do art. 2º-A da Lei n. 9494/97. Como exemplifica Pedro Lenza: “[...] quando certa associação de consumidores propõe uma ação coletiva, para, por exemplo, exigir que determinada fábrica de automóveis substitua todos os cintos de segurança de uma certa série de chassis de um veículo automotor, não se pode entender que aquela sentença valha somente para os associados que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator, já que o direito, muito embora individualmente disponível, em sede coletiva, quando molecularizado, deve, necessariamente, ser tratado de forma homogênea e comum, indivisivelmente na sentença genérica a ser proferida, já que postulado por um representante adequado de toda a coletividade” (*Teoria geral...*, cit., p. 278).

rol de substituídos), a prolação de sentença genérica (cujo conteúdo não nomeará os beneficiados) e a possibilidade de execução por todos os lesados. Do mesmo modo, é inoperante a exigência de autorização assemblear; em se tratando de legitimação para agir no âmbito das ações coletivas basta o preenchimento dos requisitos dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, referentes à pertinência temática e à pré-constituição. A satisfação da pertinência temática perfaz-se pela simples autorização estatutária, com a dispensa de autorização assemblear, esta aplicável somente nos casos de representação processual e não à legitimação para agir em sede de ações coletivas.

Por sua vez, o parágrafo único desse artigo, ao dispor que

nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços,

é plenamente inconstitucional, por imputar uma regra de privilegiamento de entes públicos, nas ações propostas contra eles, de forma a violar o princípio da igualdade, por meio da criação de uma discriminação injustificada. A discriminação injustificada demonstra-se também em relação ao pólo ativo, uma vez que referida norma imputa uma obrigação somente nas ações propostas pelas associações, excluindo, injustificadamente, os demais legitimados para as ações coletivas.

Referências

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas: restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Tese de Titularidade – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Modalidades da coisa julgada coletiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, ano 14, n. 27, p. 37-54, mar. 2004.

_____. *Sindicato e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Bruno Ferreira e. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo;

NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 333-361.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional

Jorge Luiz Souto Maior*

Uma Constituição aberta não deve abrigar preconceitos (Paulo Bonavides).

Ninguém respeita a Constituição e todos acreditam no futuro da nação. Que país é este? (Renato Russo).

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de terceirização. 3 A terceirização na Administração Pública. 4 A normatividade constitucional e infraconstitucional a respeito do tema. 5 Conclusão.

1 Introdução

Pretende-se neste texto defender a tese de que a terceirização na Administração Pública constitui ato que fere a ordem normativa. Aliás, já me impressiona apresentar esse tema como tese, diante de tantas obviedades em que se baseia.

Dentro dessa lógica do raciocínio, seria mais propício tentar entender por que algo tão óbvio quanto a ilegalidade – ou mais propriamente, a inconstitucionalidade – da terceirização no serviço público não é vista pelo mundo jurídico. Mas isso já é assunto para sociólogos e antropólogos.

* Jorge Luiz Souto Maior é Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiá. Professor livre-docente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

O fato é que, como a situação está aí posta e quase consagrada como prática perfeitamente legal, torna-se necessário demonstrar o equívoco da orientação jurídica que lhe diz respeito.

Pois bem, enfrentemos diretamente a questão.

2 Conceito de terceirização

A terceirização é prática administrativa que se instalou no modelo produtivo que se convencionou chamar de “toyotismo”. A expressão, no entanto, por si só não diz nada, representando apenas um modismo de uma pretensa demonstração de intelectualidade. Toyotismo, como o próprio nome diz, é o modelo de produção adotado pela fábrica japonesa de automóveis, a Toyota, que, na verdade, representa um modo de pensar a produção.

Segundo Thomas Gounet¹, o toyotismo pode ser resumido em seis pontos: a) produção puxada pelo fluxo da demanda; b) combate ao desperdício; c) flexibilização da organização do trabalho; d) instalação do *kanban* (sistema que indica a utilização de peça do estoque); e) produção de vários modelos, sendo cada um em série reduzida; f) desenvolvimento de relações de subcontratação com fornecedores de autopeças.

Para Ricardo Antunes² o toyotismo se diferencia do fordismo pelos seguintes traços: a) produção vinculada à demanda; b) fundamenta-se no trabalho operário em equipe, com multivariabilidade de funções; c) estruturação de um processo produtivo flexível; d) tem como princípio o *just in time*, o melhor aproveitamento possível do tempo; e) funciona em conformidade com o sistema *kanban*, para que os estoques sejam mínimos; f) transferência de grande parte da produção, cerca de 75%, para empresas terceirizadas, de forma horizontal, com expansão dos modos de produção e procedimentos para toda a rede de fornecedores (CCQ, controle de qualidade total, *kanban*, *just in time*, *Kaizen*, *team work*, eliminação do desperdício, “gerência

¹ *Fordismo e toyotismo: na civilização do automóvel*. São Paulo: Boitempo, 2002.

² *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 54.

participativa”, sindicalismo de empresa etc.); g) organização de Círculos de Controle de Qualidade (CCQ) – “grupos de trabalhadores que são *instigados* pelo capital a discutir seu trabalho e desempenho, com vistas a melhorar a produtividade das empresas, convertendo-se num importante instrumento para o capital apropriar-se do *savoir faire* intelectual e cognitivo do trabalho, que o fordismo desprezava”³; h) emprego vitalício para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas e ganhos salariais vinculados ao aumento da produção.

Já para Jeffrey K. Liker, professor de engenharia industrial da Universidade de Michigan, que ficou durante 20 anos estudando a produção da Toyota⁴, o modelo Toyota, na verdade, encerra um estilo de administração baseado em 14 princípios, advindo desse modelo o Sistema Toyota de Produção.

Esses 14 princípios são direcionados para quatro aspectos fundamentais, organizados nos moldes de uma pirâmide, apresentados, a seguir, da base ao ápice: filosofia; processo de produção; empregados e parceiros; solução de problemas.

Explica esse autor, no que tange ao processo de produção, que:

- a) embora a Toyota se baseie na idéia de empresa enxuta, isto é, produzir em conformidade com a demanda, diminuindo o estoque, isso não significa que a produção seja desnivelada. Na verdade, há um nivelamento da produção, pois “é melhor formar um estoque de produtos acabados, a fim de nivelar o programa de produção, em vez de produzir de acordo com a verdadeira demanda flutuante dos pedidos dos clientes”⁵;
- b) embora o modelo exija flexibilidade e isso implique a utilização de subcontratação, “muitas vezes, é melhor acrescentar seletivamente e substituir despesas gerais por mão-de-obra direta”, até porque, “quando a perda é descontada dos funcio-

³ ANTUNES, *Os sentidos do trabalho*, cit., p. 55.

⁴ LIKER, Jeffrey K. *O modelo Toyota: 14 princípios de gestão do maior fabricante do mundo*. Tradução: Lene Belon Ribeiro. Porto Alegre: Bookman, 2005.

⁵ *Ibidem*, p. 30.

nários que agregam valor, é preciso oferecer-lhes apoio de alta qualidade, como alguém que auxilia um cirurgião durante uma operação delicada”.

- c) embora a produção tenha de atender à demanda, “pode não ser uma prioridade manter os funcionários ocupados produzindo peças o mais rápido possível. [...] Trabalhar mais rápido só para obter o máximo de seus funcionários é uma outra forma de superprodução e, na verdade, leva ao emprego de maior mão-de-obra em geral”⁶;
- d) embora a automação faça parte do modelo toyota, deve-se “usar seletivamente a tecnologia de informação e, muitas vezes, fazer uso de processos manuais, mesmo quando a automação estiver disponível e parecer justificar seus custos com a redução de funcionários”⁷.

Como explica Jeffrey K. Liker, “as soluções da Toyota para problemas específicos freqüentemente parecem aumentar as perdas em vez de eliminá-las”⁸. Para Ohno, técnico que desenvolveu o modelo, as perdas tinham pouca relação com o máximo aproveitamento da mão-de-obra e dos equipamentos, estando muito mais relacionadas “com a maneira como a matéria-prima era transformada em mercadoria vendável”⁹.

Em suma, o que este autor procura demonstrar é que o modelo Toyota vai muito além da adoção de uma técnica enxuta de produção, como o *just in time*. Uma passagem de sua obra é extremamente esclarecedora nesse sentido:

Visitei centenas de organizações que afirmam ser praticantes avançadas dos métodos enxutos. Orgulhosamente exibem seu estimado projeto enxuto. E fizeram um bom trabalho, sem dúvida. Mas,

⁶ Ibidem, p. 30.

⁷ Ibidem, p. 30.

⁸ Ibidem, p. 31.

⁹ Ibidem, p. 31.

estudando a Toyota por 20 anos, fica claro que, em comparação, essas empresas são amadoras. A Toyota precisou de décadas para criar uma cultura enxuta e chegar onde está e ainda acredita que está recém-começando a entender o Modelo Toyota. Qual a porcentagem de empresas, fora a Toyota e seu grupo direto de fornecedores, que obtêm um A ou um B⁺ no sistema enxuto? Não sei dizer com exatidão, mas é bem menos de 1%¹⁰.

Cita esse autor o fato ocorrido nos EUA, em 1996, de uma empresa X que havia ganhado o Prêmio Shingo de Produção, um prêmio americano em honra de Shigeo Shingo, que contribuiu para a criação do modelo Toyota. Essa empresa foi visitada por um organismo de difusão do modelo Toyota que, por experiência, assumiu uma de suas linhas de produção durante 9 (nove) meses. Após o período, o que se verificou foi:

93% de redução no *lead time* para produção do produto (de 12 dias para 6,5 horas);

83% de redução no estoque em processo (de 9 para 1,5 horas);

91% de redução no estoque de produtos acabados (de 30.500 para 2.890 unidades);

50% de redução nas horas extras de trabalho (de 10 para 5 horas/pessoa/semana);

83% de melhoria na produtividade (de 2,4 para 4,5 peças/hora de trabalho)¹¹.

Relata, ainda, o mencionado autor ter visitado centenas de empresas americanas e conversado com milhares de funcionários, ensinando-lhes como funciona o modelo Toyota, mas constatou ao longo dos anos que a linha de produção se degrada em vez de melhorar.

¹⁰ Ibidem, p. 32.

¹¹ Ibidem, p. 33.

Eis suas palavras:

Os Estados Unidos têm sido expostos ao STP (Sistema Toyota de Produção) por pelo menos duas décadas. Os conceitos e ferramentas básicos não são novidade (o STP opera de alguma forma na Toyota por mais de 40 anos). O problema, acredito, é que as empresas americanas aproveitaram as ferramentas enxutas, mas não compreendem o que as faz funcionar juntas em um sistema. Tradicionalmente, a administração adota algumas dessas ferramentas técnicas e até luta para ir além de sua aplicação amadora para criar um sistema técnico. Mas não entende o poder que há por trás do verdadeiro STP: a cultura da melhoria contínua necessária para sustentar os princípios do Modelo Toyota. Dentro do modelo 4Ps que mencionei anteriormente, a maioria das empresas está patinando em um nível – o de “processo”. Sem adotar os outros 3Ps, elas farão pouco mais do que patinar, pois as melhorias que conseguem não serão respaldadas pelo sentimento e pela inteligência para torná-las sustentáveis em toda a organização. O desempenho continuará defasado em relação ao das empresas que adotam uma verdadeira cultura de melhoria contínua¹².

No fordismo, que implementou a produção em massa com fluxo contínuo, a lógica do lucro era baseada na redução do custo e, de forma pendular, o custo se reduzia pela produção em escala. Dentro do pensamento fordista, igualmente, a automatização que substituía pessoas estava justificada se representasse redução do custo da produção.

Muito desse ideal incorporou-se às empresas pelo mundo afora, mas apenas se utilizam da lógica de empresa enxuta do modelo Toyota como forma de potencializar o espírito fordista. A empresa é toyotista, em termos de estruturação, pretensamente enxuta, mas fordista por essência. A subcontratação e a terceirização são utilizadas apenas na perspectiva da redução do custo imediato, pouco importando qual o efeito em termos do custo final da produção.

Jeffrey K. Liker constatou um exemplo disso quando visitou um fábrica de porcas de aço. Os engenheiros e administradores da fábrica

¹² Ibidem, p. 34.

disseram-lhe que ela não tinha como ser mais enxuta. Mas não fora essa a opinião de Liker:

Quando acompanhamos o fluxo de valor (e de não-valor), suas afirmações tornaram-se cômicas. Iniciamos no local de recebimento, e toda vez que eu pensava que o processo deveria terminar, caminhávamos mais uma vez pela fábrica até o próximo passo. *As porcas, em um determinado ponto do processo, deixavam a fábrica por algumas semanas para serem submetidas ao tratamento térmico, pois a administração havia calculado que a contratação desse serviço era mais econômica.* Depois de tudo esclarecido, o processo de fabricação de porcas, que levava segundos para a maior parte das operações, com exceção do tratamento térmico, que levava algumas horas, geralmente levava semanas e, às vezes, meses. Calculamos a porcentagem de valor agregado para diferentes linhas de produtos e obtivemos números variando de 0,008% a 2 ou 3%. Um espanto! Para piorar, a paralisação de equipamento era um problema comum, deixando máquinas ociosas e permitindo grandes acúmulos de material em volta delas. *Algum administrador havia concluído que os serviços externos de manutenção custavam menos do que a contratação de funcionários em tempo integral.* Assim, freqüentemente não havia ninguém por perto para consertar uma máquina quando ela estragava, sem falar em um bom serviço de manutenção preventiva. A eficiência local era enfatizada às custas da desaceleração do fluxo de valor, criando grandes quantidades de estoque de produtos acabados e em processo e levando muito tempo para que se identificassem problemas (defeitos) que reduziam a qualidade. Como resultado, a planta não era flexível às mudanças na demanda dos clientes¹³.

Pois bem, o que toda esta narração quer dizer? Quer dizer que o modelo Toyota altera a forma de produção advinda do fordismo, mas, a partir da alteração do modelo de produção, na verdade não se tem um modelo padrão, único, que possa ser tomado como paradigma para fins de regulação ou mesmo para identificação de um fenômeno social ou industrial.

¹³ Ibidem, p. 49.

Há, aliás, um extremo paradoxo entre aquilo que se considera toyotismo, a partir da verificação do modo de utilização da idéia em diversas empresas pelo mundo afora, em Estados e regiões diferentes, e o que se considera o espírito Toyota, segundo relata Jeffrey K. Liker. Conforme destaca esse autor, o modelo é apresentado, graficamente, como sendo uma casa, tendo como alicerce o “respeito pela humanidade”. Afirmar esse autor: “A Toyota nunca sacrificará a segurança de seus trabalhadores em nome da produção. E ela não precisa disso, já que a eliminação das perdas não implica a criação de procedimentos de trabalho estressantes e inseguros”¹⁴.

Conseqüentemente, o processo de automação, igualmente, é feito com um toque de humanidade, como revela, aliás, reportagem publicada no jornal *O Estado de S. Paulo*, de 12 jan. 1997, p. B-14: “Toyota reinventa trabalho em linha de montagem”. Diz a reportagem: “em vez de substituir operários, a Toyota projetou máquinas para torná-los mais produtivos”. Destaca, ainda, a mesma reportagem o rodízio entre os empregos na realização de suas tarefas; o sistema de emprego à vida e baixíssima rotatividade da mão-de-obra.

O quadro que se apresenta, nesse aspecto, é extremamente favorável ao modelo Toyota, no qual as pessoas são postas no centro do sistema.

O que Jeffrey K. Liker e a reportagem em questão não revelam, no entanto, é o combate ao sindicalismo feito pela Toyota desde a década de 50. Como relata Ricardo Antunes¹⁵,

Após a repressão que se abateu sobre os principais líderes sindicais, as empresas aproveitaram a desestruturação do sindicalismo combativo e criaram o que se constituiu no *traço distintivo do sindicalismo japonês da era toyotista: o sindicalismo de empresa, o sindicato-casa*, atado ao ideário e ao universo patronal. No ano seguinte, 1954, esse mesmo sindicato foi considerado ainda pouco coopera-

¹⁴ Ibidem, p. 52.

¹⁵ *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 8. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp, 2002. p. 33.

tivo, sendo por isso dissolvido e substituído por um novo sindicato inserido no “espírito Toyota”, na “Família Toyota”. A campanha reivindicatória tornou-se, então, nesse ano, movida pelo lema: “Proteger nossa empresa para defender a vida!”.

Segundo Ricardo Antunes,

*essa foi a condição essencial para o sucesso capitalista da empresa japonesa e, em particular, da Toyota. Combinando repressão com cooptação, o sindicalismo de empresa teve, como contrapartida à sua subordinação patronal, a obtenção do emprego vitalício para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas (cerca de 30% da população trabalhadora) e também ganhos decorrentes da produtividade*¹⁶.

Outra forma de demonstrar a vinculação do sindicato à empresa revela-se na possibilidade de os sindicatos opinarem sobre a ascensão pessoal de trabalhadores (como na empresa Nissan) e sobretudo nas situações em que, como explica Ricardo Antunes, “a passagem pelo sindicato é uma condição para ascender a funções de responsabilidade, sobretudo em matéria de administração de pessoal”¹⁷.

O quadro desfavorável do toyotismo é descrito por Ricardo Antunes, ao destacar que esse modelo de produção acarretou como efeito a “intensificação da exploração do trabalho”, sobretudo por dois aspectos: realização de trabalho por um operário, simultaneamente, em várias máquinas; aumento do ritmo de trabalho, decorrente da velocidade imposta à cadeia produtiva pelo sistema de luzes (luzes verdes, amarelas e vermelhas apresentando como está o ritmo da produção, respectivamente: normal; intensidade máxima; diminuição do ritmo em virtude de problema)¹⁸.

Destaca, ainda, que a automatização e a informática contribuem sobremaneira para acelerar o ritmo de trabalho¹⁹.

¹⁶ Ibidem, p. 33.

¹⁷ Ibidem, p. 33.

¹⁸ ANTUNES, *Os sentidos do trabalho*, cit., p. 56.

¹⁹ Ibidem, p. 56.

Na sua visão,

a expansão do trabalho *part time*, assim como as formas pelas quais o capital se utiliza da divisão *sexual* do trabalho e do crescimento dos trabalhadores imigrantes, cuja expressão são os *dekasseguis*, executando trabalhos desqualificados e freqüentemente ilegais, constituem claros exemplos da enorme tendência à intensificação e exploração da força de trabalho no universo do toyotismo. Este se estrutura *preservando* dentro das empresas matrizes um número reduzido de trabalhadores mais *qualificados*, *multifuncionais* e envolvidos com seu ideário, bem como *ampliando* o conjunto flutuante e flexível de trabalhadores, com o aumento das horas-extras, da terceirização no interior e fora das empresas, da contratação de trabalhadores temporários etc., opções estas que são diferenciadas em função das condições do mercado em que se inserem²⁰.

A respeito da subcontratação, ou utilização de empresas fornecedoras de peças, Thomas Gounet²¹ esclarece que no modelo toyotista há um acréscimo muito grande da subcontratação. Enquanto no fordismo 70% da produção era feita na fábrica montadora, no toyotismo há uma inversão, passando-se a produzir no interior da fábrica apenas 60% (conforme exemplo extraído da GM).

Segundo Ricardo Antunes, essa situação permite maior exploração do trabalho, pois “quanto mais o trabalho se distancia das empresas principais, maior tende a ser a sua precarização. Por isso os trabalhadores da Toyota trabalham cerca ‘de 2.300 horas por ano enquanto os trabalhadores das empresas subcontratadas chegam a trabalhar 2.800 horas’”²².

Gounet, na mesma linha, acrescenta, como efeito da subcontratação: nível salarial 30 a 50% mais baixo; horas extras mais freqüentes; piora nas condições de trabalho e diminuição da humanização das relações sociais²³.

²⁰ Ibidem, p. 57.

²¹ *Fordismo e toyotismo*, cit., p. 48.

²² ANTUNES, *Os sentidos do trabalho*, cit., p. 57.

²³ GOUNET, *Fordismo e toyotismo*, cit., p. 48.

Interessante, no entanto, frisar a participação da empresa principal nessa precarização. Não se trata, simplesmente, de uma circunstância ditada pela empresa subcontratada, com relação à qual, portanto, a empresa principal não tenha nenhuma responsabilidade. Como observa Gounet,

é cada vez mais forte a pressão das montadoras sobre seus fornecedores para que rebaixem os preços de venda das autopeças, reduzindo os custos, acelerando os prazos de fornecimento, elevando a qualidade dos produtos. Um fornecedor da Ford explica que a montadora “impõe a cada ano objetivos de redução dos custos dos equipamentos, que podem chegar a 15 ou 20%”²⁴.

Quanto às vantagens conferidas pelas empresas principais para desenvolvimento do espírito toyotista, Gounet também é pessimista, afirmando que “depois que o peixe mordeu o anzol, a isca é desnecessária”. Sua visão é justificada com o relato de que as vantagens dadas diminuem com o decorrer dos anos, sobretudo quando, na concorrência, outras empresas conferem as mesmas vantagens e chega-se ao limite. A partir daí há um retorno aos meios clássicos de obter acumulação: “incrementar a obtenção de mais-valia, aumentar diretamente a exploração, intensificar a automação”. Assim, “*quem conquista fatias do mercado é a empresa que impõe aos operários o mínimo de salário pelo máximo de produtividade*”²⁵ – grifou-se.

Para Gounet, a globalização – que possibilita a generalização desse modelo em escala mundial, de maneira muito rápida –, a concorrência – também em escala mundial, que impede a política de vantagens – e a crise econômica e saturação do mercado – que impõem a rapidez na adoção desse modelo às empresas – farão com que o quadro seja bastante negro para os trabalhadores nos próximos anos e, por isso mesmo, o reinado do toyotismo “será mais breve que o do fordismo”²⁶.

Estes três elementos – internacionalização, concorrência e crise – explicam por que o *just in time* é uma necessidade para as empre-

²⁴ Ibidem, p. 49.

²⁵ Ibidem, p. 49.

²⁶ Ibidem, p. 50.

sas que queiram desempenhar um papel significativo no mercado; e por que assistiremos brevemente à impiedosa exploração de classe operária e à robotização extremada na indústria automobilística²⁷.

Mas isso, segundo Gounet, como dito, representará o fim do modelo:

A generalização e necessária degeneração do modelo levam-nos de volta à tendência à queda das taxas de lucro. Quando se introduz uma nova organização da produção, o aceleração da rotação do capital permite que as empresas líderes contornem essa lei. Elas elevam suas taxas de lucro e tomam fatias do mercado. As empresas que não podem acompanhá-las são eliminadas. As outras copiam. De maneira que, ao fim de certo tempo, todo mundo está de volta ao mesmo ponto, com um bolo para repartir. O bolo talvez seja maior, graças à redução do preço alcançada pelos novos métodos. Talvez haja menos fabricantes para reivindicar sua fatia. Mas o bolo é aquele mesmo e a luta por ele nada tem de original: as empresas investem em novas tecnologias para se desenvolver. Ao fazê-lo, o sistema cai outra vez na lei da tendência à queda da taxa de lucro. A crise do fordismo é fruto dessa degeneração, dessa crise de acumulação, dessa contradição entre as acumulações individuais e a acumulação da sociedade em seu conjunto. Pode-se dizer que o toyotismo será destronado por essa mesma lógica²⁸.

O que se apresentava, portanto, de maneira confusa, na diversidade das manifestações de Liker, Antunes e Gounet, acerca do que seja, efetivamente, o toyotismo acaba sendo facilmente explicado pela dinâmica que as formas de produção adquirem no capitalismo, sobretudo em uma economia globalizada. A idéia, por melhor que seja, diante da concorrência, que muitas vezes impõe a busca do lucro imediato como fator até de sobrevivência, acaba sendo desvirtuada, e a pressão de umas sobre as outras faz com que, no fundo, haja uma natural corrida em direção à precarização das relações de trabalho, em que o lucro é vislumbrado de forma mais imediata. Para se chegar a isso as manei-

²⁷ Ibidem, p. 51.

²⁸ Ibidem, p. 49.

ras são diversas, dependendo, inclusive, das circunstâncias culturais e jurídicas de cada país, conforme destacado por Ricardo Antunes (referência *supra*). Como resultado, pode-se dizer, não há um único modelo toyotista, mas vários; na verdade, um número ilimitado de modelos, cujo efeito, no entanto, no decorrer dos anos representa, sem dúvida, o aumento da exploração do trabalho, ainda que, em termos teóricos, a idéia pudesse ter a sua beleza, conforme vislumbra Liker.

O toyotismo, extraindo o sumo daquilo que pode ser apontado como seu elemento identificador, abstraindo, portanto, todas as suas nuances, em termos de técnica produtiva, pode ser entendido como um modo de organizar a produção de maneira a extrair da força de trabalho o maior proveito possível com o menor dispêndio econômico possível, o que, na verdade, acaba não representando nenhuma novidade com relação ao fordismo. O que muda, como visto, é a forma de se chegar a isso, mas o efeito acaba sendo o mesmo, com um agravante: nesse aspecto o toyotismo é muito mais eficiente, principalmente o toyotismo que se difundiu no mundo, influenciado pela globalização, pela crise econômica e pela concorrência internacional.

3 A terceirização na Administração Pública

Pois bem, diante dessa longa explicação, que por si só já é bastante complexa no contexto do capitalismo de produção, surge a inexorável pergunta: o que a terceirização de serviços no âmbito da administração, cuja função é, unicamente, exercer as tarefas de facilitação do cumprimento dos deveres do Estado perante a sociedade, tem a ver com a terceirização no contexto do modelo capitalista de produção? Em que medida uma coisa se justifica pela outra?

Os autores que cuidam do assunto, defendendo a terceirização no setor público, falam de modernização do ente público, mas ou não têm a mínima idéia do que representa a terceirização no contexto da produção capitalista ou, tendo, assumem o risco de trazer tal perversidade para o âmbito público, só não se sabe para atender a qual finalidade. A do lucro?

É evidente que a lógica da terceirização nada tem a ver com as exigências do serviço público, a não ser que se queira ver no Estado

um produtor de riquezas a partir da exploração do trabalho alheio, sendo estes, os “alheios”, exatamente os membros da sociedade, que cabe a ele organizar e proteger.

Vale reparar, ademais, que a subcontratação, no sistema toyotista, é feita com base na busca de melhoria da produção, o que se dá, portanto, como reforço do modelo produtivo. Assim, a mera execução de uma tarefa, alheia à produção, por contratação direta ou por empresa interposta, que serve somente para o fim de redução do custo daquela mão-de-obra, sem implicação alguma na capacidade produtiva, nada tem a ver com o modelo Toyota de produção ou qualquer outro. Trata-se, unicamente, de técnica que potencializa a exploração da mão-de-obra.

O que se desenvolveu no Brasil, portanto, em termos de “terceirização”, foi apenas uma “intermediação de mão-de-obra”, que não está ligada a técnica alguma de produção. Não é “fordismo”, “taylorismo” ou “toyotismo”, é “sem-vergonhismo” mesmo, o que se explica, aliás, historicamente, pois, no nosso aspecto cultural, infelizmente, ainda causa mais espanto à sociedade um empregado cobrar seus direitos do que um empregador, “que fez um favor ao oferecer trabalho”, não respeitar os direitos de seus empregados.

Qual a razão de se trazer tal prática para o setor público?

Incrementar a produção? Reduzir custo?

Nada disso tem sentido. A redução de custo é imoral, pois o custo é reduzido a partir da perspectiva do direito daquele que presta serviço. Ora, o direito da sociedade de se valer dos serviços do Estado não pode ser concretizado por meio da diminuição dos direitos do trabalhador, pois isso seria o mesmo que excluí-lo da condição de membro dessa sociedade, ou colocá-lo em uma situação de subcidadania.

A eficiência administrativa, portanto, não pode ser realizada com a precarização dos direitos dos que prestam serviços ao ente público.

Mas vai se dizer, de forma insossa e irresponsável, pois que não lhe afeta diretamente, ou de forma comprometida, quando ligado ao interesse dominante, que pela terceirização pura e simples não se eliminam direitos, apenas se possibilita a formação da relação jurídica

por uma interposta pessoa, a qual, esta sim, fica responsável pelo cumprimento dos direitos do trabalhador.

Ora, se tomada por base a realidade e não apenas o formalismo dos textos escritos, é fácil verificar (só não vê quem não quer) que a precarização é da própria lógica da terceirização, pois, como explica Márcio Túlio Viana, as empresas prestadoras de serviço, para garantir sua condição, porque não têm condições de automatizar sua produção, acabam sendo forçadas a precarizar as relações de trabalho, para que, com a diminuição do custo da obra, ofereçam seus serviços a um preço mais acessível, ganhando, assim, a concorrência perante outras empresas prestadoras de serviço²⁹.

Com relação ao setor público, então, essa lógica é ainda mais nítida, pois a contratação da empresa de terceirização é precedida de procedimento licitatório do qual sai vencedor, em geral, a empresa que oferece o serviço pelo menor preço.

Importante constatar, ademais, que a terceirização é examinada, unicamente, sob os ângulos de visão do empresário ou, no caso da nossa investigação, do ente público, no que, aliás, não se tem nenhuma novidade, já que a história sempre é retratada na perspectiva do vencedor. Mas, deixando de lado o aspecto econômico que o tema envolve, relevante parar para pensar o que a terceirização representa na vida dos empregados terceirizados.

Em concreto, nessa “técnica moderna de produção”, há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Essa desvinculação inclui pessoas e coisas.

Os “terceirizados” são deslocados do convívio dos demais empregados, chamados “efetivos”; usam elevadores específicos; almoçam em refeitório separado ou em horários diversos; não são alvo de qualquer tipo de subordinação, para, como se diz, “não gerar vínculo”; ou seja, são tratados como coisa ou simplesmente não são vistos. Estão

²⁹ VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; DIAS, Fernanda Melazo. *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da Lei n. 9.601/98*. São Paulo: LTr, 1998. p. 27.

por ali, mas deve ser como se não estivessem. Além disso, muitas vezes prestam serviços em várias tomadoras de serviços ao longo de sua vinculação jurídica com a empresa de prestação de serviços, gerando a plena impossibilidade de sua socialização pelo trabalho e tornando muito mais improvável sua obtenção, pela via judicial, dos direitos que lhe venham a ser suprimidos.

A situação é ainda pior quando o feixe de fornecimento de mão-de-obra se amplia e o fenômeno da terceirização se transforma em quarteirização etc. Uma empresa contrata outra para a execução do serviço e esta, por sua vez, contrata outra, acentuando, por óbvio, a lógica perversa da precarização.

Sob o prisma da realidade judiciária, percebe-se, facilmente, o quanto a terceirização tem contribuído para dificultar, na prática, a identificação do real empregador daquele que procura a Justiça para resgatar um pouco da dignidade perdida ao perceber que prestou serviços e não sabe sequer de quem cobrar seus direitos. A Justiça do Trabalho que tradicionalmente já se podia identificar como a Justiça do ex-empregado, dada a razoável incidência dessa situação, passou a ser a Justiça do “ex-empregado de alguém, só não se sabe quem”.

Aliás, esse alguém, em geral, depois de algum tempo de atuação na realidade social, e quando seus contratos de prestação de serviços não mais se renovam, desaparece.

Há, ainda, outro efeito pouco avaliado, mas intensamente perverso, que é o da irresponsabilidade concreta quanto à proteção do meio ambiente de trabalho. Os trabalhadores terceirizados, não se integrando a Cipas e não tendo representação sindical no ambiente de trabalho, subordinam-se a trabalhar nas condições que lhes são apresentadas, sem qualquer possibilidade de rejeição institucional. O meio ambiente do trabalho, desse modo, é relegado a um segundo plano, gerando aumento sensível de doenças profissionais.

Por fim, mas não menos importante, vale notar a postura do tomador de serviço perante o trabalhador quando se constata que a empresa prestadora dos serviços não está respeitando os direitos trabalhistas. Age como se nada tivesse com a história. Os terceirizados são,

assim, alvo de uma atitude indiferente do tomador dos serviços – “não temos nada com isso” – ou, quando muito, de uma certa compaixão – “vamos ver o que podemos fazer...”. Uma compaixão, às vezes, que se institucionaliza por iniciativa dos próprios empregados efetivos da empresa tomadora, na qual o terceirizado presta serviço, com a realização de uma espécie de coleta de dinheiro para “ajudar” o terceirizado.

O que não se percebe é que essa ajuda obscurece uma extrema perversidade que se forma na relação entre efetivos e terceirizados. A reação dos efetivos quando chega à compaixão, o que é raro, vale lembrar, já é muito. Não passa daí. Ou seja, admite-se a idéia de que os terceirizados não compõem a classe dos trabalhadores. A antiga idéia da luta de classes entre patrões e empregados, que impulsionou os movimentos revolucionários de caráter marxista, é completamente destruída. Os efetivos não se identificam como membros da mesma classe que os terceirizados e estes, aliás, assumem essa condição de subtrabalhadores. Ademais, a partir de uma lógica estritamente matemática, na qual se baseia o capitalismo imediatista neoliberal, é exatamente a precarização dos direitos dos terceirizados que, de certo modo, garante o emprego dos efetivos, que, assim, quando não reagem, por meio de uma ação sindical, contra a situação que é imposta aos terceirizados, assumem a postura do próprio explorador.

No setor público, então, isso é ainda mais nítido, pois, como o orçamento é limitado, muitas vezes só se conseguem verbas para aumentar os ganhos do administrador, dos seus apaniguados (os altos salários dos cargos em comissão) e dos considerados servidores de carreira, com a redução do custo de parcela da mão-de-obra, que é remetida para a esfera da terceirização. O problema é que como isso se faz sem qualquer limite e sem qualquer repressão dos poderes constituídos, pois são eles próprios os executores da prática, uma parcela cada vez maior de servidores está sendo atirada para fora da administração. Assim, os servidores que hoje, indiretamente, se beneficiam dessa situação muito provavelmente serão os terceirizados de amanhã.

Por que trazer toda essa agressão aos direitos humanos para a execução das tarefas do próprio Estado? O esforço da comunidade jurídica deve ser o de extirpar do mundo do direito, na esfera privada, a

terceirização. Trazê-la, assumidamente, para o setor público, onde sequer a lógica do lucro tem algum valor, é uma brutalidade.

No setor público, ademais, a perversidade da situação que se impõe aos empregados, fora de qualquer contexto de natureza produtiva, alia-se a um problema extremamente grave que é o de que a utilização desses contratos estimula a imoral prática da promiscuidade entre o público e o privado, em caráter privilegiado para uma camada da sociedade que reina no Brasil desde os seus primórdios.

Ora, entre aquele que presta o serviço e o ente público interpõe-se uma terceira pessoa, uma pessoa jurídica, que recebe pelo serviço realizado por outros e cuja constituição, nos moldes a respeitar os requisitos editalícios, é restrita a uma camada muito limitada da sociedade.

O que se faz com um agravante: o valor que se paga ao ente jurídico privado se extrai da exploração que se faz sobre os trabalhadores. Ou seja, em vez de se remunerar adequadamente os que prestam serviços, o ente público gasta a mesma coisa e às vezes muito mais para pagar ao ente privado, que fica com a maior parte do bolo, repassando aos trabalhadores parcela ínfima, quase sempre insuficiente sequer para adimplir os mínimos direitos previstos na nossa parca, em termos de qualidade, legislação trabalhista.

Lembre-se que a exigência do concurso público, também, tem a finalidade de evitar que o administrador, raciocinando não como administrador, mas como político, cause danos ao interesse público, com as constantes trocas de servidores após cada término de gestão, o que também há muito se incorporou à história do Brasil.

A linguagem política do período imperial consagrou o termo *derubada* para designar a remoção de funcionários, quando tal remoção era consequência da vitória eleitoral de uma nova facção – organizada em partido – das classes dominantes escravistas. Essa instabilidade estava, evidentemente, ligada à ausência de critérios de recrutamento segundo a competência individual, aferida de modo suficientemente formalizado³⁰.

³⁰ SAES, Décio. *A formação do Estado burguês no Brasil: 1888-1891*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. p. 125.

Além disso, impõe analisar a questão também sob o prisma do princípio da moralidade. A prática da terceirização acaba trazendo consigo um interesse eleitoral, haja vista que um prefeito passa a ter centenas (ou até milhares) de famílias que dependem de contratos com empresas prestadoras de serviços. Assim, ele “garante” os votos de todas as famílias com o argumento de que “se outro ganhar, os contratos serão revogados ou não serão renovados [...]”.

Aliás, a terceirização no setor público não deixa de ter uma razão parecida com aquela que a motivou no setor privado, de uma certa represália dos empregadores contra as posturas reivindicatórias dos trabalhadores. Nesse sentido, acaba sendo muito conveniente para a Administração terceirizar em vez de nomear servidores em caráter efetivo, já que isso lhe permite manter de forma mais cômoda o controle sobre os seus administrados, pois se algum terceirizado “causar problema” basta dar um telefonema à empresa e ela demite o empregado ou, no mínimo, recoloca-o em outra empresa para trabalhar. Eliminam-se “problemas” com passeatas, greves e movimentos sindicais, em virtude de não haver a mínima estabilidade (jurídica e fática) do empregado no serviço público.

Assim, dizer que a terceirização não causa nenhum dano ao trabalhador e sobretudo aos servidores públicos, como classe de trabalhadores, é desconhecer a realidade ou não querer enxergá-la, por desinteresse ou comprometimento.

4 A normatividade constitucional e infraconstitucional a respeito do tema

Dizem o art. 37 e seus incisos I e II da CF:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Têm-se, assim, expressamente fixados na Constituição os requisitos antes mencionados para a execução de serviços públicos: impessoalidade; publicidade; moralidade; acesso amplo; concurso público; tudo para evitar os defeitos por demais conhecidos do favorecimento, do nepotismo e da promiscuidade entre o público e as camadas privilegiadas do setor privado.

Resulta desses dispositivos que a execução de tarefas pertinentes ao ente público deve ser precedida, necessariamente, de concurso público. Nesses termos, a contratação de pessoas para prestar serviços à Administração, por meio de licitação, fere o princípio do acesso público. Assim, se, por exemplo, algum município quiser contratar um servidor, deverá fazê-lo mediante realização de concurso público de provas e títulos, que será acessível a todos os cidadãos, respeitados os requisitos pessoais exigidos em termos de qualificação profissional, por acaso existentes e justificados em razão do próprio serviço a ser realizado. Ao se entender que o mesmo município possa realizar esse mesmo serviço por meio de uma empresa interposta, estar-se-á, simplesmente, dando uma rasteira no requisito do concurso público e, mais, permitindo o favorecimento de uma pessoa jurídica, que, no fundo, estará recebendo dinheiro público sem uma justificativa para tanto.

Claro, se poderá dizer, mas há previsão, também na Constituição, no inciso XXI do mesmo art. 37, no sentido de que o ente público poderá contratar serviços mediante processo de licitação:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação

técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

É tão óbvio que a expressão serviços contida no inciso XXI não pode contrariar a regra fixada nos incisos I e II que chega mesmo a ser agressivo tentar fundamentar o contrário. Ora, como já dito, se um ente público pudesse contratar qualquer trabalhador para lhe prestar serviços por meio de uma empresa interposta, ter-se-ia como efeito a ineficácia plena dos incisos I e II, pois que ficaria na conveniência do administrador a escolha entre abrir o concurso ou contratar uma empresa para tanto, a qual se incumbiria de escolher, livremente, a partir dos postulados jurídicos de direito privado, as pessoas que executariam tais serviços.

O inciso XXI, evidentemente, não pode ter tal significação. Tomando o art. 37 em seu conjunto e mesmo no contexto do inciso XXI, em que se insere, o termo “serviços” só pode ser entendido como algo que ocorra fora da dinâmica permanente da administração e que se requeira para atender exigência da própria administração, como, por exemplo, a implementação de um sistema de computador, ou a preparação dos servidores para trabalhar com um novo equipamento. Para esses serviços, o ente público poderá contratar uma empresa especializada, valendo-se, necessariamente, de processo de licitação.

Não se pode entender, a partir da leitura do inciso XXI, que o ente público, para implementar uma atividade que lhe seja própria e permanente, possa contratar servidores por meio de empresa interposta, até porque, se pudesse, qual seria o limite para isso? Afinal, serviço é o que realizam todos os que trabalham no ente público. O que fazem os juízes, por exemplo, senão a prestação de serviços ao jurisdicionado?

Costuma-se dizer que a “execução de tarefas executivas”³¹, como, por exemplo, os serviços de limpeza, pode ser feita por empresa in-

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 168.

terposta, baseado no que prevê um decreto de 1967, número 200, e uma lei de 1970, número 5.645. Em primeiro lugar, um decreto e uma lei ordinária não podem passar por cima da Constituição, ainda mais tendo sido editados há quase 40 anos. Segundo, a Constituição não faz qualquer distinção quanto aos serviços para fins de necessidade de concurso público. Mesmo a contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, deve ser precedida de pelo menos um processo seletivo. E, terceiro, como justificar que os serviços de limpeza possam ser exercidos por uma empresa interposta e não o possam outros tipos de serviço realizados cotidianamente na dinâmica da administração, como os serviços burocráticos de secretaria e mesmo todos os demais?

Se nos “serviços” a que se refere o inciso XXI pudessem ser incluídos os serviços que se realizam no âmbito da administração de forma permanente, não haveria como fazer uma distinção entre os diversos serviços que se executam, naturalmente, na dinâmica da administração, senão partindo do critério não declarado da discriminação, retomando, ademais, o caráter estamental que influenciou a formação de nossa sociedade. Mas isso, como se sabe, ou se deveria saber, fere frontalmente os princípios constitucionais da não-discriminação, da isonomia, da igualdade e da cidadania.

Vale a pena, por isso, relembrar alguns textos constitucionais que devem ter incidência nesse assunto, pois não é somente um pretenso interesse do administrador que pode ser considerado.

Art. 1º 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 fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...].

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [...].

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros e aos *estrangeiros residentes no país* a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais [...].

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Cabe verificar, ainda, nesse mesmo sentido, as normas no âmbito internacional:

a) Na Declaração da Filadélfia, de 1944, que trata dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho:

Todos os seres humanos, qualquer que seja sua raça, sua crença, ou seu sexo, tem o direito de perseguir seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com chances iguais.

b) Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade (art. 1º).

Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (art. 2º).

Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (art. 23, 1).

c) Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra (art. 2º).

Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o direito de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes (art. 14).

d) Na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n. 2.106-A 000 da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, e ratificada pelo Brasil, em 27 de março de 1968, que enuncia em seu preâmbulo:

Convencidos de que todas as doutrinas de superioridade fundamentadas em diferenças raciais são cientificamente falsas, moralmente condenáveis, socialmente injustas e perigosas, e que não existe justificativa, onde quer que seja, para a discriminação racial, nem na teoria e tampouco na prática [...].

e) Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969:

Art. 1º Obrigação de respeitar os direitos:

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

f) No Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), de 17 de novembro de 1998:

Obrigação de não-discriminação.

Os Estados-Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social (art. 3^o).

g) Na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979, e ratificada pelo Brasil em 1^o de fevereiro de 1984, lembrando que:

os Estados-Partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.

Retomando a normatividade interna e o aspecto da abrangência da expressão “serviços”, contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição, interessante verificar que a própria Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o processo de licitação, considera, para fins da referida lei,

Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais (inciso II do art. 6^o),

pressupondo o seu caráter temporário, conforme previsão do art. 8^o:

A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus *custos atual e final e considerados os prazos de sua execução*.

Verdade que na mesma lei encontra-se o inciso II do art. 57, que ao dispor sobre o limite da duração dos contratos firmados com a administração por meio de processo licitatório faz menção, excepcionando a regra, “à prestação de serviços a serem executados de forma contínua” à administração. Mas, em primeiro lugar, referido dispositivo foi inserido na lei em 1998, alterando inovação do texto legal realizada em 1994, talvez no sentido de legitimar algumas práticas de terceirização já existentes no setor público, só que, evidentemente, não há legitimação de uma situação fática que contrarie a Constituição. Como a Constituição, conforme visto, determina que os serviços atinentes à dinâmica da administração sejam realizados por servidores concursados, não será uma lei ordinária que dirá, validamente, o contrário.

Assim, adotando-se o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, o serviço contínuo, referido no inciso II do art. 57 da Lei n. 8.666/93, só pode ser entendido como um serviço que se preste à administração, para atender uma necessidade cuja satisfação exija alta qualificação de caráter técnico, requerendo, portanto, por meio de processo licitatório, a contratação de uma empresa especializada e que, embora permanente sua execução, se inclua na lógica do contexto de sua dinâmica organizacional apenas esporadicamente, como, por exemplo: a manutenção de elevadores; o transporte de valores em vultosa quantia... Para além disso, ter-se-á uma flagrante inconstitucionalidade.

Verdade que o art. 175, também da Constituição, fornece ao administrador a possibilidade de escolha no que se refere aos serviços públicos. Diz o referido texto constitucional: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de *concessão* ou *permissão*, sempre através de licitação, a *prestação de serviços públicos*”.

No entanto, não se há de confundir os “serviços” mencionados no inciso XXI com serviço público. O serviço público, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados”³².

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 634.

Os “serviços públicos” mencionados no art. 175 têm, portanto, natureza diversa dos “serviços” a que se refere o inciso XXI do art. 37. Os serviços públicos são prestados aos administrados e não à própria administração. A execução desses serviços públicos pressupõe, por óbvio, a criação de uma estrutura que seja própria à consecução de seus fins e que requer, portanto, o exercício de alguma atividade de natureza empresarial, que o Estado pode realizar por si ou mediante outorga a um ente privado, por meio de licitação. Não se concebe, pela regra do art. 175, que o Estado transfira para o particular um serviço atinente à sua própria organização interna ou mesmo um serviço que se destine à população, mas que não requeira nenhum tipo de organização de caráter empresarial, pois, neste último caso, a interposição do ente privado se faria apenas para possibilitá-lo explorar, economicamente, a atividade pública, sem oferecer nada em troca. Esta última questão pode ser mais polêmica, concordo, mas de todo modo não pode haver dúvida de que o art. 175 não é fundamento para a mera terceirização de serviços no âmbito da administração pública.

Contra a “tese” que se está sustentando neste texto pode-se, ainda, mencionar o disposto no art. 247 da Constituição:

As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva *atividades exclusivas de Estado*.

Assim, segundo a própria Constituição, haveria uma distinção entre as atividades desenvolvidas no âmbito da administração, sendo algumas consideradas “atividades exclusivas de Estado” e outras, consequentemente, não.

Sim, isso é inquestionável, diante dos inequívocos termos do dispositivo constitucional. No entanto, abstraindo a dificuldade do que seria, propriamente, atividade exclusiva de Estado, o fato é que a diferenciação feita pela Constituição diz respeito, unicamente, aos critérios específicos para a “perda do cargo”, não tendo, portanto, nenhuma influência no aspecto do ingresso no serviço público, do que trata a questão posta em discussão. Aliás, é o próprio art. 247 que acaba refor-

çando a idéia de que o ingresso de todos os servidores da Administração, independentemente da tarefa que exerçam, se dê por intermédio de concurso público, pois, do contrário, não haveria sentido em trazer a distinção quanto aos critérios para a perda do cargo.

Conclusivamente, não há em nosso ordenamento constitucional a remota possibilidade de que as tarefas que façam parte da dinâmica administrativa do ente público sejam executadas por trabalhadores contratados por uma empresa interposta. A chamada terceirização, que nada mais é que uma colocação da força de trabalho de algumas pessoas a serviço de outras, por intermédio de um terceiro, ou seja, uma subcontratação da mão-de-obra, na esfera da Administração Pública, trata-se, portanto, de uma prática inconstitucional.

5 Conclusão

Nunca é demais lembrar que a defesa teórica da possibilidade da contratação de serviços por empresa interposta no âmbito da administração tem, na prática, apenas permitido que serviços de menor *status* social sejam contratados por meio de empresa interposta, favorecendo os proprietários dessas empresas, sem nenhum benefício para a administração, a não ser um ilusório “lucro” que se obtém com a diminuição do custo dessa mão-de-obra. Ilusório porque, não raro, as empresas de terceirização, por não terem atividade empresarial própria, a não ser o comércio de gente, não possuem bens suficientes para garantir os créditos trabalhistas desses “servidores” e, como efeito, o ente público é responsabilizado pelo pagamento desses créditos, considerando o Judiciário, como deve mesmo ser, inconstitucional o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93. Mantém-se, assim, a lógica oligárquica da divisão dos papéis entre o público e o privado, ficando o lucro para este e o prejuízo para aquele. Só não se pode pensar em corrigir esse problema com aplicação de uma espécie de pena aos trabalhadores, negando qualquer responsabilidade do ente público, pois os trabalhadores também fazem parte da sociedade e a situação a que foram submetidos foi criada, assumida e conscientemente, pelo próprio ente público.

Fácil verificar, também, o que se passa nos entes administrativos por este Brasil afora com a prática da terceirização. Os “terceirizados”, que, no geral, são vigias, copeiros, auxiliares de limpeza, garçons, estão sempre inseridos na lógica cotidiana das atividades da administração e, conseqüentemente, subordinam-se à dinâmica que lhes é natural, mas são tratados de forma preconceituosa, como cidadãos de categoria inferior, que estão ali prestando serviços por favor da empresa prestadora. São elementos descartáveis e aos quais sequer alguma espécie de atenção precisa ser dada, a não ser para algum ato de caridade. Ao final do contrato firmado entre o ente público e a empresa prestadora, os terceirizados são dispensados *ad nutum*, não recebem seus direitos e, para tentar fazê-los valer, são obrigados a se submeter a um longo percurso na via processual, tendo, ainda, que suportar o ente público dizendo, em audiência, que nada tem a ver com tal situação, arrotando o §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e valendo-se dos privilégios processuais que a legislação, também de forma inconstitucional, lhe confere.

Trata-se, no entanto, como demonstrado, de uma situação insustentável juridicamente, infelizmente ainda defendida em boa parte da doutrina e acobertada pelo Judiciário e pelo próprio Ministério Público, o que se explica, na perspectiva dos dois últimos, pelo fato de que eles também se aproveitam, e muito, dessa prática inconstitucional e imoral.

A explicação para isso certamente não é, como se imagina, o inexorável reflexo da modernidade, mas a mera repetição de uma antiga prática, que, inconscientemente, ainda habita nosso cotidiano, conforme relata Boris Fausto:

As relações escravistas não se resumiram a um vínculo direto entre senhor e escravo, sem envolver outras pessoas. Houve cativos alugados para a prestação de serviços a terceiros, e nos centros urbanos existiram os “escravos de ganho” – uma figura comum no Rio de Janeiro dos primeiros decênios do século XIX. Os senhores permitiam que os escravos fizessem seu “ganho”, prestando serviços ou vendendo mercadorias, e cobravam em troca uma quantia fixa por dia ou por semana³³.

³³ FAUSTO, BORIS. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2002. p. 32.

A pergunta que fica no ar é: e quando o explorador é quem deveria coibir a exploração? A quem o cidadão pode recorrer para exigir seus direitos?

O mais grave disso é que, como previa Montesquieu, quando o poder não limita o poder, tem-se a negação do Estado democrático de direito e atrás do pressuposto estabelecido de que o Estado não deve respeito à Constituição vem a derrocada de uma gama enorme de direitos, tanto sociais quanto individuais.

Portanto, cabe a todos que compõem a sociedade, sobretudo aos sindicatos de servidores e às pessoas ligadas ao mundo jurídico, exigir que o Estado respeite a Constituição, mesmo que isso se faça para a defesa do direito de outras pessoas, abstratamente consideradas, pois, do contrário, mais tarde, não se terá o argumento da constitucionalidade para se proteger de alguma agressão aos direitos fundamentais. Em outras palavras, mais diretas, se o Estado não precisa respeitar a Constituição com relação aos seus servidores (“terceirizados”), por que precisará fazê-lo com relação a cada um de nós?

Referências

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.

_____. *Adeus ao trabalho?* Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 8. ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Unicamp, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 1999.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2002.

GUNET, Thomas. *Fordismo e toyotismo: na civilização do automóvel*. São Paulo: Boitempo, 2002.

LIKER, Jeffrey K. *O modelo Toyota: 14 princípios de gestão do maior fabricante do mundo*. Tradução: Lene Belon Ribeiro. Porto Alegre: Bookman, 2005.

SAES, Décio. *A formação do Estado burguês no Brasil: 1888-1891*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; DIAS, Fernanda Melazo. *O novo contrato de trabalho: teoria, prática e crítica da Lei n. 9.601/98*. São Paulo: LTr, 1998.

Seção III

Direito Penal e Liberdades Constitucionais

A transação penal e a ação penal privada

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto*

Sumário: 1 Introdução. 2 Importância dada aos Juizados Especiais na Carta Constitucional de 1988. 3 Objetivos dos Juizados Especiais. 4 Justiça penal consensual. 5 Das medidas despenalizadoras. 6 Transação penal. 7 Da possibilidade ou não da transação penal nas ações privadas. 8 Conclusões.

1 Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto da transação penal e a possibilidade ou não da sua aplicação no âmbito das ações penais privadas. O tema em apreço é de relevante importância para o Direito Penal e Processual Penal. Encontra-se, também, extremamente jungido ao Direito Constitucional.

Verifica-se que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, não pretendeu impor limitação à forma de soluções de conflitos, mas, ao contrário, implicitamente pretende possibilitar a composição dos litígios de modo geral.

O Poder Judiciário caminha atualmente ao encontro de formas alternativas de resolução das demandas. E dentro desse raciocínio insere-se, em *ultima ratio*, toda filosofia e o próprio idealismo daqueles que estão empenhados em mudanças razoáveis e factíveis para que

* Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto é Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

outras perspectivas e outros horizontes se abram para a efetividade da Justiça, com a utilização de meios e instrumentos alternativos, como a conciliação, a transação, a mediação e a arbitragem, com todos os desdobramentos deles derivados.

2 Importância dada aos Juizados Especiais na Carta Constitucional de 1988

A Constituição brasileira de 1988, já no seu preâmbulo, destacou a *justiça* como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada no comprometimento com a *solução pacífica dos conflitos*, salvaguardando o exercício dos direitos individuais e coletivos e suas garantias.

A República Federativa brasileira, constituída em Estado democrático de direito, erigiu, dentre seus pilares fundamentais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Verificamos que o aludido Diploma Constitucional deu um passo marcante na história do Judiciário, ao traçar e imprimir as balizas de um dos instrumentos mais eficientes e eficazes para o exercício democrático da cidadania – os Juizados Especiais (art. 98, I)¹.

O Poder Judiciário tem sido exposto à questão social em sua expressão bruta, tomando conhecimento dos dramas vividos pelos segmentos mais humildes da população, dos seus clamores e expectativas em relação à Justiça.

Nesse processo contemporâneo de crescente litigiosidade, que precisa ser necessariamente solucionada a fim de evitar uma verdadeira ebulição social, inflamada pelas frustrações, rancores e descrédito nas instituições, é que os Juizados Especiais têm sido um marco no conjunto das modificações técnicas concebidas no intuito de aproximar a lei e a sociedade, respondendo às contínuas demandas de uma

¹ BRASIL. *Constituição 1988*. Brasília: Senado Federal, 2000. p. 100.

parcela da sociedade submersa e, até aquele momento, excluída social e juridicamente².

Como expressão de um Judiciário que visou estender sua malha de prestação jurisdicional, buscando atingir além da *litigiosidade contida*, os Juizados passaram a constituir o *locus* da criação jurisprudencial do direito, um instrumento de aproximação da sociedade brasileira.

As conseqüências decorrentes da ampliação do acesso à Justiça que os Juizados Especiais colocaram em movimento, traduzidas em uma crescente legitimação social do seu papel de “guardiães” dos direitos individuais e coletivos consagrados na Carta de 1988, tiraram a venda do meio aparentemente neutro com que os magistrados atuavam sobre a sua própria cultura e práticas profissionais.

Após mais de sete anos da edição da Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995, os Juizados Especiais apresentam-se como uma estrutura dinâmica, rápida, desburocratizada, com procedimentos pautados pela racionalidade e pela otimização, num baixo custo processual, avançando seus objetivos para setores sociais, atuando por meio de parcerias interinstitucionais, com órgãos governamentais ou não, bem como com a sociedade civil, a fim de ampliar e facilitar ao máximo o exercício democrático da cidadania.

3 Objetivos dos Juizados Especiais

São objetivos máximos dos Juizados Especiais: a conciliação, a transação, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, com a finalidade de alcançar o escopo maior – a pacificação social. Tais objetivos demandam uma atenção especial dos operadores do direito, visto que também são instrumentos necessários à concretização dos preceitos da Lei n° 9.099/95.

A palavra conciliação é “derivada do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar); entende-se o ato pelo qual duas ou mais

² VIANNA, Luis Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

pessoas desavindas a respeito de certo negócio põem fim à divergência amigavelmente”³.

O papel desempenhado pela conciliação e pela arbitragem dentro do sistema processual tradicional sempre foi muito tímido, talvez pela grande influência da cultura do litígio. Nesse sentido é o entendimento de Elena Highton:

Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor, y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el número de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio⁴.

Ante a permanência dos vínculos das relações que geram os conflitos, desde a Lei de Pequenas Causas vem-se tentando reabilitar formas de composição de conflito mais adequadas ao que se denomina de Justiça coexistencial, ou conciliativa, que “[...] deve ser perseguida quando esta possa revelar-se, também no plano qualitativo, não já um *second best*, mas também melhor do que a Justiça ordinária contenciosa”⁵.

Na conciliação as partes têm uma posição mais proeminente, devido a participarem da solução do conflito. Na verdade, a decisão é um compromisso cujos termos, com estímulo do conciliador, são produzidos pelos envolvidos. Trata-se de um método não-adversarial, na medida em que as partes atuam juntas e de forma cooperativa. Portanto, a conciliação representa estratégia de atuação que leva as próprias

³ CARDOSO, Antônio Pessoa. *Justiça alternativa: juizados especiais*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996. p. 95.

⁴ HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995. p. 24.

⁵ CAPELLETTI, Mauro. O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 13, *Anais*. Belo Horizonte: OAB, 1990. p. 115-130.

partes a encontrarem a melhor solução para o litígio, cabendo ao juiz, togado ou não, e ao conciliador informarem às partes a importância e as vantagens positivas desse instituto.

A finalidade primordial do Juizado Especial é, na medida do possível, com um mínimo de formalidades, buscar a conciliação entre as partes⁶, e os princípios insculpidos no artigo 2º da Lei n. 9.099/95 poderiam ser apresentados como princípios da conciliação⁷.

No que tange ao Juizado Especial Criminal, procura-se compor o dano social resultante do fato, prevendo-se a sua reparação imediata, ao menos em parte, com a composição, ou a transação, como preconizado na doutrina moderna, que as tem como suficientes para a responsabilidade penal do autor de infrações menores quando não indidem essas periculosidades do agente. Tais medidas, antes vedadas na área criminal quanto às ações penais públicas, passaram a ser admitidas pela Constituição Federal nas causas de competência dos Juizados Especiais (art. 98, I). Com isso mitiga-se o princípio da obrigatoriedade, que era de aplicação absoluta nas ações penais públicas. Possibilitam elas, no bojo do procedimento, uma rápida solução do conflito de interesses, com a aquiescência das partes envolvidas⁸.

Com efeito, a Lei n. 9.099/95, no que concerne ao Juizado Especial Criminal, quebra com o rígido sistema da obrigatoriedade, passando a admitir a “discricionariedade regulada pela lei”⁹. Não se trata de aceitação do princípio da oportunidade, mas de mitigação da obrigatoriedade por via procedimental.

⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997. p. 42.

⁷ COSTA E FONSECA, Ana Carolina da. Considerações sobre juizados especiais. *Revista dos Juizados Especiais, Doutrina – Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 28-29, abr./ago. 2000, p. 32.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 27.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei n. 9.099, de 26.9.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 62.

4 Justiça penal consensual

A Lei n. 9.099/95 não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirada – cunhou um sistema próprio de justiça penal consensual.

A aplicação imediata de pena não privativa de liberdade antes mesmo do oferecimento da acusação não só rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, como até possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação de proposta do Ministério Público não significa reconhecimento de culpa. E nenhuma inconstitucionalidade há nessa corajosa inovação do legislador brasileiro, pois é a própria Constituição que possibilita a transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido pondera Luiz Flávio Gomes que se deve reconhecer a extraordinária virtude da Lei n. 9.099/95

de já ter posto em marcha no Brasil a maior revolução do Direito Penal e Processual Penal. As vantagens do sistema de resolução dos pequenos delitos pelo “consenso” [...*omissis*] são perceptíveis e, até aqui, irrefutáveis. Por mais que deixe aturdidos e estupefactos os que gostariam de conservar *in totum* o moroso, custoso e complicado modelo tradicional de Justiça Criminal (fundado na “verdade material” – que no fundo não passa de uma verdade processual), essa forma desburocratizada de prestação de justiça, autorizada pelo legislador constituinte (CF, art. 98, I), tornou-se irreversivelmente imperativa. Não existem recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis, em parte nenhuma do mundo, que suportem os gastos do modelo clássico de Judiciário¹⁰.

Os Juizados Especiais Criminais têm a competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. São considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeitos da Lei n. 9.099/95 (art. 61), as contravenções penais e

¹⁰ GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 177.

os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. A Lei n. 10.259/2001 aumentou a competência dos Juizados Especiais para processar e julgar os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, ou multa (parágrafo único do art. 2º). Nesse sentido é o Enunciado 46 – “A Lei n. 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial”¹¹.

A Lei n. 9.099/95 apresentou um novo modelo (paradigma) de Justiça Criminal, fundada no consenso. A possibilidade de transação nas infrações de menor potencial ofensivo e a suspensão do processo nos crimes médios, que estão sendo aplicadas pelos juízes, representam duas importantes vias despenalizadoras, reclamadas há tempos pela moderna Criminologia: evitar pena de prisão e proporcionar benefícios em favor das vítimas de delitos (pois permite reparação dos danos imediatamente em muitos casos ou a satisfação moral). Tornou-se possível a ressocialização do infrator, visto que sente com rapidez as conseqüências do seu ato. Visivelmente, ademais, está descongestionando os juízos e Tribunais Criminais.

A atuação de conciliadores leigos na transação penal – e, se as leis estaduais assim quiserem, a intervenção do juiz leigo com alguma função jurisdicional – é outra inovação brasileira possibilitada pela experiência vencedora da participação popular nos Juizados Especiais.

A preocupação com a vítima é postura que se reflete em toda a lei, que se ocupa da transação e da reparação dos danos. No campo penal, a transação homologada pelo juiz, que ocorre em grande parte dos casos, configura causa extintiva da punibilidade, o que representa outra inovação do nosso sistema.

A exigência de representação para a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas é outra medida despenalizadora, aplicável a todos os casos em andamento, porquanto a

¹¹ Enunciados Cíveis e Criminais do Fórum Permanente de Juízes Conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, atualizado até novembro de 2001.

representação é condição da ação penal, cuja presença há de ser aferida no momento do julgamento.

O rito sumaríssimo, introduzido pela lei, prestigia a verdadeira oralidade, com todos os seus corolários. E o julgamento dos recursos por turma constituída de juízes de primeiro grau, que tão bem tem funcionado nos Juizados Especiais, é outro elemento de desburocratização e simplificação.

Se o autor do fato se submete à “pena” proposta pelo Ministério Público (nunca privativa de liberdade), com o cumprimento da pena aplicada, encerra-se o caso imediatamente sem a necessidade da colheita de provas (art. 76). A aplicação consensual da pena não gera reincidência nem antecedentes criminais. Em caso de descumprimento da pena, há o prosseguimento do processo.

No que concerne à transação penal, não estamos próximos nem do *guilty plea* (declarar-se culpado) nem do *plea bargaining* (que permite amplo acordo entre acusador e acusado sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena). O Ministério Público, nos termos do artigo 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade), mas sua proposta, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), nunca sobre a privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de princípio da discricionariedade regulada ou regrada.

Além de exigir representação nas lesões leves e culposas (art. 88), em todos os crimes cuja pena máxima não exceda a dois anos e multa, é ainda possível a suspensão condicional do processo, o que constitui uma das maiores revoluções no processo penal brasileiro nos últimos cinquenta anos. Quando, *ab initio*, verificamos tratar-se de autor do fato primário, com bons antecedentes, boa personalidade, boa conduta social etc., haverá possibilidade de concessão da suspensão do processo, desde que haja aceitação do acusado e de seu defensor, mediante a estipulação de condições, iniciando-se prontamente o período de prova, sem se discutir a culpabilidade.

Em troca dessa conformidade processual, o sistema legal oferece a não-realização do interrogatório e tampouco haverá colheita de provas (audiências), sentenças, rol de culpados, reincidência, maus antecedentes etc. E se as condições da suspensão são inteiramente cumpridas e nova infração não vem a ser cometida no período de prova, a punibilidade resultará extinta.

A suspensão do processo tem por base o princípio da discricionariedade (o Ministério Público poderá dispor – poder-dever, evidentemente – da ação penal) e sua finalidade suprema é a de evitar a estigmatização decorrente da sentença condenatória (o que ocorre na *probation*).

É indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça Criminal, ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a ressocialização do autor dos fatos, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

Além de tudo, é instituto que será aplicado imediatamente por todos os juízes (não só os do Juizado Criminal), não requer absolutamente nenhuma estrutura nova e permitirá que a Justiça Criminal finalmente conte com tempo disponível para cuidar com maior atenção da criminalidade grave.

A Lei n. 9.099/95, como se percebe, inovou profundamente em nosso ordenamento jurídico-penal. Cumprindo determinação constitucional (CF, art. 98, I), o legislador está disposto a pôr em prática um novo modelo de Justiça Criminal. É uma verdadeira revolução jurídica e de mentalidade, porque quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Doravante temos que aprender a conviver também com o princípio da discricionariedade (regrada) na ação penal pública. Abre-se no campo penal um certo espaço para o consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada. A preocupação central já não deve ser só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito. A vítima, finalmente, começa a ser redescoberta porque o novo sistema se preocupou precipuamente com

a reparação dos danos. Em se tratando de infrações penais da competência dos Juizados Criminais, de ação privada ou pública condicionada, a composição civil chega ao extremo de extinguir a punibilidade (art. 74, parágrafo único).

Os operadores do direito, além da necessidade de se prepararem para a correta aplicação da lei, devem, também, estar preparados para o desempenho de um novo papel: o de propulsores da conciliação no âmbito penal, sob a inspiração dos princípios orientadores dos Juizados Especiais.

5 Das medidas despenalizadoras

A Lei n. 9.099/95 não cuidou de nenhuma descriminalização, isto é, não retirou o caráter ilícito de nenhuma infração penal, mas disciplinou, isso sim, quatro medidas despenalizadoras (medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão):

- 1^a) nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74, parágrafo único);
- 2^a) não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa) (art. 76);
- 3^a) as lesões corporais culposas ou leves passam a requerer representação (art. 88);
- 4^a) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo (art. 89).

O que há de comum, no que tange a esses institutos despenalizadores, é o consenso (a conciliação).

No que tange à descarcerização (que consiste em evitar a prisão cautelar) impõe-se a leitura do artigo 69, parágrafo único, que diz: “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.

Com as medidas despenalizadoras e descarcerizadora mencionadas (art. 69, parágrafo único; art. 74, parágrafo único; art. 76; art. 88 e art. 89, da Lei n. 9.099/95), o Direito Penal brasileiro começa a adotar as tendências mundiais atuais. O reconhecimento da natureza híbrida das medidas despenalizadoras acima enfocadas é extraordinariamente relevante para a boa aplicação da lei nova.

Três delas são de natureza processual e penal ao mesmo tempo. São elas: a transação, a representação e a suspensão condicional do processo. São institutos que, em primeiro lugar, produzem efeitos imediatos dentro da fase preliminar ou do processo (nisso reside o aspecto processual). De outro lado, todos contam com reflexos na pretensão punitiva estatal (aqui está a face penal). Feita a transação em torno da aplicação imediata de pena alternativa, resulta afastada a pretensão punitiva estatal original. No que concerne à representação, basta lembrar que a renúncia ou a decadência levam à extinção da punibilidade. Por fim, quanto à suspensão do processo, passado o período de prova sem revogação, desaparece a possibilidade da sanção penal. Uma das medidas despenalizadoras (composição civil – extintiva da punibilidade penal, art. 74), como se vê, é de natureza civil e penal ao mesmo tempo.

6 Transação penal

A transação penal parece aparentemente colidir formalmente com as disposições da Carta Constitucional brasileira de 1988. Há, também, a aparente impressão de que a presunção de inocência tenha sofrido um golpe mortal. Entretanto, a transação já estava prevista na Constituição (art. 98, inciso I), bastava apenas a regulamentação, o que veio a acontecer com a publicação da Lei n. 9.099/95. Cabe ressaltar que o novo instituto não vulnera quaisquer desses princípios constitucionais, como veremos a seguir. Ao contrário, cuida-se tão-somente de um instituto do novo modelo de Justiça Criminal.

No sistema penal, embora não houvesse a previsão expressa acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tal se abstraía do exame sistemático das disposições do Código de Processo Penal, especificamente os artigos 24 e 42.

Com a Lei dos Juizados Especiais, a transação apresentou-se como uma exceção à regra da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública com base na discricionariedade regulada.

Visando preservar o princípio da obrigatoriedade, mitigando-o com o da discricionariedade regulada, afastou-se o princípio puro da oportunidade atribuindo-se à lei a seleção das hipóteses de transação penal (arts. 61 e 76 da Lei n. 9.099/95) com aplicação imediata da pena de multa ou restritiva de direitos mediante acordo entre o Ministério Público e o autor da infração com assistência da defesa técnica e controle judicial.

A transação penal é instituto decorrente do princípio da oportunidade de propositura da ação penal, o que confere ao seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, ou seja, de promovê-la, sob certas condições, nas hipóteses previstas legalmente, desde que haja a concordância do autor da infração e a homologação judicial. Cabe registrar que a transação está autorizada na Constituição Federal no que tange às infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I). A transação penal instituída pela Lei n. 9.099/95

possui natureza de negócio jurídico civil, firmado entre o Ministério Público e o autor do fato, e que as “penas” de multa e restritivas de direitos, estabelecidas por força desse negócio jurídico nada mais são do que as prestações assumidas pelo autor do fato. Quanto à sentença estabelecida pelo parágrafo 4º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, não é condenatória, não impõe pena, mas somente homologa o acordo firmado entre as partes e forma o título executivo judicial da obrigação assumida pelo autor do fato, tendo por consequência a exclusão do processo-crime e a declaração da extinção da punibilidade, pela decadência do direito de propor a ação penal¹².

Acrescente-se que, com a aceitação e cumprimento da pena alternativa proposta em sede de transação penal, o autor da infração fica sem poder fazer jus a esse benefício nos próximos cinco anos. Ressal-

¹² PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 49.

te-se que o descumprimento da transação penal acarreta o prosseguimento na ação penal.

São óbices à proposta de transação:

- a) ter sido o autor da infração condenado definitivamente por crime com pena privativa de liberdade;
- b) ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação penal;
- c) os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, não indiquem ser a medida necessária e suficiente.

O autor da infração poderá ou não aceitar a proposta do Ministério Público e, embora a lei não faça menção, poderá ser efetuada uma contraproposta pelo autor do fato e seu defensor. Na hipótese de o autor do fato e seu defensor discordarem no que diz respeito à aceitação da proposta pelo autor do fato, o nosso posicionamento é no sentido de que vale a decisão do autor do fato, mesmo que contrária ao seu defensor. É certo que a defesa tem relevância para dar a orientação jurídica mais adequada. Todavia, o autuado é que tem de escolher entre aceitar a proposta ou submeter-se ao processo.

Uma das mais complexas controvérsias diz respeito aos limites da recusa do Ministério Público em formular a proposta de transação penal: a melhor doutrina, com apoio da jurisprudência (Apelações Criminais n. 973.693 e 968.325 do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo), vem refutando a idéia de que tal proposta seja faculdade do Ministério Público (*facultas agendi*)¹³. Atualmente o entendimento majoritário é no sentido de que presentes as condições legais, a transação penal é um direito penal público subjetivo de liberdade do autuado, devendo o Ministério Público propô-la.

Nessa fase o juiz deverá analisar a legalidade da proposta efetuada pelo Ministério Público, bem como se houve aceitação por parte do autor do fato e seu defensor. Sendo assim, o juiz verificará se estão

¹³ Ibidem, p. 50.

presentes os requisitos legais, os pressupostos para realização da proposta e conseqüente transação; casos estes não estejam presentes, o juiz não acolherá a proposta do Ministério Público e, em decorrência, não homologará a transação.

Desta forma, se o juiz não acolher a proposta do Ministério Público, poderá aplicar o artigo 28 do Código de Processo Penal, em face do princípio da oportunidade regrada. Assim, não poderá o juiz aplicar uma pena diversa da proposta do Ministério Público, ressalvada a hipótese expressamente prevista no § 1º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, visto que é vedada ao julgador, sob pena de ofensa ao devido processo legal, bem como por ferir o princípio da imparcialidade do juiz e o sistema acusatório, onde há nítida separação entre as funções do Ministério Público, de imputação do fato e de realização de proposta de pena a ser aplicada, e as do Poder Judiciário, de aplicação do direito ao fato concreto, de julgar imparcialmente a lide.

Caso o juiz não homologue a transação realizada, por análise de sua oportunidade, adentrando na esfera da discricionariedade das partes, caberá mandado de segurança por parte do Ministério Público, bem como *habeas corpus* por parte do autor do fato.

No que concerne à sentença homologatória de transação penal, a Lei n. 9.099/95 afastou os seguintes efeitos secundários: reincidência, efeitos civis e antecedentes criminais.

Saliente-se que a transação não tem por objeto imediato deixar de punir o suposto autor de uma infração penal, mas sim a não propositura da ação penal, evitando-se, de maneira secundária, os efeitos deletérios daí resultantes. Nesses termos, a rescisão do acordo não pode redundar na imediata aplicação de pena, mas sim naquilo que foi objeto da transação, ou seja, na continuidade do processo penal.

Assim, descumprido pelo autor do fato a sua prestação estabelecida na transação penal, desfaz-se o acordo, com a conseqüente possibilidade de o Ministério Público oferecer denúncia, ou mesmo adotar outra providência de natureza persecutória, como requisitar diligências investigatórias ou, dada a eventual complexidade do caso, a instauração de inquérito policial. Vislumbra-se, na hipótese, que se retorna à situação jurídica anterior à celebração do acordo (transação penal).

Por outro lado, verifica-se que a transação penal, prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, difere do modelo americano, visto que o “Ministério Público não pode deixar de oferecer acusação em troca da confissão de um crime menos grave ou da colaboração do suspeito para a descoberta de co-autores, como ocorre no sistema da *plea bargaining* dos Estados Unidos da América”¹⁴. Com efeito, nos Estados Unidos vigora o princípio da oportunidade da ação penal, o promotor detém poder discricionário, podendo, inclusive, deixar de intentá-la.

O instituto da *plea bargaining* consiste na imposição de pena referente a delito de menor potencialidade ofensiva, diverso daquele que inicialmente foi imputado ao réu; e, na negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes. Quanto ao alcance prático da *plea bargaining* nos Estados Unidos, observa-se que por meio dela são solucionados de 80 a 95% de todos os crimes; por outro lado, inquéritos feitos por uma amostragem significativa de promotores revelaram que estes consideram 85% dos casos da sua experiência como adequados a uma solução de *plea bargaining*¹⁵.

A figura da *plea bargaining* suscita uma controvérsia entre os juristas e os criminólogos americanos. Dentre as vantagens da *plea bargaining*, avultam a racionalidade e eficiência. Numa perspectiva sociológica, a *plea bargaining* representa a resposta do sistema americano à maximização da Justiça Criminal. Com base mais jurídica, são ainda numerosas as vozes dos que acreditam que ela constitui um expediente suscetível de superar a rigidez abstrata e a ambigüidade da lei criminal, imediatizando soluções de maior equidade e justiça¹⁶.

As vantagens das negociações e das declarações de culpabilidade residem no fato de serem uma forma de administrar a Justiça de maneira mais flexível do que o modelo tradicional, bem como são a base

¹⁴ GRINOVER, *Juizados especiais...*, cit., p. 63.

¹⁵ PAIVA, *A Lei dos Juizados...*, cit., p. 56.

¹⁶ *Ibidem*.

para que mais de três quartos das condenações nos Estados Unidos da América sejam produto das *pleas*, as quais são necessárias para que hoje em dia a administração funcione¹⁷.

No Brasil, o instituto da transação penal apresentou uma feição diversa da *plea bargaining* e da *plea guilty*, observando o princípio constitucional da inocência. A aceitação da proposta de transação formulada pelo *Parquet* não significa reconhecimento da culpabilidade penal, nem mesmo da responsabilidade civil¹⁸. Acrescentamos que se trata de um benefício legal a que faz jus o autor do fato que preencha os requisitos legais (Lei n. 9.099/95, art. 76).

A proposta do Ministério Público atém-se a balizas para o preenchimento de determinadas condições e requisitos legais. A transação penal antecede a acusação, ou seja, ocorre antes da instauração da ação penal, na audiência preliminar ou antes do recebimento da denúncia ou queixa-crime. Resta clara a opção do legislador pela discricionariedade regrada.

Consideramos que nesse particular a Lei n. 9.099/95 avançou as *pleas* americanas, dado que, na transação penal brasileira, não há qualquer juízo de culpabilidade, seja pela declaração do agente do delito, aceitando a proposta do Ministério Público, declarando-se culpado pelo fato a ele atribuído (*plea guilty*), ou negociação entre o Ministério Público e a defesa, objetivando uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou por um número mais reduzido de crimes (*plea bargaining*), mas trata-se, a transação, de um benefício legal de não-submissão do autor do fato à ação penal por preencher os requisitos do § 2º do artigo 76 do referido diploma legal, e, permanecendo ele sem antecedentes criminais, apenas deixa de gozar esse benefício nos próximos cinco anos.

Dessa forma, verifica-se que na transação penal há desvinculação da admissibilidade de culpa e da instauração da ação penal, bem como tem amparo constitucional, e seu procedimento está em harmonia

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ GRINOVER, *Juizados especiais...*, cit., p. 14.

com os princípios da inocência e do devido processo legal. Apresenta-se, ainda, como um instituto que traça um novo modelo de Justiça consensuada que, de formar singular, consegue ao mesmo tempo observar a dignidade da pessoa humana e a efetividade da Justiça.

7 Da possibilidade ou não da transação penal nas ações privadas

O artigo 76 da Lei n. 9.099/95 estabelece que havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. O referido artigo é silente quanto à proposta de transação penal nos casos de crime de ação privada. A doutrina é polêmica e controvertida quanto a este tema.

Damásio Evangelista de Jesus¹⁹ e Julio Fabrini Mirabete²⁰ posicionam-se no sentido do não-cabimento da transação penal em ação de iniciativa privada sob o argumento de que basta a utilização do método literal de interpretação para se chegar a essa conclusão, visto que a Lei não fala em possibilidade de transação na queixa-crime. Para eles, a redação do *caput* do artigo 76 exclui propositalmente a ação de iniciativa privada.

Sustentando posição diametralmente oposta, ou seja, no sentido de ser plenamente cabível a aplicação do instituto da transação penal na ação penal de iniciativa privada, posicionam-se Ada Pellegrini Grinover²¹ e Maurício Antônio Ribeiro Lopes²². Consoante esse entendimento, o lesado tem interesse não só na reparação civil como também na punição penal, não existindo razões para deixar a este lesado

¹⁹ *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79.

²⁰ *Juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 84.

²¹ *Juizados especiais criminais: comentários à Lei n. 9.099, de 26.9.95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 122-123.

²² *Juizados especiais cíveis e criminais anotadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 67.

do somente as duas alternativas tradicionais: ou o oferecimento de queixa-crime ou a renúncia.

Vale destacar o Enunciado 49 do XI Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (Fonaje), realizado em março de 2002, a seguir:

Enunciado 49 – Na ação de iniciativa privada cabe a transação penal e suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante.

A despeito de render nossas homenagens às doughtas posições anteriores, consideramos que não pode o querelante propor a aplicação da transação penal pois não está legitimado a isso, porque não recebeu do Estado essa autorização. Ademais, é importante lembrar que o ofendido não detém o *jus puniendi*, mas somente o *jus perseguendi in judicio*.

Por outro lado, entendemos que o *Parquet* poderá propor a aplicação do benefício legal da transação penal nos casos de crimes de ação privada, com fundamento nos princípios orientadores da Lei n. 9.009/95, e, inclusive, por analogia com o artigo 76, uma vez que se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica.

Seguindo esse entendimento, encontramos a Conclusão n. 11 da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.009/95:

11. O disposto no *artigo 76 abrange os casos de ação penal privada*²³ [grifo nosso].

Com efeito, é a seguinte a redação do artigo 76, *caput* da Lei n. 9.009/95:

Art. 76 – *Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta* [grifo nosso].

²³ Conclusões da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099/95, *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 1.929, p. 2.

Ressalte-se que, tanto para a ação pública condicionada como para a ação de iniciativa privada, a homologação do acordo civil acarreta renúncia tácita ao direito de representação ou queixa (art. 74 da LJE). Desta forma, só na hipótese de não terem as partes se conciliado quanto aos danos civis, com a correspondente homologação do acordo, a audiência prosseguirá, com a tentativa de transação penal.

Vale destacar, ainda, acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a seguir.

A Lei n. 9.009/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. Recurso provido para anular o feito desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que seja observado o procedimento da Lei n. 9.009/95²⁴.

Assim, entendemos que a proposta de transação penal, seja nos casos de ação pública ou de ação privada, deve ser de titularidade exclusiva do Ministério Público, por este ser o defensor do interesse social. Como se diz atualmente, o *Parquet* é a própria sociedade em Juízo. Nesse sentido, somente esta Instituição tem a legitimação necessária para iniciativa de tamanha importância.

8 Conclusões

A Lei dos Juizados Especiais alterou por completo o sistema processual penal no Brasil. Estima-se que em torno de 70% dos crimes previstos no Código Penal estejam agora regulados por ela. A própria distribuição da Justiça modificou-se, uma vez que se resolvem as controvérsias e os litígios mais em termos de conciliação do que de repressão²⁵.

²⁴ STJ – RHC n. 8.480/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 21.11.1999, *DJU* de 22 nov. 1999, p. 164.

²⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 215.

A Lei n. 9.099/95, que regulamentou o inciso I do artigo 98 da Constituição de 1988, possibilitou ao Ministério Público deixar de propor ação penal pública, condicionada ou não, caso o infrator, voluntariamente, aceite a proposta de transação penal formulada pelo *Parquet*, seja na forma de prestação de serviço à comunidade, ou de pagamento de cestas básicas em entidades carentes fiscalizadas pelo Juizado Especial, sendo homologada pelo juiz essa transação penal. Verifica-se assim, nesses casos, que o princípio da discricionariedade regrada veio em substituição ao da obrigatoriedade da ação penal pública.

São objetivos primordiais dos Juizados Especiais a conciliação, a reparação dos danos sofridos pela vítima, a aplicação de pena não privativa de liberdade e a transação. A possibilidade de “transação” e de suspensão do processo nas infrações de menor potencial ofensivo representam duas importantes vias despenalizadoras, reclamadas há tempo pela moderna criminologia, pois procuram evitar a pena de prisão e estão proporcionando benefícios nunca antes imaginados, principalmente em favor das vítimas dos delitos, dado que, em muitos casos, permitem a reparação dos danos imediatamente ou mesmo a satisfação moral.

A transação penal prevista no inciso I do artigo 98 da Constituição, disposta no artigo 76 da Lei 9.099/95, e a composição civil de danos, estabelecida nos artigos 72 e 74 da Lei n. 9.099/95, não se confundem. A composição civil de danos é anterior à eventual transação e deve ocorrer entre vítima e acusado, tanto assim que importa em renúncia a direito de queixa ou representação. Ademais, ao contrário da transação, que nenhum efeito produz na esfera civil, a composição de danos, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, tem eficácia de título a ser executado no juízo cível competente.

Verifica-se que, por meio do instituto da transação penal, nos Juizados Especiais Criminais há proposição, pelo Ministério Público, de aplicação de pena restritiva de direitos, contudo é preciso registrar que tal instituto processual não fere o devido processo legal. A uma, pois não há assunção da culpabilidade pelo autor do fato. A duas, visto que tal instituto despenalizador obedece o preceito constitucional do artigo 98, I, da Constituição Federal.

Finalmente, entendemos que a proposta de transação penal pelo Ministério Público nas ações privadas se coaduna com os princípios norteadores da Lei dos Juizados Especiais e tem também fundamento na Constituição Federal (art. 98, I).

Referências

BRASIL. *Constituição 1988*. Brasília: Senado Federal, 2000.

CAPPELETTI, Mauro (Ed.). O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 13, *Anais*. Belo Horizonte: OAB, 1990.

CARDOSO, Antônio Pessoa. *Justiça alternativa: juizados especiais*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

_____. A conciliação nos Juizados Especiais. *Revista dos Juizados de Pequenas Causas – Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre, n. 15, p. 41-43, dez. 1995.

CASTRO, Carlos Roberto de Silveira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. São Paulo: Forense, 1989.

CONCLUSÕES DA COMISSÃO NACIONAL DE INTERPRETAÇÃO DA LEI N. 9.099/95. *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, n. 1.929, p. 2.

COSTA, Hélio Martins. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis anotada e sua interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA E FONSECA, Ana Carolina da. Considerações sobre juizados especiais. *Revista dos Juizados Especiais. Doutrina – Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 28/29, p. 26-35, abr./ago. 2000.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ENUNCIADOS Cíveis e Criminais do Forum Permanente de Juízes Conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, atualizado até novembro de 2001.

ENUNCIADOS Cíveis e Criminais do XI Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, atualizado até março de 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FUX, Luiz. *Manual dos juizados especiais*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

GOMES, Clóvis. Juizados especiais: justiça mais ágil ao alcance de todos. *Justiça, a Revista dos Magistrados*, Amagis-MG, Belo Horizonte, v. 4, n. 17, p. 13, abr./maio 2001.

GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei n. 9.099, de 26.9.95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 97, p. 191-218, jan./mar. 1988.

HIGHTON, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

KUEHNE, Maurício; FISCHER, Félix; GUARAGNI, Fábio André; JUNG, André Luiz Medeiros. *Lei dos Juizados Especiais Criminais: Lei n. 9.099/95*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

LENZA, Suzani de Melo. Juizados cíveis criminais: a era do resgate na credibilidade da Justiça. *Revista de Doutrina e Jurisprudência – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 45, p. 83-123, maio/ago. 1994.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Juizados especiais cíveis e criminais anotadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de acordo com a Lei n. 9.099/95, de 26.9.1995*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PINHEIRO, Lila Dahne Pitta; TREVISAN, Luciana Johann. A pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade: aspectos jurídicos e sociais. *Revista dos Juizados Especiais. Doutrina – Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 22, p. 20–25, abr. 1998.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

VIANNA, Luis Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SILVA, Suzana Viegas N. Da função social dos Juizados Criminais. *Revista dos Juizados Especiais. Doutrina – Jurisprudência*, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 19, p. 16–17, abr. 1997.

SOUSA, Lourival de J. Serejo. O acesso à Justiça e aos juizados especiais: o princípio da conciliação. *Revista dos Juizados de Pequenas Causas – Doutrina e Jurisprudência*, Porto Alegre, n. 20, p. 29–33, ago. 1997.

De coragem, covardia e soberba: o abuso de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal

Marco Aydos*

Sumário: 1 Visão inicial do problema: do caso concreto à formulação abstrata. 2 *Prolegomena* à compreensão jurídica. 2.1 Direito é limite. Poder é ausência de limites. 2.1.1 A “escola livre de direito”. 2.1.2 A “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. 2.1.3 Flexibilização de cláusulas pétreas da Constituição. 2.1.4 Método interpretativo de Zaffaroni/Pierangeli. 3. *Prolegomena* à interpretação do problema constitucional. 3.1 Pontes de Miranda e os “limites do *habeas corpus*”. 3.1.1 O *habeas corpus* não é remédio de justiça. 3.1.2 O raciocínio do *habeas corpus* é inverso ao de cognição ordinária. 4 A hermenêutica da máxima eficácia principiológica da Constituição originária. 5 Reformulação do problema inicial. 6 O sistema judiciário de “direito”. 7 O sistema judiciário “de fato”. 8 Quem deve ser intérprete supremo do direito penal? 9 Antinomia aparente entre o princípio hierárquico do *habeas corpus* e a repartição funcional de competências supremas entre o tribunal constitucional e o STJ. 10 Da soberba.

1 Visão inicial do problema: do caso concreto à formulação abstrata

Na tradição brasileira, desde a Constituição de 1891, o direito de *habeas corpus* é garantia constitucional. O abuso do *habeas corpus* é então um abuso de Constituição. Como todo abuso de direito, é gesto auto-

* Marco Aydos (<maurelio@prsc.mpf.gov.br>), autor de *Democracia ou Fundamentalismo?* Esboços de compreensão política. (Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.), é Procurador da República, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e em Filosofia pela *New School for Social Research*, Nova York, EUA.

ritário. Todo gesto autoritário tem por modo de expressão o verbo autoritário. Todo verbo autoritário é forma exterior de uma disposição anímica de mesma natureza. E toda índole autoritária julga-se valente.

Mas quem abusa de direitos sempre confunde coragem com soberba.

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, tem reiteradamente ocupado o noticiário político à conta de manifestações verbais que poderiam ser consideradas pelo menos extravagantes. A última pirueta verbal que sacudiu o meio jurídico com certeza foi sua avaliação antropológico-sociológica do sistema judiciário nacional, por ocasião de “corretivo” que o ministro pretendeu ter aplicado à jurisprudência que considera de “hierarquia inferior”. Entre os *consideranda* de voto-vista em *Habeas Corpus* de n. 86.424/SP, que reclamou da interpretação do Superior Tribunal de Justiça a respeito da incidência de certa norma penal ao uso de “chapas-frias” em veículos de autoridades investigadas na chamada Operação Anaconda, ao final de suas razões entendeu o ministro que também cabia o *habeas corpus* para tutela, pelo Supremo Tribunal Federal, dos direitos fundamentais, porque estamos sendo processados por juízes e tribunais acometidos de “covardia institucional” e falta de independência. Segundo Gilmar Mendes, denúncias “aventureiras” seriam recebidas à larga, por todos os graus de jurisdição, para satisfação do público, sem rigores técnicos.

Para quem tem alguma memória, não é de hoje que Gilmar Mendes acusa o Judiciário de ser “justiceiro”. Apenas ontem o fazia como porta-voz de medidas provisórias de conteúdo antidemocrático indiscutível, como a do confisco de poupança. A renovação do libelo, já na condição de juiz constitucional, exige um pouco de reflexão, porque se a avaliação tiver algum lastro de verdade alguma coisa no Estado de Direito corre perigo.

É interessante como o voto vencido da ministra Ellen Gracie, correto e rigoroso do ponto de vista técnico, e que deveria ser vinculante para o Supremo Tribunal Federal, apresenta a ponderação que se espera de órgãos judiciários que exerçam autoridade. Resumindo o que disse a posição correta, embora vencida, quase se poderia formular o princípio de que o “supremo intérprete” do que é e não é

crime no Brasil *não* é o Supremo Tribunal Federal. Não se chegou a formular tão explicitamente o princípio. De modo cauteloso preferiu-se deixar em aberto uma “válvula de segurança” necessária em eventual situação de anormalidade constitucional. Quer dizer, se o Ministério Público e o sistema judiciário enlouquecerem ou forem acometidos de covardia institucional e começarem a denunciar e julgar o que não é crime, apenas para satisfação de anseios populares, será razoável manter a cláusula de garantia de acesso ao Supremo, porque nessa situação teríamos o risco de serem recebidas denúncias teratológicas. Agora, no que a sobriedade do voto vencido contradiz a extravagância de juízo de Gilmar Mendes é até mesmo na avaliação sociológica. Ao que parece a todos, nem o Ministério Público nem o Superior Tribunal de Justiça enlouqueceram.

A análise sociológico-antropológica do ministro causou algum alvoroço, chegando a Procuradora Regional da República Janice Ascari a declarar à *Folha de S. Paulo* (edição de 30 out. 2005) que o voto de Gilmar constituía “ofensa inaceitável e sem precedentes ao STJ, ao TRF e ao Ministério Público Federal”.

A pirueta verbal do ministro não é, porém, o mais chocante. Se fosse apenas soberba acessória de um juízo constitucional e democrático, seria um rompante de maus-modos, só criticável sob o ponto de vista do decoro. Mas o precedente examinado é paradigmático. A experiência demonstra que a soberba de forma é, em regra, apenas a forma da soberba do conteúdo. O que causa escândalo será então o menos grave. É certo que escândalos alimentam a imprensa, criam furor e satisfazem partes e advogados que passam a adentrar o recinto de jurisdição supostamente “inferior” com alvará que é menos de soltura do que de “corretivo” em crianças de ginásio que não fizeram o dever de casa. Uma espécie de soberba emprestada. Fora isso, sempre uma disfunção de jurisdição, o que mais preocupa não é a extravagância verbal, mas o próprio “conteúdo” potencialmente inconstitucional de tendência que volta a ser perigosamente vencedora no Supremo Tribunal (registre-se, por justiça, que no julgamento em referência, segundo informação processual disponível no sítio do STF, Ellen Gracie foi vencida, Joaquim Barbosa esteve ausente justificadamente, Gilmar

Mendes será redator do acórdão, porque vencedor. Os demais integrantes da 2ª Turma são os ministros Carlos Velloso e Celso de Mello). Pelo menos três aspectos de conteúdo são preocupantes.

Primeiro, porque o caso é exemplar de um refluxo de abuso de *habeas corpus*, qualificado na Primeira República, com propriedade e sem exageros retóricos, pelo jurista Carlos Maximiliano (1918, p. 734) como “onda de aberrações lamentáveis”.

Segundo, porque a interpretação da Constituição contida nessa conduta jurisdicional opera um verdadeiro golpe contra o projeto do Poder Constituinte (originário, como deve ser todo poder que é constituinte) que modelou a Carta Magna de 1988. Converte-se, mais e mais, o Supremo Tribunal, agora por vontade própria e não mais por arbítrio do poder militar, de jurisdição política suprema no amesquinhado “tribunal judiciário” em que o golpe de Estado de 1964 o transformou, na lúcida distinção feita pelo ministro Evandro Lins e Silva (1997).

Terceiro, embora aqui apenas de passagem, porque o método interpretativo de Gilmar Mendes, tomado de empréstimo ao *Manual de direito penal brasileiro* de Zaffaroni/Pierangeli, é absolutamente temerário. Surpreende até que obra com tanta superficialidade e equívocos seja recebida como autoridade no Supremo Tribunal. Apenas exemplificativamente, o *Manual* ensina errado, à página 135, a propósito da relação entre convenções internacionais e direito interno, situação mais bem resolvida na doutrina e jurisprudência brasileiras, em memorável precedente do próprio STF, relatado por Sepúlveda Perence, em que se reclamara aplicação de cláusula do Pacto de San José da Costa Rica em antinomia com a Constituição, concluindo-se pela preponderância do direito interno (RHC 79.785-7-RJ). Também parece temerário que Gilmar Mendes importe do *Manual*, como método de interpretação do direito penal, o princípio do *in dubio pro reo* para solução de dúvida jurídica. Também aqui o direito brasileiro tem soluções tecnicamente mais corretas. Para a dúvida na existência ou não do crime na representação subjetiva do agente adotamos a teoria do erro. Para o aplicador da lei não pode existir dúvida de direito a não ser como aquela confusão inicial que o obriga a buscar os

diversos métodos interpretativos e dar ao caso a melhor dicção do direito, pelo menos em seu ponto de vista e convicção, seja ela favorável ou desfavorável a quem quer que seja. Ensinava Pontes de Miranda, a propósito, que o dever de jurisdição importa exatamente na impossibilidade de reconhecimento de dúvida jurídica na sentença. Daí ter deixado claro que dúvida jurídica não caracteriza iliquidez de direito para o conhecimento e concessão de *habeas corpus*, criticando certo precedente jurisprudencial (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 465). Quanto ao conteúdo democrático do método ensinado no *Manual*, por fim, impressiona que os autores descartem cláusula da Constituição brasileira de que não gostam, com remissão a certa teoria que admite a “inconstitucionalidade da norma constitucional” e ensinem o aprendiz a negar vigência à Constituição conforme a racionalidade “do intérprete” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 135, 170 e 171).

Os piores abusos de direito são sofisticados e apresentam-se vestidos dos melhores ideais democráticos. Isso não lhes retira a verdadeira essência: cada abuso de Constituição é um pequeno golpe de Estado. A disfunção jurisdicional que abusa do *habeas corpus* é sofisticada perversão cultural que conspira contra o princípio estrutural da Constituição: o princípio democrático. Embora a discussão sobre abusos de *habeas corpus* seja inevitavelmente ligada à casuística, é possível extrair do caso concreto, mote de nossa reflexão, formulação abstrata. Partindo da divergência no STF em *Habeas Corpus* de n. 86.424/SP, limitemos o foco de nossa reflexão ao seguinte problema:

- a) se o STF está certo ao dizer, em *habeas corpus*, o que compreende ser a melhor interpretação do direito penal, como instância revisora do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ou
- b) se o STF está errado, segundo a melhor interpretação da Constituição, e por meio desse erro o que faz é apenas derrogar a própria Constituição, hipertrofiando-se de Poder.

Minha intuição inicial, desde logo, é pela segunda alternativa. Mas como pretendo ir além dessa intuição e esboçar um ponto de vista democrático, que não se limite a emitir uma opinião (como é mais corrente no discurso jurídico do que deveria), quero apresentar ao leitor o caminho todo dessa compreensão, desde a escolha das premissas

sas de valor até o encadeamento lógico das premissas com a resposta já fornecida, de modo intuitivo, à formulação do problema. Em termos rigorosamente lógicos, pretendo “provar” o argumento. As premissas de valor exigirão algumas digressões teóricas, que seguem como *prolegomena*, mas em realidade já estão imbricadas com o problema mesmo. Até porque nosso esboço de compreensão assume-se conscientemente como especulação “generalista”, curiosa por todas as coisas e que procura sentar as bases culturais para o aprofundamento do problema, sem qualquer menosprezo aos especialistas, mas sem limitar-se às especialidades que nem sempre se permitem captar o problema com a devida amplitude.

2 Prolegomena à compreensão jurídica

2.1 Direito é limite. Poder é ausência de limites

O direito, como limite que é, se faz duro para guardar a memória do que conquistamos. Os poderosos sempre prescindiram do direito, os dominados sempre lutamos por leis para guardar nossos direitos. “Além da justiça” – título com que Agnes Heller traduz sua filosofia sobre a justiça – explica exatamente essa natureza “apolínea” do direito. O que está além da justiça? A vida boa (HELLER, 1987). Tudo o que é bom na vida está além da justiça. Transformar o amor em contrato, relações humanas em penas e indenizações, tudo isso está no mundo da dura necessidade. Mas é terreno de necessidade que assegura nossas frágeis liberdades.

A liberdade é sempre frágil. O Poder a consome com facilidade sempre que lhe damos corda. Teorias e dogmáticas sempre existiram e hoje ainda são pródigas em dar corda ao Poder. São recorrentes na experiência universal teorias que flexibilizam as leis que com dificuldade conquistamos. O traiçoeiro disso tudo é que essas teorias apresentam-se com a dourada capa de “humanismo”. Interessante disso é que elas de fato contêm, mesmo nos seus exageros, pretensões humanistas. Há uma tensão talvez irresolúvel, aqui, pelo menos no plano abstrato.

Gilberto Freyre, notável intérprete da cultura brasileira, quase deixa-se cair em armadilha ao elogiar uma ocorrência de abuso formal do direito como “flexibilidade dionisíaca”. Foi no par apolíneo/dionisíaco que o mestre interpretou também o direito e a “voga do *habeas corpus*” na Primeira República, voga que, “através de Rui Barbosa, adquiriu no Brasil, após a Proclamação da República, uma flexibilidade dionisíaca, adquirida também pelo apolíneo futebol britânico” (FREYRE, 2004, p. 172).

É recorrente nas interpretações de cultura de Gilberto Freyre a dicotomia do apolíneo/dionisíaco, como, por exemplo, em notável perfil de Euclides da Cunha (FREYRE, 1987). O mestre via na perfeição de um Machado de Assis algo de apolíneo, de “inglês de imitação”, e exaltava em Euclides da Cunha a profusão tropical que talvez pela primeira vez apareceria na literatura brasileira com tempero nativo ou ameríndio (dionisíaco) e ao mesmo tempo dimensão universal. É justo, porém, acrescentar que não há facilidades caricaturais nos perfis psicológicos e culturais de Freyre. Por isso é bem possível que, se o autor apenas tivesse mais intimidade com a teoria jurídica, talvez chegasse a conclusão oposta ao elogio do dionisíaco *habeas corpus* da Primeira República (elogio feito de passagem, mais como um retrato de época). Se aprofundasse a questão, veria esse abuso como tradição tipicamente brasileira, sim, mas naquilo que tradicionalmente está arraigado entre nós como “autoritarismo” ou mesmo como expressão do “coronelismo” estudado por Victor Nunes Leal e referido com aprovação por Freyre no já referido perfil de Euclides (1987, p. 54).

Talvez Gilberto Freyre não tenha chegado a compreender que as tendências que se mostram mais explicitamente dionisíacas são potencialmente inautênticas, possíveis imitações sempre perigosas (porque contêm o pior dos temperos nativos, o autoritarismo) do direito inglês (e norte-americano), imitações recorrentes na tradição dos países de direito codificado. E imitações perigosas porque em direito só se assegura a liberdade dentro da “forma” e da tradição. De qualquer modo parece excessivamente caricatural desprezar como “apolíneos” os que se dedicam – com razão – a demonstrar que a técnica e a rigidez dogmáticas laboram em favor da liberdade e não contra, salvo quando se esterilizam em dogmatismo, que é uma disfunção. Disfunção

talvez comum na tradição germânica, mas que a grande tradição do direito brasileiro evita. O melhor de nossa tradição não é de dogmatismo estéril, é antes a elaboração da tensão entre os limites apolíneos de preservação da liberdade conquistada e os anseios dionisíacos de expansão das liberdades. Nossa melhor tradição jurídica se elabora na dogmática, mas de um ponto de vista democrático e liberal que permite englobar as tendências de expansão de direitos sociais. No constitucionalismo, é a vertente de um Pontes de Miranda, e hoje de Carlos Ayres Britto.

O par de categorias apolíneo/dionisíaco, todavia, também em nosso universo jurídico apresenta interesse e utilidade compreensiva. Funcionará como sismógrafo do potencial autoritário de dogmáticas que sempre se oferecem ao mercado de idéias (e hoje não só de idéias) como supra-sumo do ideal democrático. Desde que compreendamos que todo direito é limite, e como limite que é deve ser por natureza apolíneo, qualquer teoria de laivos dionisíacos pode ser recebida com desconfiança hermenêutica, porque pode, até mesmo sem querer ou saber, escancarar a casa dos direitos para a entrada triunfal do Poder. É como se – fixando-nos numa das duas versões da lenda – a caixa de Pandora contivesse todos os horrores, e essa flexibilidade dionisíaca lhe abrisse a tampa libertando-os, deixando nossa esperança no fundo. Teorias que parecem dionisíacas podem ser bem-disfarçadas tendências decisionistas que abrem a caixa de Pandora dos “sentimentos do juiz”, permitindo-lhe legislar ainda que auto-iludido, ou iludindo-nos, de que só legisla para “aquele caso concreto”.

São recorrentes na experiência universal manifestações dionisíacas na teoria e prática do direito. E são típicas facas de dois gumes: acrescentam humanidade, mas liberam o jurista menos nobre para o mais cruel barbarismo; temperam a dureza da lei (ou a rigidez constitucional), mas permitem que o jurista menos nobre subtraia soberania dos outros, hipertrofiando-se de Poder. Evitam a disfunção do *summum ius* e a *dura lex*, mas por vezes mais que freqüentes permitem ao jurista menos nobre diminuir nossas liberdades com a facilidade de quem profana textos “sagrados”, em que inscrevemos conquistas, quando a dureza da lei era exatamente a nossa vontade.

Lei é conquista, Constituição é conquista. Desconfiai de quem permite com facilidade demasiada ao intérprete “negar vigência à lei”, porque pode estar abrindo a caixa de Pandora e fundamentando a sentença com os piores preconceitos. Exemplificativamente seguem algumas manifestações dessas “ondas dionisíacas”.

2.1.1 A “escola livre de direito”

Corretamente criticada, na origem, por Max Weber (1987, p. 648-660), é onda dionisíaca que ressuscitou entre nós com a voga do “alternativismo” que grassou nos anos 80 e 90 do século 20.

Em tradições de direito codificado, anota Weber, essa “liberdade criadora do juiz” se dá, sobretudo, em função de uma aspiração dos juristas práticos modernos para elevarem o sentimento de dignidade de seu estamento, fortalecendo a consciência de seu poder (p. 655). Como exemplo, cita a freqüente observação que se faz na Alemanha à “distinguida posição dos juizes ingleses” (p. 656). E conclui que uma administração de justiça de tipo burocrático, recrutada em seus postos mais importantes dentre os membros da judicatura e, ademais, politicamente dependente dos poderes políticos dominantes no que toca às promoções, não pode equiparar-se às tradições suíça, inglesa e muito menos norte-americana. O que ocorre então aqui é que “quando se lhe priva da crença na santidade do formalismo jurídico e se lhe pede que emita ‘juízos de valor’, os resultados costumam ser completamente diversos dos que se obtêm nos países referidos” (p. 659).

De qualquer forma, a conclusão de Max Weber permanece inteiramente atual, quando afirma que:

Não é seguro que em países de direito codificado se possa converter o juiz burocrático num profeta jurídico apenas pondo em sua cabeça a coroa de “criador”. De qualquer modo, a precisão jurídica do trabalho é rebaixada quando, em lugar de conceitos jurídicos, se fazem incluir nos *consideranda* das sentenças razões sociológicas, éticas ou econômicas [p. 659].

Weber não chegou a comentar que tipo de diversidade de resultados se obtêm quando os juizes se libertam da forma para aplicar

considerações antropológicas e sociológicas às sentenças. Nós já temos uma noção aproximada dos horrores da caixa de Pandora.

Exemplifica o mesmo fenômeno o crescente desprestígio em que incorre jurisprudência criminal que já foi respeitável, como a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por conta de soberba interpretativa que chega às raias da aberração. É o caso, triste porque verídico, em que o tribunal gaúcho afastou violência presumida em estupro contra criança de cinco anos, porque com tal idade, segundo a maioria vencedora, a vítima já poderia dar consentimento “válido” ao ato sexual. O absurdo também decorre da vontade do tribunal de legislar, em substituição ao Código Penal, porque entendeu que “a pena prevista para o art. 214 do CP seria ‘muito alta’” (cf. Recurso Especial n. 714.979-RS, divulgado pelo informativo eletrônico *Consultor Jurídico*, edição de 1º set. 2005, disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>). Mesmo corrigido pelo Superior Tribunal de Justiça, o problema da soberba é que ela jamais se permite corrigir. E sempre reincide em sua própria soberba. Não admite incorrer em erro porque não pretende acertar. Quer mesmo exercer Poder. Sua soberania está acima de qualquer razão contrária, mesmo que seja a razão do povo inscrita em lei ou Constituição. Que esse gesto de soberba normalmente quebra o decoro em seu modo de se exprimir é também fenômeno mais que comum. Refira-se, a propósito, julgamento do mesmo tribunal gaúcho, de certo caso que os desembargadores consideravam “bagatela” e em que se julgaram no dever de passar “corretivo” no Ministério Público, recorrente, porque o acusador público devia parar de incomodar e ocupar melhor seu tempo e o dinheiro público (Embargos Declaratórios n. 70007545148, Rel. Des. Sylvio Baptista, julgamento em 19.11.2003, divulgado no informativo *Consultor Jurídico*, edição de 6 abr. 2004, disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>).

2.1.2 A “doutrina brasileira do habeas corpus”

A “doutrina brasileira do *habeas corpus*” foi corretamente criticada por Pontes de Miranda (1955). A propósito, é justo registrar que, embora se tenha impressionado pelo que considerou dionisíaco na voga

do *habeas corpus* conduzida por Rui Barbosa, que seria algo como o “futebol-arte” brasileiro, Gilberto Freyre não deixou de observar, a respeito do então jovem Pontes de Miranda, de quem refere publicações como *À margem do direito* (1912) e *A moral do futuro* (1913), que lhe parecia ser jurista que começava, “ainda jovem, a revelar-se homem, na sua especialidade, se não genial, quase genial” (FREYRE, 2004, p. 95). Vogas de abuso atualizadas como hipertrofia de Poder contra o princípio democrático da Constituição de 1988, que discutimos neste esboço de compreensão.

2.1.3 Flexibilização de cláusulas pétreas da Constituição

É também manifestação perigosamente dionisíaca a voga atual de flexibilização de cláusulas pétreas da Constituição e de identificação do Poder Constituinte ao (mal) denominado Poder Constituinte “derivado”, voga corretamente criticada na primorosa *Têoria da Constituição* de Carlos Ayres Britto (2003) como uma “contra-revolução dogmática, um contradiscurso constituinte” (p. 80). Autor que no arcabouço geral de sua reflexão teórica sobre a Constituição segue, atualizando-a segundo o discurso constitucional contemporâneo, a intuição central de Pontes de Miranda a respeito da “rigidez constitucional” como garantia do povo-constituinte contra maiorias circunstanciais e golpistas que sempre nos rondam em todo momento pós-Constituinte, quando, no dizer de Britto, a sociedade está menos desperta, “tirando sua sesta, porque representada”. Sobre a rigidez constitucional, já dizia Pontes de Miranda em 1916:

As defesas constitucionais, como se vê, são fráglimas. O direito comum precisava, na Inglaterra, de ser apoiado de contínuo por estatutos novos, porque os precedentes de onde em onde se chocavam. Daí as várias leis britânicas que por vezes estudamos em capítulos anteriores. Depois, a rigidez psicológica do povo inglês fixou-o. Como dispensar, em outro país, sob regime liberal, porém, ainda sem aquela rigidez, a garantia constitucional, em se tratando de direitos importantíssimos, ou remédios processuais imprescindíveis à liberdade? É então que se sente a necessidade da rigidez técnica da Constituição. Estava aberta, assim, ao mundo,

mais larga estrada de segurança e de acerto. Por outro lado, em que a muitos pese, é desgarrar em excesso da prática e levar muito longe o democratismo querendo que o “povo-legislador” ou o “povo-constituente” não precise de estabelecer restrições ao “povo-nacionalidade”, por parecer contra-senso teórico o restringir-se a si mesmo [1955, p. 104-105].

E arremata o mestre que:

O povo pode coarctar, não só os legisladores ordinários, ainda a si mesmo. Era o que afirmava Webster, no pleito Luther *versus* Borden. E muitas vezes, realmente, demarca poderes, entrosa funções e delimita alçadas, segurando-se assim dos azares da política e das reformas momentâneas “que as maiorias ocasionais soem promover” [p. 105].

2.1.4 Método interpretativo de Zaffaroni/Pierangeli

Por fim, ainda que de passagem, o método interpretativo proposto por Zaffaroni/Pierangeli, acolhido no Supremo Tribunal Federal por Gilmar Mendes, na mais benigna das interpretações, também se mostra, em sua “plasticidade hermenêutica” que desconhece limites formais, como instrumento perigoso na mão de quem aprecia hipertrofiar-se de Poder. Como as outras correntes dionisíacas referidas, é método perigosamente antidemocrático.

Mas já podemos fechar essa introdução culturalista ao problema e adentrar na onda dionisíaca que mais nos interessa: o refluxo de abuso do *habeas corpus*.

3 **Prolegomena à interpretação do problema constitucional**

Partindo do mesmo princípio cultural de que “direito é limite”, precisamos investigar a natureza e os limites do mais abusado dos remédios jurídicos, que é o *habeas corpus*. Na verdade ninguém mais, desde 1916, quando surgiu a monografia de Pontes de Miranda, precisa investigar coisa alguma, pois tudo está feito. O que surpreende é que

pouco se conheça, hoje, dos resultados da empreitada democrática do maior jurista brasileiro. Precisamos, então, não tanto criar ou investigar, nem inovar, mas *revolver a tradição*, lembrar o que foi esquecido. Que não foi esquecido por acaso, com toda probabilidade. Foi esquecido porque não interessa ao Poder.

3.1 Pontes de Miranda e os “limites do *habeas corpus*”

O abuso do *habeas corpus* é prática recorrente na história brasileira. Na Primeira República, por dicção elástica da Constituição de 1891, abusou-se do *habeas corpus* para tutela de todo tipo de direitos, prática conhecida como “doutrina brasileira do *habeas corpus*” (para repertório de decisões do STF, cf. RODRIGUES, 1991).

O jurista Carlos Maximiliano, como Pontes de Miranda, também denunciara o fato de que a dicção elástica do instituto na primeira constituição republicana possibilitava essa “aberração lamentável [que] manifestou-se depois de 1910 [porque] Alguns juízes singulares e a maioria do Supremo Tribunal Federal passaram a considerar o *habeas corpus* como garantia de direitos em geral; [que] substituía, portanto, a ação”. Mas “tal hipertrofia” – prosseguia Maximiliano – “é anormal e transitória (já vai passando até)” [1918, p. 734].

De fato as fronteiras elásticas do conceito tiveram termo com emenda à Constituição, em 1926, que deu ao *habeas corpus* a conformação que deveria ter até hoje: proteção do corpo do paciente contra violação líquida e certa a seu direito de ir, ficar e vir. A questão, pois, não é, como se diz a toda hora, um problema de Constituição, mas de abuso de Constituição. Ainda é tão necessário quanto era na Primeira República insistir na natureza e nos limites do *habeas corpus* para que ele não se transmude em imunidade disfarçada ou remédio abortivo da ação penal legitimamente instaurada. Objetivo, aliás, do jovem Pontes de Miranda, então com 23 anos. Não teve em mira vender o livro, recheá-lo com colagens para fazer “volume”, nada disso. O desenvolvimento de uma idéia inicial ou intuição vão fortalecendo-se mediante o exame de casos, doutrina estrangeira, enfim tudo que vai aclarando o terreno confuso. O que empresta à obra de Pontes de Miranda consistência e eternidade é a elaboração arquitetônica de seu

raciocínio jurídico, que não nos impõe a conclusão do raciocínio como sua “opinião”, mas desenvolve o raciocínio e nesse desenvolvimento ensina a pensar. Todos os seus argumentos se harmonizam, mesmo na casuística, em torno ao princípio. O princípio não é algo por sua vez arbitrariamente extraído da subjetividade do autor, embora para ele contribua sua personalidade. Personalidade que alia características raramente combináveis no universo do discurso jurídico: coragem, sem soberba; humildade, sem servilismo; largueza de conhecimento, sem arrogância ou falsa erudição; e na política a mescla ideal de pendores democráticos e liberais. Ontem, como hoje, a dissociação freqüente desses dois princípios ora faz pender o democrático para o demagógico (entre nós pela superfetação dos direitos fundamentais, percebidos em ótica substantiva, aliada a flexibilidades dionísias dos direitos, que chega a enveredar por vezes para um fundamentalismo político), ora transforma o liberal em arremedo de cuidado com as liberdades públicas, para tornar-se um travesti do *laissez-faire* que é em realidade máscara do autoritarismo e do parasitismo, que sugam do Estado o que querem, para perpetuação de castas que nem chegam a ser classes sociais, são estamentos construídos a partir do próprio parasitismo político.

É autêntico o retrato político que o autor faz de si quando em 1951 examina seu livro de juventude, para reedição. Então, diz que:

Quando, aos vinte e três anos de idade, escrevi este livro, já correspondia ele à formação liberal e democrática que recebi. Hoje, vejo-o de longe, com a excepcional acolhida que teve, reimpresso, durante 1916 e 1917, até que se gastaram os tipos. Livro de mocidade. Vejo-o, hoje, como réstia de luz que me acompanhou. Não lhe tirei um trecho [1955, p. 7].

Apresenta seu livro de juventude com a mesma utopia com que o escrevera, proclamando a esperança de que pudesse esse livro “instilar, no seu pouco, o amor da liberdade, a que não faltam inimigos”.

Lugar-comum dizer que Pontes de Miranda não perdeu sua atualidade, se não fosse autor pouco lembrado, pouco citado, talvez até mesmo pouco lido. Decididamente Pontes de Miranda não está na moda. Mas paradoxalmente ainda é o único autor com quem pode-

mos contar para esboçar um gesto de indignação contra a saraivada abusiva de salvo-condutos e trancamentos de ação ordinária, com que nos brinda diuturnamente a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal. Pontes de Miranda é um esteio firme, porque não se vexa de arvorar-se em defensor das liberdades públicas, mas não do jeito que fazem os que dizem defendê-las mais no papel que na vida real.

O autor parte de um diagnóstico de realidade: o abuso do *habeas corpus* não alarga as liberdades públicas. Ao contrário, alarga o espaço de Poder de quem o confere: “Entre nós, por exemplo, não foi a liberdade pessoal que se dilatou ali pelo segundo e terceiro decênios do século: foi o *habeas corpus* abusivo que se estendeu, sob a oratória de homens políticos, a novos casos” (1955, p. 30).

Feito o diagnóstico, estabelece a meta: estudar o *habeas corpus* a fim de estabelecer-lhe os limites, para salvaguarda da liberdade, porque é no abuso da forma jurídica que se escondem os propósitos mais obscuros e por vezes até grossa improbidade. E mais, porque o *habeas corpus* concedido erradamente priva a sociedade de algo valioso: a persecução penal. Reconhecendo o excesso dionisíaco da doutrina brasileira do *habeas corpus*, o autor se faz apolíneo, reclama por “limites”, compreendendo que, “para se defender um direito, é preciso que se saiba onde começa e onde acaba: o vago abre portas às indecisões e às controvérsias; portanto às injustiças [...]”.

Tal como Carlos Ayres Britto, que em sua *Teoria da Constituição* seguidamente repete suas idéias centrais, sem pejo de repetir-se, porque as repetições aqui não são mote para “encher páginas”, mas para harmonizar aspectos novos do mesmo problema com a idéia principal, numa unidade material de obra refletida, Pontes de Miranda repete ao longo do texto algumas idéias centrais, provadas no exame da casuística. A primeira delas, que denota obra construída para corrigir disfunções, insiste exatamente naquilo que o *habeas corpus* não é.

3.1.1 O *habeas corpus* não é remédio de justiça

Que significa dizer que *habeas corpus* não é remédio de justiça? Significa dizer que o *habeas corpus* é instrumento de asseguaração do

direito de ir, ficar e vir contra coação ou violência tão evidentes que esse direito se apresente com liquidez e certeza. Fazer justiça, ou “justiçar”, é algo completamente diferente de examinar uma situação líquida e certa de violência a direito de ir, ficar e vir. Colhemos as seguintes transcrições que talvez esclareçam a diferença:

Justiçar significa verificar a existência de situação jurídica e mostrar querer que ela se realize. Muito menor, porém, é a função do judiciário quando apenas vê, clara, relação ou situação jurídica, a todo o ponto líquida, e dela se utiliza para aferir a legalidade ou ilegalidade de caso sujeito ao seu julgamento. Ali, examina, escolhe, apura, inquire, e, no decidir por uma parte, recusa o que a outra ofereceu à prova. Aqui, apenas se certifica de relação ou situação jurídica incontrovertida [p. 259].

O *habeas corpus* [...] não confere direitos, nem os averigua em litígio. Apenas garante o indivíduo, quer para exercer direitos, quer não. Tal distinção só lhe importa secundariamente, – para evitar a anomalia judiciária de se decidir, em processo extraordinário de rito especial, questões de direito civil, político, administrativo ou penal, que só em juízo competente e em processo ordinário se dirimem [p. 257].

O *habeas corpus* não era nem podia ser forma hábil para apurar-se a legitimidade de direitos. É remédio especial contra a violência, ou coação, que sofre, ou teme sofrer, uma pessoa – e não o meio apropriado para se ampararem e furtarem de lide direitos que outros impugnam e dizem possuir, com fundamentos dignos, ou não, de serem examinados detidamente [p. 223].

Se não “faz justiça” o *habeas corpus* não é instância revisora do juízo errado do juiz natural sobre matéria de fato ou mesmo jurídica quando esse juízo é o “fim” do silogismo de aplicação do direito. O que nos leva à segunda característica singular do *habeas corpus*.

3.1.2 O raciocínio do *habeas corpus* é inverso ao de cognição ordinária

Ordinariamente, o juiz está sempre diante de situação “nebulosa”, em que duas partes contendem na perspectiva de terem o melhor

direito. No caso da ação penal, o acusador de um lado tendo a perspectiva de melhor direito a retirar, pelo menos potencialmente, a liberdade do réu pela aplicação da lei penal à conduta por ele, alegadamente, praticada; de outro, o réu, querendo sua “liberdade” por uma ou outra linha de defesa. Situação de dúvida que requer cognição ordinária. E nessas, isto é,

Nas contendas ordinárias, todo juiz, quando sentencia, julga e resolve sobre o direito. No processo de *habeas corpus*, a situação é toda outra: da liquidez é que se parte para que se dê ao paciente a ordem de *habeas corpus*, a fim de ir exercer esse direito líquido e certo [...]. Não se tutela o direito; segura-se o possuidor do direito. *Sendo litigioso o fato, se não cabe ao juiz ou tribunal competência para resolvê-lo, o único caminho é abster-se de conhecer do pedido* [p. 227].

O abuso do *habeas corpus* é mais problemático porque é remédio que deve ser passado de imediato, sem delongas no exame do mérito ou do fato (que deve ser provado com clareza e liquidez tais que não haja interpretação “melhor” nem espaço para *in dubio pro reo*). Quando se discutia o regramento legal para os limites do *habeas corpus*, ainda no Império, perguntava Saião Lobato (e suas perguntas são relevantes até hoje):

onde a segurança e regularidade do procedimento do juiz criminal, desde que se dê essa extensão ao emprego do *habeas corpus*? Pode-se admitir que o juiz superior, havendo recursos ordinários, interfira, com uma extraordinária decisão, contra *ato legítimo de autoridade competente*? [destaque do original]. É necessário que consideremos essa questão muito discretamente. Pelo projeto se dá todo elastério possível, toda a sua extensão, à garantia do *habeas corpus*; porém devia ter a sua natural limitação, para que não se converta em causa prejudicial da formação de culpa, ou meio de danar o procedimento da autoridade competente, desmoralizando o ato que *legal e legitimamente* praticou e que, no caso de injustiça, tem como corretivo os meios ordinários. É manifesto contra-senso converter o *habeas corpus* em recurso ordinário para reforma das sentenças da autoridade competente [discurso de Saião Lobato, em defesa de emenda restritiva à Lei n. 2.033, de 20.9.1871, ataca-

da pelo senador Nabuco de Araújo e pelo Partido Liberal, e citado com aprovação por PONTES DE MIRANDA, p. 137-138].

Na cognição ordinária, parte-se da incerteza e chega-se à liquidez no fim do processo, condenando ou absolvendo o réu. No *habeas corpus* é todo o contrário. A liquidez e certeza estão antes do juízo de soltura. Liquidez de direito é conceito que vem do direito privado, mas tem escorreita aplicação no direito processual. Significa quase o mesmo que se o réu apresentasse diante do tribunal um “cheque ao portador” ou outro “título de crédito”. Na ação penal, sua defesa não é jamais parecida a um título de crédito, é algo como a pretensão à inexistência da dívida, a ser alegada e provada, mas sob a garantia (agora para a sociedade) da cláusula chamada de *contraditório*, sempre vista apenas como direito constitucional do indivíduo, mas que é também direito da coletividade de indivíduos que tem legítima pretensão à condenação, quando for o caso. Ensina o mestre a propósito:

Abramos o dicionário de Pereira e Souza (*Esboço de um Dicionário Jurídico*, I, páginas não numeradas), e lá encontraremos a seguinte definição jurídica que vale por uma dissertação: “líquido é o que consta ao certo”. Nem mais uma palavra. E era o bastante. O direito, como a dívida, só por ser contestado, não deixa de ser líquido. A contestação, por si só, não o torna ilíquido. Litigioso, sim; porém não incerto. É líquida a obrigação quando à vista dela não se pode duvidar: *an, quid, quale, quantum debeat*. Líquidas são as dívidas de uma coisa certa, *obligatio rei certae*. Líquidos são os direitos quando a sua existência é afetada sem incertezas ou sem dúvidas, quando o paciente mostra que a sua posição legal é evidente, sem precisar para o mostrar de diligências e delongas probatórias [p. 262].

A liquidez, aqui, “em vez de ser ‘fim’, é o ‘ponto de partida’” (p. 227). É claro que toda ação penal contém iliquidez, porque será resolvida ao final. Não significa que ao final o Judiciário não possa constranger legalmente o réu à pena, nem mesmo que excepcionalmente não possa cometer “injustiça” por ter aplicado errado a lei ao caso concreto. Mas, sempre que isso ocorre, é pelos recursos ordinários que se corrige eventual má-interpretção (que *não* é sinônimo de erro judiciário, não se admitindo, por exemplo, revisão criminal por alteração mais benigna

na de orientação da jurisprudência), e não pelo rito do *habeas corpus*, rito “especial e célere, não tendo, portanto, como as sentenças ordinárias, função de cômputo de discussão, e sim mandamental” (p. 228). E só por isso exigir-se, de um lado, e ser possível, de outro, “em tão curto prazo, resolver-se acerca de uma prisão” (p. 228). O antigo Código de Processo Criminal do Império mandava que se passasse a ordem de *habeas corpus* em no máximo “duas horas” (fique claro que essa ordem aqui era de apresentação do preso à Corte, p. 221).

A vantagem, para as liberdades públicas, de rigor nos requisitos de liquidez e certeza é que se dificulta o abuso no processo em que mais rigor técnico se precisa (ainda que a muitos pareça simplório ou fácil) e mais necessária se faz a prudente discricção do juiz. Porque é socialmente um desserviço que a “ordem de soltura” seja resultado de disfunção no uso do remédio, redundando em imunidade de fato. Quando se defendeu a dispensabilidade da liquidez, afirmou Pontes de Miranda:

Tão rigorosamente opinei pela imprescindibilidade do requisito da liquidez, que me afastei do próprio senador Rui Barbosa, cujo discurso de 22 de janeiro de 1915 analisei com veemência, e então concluí com as seguintes palavras: “a doutrina é liberalíssima, mas, na prática, excluído como foi, o requisito da liquidez, os seus efeitos poderiam ser anárquicos, uma vez que nem todo o país frui a serenidade moral do grande jurista que a pregou” [p. 309].

Mais veemente não podia ser a conclusão da “luta” de Pontes de Miranda “pelo Direito”: impor limites ao abusado *habeas corpus*. *A flexibilização dionísaca no manejo do remédio termina – diríamos hoje de modo prosaico – sempre em “pizza”*.

O sentido original do *habeas corpus*, aliás, é mesmo esse: soltar ou mandar que se apresente o preso ao tribunal, para decidir sobre a prisão. *Habeas corpus* para “trancamento” de ação penal, estando o réu solto, apenas porque no final do processo e depois de resolvidos os recursos ordinários ele poderá ser legalmente constrangido à execução da pena, já é um desenvolvimento elástico e perigoso de “cog-

nição”. Admissível, sim, quando a ação penal se abriu ou teve curso mediante flagrante nulidade, ou for de conteúdo flagrantemente teratológico. Anote-se, de passagem, que, em caso de nulidade absoluta, o *habeas corpus* é benefício social (não ao réu) porque permite o recomeço do processo penal em tempo hábil, com o conserto da nulidade. Agora, quanto ao segundo caso, o problema é que numa hipertrofia de Poder se dá qualidade de teratológico a tudo aquilo de que não se gosta ou que, se fôssemos nós os acusadores ou juizes, não faríamos dessa ou daquela maneira. E é evidente que divergência de opinião não é sinônimo de bizarria do adversário, salvo para a soberba congênita. Então o que mais se vê, e não só no Supremo, em tribunais federais e no próprio Superior Tribunal de Justiça, é prática abusiva que vai muito além de sustar o teratológico. A soltura, em casos de prisão cautelar, por seu turno, também vem sendo exercida mais como “substituição de instância” do que como “revisão” de manifesta ilegalidade. Mas não queremos confundir terreno em si tão confuso com universo distinto como é o da prisão cautelar. O que enfocamos agora é apenas a revisão de dicção jurídica do Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus*, porque o STF cuidou entender que a opinião jurídica do STJ estava errada. Indagamos se, de acordo com a melhor interpretação da Constituição, essa postura do STF será valiosa ou anomalia.

Voltemos ao início da exposição. Dizia-se que em nossa tradição constitucional, pelo menos desde a República, o *habeas corpus* é ação constitucional. Seu conceito permanece praticamente o mesmo desde 1926, quando retomou a feição original do instituto. Por isso, tudo o que Pontes de Miranda ensina não está fora do tempo. Mas o problema que enfocamos é novo. Isso apenas porque o Poder Constituinte de 1988 “inventou” um tribunal constitucional e deixou para um tribunal judiciário superior a dicção suprema do que é mais correto no direito penal, o que nos remete para a teoria e a interpretação da Constituição, em visão mais larga. Já não parecem suficientes, embora ainda em vigor, as lições de Pontes de Miranda, pelo menos para o problema ampliado que formulamos. Escusado dizer que seguimos em boa companhia.

4 A hermenêutica da máxima eficácia principiológica da Constituição originária

Tal como fizera Pontes de Miranda, Carlos Britto (2003, p. 7) escreve teoria como reflexão democrática, para que a sofisticação (termo não por acaso aparentado com “sofista”) dos juristas não nos pegue desprevenidos. Procura provar quão perigosos para a democracia se fazem alguns dinamismos criativos ou “flexibilidades dionisíacas”. O objetivo do autor, aliás, declarado desde a introdução, é também o de “melhor rebater os fundamentos daquilo que se vem chamando de neoconstitucionalismo” (2003, p. 7).

Se fosse permitido traduzir a reflexão teórica de Britto numa frase, seria que ela busca fundar racionalmente um “sentimento de Constituição”. Vê a Constituição originária como emanção *de razão* do povo em sua máxima autoconsciência. O argumento é marcada e conscientemente hegeliano, sim, e com Hegel afirma que a voz do povo é a voz de Deus. Hegel não usava de demagogia nem pretendia que sua filosofia fornecesse armas ao populismo, de direita ou de esquerda. Ainda que muito mal-compreendido, esse intérprete liberal da modernidade tinha inteira razão em seguir imaginando a constituição como algo que deve ser concebido como criação um pouco divina (*Filosofia do Direito*, de HEGEL, § 273 e adições, consulto edição em inglês traduzida por Knox). Sobre a essência quase-divina da Constituição, e no mesmo tom da paráfrase ao Hamlet, segundo a qual a Constituição tem razões que nossa razão desconhece, anota Carlos Britto em rodapé que:

É indesmentida lição da História que o povo, quando em estado de intensa vigília (postura típica de quem vive o seu momento constituinte), possui o dom de levar os órgãos político-deliberativos à produção de uma obra melhor que os seus próprios autores. É nesses raros instantes que o povo atinge o seu ponto *ômega*, no sentido de elevar ao pico o seu estado de autoconsciência. Daí a mais ampla possibilidade de penetrar no âmago da sua natureza de poder que tudo pode, rompendo de forma ainda mais autêntica – porque ainda mais total – com o seu próprio passado jurídico-constitucional [nota 13 de rodapé à p. 63].

Parecerá inusitado ou fora de moda que uma teoria da Constituição comece seu arcabouço compreensivo com uma analogia entre “o Poder de Deus no Céu e o Poder Constituinte na Terra”. A analogia, porém, nada tem de sacrílega, pois é especulando como a *vox populi* é mesmo a *vox Dei* que se chega a conhecer a natureza do Poder Constituinte, poder que tudo pode, ao criar, mas que depois de criar é como se tivesse falecido. Por isso

a Constituição, na sua originária redação, não é feita *pelo* Estado. Ela é feita *para* o Estado, mantendo com esse Estado uma essencial relação *de unha e carne*, a ponto de se poder afirmar que *a cada nova Constituição corresponde um novo Estado* [p. 32].

[...] o povo, no estratégico momento em que elabora a Constituição, é uma instância exclusivamente política de deliberação. Encarna, assim, o puro poder, a unitária potência, o fato sociológico *bruto* (não juridicamente *lapidado*), a se manifestar por conduto de normas jurídicas originárias, enfeixadas na Constituição. Esta, por conseguinte, a jorrar daquele puro poder, e não o contrário. Assim como Deus, no preciso instante em que pronuncia o *fiat lux* mundano, tem que ser uma instância exclusivamente ideal ou transcendente, a atestar a primazia da idéia sobre a matéria, da consciência sobre a experiência, do espírito sobre o corpo [p. 33-34].

A Constituição, assim, pode ser imaginada “como a *certidão de nascimento e a carteira de identidade do Estado*” [p. 38].

Resumindo, de modo grosseiro, o argumento: o Poder Constituinte que faz a Constituição (p. ex., a de 1988) faz (funda) o Estado, daí que tudo que for a partir desse Estado criado ou recebido deve acomodar-se ao “núcleo duro” dessa Constituição. Por núcleo duro entende-se a densidade principiológica da Magna Carta. Nossa Constituição é rígida, petrealizada em seus aspectos principiológicos originários, porque é uma criação do Poder Constituinte que, como o Criador, julgou tudo que fez “bom”. É daí que pode nascer o tão necessário “sentimento de Constituição”. Argumenta Britto que:

se o Constituinte não anuncia que está a produzir uma Constituição garantida, uma Constituição *pra valer* (e só é *pra valer* na medida

em que *petrealizada*), deixa de revelar estima pela sua obra e não induz o povo, *ipso facto*, a praticá-la. Não inculca no povo uma estima ou um sentimento de Constituição, tão necessário para que ela se torne uma instituição viva. Para que ela se torne a própria condição da montagem de um Ordenamento que tenha na segurança das relações humanas o seu valor fundante por excelência [p. 79].

Assim como existe uma teoria da Constituição, deve existir uma hermenêutica da Constituição, diferente da interpretação normal das leis, porque diante da Constituição estamos em presença de um “santuário”. Interpretar a Constituição é cercar-se de cuidados, que não são apenas rigores lógicos, mas principiológicos. O primeiro cuidado é perceber que a Constituição é algo mais que a soma de seus pedaços. Como insistia Pontes de Miranda quando dizia que “a Constituição não é rol de recados”, Britto afirma:

A Constituição é documento normativo tão singular que não se confunde nem mesmo com o somatório mecânico de suas normas [p. 99].

Ante a Constituição, mais do que perante qualquer outro diploma jurídico, é preciso tocar nas suas normas com a delicadeza de quem lida com peças de cristal. Ela consubstancia um tipo tão articulado de unidade que faz lembrar a composição e o sentido de um poema. Se este se constitui de palavras, tais palavras somente conservam íntegro o seu papel de servir a uma obra de arte se permanecerem no contexto da poesia e no exato lugar em que se encontram. Permutá-las, substituí-las, destacá-las do conjunto, seccioná-las, enfim, é quase sempre repetir o fenômeno que decorre de se colocar, hipoteticamente, um pouco de qualquer das ondas do mar em um balde: a onda removida perde instantaneamente a qualidade de onda, que é uma coisa viva ou em movimento, e passa à condição de simples água salobra, que é uma coisa morta ou sem mobilidade própria [p. 99].

Sua densidade principiológica faz da Constituição documento singular. “São as normas-princípio que fazem da Constituição *uma densa rede axiológica de vasos comunicantes*” (p. 168).

A pequena remissão a algumas belas passagens (que não farão justiça ao texto, porque não podemos reproduzir todo o encadeamento lógico do raciocínio) talvez já baste para servir como bússola segura na interpretação do fenômeno que examinamos.

5 Reformulação do problema inicial

É tempo de voltar à casuística para dar à exposição algo mais de concretude. Formulamos, a partir de caso concreto, o problema de saber se o STF está certo, agindo precipuamente como guardião da Constituição, em corrigir erro de direito (admitindo para argumentar que o erro exista) do STJ na dicção do direito federal (penal) através de decisão extraordinária em ação constitucional de *habeas corpus*. Já vimos que – segundo o conceito mesmo do *habeas corpus* – esse proceder tem mais afinidade com a função jurisdicional de “fazer justiça” do que de coarctar violência. Segundo o conceito do *habeas corpus*, já existe abuso. (Será ironia da história que quem reclamava ontem de juízes justiceros, como anomalia, intente “fazer justiça” pela via extraordinária do *habeas corpus*?)

Mas o abuso tem algo de novo. Precisamos interpretar a Constituição e decidir se uma regra isolada de competência (do art. 102, I, *í*) torna legítimo esse proceder.

E, se não for o caso, tentar compreender que fenômeno jurídico ou político pode estar na causa da anomalia.

Pelo próprio modo de argumentar, que reputa grave inconveniência (que conduz a erro) a interpretação de regra constitucional aos “pedaços”, já nos afastaremos novamente da casuística para uma especulação mais abstrata, porém necessária. Queremos tentar conhecer – por visão aérea que seja – o sistema jurisdicional da Constituição para que o Todo nos ajude a compreender a parte.

6 O sistema judiciário de “direito”

Sabe-se, e é primoroso o voto de Sepúlveda Pertence a respeito (RHC 79.785-RJ), que na tradição constitucional brasileira apenas a

Constituição do Império adotou como princípio constitucional o duplo grau de jurisdição. Visualizando o princípio em sua concepção mais larga de revisão integral da decisão (e não a possibilidade de incidência dos recursos “jurídicos” como são em nosso sistema o especial e o extraordinário) por órgão de hierarquia superior ao que decidiu, não há como extrair tal princípio da Constituição brasileira. A questão que formulamos é outra, porém. Só por não abrigar explicitamente o princípio do duplo grau de jurisdição entre as garantias e direitos fundamentais se pode dizer que o sistema judiciário estruturado pela Carta Magna desconhece o duplo grau de jurisdição ordinária? A resposta é não. Então se pode dizer aqui que o duplo grau não está na Constituição (como garantia), mas está na Constituição (como regra arquetônica, estrutural do sistema judiciário). A ausência explícita do princípio tem razão lógica. A partir do instante em que se decidiu por alguns foros privilegiados para certos cargos públicos a Constituição admitiu a hipótese de existirem julgamentos em instância única. A Constituição não é, ao contrário do que alguns apressados intérpretes afirmam, autocontraditória.

Não existe aqui – como se poderia pensar à primeira vista – menos democracia na Constituição de 1988 que na do Império. O princípio do duplo grau de jurisdição é princípio universal de processo e nada na experiência democrática recomenda que se admitam como regra juízos singulares irrecorríveis. Primeiro pela natural falibilidade de qualquer juízo humano e segundo porque só o fato de ser irrecorrível freqüentemente já é causa dessa disfunção jurisdicional que chamamos de soberba (daí um problema essencial do *habeas corpus* erradamente concedido, que, salvo na jurisdição de primeiro grau, se concedido, é irrecorrível, desde que se retirou de sua processualística o chamado recurso de ofício, obrigatório, sem dar em contrapartida ao Ministério Público direito a recurso voluntário). De mais a mais, o que muitos viram como “princípio” do duplo grau na Constituição do Império talvez seja menos uma garantia individual que princípio estrutural do Poder Judiciário, até porque disciplinado no art. 158, que naquela constituição integra o capítulo do Poder judicial.

Ora, sendo concebido apenas como regra estrutural, o duplo grau ainda está lá na Constituição, e ainda é relevante para que se compreen-

dam algumas disfunções de jurisdição, entre elas o abuso de *habeas corpus*. E também parecerá legítimo conceber que mesmo aquelas regras estruturais da Constituição, que “desenham” o Estado, contêm uma densidade principiológica que funciona como sistema que, na expressão de Pontes de Miranda, “demarca poderes, entrosa funções e delimita alçadas”. Porque teremos uma situação se o desenho do Poder Judiciário na Constituição for uma espécie de “pirâmide” de hierarquias em todo o amplo espectro de jurisdição, com o STF no ápice e os juízes singulares na base, e outra bem diferente se o desenho for um trapézio, formado por juízes singulares na base e tribunais federais e estaduais logo acima, trapézio ligado aos tribunais superiores por “elos” de jurisdição extraordinária tendentes a dar forma de “União indissolúvel” ao sistema federativo também no prisma da jurisdição. Parece-nos que este último é o desenho constitucional, que funciona, em grandes linhas, segundo o duplo grau de jurisdição ordinária. Isto significa que toda causa será, em tese, apreciada, seja nos fatos seja no direito, por juízes singulares (estaduais ou federais) e revisada, sem qualquer limitação, por tribunais (estaduais ou federais). Para harmonizar esse sistema jurisdicional ordinário, forjado em duplo grau de jurisdição, com o pacto federativo, prevê a Constituição acesso aos tribunais superiores através de recursos sobre matéria de “direito”. São os chamados recursos jurídicos. Aqui interessa menos fazer justiça à parte do que uniformizar a interpretação da lei federal ou da Constituição. São esses recursos de dois tipos. O especial, que harmoniza a República objetivando a aplicação mais uniforme do direito federal (direito penal, por exemplo) e o recurso extraordinário, em que o Supremo Tribunal Federal funciona como guardião da Constituição, revisando interpretações não autorizadas que partam de qualquer órgão judiciário de única ou última instância (art. 102, III). A Constituição não quis que houvesse um direito penal em Santa Catarina e outro no Acre, ou interpretações diversas da Constituição nos diversos estados, porque tais divergências seriam fontes de desarmonia na “União indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal”.

Seguidamente ouve-se que a Constituição quis um tribunal constitucional, mas não teria sido feliz em sua criação enchendo o STF de competências ordinárias. É possível. Mas devemos, antes de criticar a

criação do Poder Constituinte, cuidar de interpretar a Carta como ela “quis”. E ela com certeza enumerou diversas funções para o STF, mas fez dele, segundo cláusula da oração principal que conceitua o STF, tribunal supremo a que compete, “*precipualemente*, a guarda da Constituição” (art. 102, cabeça). Quem é guarda da Constituição não é “precipualemente supremo intérprete do direito federal”. Se a Constituição entrega a um tribunal superior a uniformização de interpretações do direito federal, também lhe dá essa função de modo “supremo”. Não há hierarquia jurisdicional entre o STF e o STJ na dicção do direito federal. Até se pode dizer, de modo retórico, mas real, que *como intérprete do direito federal o STJ é Supremo e o STF apenas Ordinário*, porque este último somente julga o direito federal em suas competências originárias, ou seja, aquelas exercidas por tribunais para harmonia do sistema jurisdicional com o sistema de foros privilegiados. Mas voltemos à vida como ela é.

7 O sistema judiciário “de fato”

Será que a imagem apresentada antes é a imagem que faz de si o Supremo Tribunal Federal? Parece que não, que a imaginação dominante é de que o Supremo Tribunal Federal é juiz supremo de todo o direito. Salvo engano, porque refiro de memória, o ministro Marco Aurélio de Mello, em aula magna em certa Universidade, transmitida pela TV Justiça, apresentou uma imagem de Supremo como “intérprete supremo de todo o direito” nacional, com suporte numa idéia interessante de que o Ordenamento jurídico é um Todo orgânico. Com menos nobreza argumentativa, no *habeas corpus* que examinamos, sobre crime denunciado no bojo da Operação Anaconda, ficou claramente assentado pela maioria da 2ª Turma que o STF é quem dita, em última instância, no Brasil, o que é crime e o que não é. Gilmar Mendes explicita com seu verbo quiçá extravagante que vê clara “hierarquia jurisdicional” onde a Constituição só criou hierarquia “funcional” (porque os Ministros dos tribunais superiores têm foro privilegia-

do no STF). Seja como for, a idéia de Todo orgânico do ordenamento jurídico não pode conspirar contra regra de repartição de poder prevista na própria Constituição. Não pode violentar o princípio do juiz natural. Chamamos à baila o princípio do juiz natural para que some densidade principiológica ao duplo grau de jurisdição (que explicitamente não é garantia constitucional). Somado àquele, parece que esta regra estrutural que desenha o sistema judiciário ganha em eficácia, pelo menos para permitir identificarem-se disfunções, como o abuso de *habeas corpus* que seguidamente dá a impressão de que nosso sistema jurisdicional obedeceria a um triplo ou quádruplo grau de jurisdição ordinária. Para batizar essa anomalia com seu apelido corrente, a disfunção seria o “*habeas corpus saltitante*” que alegre e faceiro discute em três ou quatro graus de jurisdição, sempre de modo unilateral, o mérito da acusação, se e quando o acusado possuir os recursos para esse “acesso” (disfuncional) à Justiça. Abramos um rápido parêntese para anotar como essa disfunção conspira contra a cláusula constitucional mais nobre do sistema jurisdicional, a do acesso à Justiça. Porque com certeza não são todos que terão acesso à disfunção do abusado *habeas corpus*. Para os “mais iguais” valem as limitações da natureza mesma desse remédio, freqüentemente reconhecidas, mas que na disfunção se esfumam como que por mágica. Não é o sofrimento de qualquer preso que se transmuda em “violência” hábil a suprimir instâncias, hipertrofiar-se de Poder e da Verdade (própria).

A compaixão é a mais humana das virtudes, ensina Santo Agostinho, mas sob condição de não ser exercida em detrimento da Justiça (Cidade de Deus, 1ª Parte, Livro 9º, capítulo 5). Não há muito tempo no julgamento do habeas corpus, daí que na ausência de rigor ou limite freqüentemente acontecerão casos lamentáveis como o de Cacciola ou dos Maluf. Neste último não houve tempo sequer para cogitar quão perigoso é precedente de soltar-se o réu, processado em prisão cautelar por crime de consumação em modalidade permanente (como é a manutenção de ativos ilícitos no exterior, do art. 22 da Lei n. 7.492/1986) “no instante mesmo de consumação do delito”. Isto é: rigorosamente em “flagrante”. Seria como se o juiz libertasse o agente de-

nunciado pelo crime de cárcere privado, mantendo a vítima presa. Segundo, é evidentemente exigível que o Estado tenha uma certa “disponibilidade” de tempo para ir, ficar e vir, e assim repatriar o produto do crime, o que é sempre burocrático e demorado, não se concedendo essa facilidade aos réus. Ainda mais em se tratando de delito de “magnitude”, cláusula positiva e constitucional, embora dela não goste o Supremo Tribunal.

A hipertrofia de poderes que se pratica com o abuso de *habeas corpus* torna o acesso ao Judiciário, que já é censitário por natureza, ainda mais visivelmente injusto do ponto de vista da igualdade formal de todos diante da lei. Porque já é mais que intuição que o *habeas corpus* saltitante do triplo ou quádruplo grau de jurisdição não vale para todos.

Mas voltemos ao discurso constitucional.

8 Quem deve ser intérprete supremo do direito penal?

Pretendíamos encontrar algum socorro na densidade principiológica das regras estruturais mesmas do sistema judiciário. Até agora pode parecer apenas um giro retórico (embora não seja só isso) afirmar o STJ como Supremo em questão de direito federal e o STF como tribunal ordinário quando conhece desse direito em sua competência originária. Mas pode-se ir além. A Constituição mesma possui chaves para solução desses conflitos ou incidentes de “usurpação”. Precisamos insistir nisso, que o Todo é que ajuda a interpretar a Parte e não a Parte isolada quem se comanda. Como expressou tão bem Pontes de Miranda,

A Constituição não é rol de recados, montão de minudências, acervo de pormenores: é sistema. Os seus princípios valem tanto quanto suas palavras. Tudo nela se entrosa. Nenhum poder soberano se eclipsa. Todos gravitam, incólumes, no seio de sua órbita. Deixou de prever um fato, uma condição excepcional, um choque de interesses, um incidente de usurpação, de vilania, de prepotência? Os seus princípios respondem. São eles os esteios de sua construção, as paredes máximas do edifício. Não a fragmentem os juristas,

nem a dilacerem em máximas inexpressivas, sem vida, sem alento, sem a vibração do conjunto, essencial a seu sentido, os que tripudiam sobre as suas obscuridades e insuficiências. Porque a Constituição é todo, como disse H.Von Holst [...] não foi feita para ser miudeada, a golpes, pelos profanos [p. 348-349].

Façamos então uma pausa para ouvir-lhe os princípios. E aqui valerão como princípios regras normalmente desconsideradas, ou tidas meramente como excesso de minudência da Carta Magna, como são as regras constitucionais de *formação* desses dois tribunais superiores. Não é à toa que são formações diferentes. A figura do STJ é típica de um tribunal judiciário, ao qual se ascende depois de uma carreira jurídica relativamente longa (veja-se o requisito de 10 anos de efetiva atividade profissional para a nomeação de representantes da Advocacia e do Ministério Público). Não se pode imputar ao Poder Constituinte desconhecimento de que as carreiras judiciárias (e jurídicas com acesso aos tribunais) são eminentemente conservadoras. O que se pode deduzir é que se pretendeu dar ao STJ uma função eminentemente conservadora. Isso porque conservar a melhor dicção do direito federal contra, por exemplo, decisões que lhe negam vigência, é por natureza uma função jurisdicional de caráter *conservador*. Já para a Corte Constitucional quis o constituinte que fosse um tribunal sempre renovado por juristas que não venham necessariamente da mentalidade meramente “ascensional” das carreiras jurídicas. Não quis que fosse o “ápice” das carreiras de juizes dos tribunais que integram o sistema jurisdicional. Por isso tem razão Sepúlveda Pertence quando afirmou que não via no Supremo Tribunal Federal aquele “reacionarismo congênito” com que o caracterizou Rezek (em RHC 79785-7/RJ, p. 16). Mas também é possível que Rezek tenha caracterizado não o tribunal constitucional com que sonhamos na Assembléia Nacional Constituinte, mas o “tribunal judiciário” que vinha da ditadura militar, e então teria acertado completamente, porque tribunais judiciários têm em sua conformação uma natureza eminentemente conservadora, e não se prestam por isso a ser tribunal constitucional. Apenas de passagem, não parecem acertadas as críticas feitas à nomeação de ministros do STF como ato político de discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, secundado pela aprovação do Senado. Não só é a

chancela da soberania popular que se estende ao STF, como tribunal constitucional, mas também a possibilidade (que dependerá, como tudo o mais depende, do acerto ou desacerto que o povo fizer em suas escolhas) de renovação da Corte Constitucional com ares que não venham necessariamente do limitado universo judiciário. Acertos ou desacertos pontuais não devem aqui ser critérios de invalidação da opção do Poder Constituinte, em si racional e legítima.

Voltemos à conformação constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Afirmamo-la como um típico tribunal judiciário.

Tribunais judiciários têm méritos e deméritos. Entre os méritos, está o fato de que (ressalvados os de menor porte) possuem turmas especializadas para a matéria criminal. É fato observável que todos os que não tenham vocação para a matéria criminal dela fogem, quando podem, dedicando-se a outros assuntos, de modo que vêm a compor as turmas criminais do STJ normalmente juristas com larga experiência na lide criminal, sejam originários da magistratura, da Advocacia ou do Ministério Público. Experiência que não é exigível, e a Constituição mesma não julgou necessária, dos ministros do STF. De mais a mais, a competência criminal do STF é apenas a originária e *não devia* ser tão comum que autoridades com foro privilegiado saíssem cometendo toda sorte de delitos. Por isso, no STF, a apreciação de matéria penal infraconstitucional dificilmente terá o grau de repetição com que se apresenta nos tribunais ordinários e no STJ. Já temos aqui dois aspectos “superiores” dos tribunais meramente judiciários (a expressão de Evandro Lins e Silva deve ser compreendida como descrição de jurisdição incompatível com a supremacia da jurisdição política do Supremo Tribunal, não como sentido pejorativo ínsito a qualquer órgão judiciário): a) em geral, quem se dedica a assuntos criminais nesses tribunais tem larga experiência na carreira, já viu muito e por isso sabe também muito (presume-se que todos que se deparam pela primeira vez com um caso produziram, pelo menos dentro de seus limites, sua melhor opinião jurídica a partir das fontes); b) nos tribunais judiciários há repetição infundável de casos, que permite por natureza a correção do erro de ontem no acerto de amanhã. A repetição de casos, que não ocorre nas competências originárias dos tribunais, permite presumir que há uma reflexão longa e amadurecida sobre deter-

minadas matérias. É claro que congelam-se muitos vícios e preconceitos, no mesmo passo. A verdadeira “enxurrada” de casos por vezes congela uma primeira impressão sobre um fato, impressão que talvez nem fosse a melhor. Agora, nos tribunais judiciais esses defeitos vão sendo muito mitigados pela necessária estrada de “contraditório” (princípio da Constituição que tem sido marginalizado pela “voga de *habeas corpus*” transformados em verdadeiros processos de cognição a partir de elementos unilaterais de informação) que os casos percorrem até chegarem à mão de ministra(o) do STJ. Nada disso acontece na jurisdição penal originária do STF, de sorte que os defeitos de uma impressão primeira e não refletida sobre a melhor dicção do direito penal vão, por regra de necessidade, acontecer exatamente nesse Supremo Tribunal.

De tudo isso, concluímos que a palavra do STF não é, em tese, a suprema interpretação do direito penal, segundo quis o sistema constitucional. Em hipótese, a observação não desafia essa tese, mas não podemos provar o que exigiria enorme inventário de casos e método diverso ao da presente tentativa de compreensão.

9 Antinomia aparente entre o princípio hierárquico do *habeas corpus* e a repartição funcional de competências supremas entre o tribunal constitucional e o STJ

Afunilando o problema, chegamos então à pergunta mais difícil, que é a que sempre parece a mais banal: “mas, afinal, para que serve então o art. 102, I, *i*, da Constituição?”.

Mesmo aqui é preciso alguma digressão abstrata antes de responder, para que vejamos um último aspecto do *habeas corpus*, que é sua competência.

Teoricamente, a competência em *habeas corpus* se define pelo princípio da hierarquia (com escusa pela insistência por citar, mais uma vez, porque fonte autorizada é para ser consultada: PONTES DE MIRANDA, p. 446). E por quê? Basicamente por regra de simetria. O “fato” que dá origem ao *habeas corpus* não é fato normal nem atividade regular de qualquer autoridade. É fato excepcional, pelo menos em situação de

normalidade democrático-constitucional. Quer dizer, em toda coação sustada por *habeas corpus* deveria estar ocorrendo um “abuso de autoridade” e todo abuso de autoridade é crime. Compete sustar a violência ao órgão judiciário que seria competente para processar criminalmente o autor da coação. Teoricamente, também, por ser ato de violência criminal, todo ato coator deveria provir de pessoa física identificada por nome próprio, sobrenome, qualificação (necessariamente como autoridade pública ou quase-pública). Ora, será tão anormal que a jurisprudência criminal divirja a respeito de fatos mais complexos, sobre se constituem crime ou não? Parece que não. Afigura-se claro, porém, que o próprio texto constitucional previu a possibilidade de que ato de coação ilegal ou violência arbitrária possa ser praticado por colegiado com função jurisdicional. Por isso, previu, pelo princípio da hierarquia, que compete ao STF processar e julgar o *habeas corpus* quando for coator “Tribunal Superior” (art. 102, I, *i*, redação dada pela Emenda Constitucional n. 22, de 1999), porque compete ao mesmo Supremo Tribunal processar e julgar originariamente os Membros dos Tribunais Superiores (art. 102, I, *c*). Parece que haveria antinomia entre o princípio hierárquico que submete os atos de Tribunal Superior (que podem ser atos tipicamente jurisdicionais) ao STF, quando se cuidar de *habeas corpus*, e a função constitucional que vimos atribuindo ao STJ, de ser supremo intérprete das questões de direito federal que lhe competem. Mas a contradição é totalmente aparente, e resolve-se respondendo à pergunta mais difícil: “e para que serve a competência do STF de julgar *habeas corpus* quando coator for Tribunal Superior?”.

Diria, exagerando talvez na fonte, ainda com Pontes de Miranda: “A constituição não é rol de recados, montão de minudências, acervo de pormenores: é sistema”. Logo, a competência do art. 102, I, *i*, serve para tudo para quanto serve o *habeas corpus*.

Dito de novo: o problema não é de Constituição. Esse “tudo” é o que deve enquadrar-se aos limites da Constituição e à própria natureza do *habeas corpus*. É certo pelo exame da Constituição que o Superior Tribunal de Justiça tem competências originárias para processar e julgar autoridades, como por exemplo, governadores dos Estados. Quem detém competência criminal originária pode exceder-se, enlouquecer, acovardar-se, ou seja lá que outra extravagância se imaginar. E por

isso pode, excepcionalmente, coagir alguém ilegalmente em sua liberdade de ir, ficar e vir. Não estará, contudo, coagindo alguém ilegalmente se disser, em sua competência suprema como intérprete do direito penal, que, entre duas interpretações possíveis, a melhor é aquela que julgar incidente certa norma penal a certa conduta. O que se tem aqui é algo que faz parte da absoluta normalidade. E normalidade não é terreno de correção por *habeas corpus*. Se não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer a matéria criminal em sua competência originária, como juiz natural, não pode esse Supremo Tribunal aproveitar a cláusula de competência do art. 102, I, *i*, para “empurrar” (com permissão pelo verbo forte e prosaico, mas verdadeiro) goela abaixo do STJ uma determinada interpretação que seus ministros entendem ser “melhor”. Se não pode fazer o que faz, temos nada mais nada menos que um incidente de usurpação. E usurpação é sempre uma palavra que tem sentido político. Quem usurpa o poder de outrem, concentra poder em si. Viola assim a espinha dorsal da Constituição, que é o princípio democrático.

Resultado de toda usurpação é um pequeno golpe à Constituição. Amesquinha-se aqui o tribunal constitucional, cuja função precípua é de guarda da Constituição, para concentração de Poder num tribunal meramente judiciário, que não só não guarda precipuamente a Constituição como a deturpa essencialmente. Outro caso de hipertrofia de jurisdição ordinária – não prevista na Constituição e incompatível tanto com o conceito de *habeas corpus* como com seu princípio hierárquico – é o *habeas corpus* para revisão de ato jurisdicional das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais (registre-se, a propósito, que na questão específica o entendimento é majoritário, no entanto já simulado no verbete 690, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, como se vê pelo julgamento do HC 83228/MG, noticiado no Boletim 395, de 10.8.2005, julgamento do Plenário).

Resulta da usurpação e ampliação de competências ordinárias que a enxurrada de processos que normalmente não deveriam ser apreciados pelo STF não lhe deixa tempo de amadurecer as questões constitucionais de sua competência precípua, e que os julgamentos sejam feitos, segundo certa vez se revelou, “a toque de caixa”.

Se cada oscilação de jurisprudência criminal fosse causar “constrangimentos ilegais”, todo o sistema judiciário já teria desabado, porque todo sistema judiciário é feito, necessariamente, de erros e acertos. Quem é julgado pela “orientação predominante” ao tempo de seu julgamento, se observadas regras de competência e devido processo legal, é julgado com inteira legitimidade. Não existe sistema judiciário infalível, e todo sistema cometerá erros. Mas nem mesmo o eventual “erro de interpretação do Direito” é erro judiciário. Os eventuais erros de interpretação (que existem, como é normal) no STJ serão mitigados porque esse tribunal nacional está em permanente contato com a repetição de casos e com a jurisprudência criminal de todos os tribunais do país, podendo captar aqui e lá quem teve a melhor opinião sobre determinada matéria. Ao contrário disso, a disfunção do *habeas corpus* saltitante é prejudicial ao direito como um todo, porque fundamentalmente o empobrece. Principalmente por falta de discussão, falta de contraditório.

Façamos um retrato da miséria jurídica de discussão em *habeas corpus* e se verá a prova disso. O réu, processado por fato que razoavelmente foi considerado criminoso, apresenta-se diante do STF como paciente em *habeas corpus*. Para isso alguém peticiona e expõe razões unilateralmente, freqüentemente produz prova originária no juízo de impetração do *habeas corpus*. Isso quando não instrui a petição inicial com uma “edição” do processo originário. Isto é, valendo-se de sua absoluta liberdade, recorta e cola (e a analogia com os procedimentos de um editor de textos eletrônico é propositada) aquilo que lhe interessa. Caso deixe nos autos originais, lá na primeira instância, um documento, uma prova, um relatório, enfim o Todo que dá colorido à situação, isso passa naturalmente como seu legítimo direito e dever do advogado que busca, antes da justiça, a eficiência de sua atuação para seu cliente. É certo que o Ministério Público opina no *habeas corpus*, mas quem opina aqui não é necessariamente a parte que formou convicção, conhece as provas e o processo como todo acusador público responsável deve conhecer, isto é, na palma da mão. E ainda assim, quando o parecer do MP é desfavorável, por via de regra, o impetrante mais eficiente apresenta “memoriais” a cada juiz, por vezes até mesmo diretamente nos gabinetes, memoriais que “aparecem” no dia do

juízo de julgamento pegando de surpresa até mesmo o membro do Ministério Público que oficiará na sessão de julgamento, que nem sempre é o mesmo que examinou os autos. A própria história do caso, que é agraciado com o *habeas corpus* saltitante, é uma história pobre, porque lhe falta em geral todo o colorido das histórias reais.

Para coroar o sistema de miséria de direito, resta imaginar se todo *habeas corpus* também será apreciado pelo Tribunal “a toque de caixa”.

Encerremos, com uma conclusão também na casuística, o objeto de nossa discussão. O fato é que, estando certo ou errado o entendimento de Gilmar Mendes, não competia ao Supremo Tribunal Federal trancar ação penal discutida no *habeas corpus* de n. 86.424/SP. Aumenta nossa preocupação com a hipertrofia de Poder nesse Tribunal a dicção explícita, pelo ministro Gilmar Mendes, de que não se abalança a subscrever a tese de subsistência ou predomínio do juiz natural. A preocupação é mais legítima se a situamos em caso de abuso de *habeas corpus* porque, para o predomínio da (sempre discutível) melhor Razão do Supremo Tribunal Federal, em matéria que não é de sua interpretação suprema, jogam-se fora, com excessiva facilidade, pedaços essenciais da Constituição que asseguram que vivemos em regime democrático no qual não se usurpem competências. Para o Mal ou para o (suposto) Bem. Para a Injustiça ou para a (suposta) Justiça.

10 Da soberba

Por fim comprova-se também o juízo de experiência que abriu nossa discussão: quem abusa de direitos sempre confunde coragem com soberba.

O *habeas corpus* é o mais nobre dos remédios constitucionais e, como instrumento da democracia que é, continua sendo democrático até mesmo quando abusado. Porque o juiz pode enxergar com liquidez e certeza que o vermelho é azul e os outros são bizarros daltônicos, mas precisa deixar isso escrito. O Verbo tem seu quê de divino no que também nos conforta. Nós vemos a soberba com seu nome próprio e assinatura.

Quem guarda a Constituição precisa tocar nas suas normas com a “delicadeza de quem lida com peças de cristal” (CARLOS BRITTO, 2003) e não brincar tanto com palavras imaginando que os outros não saberemos ler nas entrelinhas. Precisa ter cuidado com as palavras, não só para não ser grosseiro, mas para construir juízos que reverenciem o santuário da Constituição e não se ponham a disputar com ela, como quem se mede com Deus. O conceito da soberba é exatamente este.

Especulando sobre a origem e usos da palavra “demônio”, Santo Agostinho recorda o ensinamento platônico, no Crátilo, que fala da etimologia da palavra no verbo *daemon* que significa conhecer. Daí já intui que o demônio tem algo a ver com saber. Mas Santo Agostinho, que vive “debaixo das Escrituras” como em um santuário, recolhe do Apóstolo, inspirado pelo Espírito Santo, algo que vale a pena ouvir: se o conhecimento infla, enfatua, o amor constrói, edifica. Para Agostinho, a única interpretação correta disso tudo é que “o conhecimento é válido quando informado pela bondade”. Sem bondade, o conhecimento enfatua, infla, exalta para uma arrogância que não é senão um vazio cheio de ar (consulto a edição inglesa de SANTO AGOSTINHO, 1984, parte I, livro IX, capítulo 20).

Essa tendência à hipertrofia de Poderes que criticamos no *habeas corpus* saltitante é, em última análise, conduta que se mede com o “limite” da Constituição, em seu princípio estrutural que é o princípio da divisão democrática de competências. É uma falta de abertura para a verdade ou a razão dos outros, enfatuada e ensimesmada na verdade própria que se crê possuir pelo conhecimento. Mas um conhecimento sem “sentimento de Constituição” (equivalente, no discurso constitucional, à bondade referida pelo filósofo) apresenta-se como o Poder, despido de autoridade, o Poder em sua face bruta:

[...] instrumento que é de prepotências e iniquidades de toda sorte. *Matéria-prima explosiva*, então, pela sua própria natureza (para além da famosíssima advertência de Montesquieu, segundo a qual *todo aquele que detém o poder tende a abusar dele*, Bobbio esclarece que prefere a expressão “vulto demoníaco do poder” a “alma demoníaca do poder”, simplesmente porque o poder não tem alma) [BRITTO, 2003, p. 81].

A soberba é esse “vulto demoníaco” do Poder. É disposição de ânimo visceralmente incompatível com a função de guardião. Para essa modesta função, há que se ter coragem de ser verdadeiramente humilde diante da Razão do Povo inscrita na Carta Magna, porque pode-se descobrir que ela escreve certo por linhas tortas, que ela tem razões que nossa razão desconhece, quando não procura conhecer.

Soberba é o nome da mão que abre a caixa de Pandora.

Mas, se depois de escaparem todos os horrores a esperança fica no fundo da caixa, deve haver uma boa razão.

A esperança é aquela réstia de luz de que falou Pontes de Miranda. Quiçá possa nosso esforço ter sido portador de alguma luz em terreno áspero e difícil, como é a tentativa de compreensão de abusos de *habeas corpus*. Oxalá possa essa réstia de luz seguir ajudando a “instilar, no seu pouco, o amor da liberdade, a que não faltam inimigos”.

Referências

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225 p.

FREYRE, Gilberto. *Perfil de Euclides da Cunha e outros perfis*. 2. ed. aum. Rio de Janeiro: Record, 1987.

_____. *Ordem e Progresso*. 6. ed. rev. São Paulo: Global, 2004. 1114 p.

HEGEL, G.W.F. *Philosophy of right*. Translated with notes by T.M. Knox. Oxford: Oxford University Press, 1967.

HELLER, Agnes. *Beyond Justice*. Oxford, Cambridge: Basil Blackwell, 1987.

LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos – depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; FGV, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

PONTES DE MIRANDA. *História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. 552 p.

RODRIGUES, Lêda Boechat. Doutrina brasileira do habeas corpus. In: _____. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 3.

SANTO AGOSTINHO. *Concerning the City of God against the pagans*. Tradução Henry Bettenson. London: Penguin Classics, 1984. 1097 p.

WEBER, MAX. *Economía y sociedad* – esbozo de sociología comprensiva. Tradução José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. 1237 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Sexo grupal: à (meia) luz do direito

Ivaldo Lemos Júnior*

O cinema aonde íamos era um poeira perto de casa, na Praça Onze, esse cinema já acabou, passava três filmes seriados, filme seriado também acabou. Depois tomávamos cerveja preta com tremoços. Meu avô bebia cerveja preta com tremoços, eu comia os tremoços com um refresco de groselha. Tremoço acabou e aquela cerveja preta acabou, o refresco de groselha também não existe mais, puta-que-pariu, acabou tudo, até a profissão do meu avô acabou (Rubem Fonseca, Pequenas criaturas).

Este ensaio tem por objetivo fazer uma análise jurídica da prática de sexo grupal e outras variações acerca do tema da moralidade sexual – tarefa embaraçosa que sempre foi exigida do jurista –, a partir de julgamento da Suprema Corte do Canadá, de 21 de dezembro de 2005, tendo como apelante Sua Majestade a Rainha do Reino Unido e como apelado o indivíduo James Kouri, acusado de manter um bordel (*common bawdy-house*) para a prática de “atos indecentes”, proibida pelo artigo 210(1) do Código Penal, nos seguintes termos:

manter bordel, na qualidade de proprietário, locador, arrendador, possuidor ou gerente, ou nele ingressar sem justa causa, com ou sem assiduidade: Pena – detenção, até dois anos¹.

* Ivaldo Lemos Júnior é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília.

¹ Minha tradução obedeceu ao padrão de redação das leis penais brasileiras. Os termos originais do dispositivo legal são: “(1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years. (2) Every one who (a) is an inmate of a common bawdy-house, (b) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or (c) as owner, landlord, lessor,

Na definição do art. 197, (1), (a) e (b), um bordel é

um lugar mantido ou ocupado por uma ou mais pessoas para fins de prostituição ou prática de atos de indecência².

O ato indecente é aquele praticado (a) em local público, na presença de uma ou mais pessoas, ou (b) em qualquer lugar, com intenção de insultar ou ofender outrem (art. 173). Por fim, “local público” é “qualquer lugar acessível ao público, por direito ou convite, expresso ou tácito” (art. 150).

A íntegra do acórdão está disponível na internet, no sítio <www.lexum.umontreal.ca>, ou facilmente pelo *Yahoo* ou *Google*. O nome do caso é “*R. v. Kouri, 2005 SCC 81*”. Explico a terminologia. No direito comum, os casos têm nomes, e não números, como nós designamos autos de processos e recursos. “*R*” vem do latim *Rex* (Rei) ou *Regina* (Rainha), dependendo se o monarca for homem ou mulher. Como o processo tramitou no reinado de Elizabeth II, o “*R*” poderia também ser utilizado por extenso: “*Regina v. Kouri*”. Na prática, isso significa que é o Poder Público o promotor da demanda. O “*v*” separando os nomes das partes abrevia o “*versus*”, mas em linguagem oral, não se fala “*versus*”, e sim “*against*” (contra), tanto quanto o “*R*” deve ser dito “*The Crown*” (A Coroa): assim, escreve-se “*R. v. Kouri*”, mas pronuncia-se “*The Crown against Kouri*” (A Coroa contra Kouri)³.

O “*2005 SCC 81*” é o que se chama de *neutral citation*, ou seja, uma referência de onde o julgado pode ser localizado em um *Law Report*, que é uma publicação jurisprudencial. Alguns repertórios ingleses têm mais de 700 anos, mas medidas recentes foram tomadas para facilitar a consulta pela internet e CD-Roms. “*2005*” é, claramente, o ano, mas sua indicação pode se referir ao do início do proces-

tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house, is guilty of an offence punishable on summary conviction”.

² No original, “‘common bawdy-house’ means a place that is (a) kept or occupied, or (b) resorted to by one or more persons”.

³ Nesse sentido, confira-se ELLIOTT; QUINN, 2002, xxviii-xxx.

so, quando vem entre colchetes, ou ao da decisão, que é grafado em parêntesis. “SCC” significa *Supreme Court of Canada*. Se se tratasse, por exemplo, da *Federal Court of Canada*, a legenda seria *FCA*; da *British Columbia Court of Appeal*, *BCCA*, e assim por diante. “81” é o número da página do *Law Report*. No Brasil, o equivalente seria algo como *RTJ 34:347* ou *RDP 17/90*.

Alguns trechos serão reproduzidos em vernáculo, com tradução minha, a partir da versão oficial em língua inglesa, colocadas em rodapé ou no corpo principal, para conferir ritmo ao texto e garantir a fidelidade das transcrições. Os originais foram conferidos por um amigo, o advogado Diógenes Coimbra, a quem, mais uma vez, fico devendo um chope. Vamos então aos fatos.

★ ★ ★

O acusado operava uma boate, chamada *Couer à Corps*, no primeiro piso de um prédio⁴ na cidade de Montreal, Quebec, desde o ano de 1985. Fazia-se propaganda em jornal e na internet, anunciando lacônica mas sugestivamente que se tratava de um lugar “somente para casais liberais”, com uma atmosfera “quente e aconchegante”.

Apenas em 1996, após receber uma reclamação, a Polícia encetou investigações. Agentes disfarçados fizeram diligência no local em cinco ocasiões entre setembro e novembro daquele ano, e mais três vezes entre janeiro e março de 1997. Em duas oportunidades, nos dias 16 de novembro de 1996 e 16 de março de 1997, foram efetuadas prisões, em um número total de pessoas de 62 e 95, a cada vez, incluindo clientes e funcionários.

O acesso à boate obedecia a um procedimento. Na entrada, o porteiro indagava se os clientes formavam um “casal liberal” (*a liberated couple*), e àqueles que respondiam afirmativamente era franqueado o ingresso, após o pagamento de seis dólares canadenses. A cada meia hora, uma cortina negra mas translúcida era fechada em volta da pista de dança, ocasião em que se tocava música lenta que durava entre 8 e

⁴ No segundo piso, funcionava um clube de *strip-tease*, o “Cabaret Chez Mado”, também de propriedade do apelado.

12 minutos e, nesse ínterim, as pessoas, em número médio de 70, se engajavam em atividades carnais, o que incluía – traduza o próprio leitor – “sexual caresses, masturbation, fellatio and penetration”. Uma minoria de pessoas não adentrava na pista e preferia apenas observar o que se passava em seu interior.

O acusado foi condenado em primeiro grau e absolvido em apelação. Por fim, o Supremo Tribunal, por maioria de sete votos contra dois, cingiu a absolvição, ao principal fundamento de que a definição de indecência não decorre da opinião pessoal do juiz, mas de um “teste objetivo baseado em um padrão social de tolerância”, o qual “depende do risco acarretado pela atividade em questão”, e que deve ser “significativo”, “incompatível com o adequado funcionamento da sociedade”.

O caso concreto passou no teste, considerados os fatores *local, modo e natureza do auditório*: para a Corte, ninguém testemunhou os fatos contra a vontade nem adentrou no estabelecimento desconhecendo o que iria presenciar; ninguém foi forçado a fazer sexo nem pagou por isso ou foi tratado como mero objeto para o prazer alheio; não houve evidência de indução de dano físico ou psicológico aos participantes, ou de “atitudes anti-sociais” por tratamento aviltante, abusivo ou humilhante de qualquer indivíduo ou grupo. Em suma: “a fim de provar que os atos eram indecentes, a Coroa [a Promotoria] teria que espancar qualquer dúvida de que os mecanismos de controle de ingresso na boate eram insuficientes para se evitar o risco de exposição involuntária”. Tais mecanismos, ao contrário, foram considerados “suficientemente claros, compreensíveis e contextualizados”.

O entendimento minoritário, favorável à condenação, baseou-se no seguinte:

- ❖ o critério do dano não é exclusivo; é um fator de relevo, mas o determinante é que os atos em questão “claramente ofenderam o padrão de tolerância da comunidade canadense”. O teste de indecência deve focar também questões ligadas a “modelos mínimos de moralidade pública”, ainda que o estabeleci-

mento fosse freqüentado por pessoas adultas e bem informadas (o que, aliás, não ocorria suficientemente)⁵;

- ❖ conceitos como “adequado funcionamento da sociedade” e “predisposição de outrem para atitudes anti-sociais” são vagos e sua adoção deve ser descartada;
- ❖ o contexto dos fatos condena sua prática, pois o local era aberto ao público e o grau de privacidade era “virtualmente nulo”; ademais, a natureza do estabelecimento era comercial, a entrada se dava obrigatoriamente após pagamento, e foram feitos numerosos esforços publicitários para se angariar novos clientes.

★ ★ ★

Percebe-se que os argumentos pró e contra não se encontram necessariamente em um mesmo nível de argumentação, e em boa medida não são incompatíveis, sequer em parte. Não afrontaria a lógica o juiz que considerasse, e. g., que o cliente não fora de nenhum modo coagido ou enganado a se divertir na boate, mas que tal espécie de divertimento extrapola os limites do que deve-ser e do que é aceito no contexto de um convívio grupal (sem trocadilho). E mais, tal magistrado poderia votar pela absolvição e um colega seu, desenvolvendo raciocínio idêntico, poderia decidir em sentido exatamente contrário. Isso será explicado melhor ao longo do texto.

Por ora, saliento, no caso em estudo, o detalhe inarredável da participação do poder público na exploração do negócio, pois todos os estabelecimentos prediais devem obedecer a padrões técnicos gerais, para fins de licença de construção, e de normas condizentes com sua operação, a partir de seu escopo, sua natureza propriamente dita, além

⁵ Na verdade, as correntes condenatória e absolutória aplicaram dois “testes de indecência” distintos, o primeiro contendo duas e o segundo, oito perguntas, que foram resumidas como consta acima. Em sua obra mais conhecida, Ronald Dworkin (2000, p. 256) cita trecho da decisão *Roth vs. United States*, 354 U.S. 476 (1957), na qual a Suprema Corte dos EUA tentou definir quando um livro é obsceno, ao exigir as notas de *prurient interest in sex* (“interesse mórbido pelo sexo”), *contemporary community standards relating to the description or representation of sexual matters* (“padrões contemporâneos da comunidade relativos à descrição ou representação de temas sexuais) e *material utterly without redeeming social value* (“material totalmente desprovido de um valor social”).

de questões como segurança e higiene, mormente em caso comercial. Mais concretamente, se não existir uma norma que estabeleça a hipótese de concessão de alvará de funcionamento para que o proprietário da boate patrocine as atividades que desejar, ou se existir, mas não a obtiver, o mesmo pode ser penalizado, tanto quanto se permitir a entrada de um menor de idade ou se deixar de instalar o número adequado de extintores de incêndio. As gradações do desvalor do ilícito se refletem no tipo e na medida da reprimenda – desde uma advertência verbal até a pena de morte –, mas ontologicamente todas essas hipóteses seriam igualmente não-jurídicas, simplesmente porque regras do mesmo ordenamento legal não as admitem.

E aqui reside a razão de um aspecto relevante observado pela corrente pró-condenação: a boate em questão, lugar não-público, mas acessível ao público, tinha fins lucrativos; seu ingresso era pago. Em seus votos, os Ministros Bastarache e Lebel, §§ 29, 43 e 46, julgaram o acesso fácil demais para qualquer casal, que não era entrevistado nem recebia uma advertência formal. A boate não tinha característica de um clube fechado, como no precedente da mesma Corte (*R. v. Labaye, 2005 SCC 80*), que era restrito a membros e convidados, o controle era feito por um porteiro, e o acesso se dava por meio de chaves próprias e códigos. No caso concreto, os votos minoritários consideraram que eram “praticamente inexistentes” as medidas tomadas para limitar o ingresso à boate a pessoas que “dividissem a filosofia da troca de casais”.

Além disso, embora o acórdão não o diga, é óbvio que também tinha fins lucrativos o consumo interno, no fornecimento de bebida, comida, cigarros. O Sr. Kouri era um sujeito ordinário, um empresário, não uma alma abnegada à disposição do povo montrealino para a realização desinteressada de sua concupiscência. Isso tem peso jurídico, porque toda uma carga estatal se faz presente, diretamente, em termos de relações administrativas, trabalhistas, previdenciárias, consumeristas, tributárias e, de modo latente, por interesses mais complexos cíveis e penais (como acabou acontecendo). Em uma análise mais elaborada, a questão goza de *status* constitucional e internacional, porquanto pode buscar esteio no princípio da “dignidade da pessoa humana”, que muitos interpretariam como incompatível com o beneplácito do poder pú-

blico a esse tipo de estabelecimento degradante. Não é necessário ser uma pessoa de índole religiosa de nenhuma ordem para se chegar a uma tal conclusão, conquanto o preâmbulo da Constituição Canadense afirme que aquela nação seja “fundada sobre os princípios que reconhecem a supremacia de Deus”. Os deuses canadenses devem estar loucos.

Tenho que moralidade possa ser percebida de modo muito simples, como a realização de um valor, e este, por sua vez, não como a realização de uma finalidade, mas como a finalidade em si, e nada mais⁶. Sua essência não reside na utilidade – daí por que essências distintas coincidem em suas benfeitorias, por um mero acaso ontológico –, mas encampa e supera o *bonum utile* e o *bonum delectibile* em função do fato do manancial normativo, tanto quanto a “fonte” primeira do direito é a “lei”, consoante se aprende no contato com as primeiras luzes da jurisprudência. A idéia da moralidade está gravada na alma dos homens tanto quanto a potência de respirar está gravada em seus pulmões, e a de urinar, em suas bexigas. A experiência ética não está acessível como um chão metafísico sobre o qual flutuam uns *chosen few*, ou sob o qual se enterram brutos, mas se encontra disponível a todo o instante para seres humanos de bexigas e pulmões. Aquilo que é necessário é *a fortiori* possível, esclarece Del Vecchio (1979, p. 364). Ensina-se a lição, em casa, na escola, na rua, na igreja, no presídio, no bordel, mas tal lição é vivenciada por cada um; a experiência, com todos os seus dilemas, sofrimentos e recompensas, é intransferível e inadiável⁷. A liberdade é uma categoria ética, ou melhor, é a categoria ética por excelência.

⁶ Para Olavo de Carvalho (1998, p. 21), “como quer que os interpretemos, *sentido, finalidade e valor são uma só e mesma coisa*” [destaque nosso].

⁷ Explica Ortega y Gasset (2002, p. 78 e 112): “Não há um momento de descanso para nossa atividade de decisão. Inclusive quando, desesperados, nos abandonamos à sorte, decidimos não decidir. Portanto é falso dizer que na vida são ‘as circunstâncias que decidem’. Ao contrário: as circunstâncias são o dilema, sempre novo, ante o qual temos que nos decidir. Mas o que decide é nosso caráter [...]. Tudo, absolutamente tudo, é possível na história – tanto o progresso triunfal e infinito quanto a periódica regressão. Porque a vida, individual ou coletiva, é a única entidade do universo cuja substância é perigo. Compõe-se de peripécias. Rigorosamente falando, é drama”. Concorda seu conterrâneo Julián Marías (2000, p. 119 e 76): “sou *forçosamente livre*, não posso renun-

Sempre houve normas porque sempre houve finalidades a serem protegidas por si; por trás de toda atividade jurídica, de transformação de uma abstração normativa em função de um mundo real (e vice-versa), há de haver uma *theoria* filosófica qualquer. Eis a importante lição de Miguel Reale (1994, p. 594), na coerência de seu pensamento tridimensional:

existe sempre um valor iluminando a regra jurídica, como fonte primordial de sua obrigatoriedade. Todo o ordenamento jurídico de um povo origina-se de valores, e deles recebe seu sentido e significado. Se tirarmos do Direito Civil ou do Direito Penal a força axiológica que os sustém, será impossível compreender satisfatoriamente o problema da “normatividade”. [...] Em suma, *entendemos por fundamento, no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade*, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade. [...] A regra jurídica, portanto, deve ter, em primeiro lugar, este requisito: deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados⁸.

É dado que grupos tenham se perdido em suas finalidades existenciais mais nobres, ou que isso possa acontecer a qualquer momento, mas não que tenham deixado de urdir certos propósitos – entre os quais, as urgências animais de dormir, comer e reproduzir são das mais conspícuas –, e as normas não sejam aplicadas para promovê-los. No

ciar à minha liberdade a não ser por um ato livre. Por isso sou responsável, e a vida humana é *intrinsecamente moral*, isto é, moral ou imoral. [...] Deus poderia ter situado o homem no outro mundo, no céu, evitando todas as dificuldades, misérias e riscos de sua vida terrena. Porém [...], não seria o homem, e sim outra realidade bem diferente. O homem *faz sua* vida – com as coisas; a eleger, não é seu criador, mas é seu autor. A vida terrena neste mundo se apresenta como escolha da perdurável. Consiste em decidir *agora* quem se vai ser *sempre*” [destaques originais]. Por fim, Karl Jaspers (2001, p. 188) confirma que “a eternidade não é futura, mas atual. Antecipações de futuro são enigmas brotados da presença da eternidade”.

⁸ Itálico original. A ordem das frases foi invertida.

plano individual isso não é diferente, a despeito de toda a teia de dificuldades, frustrações, choques entre sujeitos, contradições entre estes e os grupos, os limites naturais que preenchem o conteúdo de cada biografia, a própria morte.

A essência da moral – explica Ortega y Gasset *verbo ad verbum* (2002, p. 223) – é um sentimento de submissão a algo, consciência de serviço e obrigação. O bandidão, como aquele Zé Pequeno, personagem do filme *Cidade de Deus*, jamais se contentará com a solidão como estilo de vida ética (sic), mas buscará convencer seus potenciais pupilos e seguidores – que mais se aproximam de um *quadro administrativo* do que de um grupo de amigos, pois a atração que os une é o terror, ao invés de companheirismo e respeito gratuito: um “comunismo de amor ou camaradagem”, na expressão de Max Weber (1999, p. 160) – de que o matar é que é o bom, quanto mais matar, melhor, e o mais eficaz argumento de que se utilizará é justamente a matança. O seu não-matar será visto como algo criterioso, piedoso talvez, a ser refletido para fins de emulação, ainda que seja impossível que o assassino elimine todas as pessoas que passem na sua frente, caso fosse esse o seu desejo. Nem as guerras conseguem isso; talvez um dia alguma guerra nuclear o consiga. Só convém lembrar que os bandidões bem sucedidos – com exceção do *Poderoso Chefão* e outros expoentes do romantismo do mal, um quase-ativismo marxista em que personalidade parece se diluir na “classe” a que se pertence⁹ – não morrem na velhice tranqüila, com os netos ou bisnetos no regaço, para quem se economizou e se resguardou o futuro. A aceitação de qualquer modelo pede “algumas renúncias e sacrifícios, uma responsabilidade que pode ter graves conseqüências”, admoesta o saudoso Julián Marías (2000, p. 107).

Algum estado de abstinência moral jamais se prolonga indefinidamente, pelo que o insensível não resistirá à tentação de criar um

⁹ Diz Olavo de Carvalho: “Humanizar a imagem do delinqüente, deformar, caricaturar até os limites do grotesco e da animalidade o cidadão de classe média e alta, ou mesmo o homem pobre quando religioso e cumpridor dos seus deveres [...], eis o mandamento que uma parcela significativa dos nossos artistas tem seguido fielmente, e a que um exército de sociólogos, psicólogos e cientistas políticos dá discretamente, na retaguarda, um simulacro de respaldo ‘científico’” (*Bandidos e letrados*. Disponível em: <www.olavodecarvalho.org/livros/bandlet.htm>).

novo sistema normativo, cujos valores nada acrescentarão além de seus gostos particulares. Afirma Rousseau:

tendo matado a todos, o vencedor teria somente a desventura de ficar sozinho no mundo, e não poderia desfrutar de nada, mesmo tendo tudo. A riqueza em si mesma: que benefício ela traz se não pode ser comunicada; e de que adiantaria um homem possuir o universo inteiro se fosse seu único habitante?

Com o que concorda Lady Macbeth, personagem de Shakespeare: *'T is safer to be that which we destroy, than by destruction dwell in doubtful joy* (“Mais vale ser a vítima destruída do que, por a destruir, destruir com ela o gosto de viver”)¹⁰.

Uma chance de fuga da realidade, para um mundo promissor de galardões no mínimo duvidosos, o da *amoralidade*, escandindo-se uma verdade artificial e certamente perversa, não autoriza a hipótese de se eliminar um padrão de conduta, prévio e geral, cujo paradoxo é a solidão absoluta, o solipsismo, a megalomania, o delírio. As improvisações da insensibilidade acabam hipostasiando algumas aspirações individuais como se fossem valores gerais ou universais, o que engendra por fim um certo consentimento, porque outras pessoas perversas se identificarão com o sistema. Não falo apenas dos pupilos de Zé Pequeno, mas de gente que, devidamente esclarecida, forma opinião e chega a militar em favor de cadinhos culturais à guisa de uma opção privada, um “direito de escolha”, em temas como aborto, eutanásia, educação sexual na forma de camisinhas e anticoncepcionais, e por que não a boate do Sr. Kouri: eis o fundamento derradeiro do vai-quem-quer. Quem ousar patrocinar a moralidade da castidade e da vida – nunca o contrário – deverá ser punido por intolerância, nem que seja pela via difusa do opróbrio: “completa-se assim a inversão: as paixões mais baixas e vulgares ergueram-se aos estatutos dos mandamentos divinos, cuja violação sujeita o homem a padecimentos interiores, quando não à execração pública ou a penalidades legais”, diz Olavo de Carvalho¹¹.

¹⁰ A tradução de Macbeth (III, ii) é de Manuel Bandeira. A citação de Rousseau foi extraída de Marshall Sahlins (2003, p. 177).

¹¹ CARVALHO, 2004, p. 66. O autor vai mais longe ao dizer que se esse homem vazio não for um traficante de drogas, mas um *letrado*, “ele não suportará ser o único a sentir

Nas culturas de massa, essa axiologia gira em torno do eixo *sexo-dinheiro-fama*, mas o combustível é o *dinheiro*¹². Não é por acaso que algumas atrizes pornô são celebridades. Participantes de programas chulos do tipo *Big Brother* vão *incontinenti* posar nuas em revistas, por altos cachês, freqüentar festas badaladas e conceder entrevistas onde absolutamente nada é dito. Astros de *rock* e do esporte têm à inteira disposição um leque variado de drogas e mulheres. Não duvido que muita gente esteve na boate do Sr. Kouri e o dizia abertamente, sem nenhuma preocupação de reprimir uma ponta de orgulho.

O direito entra em cena em um momento adiantado da peça – o vetusto brocardo *ubi societas ibi jus* só se aplica em uma acepção demasiado abrangente do vocábulo *jus* –, no papel de uma *técnica*, não para solapar a idéia de que a sociedade precisa de ordem, o que é de um enredo banal até para o Zé Pequeno – a norma é a distância que separa a cultura humana e a mera animalidade (o *poder nomotético* de Miguel Reale); ao permitir certas condutas e proibir outras, o direito ao menos evita o auto-genocídio hedonista de Ivan Karamazov, onde *tudo é permitido*¹³ –, mas para veicular o convencimento às pessoas de que essa é a melhor, a mais evoluída, se não a única ordem possível. Da mesma forma, o respeito à norma feita pelo poder público é bom para os destinatários e não para o instituidor, pois assim se forja a identificação do valor e do bem: uma farsa que hoje atende pelo nome mavioso de

como sente. *Invariavelmente, criará argumentos para demonstrar que aquilo que ele não sente inexiste no mundo objetivo*. Sua incapacidade para discernir o bem e o mal exceto como convenções vazias será usada como ‘prova’ de que toda lei moral é uma convenção vazia, e da deformidade de sua psique será erigida em padrão de medida moral para toda a humanidade. [...] A linguagem abstrata da filosofia moral terá se tornado uma arma a serviço de fins egoístas, de um ego inflado que remoldará o mundo à sua imagem e semelhança” (p. 65; destaques originais).

¹² Nesse sentido: REALE, 1994, p. 231; TODOROV, 2003, p. 206; ELIAS, 1998, p. 19.

¹³ Ortega y Gasset dirá a mesma coisa com as seguintes palavras: “sem opiniões, a vida do homem careceria de arquitetura, de organicidade. Por isso, *sem um poder espiritual*, sem alguém que mande, e na medida em que isso faltar, reinará o caos na humanidade [...]; sem mandamentos que nos obriguem a viver de certo modo, nossa vida transforma-se em pura disponibilidade [...] Uma vida em disponibilidade é a maior negação de si mesma que a morte” (2002, p. 165 e 171; itálico original). Nesse sentido, CLASTRES, 2004, p. 261; JASPERS, 2001, p. 119; e REALE, 1994, p. 595.

“moralidade administrativa”. Qualquer questionamento sobre isso implica um certo mau gosto, e mais, em retrocesso, que vai da suprema realidade metafísica política, no melhor estilo de outra farsa, a hegeliana, até o passado de cavernas, selvas, cipós, machados de mão, carne crua, para o qual não queremos retornar, isso não, de jeito nenhum! Se o convencimento falhar, há sempre a última vontade do rei, consistente no exercício da força bruta, para condenar os rebeldes, multá-los, prendê-los, reprimi-los até onde seja possível fazer; alguns países chegam às últimas conseqüências, e matam os próprios nacionais. Nenhuma revolução até hoje mudou ou tentou mudar isso, como explica Pierre Clastres (2004, p. 164):

O Estado pode perfeitamente desmoronar, multiplicar-se aqui em domínios feudais, dividir-se alhures em chefias locais, mas nunca abole a relação de poder, nunca se reabsorve a divisão essencial da sociedade, nunca se efetua o retorno do movimento pré-estatal. Irresistível, abatida mas não aniquilada, a força do Estado acaba sempre por se reafirmar, seja no Ocidente após a queda do Império romano, seja nos Andes sul-americanos, campo milenar de aparecimentos e desaparecimentos de Estados, dos quais a última figura foi o império dos Incas.

Colocamos em evidência a taxionomia de gênero de poder coercitivo entre os tipos de sociedade, para realçar os diversos graus de representatividade ou legitimidade, em um leque que vai das chefias primitivas – que nada chefiavam, e sim recebiam ordens e tinham a obrigação do trabalho extra, em troca de pouca coisa, como, por exemplo, o privilégio de dormir com muitas mulheres; o Sr. Kouri certamente não se oporia a isso – até os aparelhos totalitários, passando por infinitas composições, detentoras todas da constante da *violência legítima*, que é a centralização do poder político pelo Estado¹⁴.

¹⁴ É no sentido de visão do poder estatal como um axioma não-ideológico que deve ser percebida a seguinte passagem da *Política* de Aristóteles: “mandar e obedecer são condições não somente inevitáveis mas também convenientes. Alguns seres, com efeito, desde a hora de seu nascimento são marcados para ser mandados ou para mandar, e há muitas espécies de mandantes e mandados [...], pois em todas as coisas compostas, onde uma pluralidade de partes, seja contínua ou descontínua, é combinada para cons-

Aqui e ali a relação é de opressão, e esta, portanto, está em algum lugar, mesmo que não seja onde a mentalidade moderna acredita encontrar, pela força de seus hábitos etnocêntricos, brancos e capitalistas (ou, pior, marxistas). Projeta-se no “outro”, qual um instrumento oportunista, na base do *wishful thinking*, os próprios valores, desperdiçando-se o mais que estiver gravado sob a nota da originalidade: *et inhorresco et inardesco; inhorresco, inquantum dissimilis ei sum, inardesco inquantum similis ei sum*, dizia Santo Agostinho, em suas *Confissões*¹⁵. *What we call our data are really our own constructions of other people's constructions of what they and their compatriots are up to*, complementa o antropólogo americano Clifford Geertz (2000, p. 9).

Como existe coerção tanto em pequenas comunidades tradicionais quanto em enormes sociedades de massa, entraria em jogo apenas a questão de se tirar uma e se pôr outra em seu lugar, e nesse dilema muitos prefeririam abandonar de vez o primitivismo, como Sir James Frazer que, em *The golden bough*, sustentou que “existe mais liberdade sob o mais absoluto despotismo, a mais opressiva tirania, do que sob a aparente liberdade da vida selvagem, em que a sorte do indivíduo é vazada, do berço à sepultura, no molde de ferro do costume hereditário”. Pierre Birnbaun também fez crer que, nas sociedades sem Estado, é ao preço de uma “alienação bem mais terrível” que se ignora uma divisão onde não é permitido a ninguém alterar um sistema “esmagador” de normas; aqui, a coerção é “total”¹⁶. Os próprios Reale e

tituir um todo único, sempre se verá alguém que manda e alguém que obedece, e esta peculiaridade dos seres vivos se acha presente neles como uma decorrência da natureza em seu todo, pois mesmo onde não há vida existe um princípio dominante, como no caso da harmonia musical” (1985, p. 18).

¹⁵ XI, ix: “sinto-me horrorizado pela dessemelhança, exultante pela semelhança”, na tradução de Julián Marías, que acrescenta que “a originalidade é uma das coisas mais difíceis de admitir” (2000, p. 53 e 106). Nesse sentido, CLASTRES, 2004, p. 236.

¹⁶ A citação de Birbaun foi emprestada por P. Clastres (2004, p. 201), e a de Sir James, por Dennis Lloyd (2000, p. 291). Este último acrescenta: “isto nos leva à segunda das principais concepções errôneas entre os mais antigos autores que escreveram sobre costume primitivo. Foi a noção de que o homem primitivo estaria tolhido como uma mosca numa teia de costumes herdados e de que tão grande era o medo das forças da religião e da magia que a violação do costume por um infrator individual era coisa virtualmente impensável. Daí se extraiu a conclusão de que não eram necessárias real-

Ortega, tão citados até aqui, haveriam de concordar com essas posições; o último autor chegou ao cúmulo de dizer, em pleno século XX, que *o homem camponês ainda é um vegetal. Sua existência, o que pensa, sente e quer conserva a modorra inconsciente da vida da planta. As grandes civilizações asiáticas e africanas foram, nesse sentido, grandes vegetações antropomorfás* (2002, p. 187).

As imposições semióticas sobre o indivíduo são em última análise as dele sobre si mesmo, o que não significa que ambas as coisas sejam uma só, e sim que um mínimo de violência seja parte inexorável da condição humana. O humilde reconhecimento dessa realidade (como de resto de qualquer realidade) já é o germe da moralidade. Se o sujeito não quiser viver sob a égide do poder nomotético, ou seja, de nenhum tipo de regras, terá de fazê-lo sozinho, em contato total com a natureza, inserido nela, enterrado nela, de uma maneira que com ela se confunde, como acontecerá com todos nós, no dia em que voltarmos ao pó e às cinzas. Nesse caso, o homem não será um homem, mas um bruto (ou, na sua cabeça, um deus), ou um cadáver. Mesmo o esforço de abstração de toda e qualquer influência não-individual que possa ser exercida sobre o sujeito, este não tem como escapar à auto-opressão, porque as construções culturais se assentam em última instância em uma base natural: é isso o que acontece quando se fica doente, ou com o envelhecimento do corpo, que não permite que os músculos, os ossos e os órgãos em geral funcionem devidamente, ou como dantes. O míope, por exemplo, ou se resigna com a sua deficiência visual, ou a corrige com óculos ou pela via da cirurgia, o que, no último caso, não pode ser feito por si. No primeiro caso, pode-se até fabricar um corretivo por conta própria, certamente inferior àquele que adquiriria em uma ótica, após uma consulta médica. Para esse camarada, que deliberadamente abriu mão da experiência acumulada pela humanidade, com todos os seus acertos e erros, o senso comum reservou o predicado de *burro*. Uma revolta contra o universo normativo

mente sanções em tal sociedade, pois o costume impunha-se por si mesmo e qualquer violação ocasional podia ficar aos cuidados dos poderes sobrenaturais, que rapidamente enviariam destruição e morte à pessoa ou grupo que desrespeitasse as normas imperativas da tribo” (p. 292-293).

seria o mesmo que a revolta por não se ter olhos melhores, para enxergar mais longe, ou pernas mais ágeis, que permitissem uma locomoção mais veloz. A natureza não tem conseguido avanços significativos para eliminar esses inconvenientes, mas a conquista do conhecimento, em anos que se contam em meia dúzia de milhões, tem ensinado ao menos a contorná-las. É por isso que construímos microscópios e telescópios, carros e aviões. É por isso que compramos óculos e nos submetemos a cirurgias de correção visual. É em função de nossas deficiências intelectuais que construímos teorias. É em função de nossas dificuldades comportamentais que criamos sistemas normativos¹⁷.

Tenho que toda ordem jurídica possa e deva ser modificada, desde que pela vontade espontânea e efetiva das pessoas que são ao mesmo tempo sua autora e destinatária¹⁸. O poder político não pode alterar ou falsificar postulados existentes – o assim chamado *ótimo ideológico*, na terminologia de Clastres – ou forjar postulados inexistentes, prescrevendo por escrito leis incompatíveis com a prática não-escrita¹⁹, cujos resultados implicarão “um momento de anormalidade” (REALE,

¹⁷ Nesse sentido, POPPER, 2002, p. 26; e OLIVEIRA, 1998, p. 21.

¹⁸ Cf. nota de rodapé 13, e mais a seguinte passagem de Karl Popper (1994, p. 4): “na vida social existem várias divergências de opinião que *têm* que ser resolvidas de qualquer forma. Há perguntas que *têm* de ser esclarecidas pois a negligência em fazê-lo pode levar a novas dificuldades, cujo efeito cumulativo pode causar uma tensão insuportável [...] [itálicos originais]. Para Popper, as duas vias possíveis são o argumento e a violência: “um racionalista é uma pessoa que se esforça por chegar às decisões por meio de argumentos, em alguns casos, graças a um compromisso, mas nunca através do recurso da violência. Um racionalista é uma pessoa que prefere não ser bem sucedida na sua tentativa de convencer alguém, a ser bem sucedida em dominar esse alguém pela violência, pela intimidação ou pela ameaça, ou apenas pela arte de persuasão recorrendo à propaganda”.

¹⁹ Vezes inúmeras, o *homo symbolicus* mostrou que seu comportamento nunca é unívoco, pois permitiu que a nova lei invertesse a tradição social-ancestral em função da construção da identidade pessoal e, no plano político, do sentido hierárquico e democrático. Para que isso ficasse bem claro, todas as mudanças assumiram a forma escrita: no Brasil, não por coincidência, em português, e em quase todo o restante da América do Sul e Central, tampouco por acaso, em espanhol. “A língua sempre foi a companheira do império”, segundo Antonio de Nebrija. O desconhecimento da lei é inescusável, porque a lei é escrita, publicada no Diário Oficial, só não a lê quem não quer. “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, admoesta o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

1994, p. 595). É isso o que faz o Estado, ao prescrever normas que não refletem uma concordância geral, mas uma vontade particular, buscando e conseguindo convencer, por meio de argumentação, força, ou técnicas de manipulação, inclusive de hipnose, que o sujeito deva cumprir as normas que não fez e, mais ainda, que deva querer fazê-lo.

No plano do discurso, as fontes do poder estatal se enraízam no cotidiano de forças políticas institucionais mais estáveis, decantando-se o chavão hobbesiano *bellum omnium contra omnes*, a despeito do aval empírico, e forjando-se uma espécie de dado natural, de axioma intocável pela mão do homem. A superioridade de um sistema positivo de normas completo, congruente e de desconhecimento irrecusável, regulador detalhista da vida de todas as pessoas, inclusive as ainda não nascidas e as já não mais vivas, é algo que exige um esforço de caráter apoteótico, típico de um antropomorfismo demiúrgico perdido de seu sentido original. Ou bem o direito é uma religião, e o Estado-Laico é então outra farsa, pois de laico não tem nada, mas está ao sabor místico de seus detentores e suas inesgotáveis prerrogativas, ou se está construindo um simbolismo de imagens e metáforas e sua subsequente interpretação literal, o que é um revés da maturidade intelectual²⁰, como quando se fala em *vontade do legislador* e *vontade da lei*, no mesmo sentido de “a bola voou pela janela” ou “o livro caiu da prateleira”²¹. Isso não ocorre por acaso. Atribuir *vontade* à lei ou ao legislador é um artifício deliberado pela técnica do poder, o que vem a ser desempe-

²⁰ Steven Mithen (2002, p. 256) lembra a criança aborígine que, por nada saber sobre os sonhos, interpreta-os literalmente, mas “à medida que a criança amadurece e adquire conhecimento sobre o mundo ancestral, a mesma imagem será interpretada de modo mais metafórico, freqüentemente relacionado com as ações dos seres ancestrais. Há vários níveis possíveis, cada qual exigindo um conhecimento adicional sobre o passado ancestral, que pode restringir-se a certas classes de indivíduos”.

²¹ Cf. MITHEN, 2002, p. 308. “Pensamos em frases como ‘o vento sopra’ ou ‘o rio corre’: afinal, seria o vento outra coisa senão a própria ação de soprar, ou o rio outra coisa senão a água correndo? Haverá um vento que não sopra ou um rio que não corra?”, pergunta N. Elias (1998, p. 37). Para Margaret Hodgen, “a função primária da analogia, metáfora, similitude [...] como produtos da comparação, é a de conceder o repouso intelectual; instilar o sentimento de que uma experiência, antes enigmática, se tornou compreendida” (apud WOORTMAN, 2004, p. 127).

nhado pelo direito, em seu papel de hierofania desencantada, com todos os seus cuidados de preservação de estética ritual. O que mostra que as duas hipóteses acima cogitadas podem ser uma só.

Um teste de falsificação de tais afirmações pode se valer de resíduos psicológicos que não se apagam – vale dizer, de absconsos desejos de mando de chefes que nada mandavam, como já dito, para além do gozo vaidoso mas inocente do prestígio pelos próprios méritos, e do exercício do “poder” por concessão alheia –, cujo desprezo deixaria sem explicação a penetração nas brechas de sistemas que acabaram, mais cedo ou mais tarde, por se comunicar aos demais. Pelo menos do ponto de vista histórico, o direito nada mais é que o produto do embotamento coletivo da moral individual. “Um amor perfeito dispensaria a lei moral e a ordem pública, porque a elas daria surgimento em cada situação concreta e implicaria observância de seus preceitos” (JASPERS, 2001, p. 126).

É no plano do investimento, na crença na própria legitimidade, que o domínio legal vai buscar a idéia do jurídico “em si”, resgatando suas origens arqueológicas, como, por exemplo, a irracionalidade do carisma pessoal ou de outras fontes que estão nos albores dessa cronologia. De acordo com Dennis Lloyd (2000, p. 29), “sem essa crença, tão largamente disseminada que, na maioria dos casos, é incontestada ou incontestável, o funcionamento automático e impessoal da autoridade legal deixaria de operar e seria substituído pela anarquia e a desordem”. Com isso concorda Max Weber (1999, p. 139):

conforme ensina a experiência, nenhuma dominação contenta-se voluntariamente com motivos puramente materiais ou afetivos e racionais referentes a valores, como possibilidades de sua persistência. Todos procuram despertar e cultivar a crença em sua “legitimidade”.

Esta palavra deve ser entendida como

apenas uma probabilidade de, em grau relevante, ser reconhecida e praticamente tratada como tal. [...] o decisivo é que a própria *pretensão* de legitimidade, por sua *natureza*, seja “válida” em grau

relevante, consolide sua existência e determine, entre outros fatores, a natureza dos meios de dominação escolhidos²².



Voltando ao tema específico do presente ensaio, a reflexão exigiria esforços mais sofisticados se a boate não fosse o que era, se suas atividades acontecessem em bases domésticas, sem ingressos, sem intermediários e seus honorários, como no paradigma oriundo da Inglaterra do final da década de 1950, onde Lord Patrick Devlin defendeu a tese de que a sociedade tem o direito de punir quaisquer atos que na opinião do *right-minded man* (o homem médio, ou, simplesmente, o júri) fossem tidos como “grosseiramente imorais”, mesmo sem prova de dano sofrido por indivíduos ou grupos²³. A controvérsia a partir daí estabelecida entre Devlin e Hart se tornou um *standard* do tópico jurisprudencial, e sobre ele falarei um pouco, mais adiante.

Isso nos remete à realidade brasileira atual, que é particularmente curiosa, diria até esquizofrênica. Ao mesmo tempo em que o Código Penal proíbe a conduta de se *manter, por conta própria ou de terceiro, lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente* (art. 229), o que é a perfeita definição dos *motéis*, estes são locais de acesso livre e desembaraçado, inclusive com propaganda em catálogos telefônicos, rádio e televisão, aos quais foram concedidos alvarás de construção e funcionamento, pagam IPTU e podem ser localizados no “Setor de Motéis”, conforme placas colocadas nas ruas pela própria administração pública. Não há a mínima chance de donos e gerentes de motéis serem presos por

²² Grifos originais. Por fim, na sempre abalizada filosofia de Ortega y Gasset (2002, p. 163), “a verdade é que não se manda com janízaros. Assim, diz Talleyrand a Napoleão: ‘Com as baionetas, Sir, pode-se fazer tudo menos uma coisa: sentar-se sobre elas’. E mandar não é o gesto de arrebatar o poder, mas o seu exercício tranqüilo. Em resumo, mandar é sentar-se. Trono, cadeira curul, banco azul, poltrona ministerial, sede. Ao contrário do que supõe uma óptica inocente e folhetinesca, o mandar não é tanto uma questão de punho como de nádegas. O Estado é, em definitivo, o Estado da opinião: uma situação de equilíbrio, de estática”.

²³ Como ocorreu no famoso julgamento do escritor irlandês Oscar Wilde, no final do século XIX (cf. FOLDY, *The trials of Oscar Wilde*, sobre o qual escreverei em outra oportunidade).

tais delitos, o que a rigor poderia se dar a qualquer momento, pois são de consumação continuada; ao contrário, não hesitarão em comparecer à delegacia mais próxima para reportar algum prejuízo que tiverem experimentado. Outro exemplo: bancas de revista vendem artigos expostos na rua – visível por quem quer que transite pelo local, o que inclui crianças – com alto teor erótico, e *sex shops* funcionam regularmente, apesar de ser punível com detenção de 6 meses a 2 anos, ou multa, a conduta de *se ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura ou qualquer objeto obsceno*, bem como *vender, distribuir ou expor à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo* (CP, art. 234, *caput* e parágrafo único, I). Essas perplexidades poderiam ser percebidas na interpretação da “honestidade” da mulher – problema resolvido num toque de mágica, a derrogação dos artigos 215, 216 e 219 do Código Penal, pela Lei Federal n. 11.106, de 28.3.2005. Espera-se a mesma solução para o capítulo IV do CP – do ultraje público ao pudor – eliminando-se, senão o pudor público, ao menos os crimes contra ele.

Alguém dirá que há uma contradição entre o que o Estado e a Sociedade pretendem: como o primeiro visa ao reconhecimento dos valores desta, via regulação normativa e seu respectivo *enforcement*, nada mais previsível do que coibir práticas que se desviem de seus fins, o que legitima e mesmo exige a punição de seus responsáveis. Essa punição não passa, dessarte, de uma decorrência dos anseios gerais, apenas em um nível organizado e controlado da força policial. E o Judiciário, ao perceber a dinâmica da contradição, toma o partido da sociedade, afastando o peso morto de regras que caíram em desuso e só não foram revogadas expressamente por descuido do legislador, ou por sua má vontade.

O presente ensaio já argumentou que a verdade reside exatamente no contrário de tudo isso. A tese é a de que, como uma legitimidade do Estado verdadeiramente “legítima” não existe, porquanto o seu poder está destacado por uma minoria da sociedade e é exercido sobre e contra o restante, e não por ela mesma, ou sequer por seu maior número – o que é uma situação inaceitável em definitivo, a não ser no plano capitalizado da renúncia à liberdade individual, salvo por

um incômodo íntimo e inútil –, o Estado forja sua representação, com normas, práticas e discursos de justificação e convencimento²⁴.

Em um aspecto o sucesso dessa empresa é indiscutível. Em numerosas matérias, qualquer atividade normativa é muito necessária para disciplinar assuntos cotidianos, com densidade intuitivamente obrigatória, ainda que não intrinsecamente moral. As pessoas não pensam em eliminá-la somente porque procedem de uma fonte na qual não confiam, e que só por isso deveriam abominar. Vejamos como exemplo as regras de trânsito. Pressuposta (ficticiamente) a múngua de se resguardar os valores da vida, saúde, integridade corporal etc., na mesma relação existente entre os imperativos categórico e hipotético, no jargão kantiano²⁵, é preciso se decidir se a velocidade máxima permitida em uma determinada via pública seja de 50, 60, 70 ou 80 km/h. Essas normas se inserem no âmbito da falta de liberdade dos indivíduos diante da sociedade como se esta fosse “natureza”, e não seriam eliminadas (alteradas, talvez, ao sabor de opiniões nunca unânimes), acaso possível. Não me consta que haja anarquismo a esse ponto. Mesmo o sujeito que nutre um profundo desprezo pelas instituições repressivas do Estado se permitiria o civilizado paradoxo de telefonar para a polícia para prender o ladrão que o assaltou, e ficaria muito

²⁴ Para Julián Marías (2003, p. 16, 30 e 94), “é sobremaneira freqüente quando intervém a paixão política quase sempre associada à mentira. [...] Hoje, em muitos lugares do mundo, fazem-se propostas de falsidade manifesta, propostas que estão levando a situações de violência louca, sangrentas e às vezes incuráveis. [...] *Há grupos, partidos, publicações, que mentem sistematicamente. [...] A mentira deve suscitar o desprestígio, a desqualificação imediata e inapelável. Para isso, é preciso que ‘conste’, que seja posta em evidência; que aquele que mente seja confrontado com sua mentira, atual ou passada. Dela se podem e se devem ‘pedir contas’.* Isso, é claro, *não é feito*, e não se obriga ninguém a justificar o dito ou a aceitar as conseqüências” [destaque nosso].

²⁵ Giorgio del Vecchio (1979, p. 359) denomina tais regras de *técnicas*, visto que “limitam-se a indicar que, para atingir determinado fim, necessário é agir de certo modo. Nada dizem, contudo, quanto ao dever de agir ou deixar de agir assim, ou quanto à licitude ou ilicitude do fim proposto”. James Fishkin (1984, p. 124) fala, *mutatis mutandis*, em *zona de indiferença moral*: “defined by actions that fall under no morally prescriptive classifications of right or wrong, good or bad: it is neither praiseworthy if we perform them nor blameworthy if we fail to perform them. The zone of moral indifference defines an area of permissibly free personal choice where we can, morally speaking, do as we please”.

satisfeito se isso acontecesse. O cidadão que considera a classe dos advogados como um bando de pilantras iria correndo para os braços de um, se algum motorista abalroasse o seu carro, ou se ele próprio abalroasse um carro alheio; com maior razão o faria se lhe fosse imputada uma acusação criminal, pois neste caso é impossível recusar os serviços profissionais de advogado.

A esse propósito, convém mencionar um pitoresco julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Apelação Criminal n. 25220/213, 1ª Câmara Criminal, unânime, Rel. Des. Paulo Teles, *DJ* 14323, de 2 ago. 2004), que apreciou o fato de o cidadão J. R. de O. ter participado, “de forma voluntária e espontânea”, de uma orgia organizada por amigos e, “ao final do contubérnio”, ter alegado ser vítima de atentado violento ao pudor, e buscado a proteção das autoridades. Segundo a Corte Goiana, a prática de sexo grupal é “ato que agride a moral e os costumes minimamente civilizados”, de tal modo que:

[...]

3 – quem procura satisfazer a volúpia sua ou de outrem, aderindo ao desregramento de um bacanal, submete-se conscientemente a desempenhar o papel de sujeito ativo ou passivo, tal é a inexistência de moralidade e recato neste tipo de confraternização;

4 – diante de um ato indubiosamente imoral, mas que não configura o crime noticiado na denúncia, não pode dizer-se vítima de atentado violento ao pudor aquele que ao final da orgia viu-se alvo passivo do ato sexual;

5 – esse tipo de conchavo concupiscente, em razão de sua previsibilidade e consentimento prévio, afasta as figuras do dolo e da coação.

6 – Absolvição mantida.

7 – Apelação ministerial improvida.

No caso do acórdão canadense, negou-se a juridicidade do intrinsecamente moral, recuperando teses utilitárias como o “princípio do prejuízo”, de John Stuart Mill – citado expressamente no acórdão *Labaye* –, segundo o qual “o único propósito para o qual o poder pode legitimamente ser exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é a prevenção de dano a outrem. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma justificativa suficiente” (*On liberty*, 1859), ou o relatório do Comitê britânico sobre ilícitos homossexuais e prostituição, de 1957, da lavra de Sir John Wolfenden, para quem “um domínio da moralidade privada” deve remanescer inofensivo ao alcance jurídico, a fim de que “se equacionem as esferas do crime e do pecado” (§ 61)²⁶. É evidente a identidade da tese com o fundamento absolutório do julgado, que não reconheceu a prova de um “relevante risco de perigo para indivíduos ou para a sociedade”.

A idéia do dano ou risco significativo de dano para a caracterização da indecência é considerado pela SCC como um “avanço” nessa “difícil matéria jurídica”. Nos termos do acórdão *Labaye* (§ 24), esse conceito é “mais fácil de se provar” do que supostos padrões de comunidade, que nada mais são do que idiosincrasias e opiniões disfarçadas de critérios e conhecimento objetivo, seja pelo júri, seja pelo juiz.

Acontece que o argumento de ausência de dano psicológico aos clientes da boate, por mais que sejam pessoas maiores e suficientemente informadas, é notoriamente falso e revela o desconhecimento acerca de pesquisas sobre o tema. Sua base teórica bem poderia ser o livro “Sex”, da cantora Madonna, uma pessoa que gosta de aparentar intimidade com o tema: “*no creo que la pornografia degrade a las mujeres. Las mujeres que la practican quieren hacerlo. Nadie les está apuntando con una pistola a la cabeza. No entiendo cuál es el problema*”.

²⁶ *In verbis*: “Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law’s business”. No original, o princípio do prejuízo de Mill diz que: “the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant” (cf. HARRIS, 1997, p. 133).

É objeto de mais de 500 estudos (cf., por todos, CLOWES, 1993, cap. 133), e até de conhecimento geral, que a pornografia, mesmo a chamada leve, insensibiliza, é altamente viciosa e tende a se intensificar ao longo das experiências, além de ser fator de indução de violência. Existem numerosas pessoas dependentes de algum tipo de pornografia, real ou virtual, e que desejam dela se livrar tanto quanto o fumante do cigarro ou o alcoólico da bebida. Os votos divergentes do acórdão-paradigma afirmaram simplesmente que *the harm resulted, in this case, from the fact that the explicit sexual acts were performed in public in an inappropriate context* (“neste caso, o dano resultou do fato de que atos sexuais explícitos foram praticados em público e em um contexto inapropriado”, § 48).

O argumento contrário é uma *petição de princípio*, pois agita como postulado justamente a tese que se propõe demonstrar, uma vez que os Ministros da SCC não poderiam afirmar com precisão que nunca ninguém sofreu qualquer dano físico (como doença venérea) e mesmo psicológico ao longo de todos os anos em que o Sr. Kouri operou sua boate, a não ser por um argumento da autoridade genuíno, ou seja, através de um número razoável de pesquisas sérias, que comprovassem que toda e qualquer pornografia é real ou potencialmente inofensiva – de preferência tendo-se por referência os próprios freqüentadores da boate em análise. Na pior das hipóteses, que é a da dúvida, a prática deveria ser proibida, por uma questão elementar de cautela; se não se sabe ao certo se algo faz mal ou não, deve-se evitar. Isso vale para tudo e está gravado na sabedoria do senso comum. Não é necessário ser especialista em filosofia moral para tanto. No mencionado precedente *R. v. Labaye, 2005 SCC 80*, os juízes que votaram pela absolvição admitiram o fato, mas o recusaram, em razão de sua impertinência com o tipo do crime de indecência.

De fato, nesse precedente, a corrente majoritária exigiu, para a caracterização do dano, o reconhecimento “formal” de “conduta incompatível com o seu adequado funcionamento”, e essa formalidade deve vir expressa em Constituição ou em Lei, o que seria uma garantia de objetividade, uma espécie de reserva legal (§§ 29 e seguintes):

Unlike the community standard of tolerance test, the requirement of formal recognition inspires confidence that the values upheld by judges and jurors are truly those of Canadian society. Autonomy, liberty, equality and human dignity are among these values [§ 33].

The requirement of formal endorsement ensures that people will not be convicted and imprisoned for transgressing the rules of particular individuals or groups. To incur the ultimate criminal sanction, they must have violated values which Canadian society as a whole has formally endorsed [§ 35]²⁷.

De Karl Larenz a Steven Pinker, de Hannah Arendt a Clifford Geertz, de Del Vecchio a Michel Villey, de Jerome Frank a Miguel Reale desconfia-se dessas promessas do legalismo positivista, diante do inevitável *personal background*, como diria Frank, dos responsáveis pela aplicação da norma, onde entram “tanto os conhecimentos adquiridos na sua formação ou posteriormente com as múltiplas experiências profissionais e extraprofissionais, mormente as que respeitam a fatos e contextos sociais”, na lição de Larenz (1983, p. 244), que são os mesmos valores, crenças, sistemas e subsistemas morais, religiões, opiniões (e mudanças de) de senso comum, informações e desinformações de jornais, confusões, ignorâncias, tabus, aversões, mistérios e preconceitos no bom e no mau sentido, de todas as demais pessoas que participam da sociedade²⁸. Não

²⁷ Traduzo: “Ao contrário do teste de padrões sociais de tolerância, a exigência de reconhecimento formal passa a confiança de que juízes e jurados abraçaram os verdadeiros valores da sociedade canadense. Autonomia, liberdade, igualdade e dignidade humana estão entre esses valores” (§ 33). “A exigência de endosso formal assegura que as pessoas não serão condenadas e presas por transgredirem regras e crenças de indivíduos ou grupos particulares. Para se incorrer em sanção penal, deve-se violar valores que a sociedade canadense como um todo tenha endossado formalmente” (§ 35).

²⁸ “A vida pública não é apenas política e sim, ao mesmo tempo e até antes, intelectual, moral, econômica, religiosa; compreende todos os hábitos coletivos, inclusive o modo de se vestir e o modo de se divertir [...]; fiéis a uma ideologia, a meu ver duvidosa, só vêem da história a política e a cultura, e não percebem que tudo isso é apenas a superfície da história; que a realidade histórica é, antes disso e mais profundamente que isso, uma pura ânsia de viver, uma potência parecida com as cósmicas; não a mesma, portanto, não *natural*, mas irmã da que inquieta o mar, fecunda a fera, faz florescer as árvores, faz cintilar a estrela”, assevera Ortega y Gasset (2002, p. 41 e 63; destaques originais).

existe uma *Oracula sibillyna* jurisprudencial ou alguma religião cuja fê seja confessada por, e apenas por, magistrados, e nesse caso tanto faz se são católicos que fizeram votos de pobreza e castidade, ou ateus militantes abortistas. “É mesmo uma coisa admirável a docilidade dos juristas perante o legislador [...]. Os juristas são adoradores de normas, sua arte parece consistir em abrigar suas próprias decisões sob os textos legislativos”, acrescenta Michel Villey (2003, p. 395).

Esse autor reputa como *irrealista* a doutrina de eliminação das contradições entre normas, porque é “impossível eliminar do ‘direito positivo’ as antinomias. Estas paralisarão o jurista: este nada encontra no sistema que o ajude a sair desta dificuldade” (p. 387). Quanto à problemática das lacunas, Villey diz que

o número multiplicou-se, a ponto de as “lacunas” terem-se tornado a regra. Não devemos mais falar de “lacunas”. Não existe um “sistema” de “direito positivo” cheio de buracos, como um queijo, mas, ao contrário, um direito incerto, não formulado e imprevisível em seu conjunto, cujas soluções ainda estão por ser descobertas e, neste grande vazio, uma nuvem disseminada de leis. As leis e só as leis não bastam mais para fornecer a solução. É a falência do legalismo [p. 389].

A frenética produção legiferante provoca extrema confusão acerca do que está e do que não está em vigor, e a imensa massa de decisões judiciais não permite se saber com segurança o que é o direito, para e como as pessoas devem se comportar em face dele. Para se engendrar a legitimidade da autoridade estatal, forja-se o sentimento de *dever moral de obedecer à lei*, não como o medo das vítimas de um assalto que obedecem a seus algozes, e sim como um direito de exigir obediência. O discurso acerca do poder do Estado não aceita qualquer espécie de dominação ou influência sobre outras pessoas, mas um “mínimo de *vontade* de obedecer, isto é, de *interesse* (externo ou interno) na obediência, faz parte de toda relação autêntica de dominação”, nas palavras de Max Weber (1999, p. 139). Não será exagerado afirmar que as pessoas afeiçoam-se ao Estado da mesma maneira como os cães de Pavlov afeiçoavam-se ao funcionário do laboratório, numa “dependência mórbida do terapeuta” (CARVALHO, 2004, p. 84), com seu

comportamento bruto e suas normas abundantes e incoerentes, forçando as pessoas, hipnoticamente, a se agarrem a elas, sejam elas quais forem. Para Julián Marías (2000, p. 115),

há muito tempo se vem tentando que os homens percam de vista sua condição única de pessoas, que se vejam como organismos, reduzidos às outras fontes de realidade que existem no mundo; em última análise, redutíveis ao inorgânico, mera realidade sem nenhuma *irrealidade* inseparável e intrínseca em forma de *projeto*, de futuro. É evidente, sem liberdade, submetido às *leis naturais* – físicas, biológicas, sociais, psíquicas, econômicas – suscetíveis a toda manipulação provinda de todas essas instâncias [grifos originais].

Mas vamos supor que Madonna e a corrente “liberal” (com ou sem trocadilho) estejam corretos do ponto de vista moral, ou melhor, “amoral”: *moral views, even if strongly held, do not suffice*, pensam os ministros canadenses (Labaye, § 13). Vamos até abstrair a hipótese eclética – entenda-se política – de desvalorização dos aspectos do mérito criminal de práticas como prostituição doméstica apenas porque sua prova é de difícil consecução, e que a polícia dispõe de poucos agentes e deveria se ocupar de coisas mais graves. A partir daí, a articulação da premissa da moralidade privada deve ser feita com o que se considera como a finalidade de um ordenamento jurídico-penal, que em última análise é a decisão pela licitude ou não de atividades como as exploradas pelo Sr. Kouri. Voltemos ao Relatório Wolfenden, que assim resolve a questão (§ 13), em um discurso padronizado pelo e para o auditório jurídico, e que funciona como uma segunda premissa principal:

The function of the criminal law is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive and injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of physical, official and economic dependence²⁹.

²⁹ Traduzo: “A função do direito penal é preservar a ordem pública e a decência, proteger o cidadão daquilo que é ofensivo ou injurioso, e providenciar suficientes garantias contra a exploração e a corrupção alheia, particularmente os hipossuficientes, por idade, fragilidade física ou mental, inexperiência, ou em uma situação de dependência física, jurídica e econômica”.

Voltemos então um pouco para refletir sobre algumas possibilidades de fundamentação do dever moral de se obedecer à norma jurídica, pressupondo-se, mais uma vez, o sentido de domínio legal, com o Estado e as instituições existentes em seu bojo. Em outras palavras, passemos rapidamente a limpo algumas visões tradicionais do Direito Penal, para decantar uma possível carga ideológica de seu conteúdo real. Percorreremos o mapa traçado por J. W. Harris, da Universidade de Oxford, que analisa quatro temas: gratidão, empenho de promessa, equidade e promoção do bem comum.

1) *Gratidão*. O argumento é o de que “your country and its laws have conferred great benefits on you. The least you can do is to obey all its laws, unless some good ground for not doing so can be shown” (traduzo: “seu país e suas leis lhe conferem grandes benefícios. O mínimo que você pode fazer é obedecer a todas as suas leis, a não ser que se demonstrem boas razões em contrário”³⁰). A nosso ver, essa é a chamada *síndrome de Estocolmo*, que se verifica quando a vítima se afeiçoa por seu verdugo, confia nele suas decisões, entrega em suas mãos seu destino, e é grata por lhe ter trazido comida, por ter lhe permitido tomar um banho, por não lhe ter matado. Por vezes até se apaixona por ele. Aqui, é a mesma coisa: “é o Estado como órgão que sabe e diz o bem comum a todos, que ele se encarrega de impor” (CLASTRES, 2004, p. 149), e o indivíduo se deixa conduzir cegamente por sua mão na *busca da felicidade* que não conhece por conta própria, e que só por seu “tutor moral” (DEVLIN) pode vir a conhecer. Assim, são levadas a sério as admoestações do poder público quanto ao uso de preservativo de borracha no carnaval e ao pagamento de impostos em dia para que grandes obras sejam realizadas. Mal sabe o indivíduo comum que quem

³⁰ Cf. Harris (1997, p. 227), que nem de longe concorda com a idéia: “One may be grateful to one’s parents, and obligations of many kinds may be said to flow from such gratitude – but not the obligation to do everything they tell you to do, nor even to give reasons why you should not do what they say. Even supposing one accepts that there is a *prima facie* duty to obey a benevolent parent – that is, to comply with her directions unless some countervailing reason exists – the relationship to legal authorities is different. Gratitude to them, if such there be, is more like the gratitude we owe to a friend who has conferred a favour in the course of a co-operative relationship. Certainly, we should do as much for him, but there is no question of taking his orders even as a *prima facie* moral guide”.

não conseguiria viver sem o Estado não é ele, e sim as grandes empresas e corporações³¹.

2) *Empenho de promessa*: “men who enter into a political compact with a govern promise obedience in exchange for protection and other benefits – figuratively speaking. Anyone receiving the benefits commits himself to the social contract, and so impliedly promises to obey the law”, diz Harris (1997, p. 228: “os homens que aderem a um pacto político com o governo prometem obediência em troca de proteção e outros benefícios – falando figuradamente. Qualquer um que receba benefícios se compromete a cumprir o pacto social, e implicitamente se compromete a respeitar a ordem jurídica”). A minha tese é contratualista, mas em um sentido bem diferente, até mesmo oposto, “anticontratualista”: a adesão a um pacto político de poder isolado da sociedade é fruto de uma necessidade excepcional que pretendeu inverter o estilo de vida imemorial da sociedade de modo igualmente excepcional e estritamente temporário. É por isso que vivemos em um clima de eterno relativismo, que deveria ser provisório até a implantação hierárquica e definitiva dos valores absolutos, vigente até o advento de novidades hierofânticas (na terminologia de Mircea Eliade), e não de uma ou outra medida provisória do Governo Lula. O contrato em vigor não é o mesmo da época de sua celebração, e sim uma cláusula ilícita que não havia sido acordada, redigida em letras minúsculas. Nunca houve promessa de cumprimento perpétuo do pacto, e os benefícios são muito menos expressivos que seus encargos. O Estado promete proteção? No Brasil, a certeza de uma velhice tranqüila e confortável, e a segurança nas ruas e nos lares dos centros urbanos não têm funcionado. Ao contrário, tem sido motivo de inquietações e neuroses. Acima de tudo, quem protegerá o cidadão contra o Estado? Este responde: eu mesmo. O cidadão sozinho não tem força suficiente para dar uma resposta melhor, e a sociedade é um aglomerado difuso, fragmentada em grupos heterogêneos e muitas vezes hostis entre si. Por fim, a adesão ao pacto pressupõe a adesão à própria sociedade, coisa que o sujeito nunca optou por fazer nem teve a chance de deixar de

³¹ Nesse sentido, CHOMSKY, 1997, p. 13-29; WEBER, 1999, p. 146; e CLASTRES, 2003, p. 271.

fazer (cf. RAWLS). A incorporação à ordem jurídica se dá de modo plenamente voluntário e vinculante somente quando o sujeito opta por participar da estrutura do Estado, ou seja, quando opta por ser *funcionário público*, pela via que for, eleição, concurso, nomeação em confiança, contratação temporária etc. “Perhaps, given the nature of their legally-defined roles, taking up office is for them equivalent to a promise to obey *all* laws – or, at any rate, all the law directed to them in their official capacity”, emenda Harris (1997, p. 229; grifo nosso)³².

3) *Equidade*. O conteúdo moral do respeito à norma jurídica não decorre de uma questão de amizade nem de um vínculo contratual, mas de uma noção de justiça ou equidade. Como o Estado presta serviços e em contrapartida pode exigir ônus, não seria razoável que todas as pessoas se beneficiassem das facilidades proporcionadas por si, mas que só algumas correspondessem à sua manutenção. Assim, o argumento não respeita à cobrança de uma promessa nunca feita, mas à injustiça intrínseca da falta de colaboração mútua. Dito de outro modo, o dever moral de obedecer à lei não recai necessariamente sobre a lei em si, mas sobre os demais cidadãos: “you have the duty to obey the law, not because of anything you owe the government, but because of something you owe your fellow citizens. If they all comply and you benefit, it is unfair if you benefit without complying” (HARRIS, 1997, p. 229). Confesso que a tese é muito mais consistente, por desconsiderar a ficção do contratualismo e por abstrair uma possível gratidão quanto aos benefícios estatais. Mas sua adequação perde de vista que o poder político vai estar nas mãos de alguém, e as normas a exigir coercitivamente a colaboração do indivíduo para com a sociedade não são feitas e aplicadas por esta, mas por aquele alguém. O núcleo da questão informa uma realidade muito dramática, onde os cidadãos intuitivamente

³² Na lição de Giorgio del Vecchio (1979, p. 588), “quanto ao magistrado, especialmente, nenhuma dúvida pode haver de que este, como máxima geral, deve sempre *ex officio* interpretar e aplicar as leis vigentes do seu país [...] ater-se à lei *como ela é*, e não à lei *como ela deveria ser* segundo certos princípios. [...] Onde porém, aliás, todos os meios possíveis, a fim de conseguir realizar uma certa justiça dentro do âmbito e na forma da legalidade, se revelarem insuficientes, nesse caso a crise de consciência do juiz só poderá, nos casos mais graves, achar uma solução: renunciar ao ofício. E isto deve igualmente dizer-se de todos os outros funcionários públicos” [destaques originais].

percebem que o ordenamento é benevolente com uns e draconiano com outros; que somente algumas pessoas vão presas enquanto outras têm pleno acesso à Justiça por poderem pagar bons advogados e serem presos em celas especiais; que as diferenças de remuneração são demasiado discrepantes, e uns moram em excelentes residências e andam de carro, enquanto outros vivem em barracos e se locomovem a pé e em ônibus lotados; que uns se consultam de imediato com excelentes médicos e outros não conseguem sequer ser atendidos na rede hospitalar; que uns fazem viagens caras de férias, e outros nunca gozaram férias. Esse quadro de desigualdade material é tão perceptível que o cidadão comum já não sabe se é causa ou consequência do ordenamento jurídico a que pertence, e “sente” que tem o “direito” de descumprir certas regras, o que não traduz uma injustiça intrínseca de sua conduta, mas uma revolta justificada e até necessária para afirmar sua individualidade, sua dignidade, sua cidadania. Isso é um círculo cada vez mais vicioso, onde a alteridade se esgarça em suas bases cosmológicas a cada volta. Ao invés de o sujeito deixar de “sentir” que as outras pessoas estão obtendo uma vantagem indevida, ele “se sente” excluído por não fazer parte de um *happy few*, e não que estes não deveriam existir. Por fim, o contra-argumento não vale apenas para os excluídos, como também para os privilegiados: o motorista do carrão importado pode muito bem calcular que não está sendo desleal com seus concidadãos se estiver dirigindo em velocidade um pouco acima do permitido, em uma rua deserta, e que assim não está a causar – e não está mesmo – qualquer perigo potencial a quem quer que seja, embora o fato seja, a rigor, ilegal. Outras pessoas é que teriam um desejo íntimo de que esse motorista fosse flagrado por uma câmera de fiscalização ou por um guarda, mas não por se sentirem juridicamente agredidas. E sim por inveja.

4) O último argumento é a *promoção do bem comum*, ou o *consequencialismo*: “if people break the law, the collective welfare of society is diminished: therefore, we are morally obliged to obey”, diz Harris (1997, p. 230: “se as pessoas infringirem a norma, o bem comum será afetado; logo, nós temos a obrigação moral de obedecer”). A idéia engendrou o chamado *princípio da insignificância*, de aceitação corrente, mas nem de longe pacífica, de modo especial no direito pe-

nal, que se aplica *a contrario sensu* quando a conduta do infrator não causa um dano significativo ao ofendido. Por exemplo, o furto de uma pequena quantidade de comida é uma gota d'água para a cadeia de hipermercados, e serviu para aplacar a fome do ladrão. Porém, as dificuldades surgem imediatamente, e o critério se torna casuísta e frágil: e se não fosse comida, e sim uma bicicleta ou um ventilador? E se fosse comida, mas um queijo importado ou um vinho caro? E se fosse comida, e barata, mas o fato acontecesse todos os dias, por meses a fio? A rigor, o princípio deveria ser aplicado em qualquer das hipóteses, que os economistas chamam de *utilidade marginal*, mas o jurista teria que se incomodar com uma abordagem mais maleável, caso a caso, ao invés de aplicar um critério objetivo, o que é fonte de complicações, como se o critério subjetivo não o fosse. Vejamos um complicador a mais: e se fosse fixado um determinado valor máximo, de maneira bem objetiva, como que definitiva – um salário mínimo mensal, v.g. – e o prejuízo experimentado fosse de um salário mínimo mais R\$ 1,00? O juiz deveria ou não abrir a exceção?

Assim, um reforço ao argumento foi o efeito do *mau exemplo*: diz Harris: “even if my lawbreaking directly does more good than harm, indirectly the reverse may be true because, following this example, others may break the law in circumstances where manifest harm is done, or I myself, on other occasions, may follow my own bad example with bad effects on the public good” (1997, p. 231: “mesmo que minha conduta ilícita diretamente traga mais benefício do que malefício, indiretamente a recíproca pode ser verdadeira porque, seguindo meu exemplo, outros podem infringir em circunstâncias manifestamente prejudiciais, ou eu mesmo, em outras ocasiões, posso seguir meu próprio exemplo, prejudicando o bem comum”). Em parte isso é verdade. Em parte. Não se deve desprezar a influência do comportamento imitativo, especialmente em crianças e adolescentes. O motociclista que não usar capacete ou o motorista que deixar de afivelar o cinto de segurança podem estar incentivando outros a fazer o mesmo³³. O ca-

³³ O argumento de irrelevância dessas condutas – no melhor estilo “isso é problema meu” ou, mais elaboradamente, pelo “princípio do prejuízo”, de John Stuart Mill – é de manifesta inconsistência e fácil refutação. Capacetes para motociclistas e cintos para

beleireiro da esquina não emite nota fiscal e nunca pagou ISS, mas todos os seus colegas de salão fazem (ou melhor, não fazem) o mesmo; ele haverá de se sentir um *otário* se começar a cumprir suas obrigações tributárias a cada corte ou escova que faça, porque os demais não seguirão seu exemplo, nem ele próprio perceberá qualquer tipo de retorno. Mas tudo isso é relativo. No caso dos cabeleireiros, quem imita quem? Não dá para dizer, porque o quadro de sonegação já está macerado antes mesmo de eles abrirem seus estabelecimentos. Um motorista que ultrapassa o sinal vermelho pode muito bem ser seguido por outros. Mas se o infrator estiver em um carro rebaixado, daqueles com escapamento e aparelho de som insuportavelmente ruidosos, é muito provável que os demais motoristas, ao invés de imitá-lo, nada façam, a não ser crisar a testa e desejar que a polícia o aborde – ou que ele bata o carro no próximo poste e, de preferência, morra. Outrossim, pode ser que o sujeito resolva pagar os impostos que deve, para dormir tranqüilo, sem os sobressaltos de uma remota fiscalização, mesmo que seus pares não façam o mesmo. Em suma, a proposição do mau exemplo, ao invés de ser aprioristicamente moral, deve ser objeto de investigação e demonstração empírica: não para fins de especular “e se todos fizerem o mesmo?”, mas para demonstrar que “outras pessoas farão o mesmo se você o fizer”³⁴.

motoristas são itens de segurança indiscutivelmente úteis. Se em bom funcionamento e bem colocados, só trazem vantagens. Um acidente envolvendo um condutor de moto ou de carro fora dessas especificações expõe seus condutores a riscos muito maiores de lesões e morte. Ora, se isso acontece, o interesse alheio pode ser afetado difusamente (atendimento em hospital público, pagamento de benefício pela previdência social, danos a postes e calçadas, engarrafamento na via pública) e/ou coletivamente (despesas médicas, prejuízo para outros motoristas e pedestres, sofrimento da família e amigos). Mesmo que o condutor descuidado não tenha prejudicado absolutamente ninguém, ainda assim, um grande número de pessoas estranhas ficaria consternada com a sua dor. É desagradabilíssimo ver uma pessoa morta ou ferida, agonizando no meio da rua. Como dizia John Donne, “no man is an island”. “The environment which we and our children must live is determinated, among other things, by patterns and relationships formed privately by others than ourselves”, finaliza Ronald Dworkin (2000, p. 246).

³⁴ Um exemplo no direito brasileiro é o crime de corrupção de menores, previsto na Lei Federal n. 2.252/54. A exigência da jurisprudência quanto à demonstração de que o menor não era corrompido e se corrompeu a partir da prática de um delito específico, tornou a conduta, na prática, letra morta.

Em suma, reiteramos nosso argumento de que o Estado se comporta como um bom pai e, mais do que isso, como um pai infalível, que não precisa pedir desculpas pelos seus erros: *the king can do no wrong*, ou, em uma paródia, *the father can do no wrong*, mas o jogo de aparências é agitado ideologicamente para a consecução e a manutenção do exercício do poder político coercitivo. É uma questão de definição: o Estado não exerce nenhum poder; o Estado é o exercício de todo o poder. “Que importa que o príncipe tenha uma índole amável ou cruel? De todo modo, não é ao príncipe que o povo obedece?”, indaga Clastres (2004, p. 158). É a aparência o que conta, como já dizia *O Príncipe* de Nicolau Maquiavel, em 1513, com o que finalizamos o presente ensaio:

todos sabem que é louvável que o príncipe mantenha a palavra empenhada, e viva com integridade e não com astúcia. Contudo, a experiência dos nossos tempos mostra que os príncipes que tiveram pouco respeito pela boa fé puderam com astúcia confundir os espíritos a superar os que basearam sua conduta na lealdade. [...] Citarei um só exemplo moderno: o de Alexandre VI, que em sua vida só fez enganar. Nunca pensou em outra coisa, e encontrou sempre oportunidade para isso; ninguém jamais afirmou com tanta convicção – e prometendo com tanto vigor cumpriu tão pouco. Contudo, tinha sempre êxito ao enganar, pois sabia urdir bem suas mentiras. *Não é necessário que um príncipe tenha todas as qualidades acima relacionadas, mas é muito necessário que aparente todas. Ousaria mesmo afirmar que possui-las todas, e sempre as observar, chega a ser perigoso, mas a aparência de possui-las todas é útil* [1982, p. 68; grifos nossos].

Referências

- ARISTÓTELES. *Política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- CARVALHO, Olavo de. *O futuro do pensamento brasileiro: estudo sobre o nosso lugar no mundo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, [1998].
- _____. *O jardim das aflições: de Epicuro à ressurreição de César: ensaio sobre o materialismo e a religião civil*. 2. ed. São Paulo: É Realizações, 2004.

- CHOMSKY, Noam. *Segredos, mentiras e democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.
- CLOWES, Brian. *Pro-Life Activist's Encyclopedia*. Stafford, Virginia: American Life League, 1993.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. corr. e actual. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 2000.
- ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. *English legal system*. 4. ed. Harlow: Pearson Education, 2002.
- FISHKIN, James. *Beyond subjective morality: ethical reasoning and political philosophy*. New Haven: Yale University, 1984.
- FOLDY, Michael S. *The trials of Oscar Wilde: deviance, morality, and late-Victorian society*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- GEERTZ, Clifford. *The interpretation of cultures*. New York: Basic Books, [2000].
- HARRIS, J. W. *Legal philosophies*. 2. ed. London: Butterworths, 1997.
- JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARÍAS, Julián. *A perspectiva cristã*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Tratado sobre a convivência: concórdia sem acordo*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Brasília: Universidade de Brasília, ca. 1982.

MITHEN, Steven. *A pré-história da mente: uma busca das origens da arte, da religião e da ciência*. São Paulo: Unesp, 2002.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *O trabalho do antropólogo*. Brasília: Paralelo 15; São Paulo: Unesp, 1998.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Lisboa: Edições 70, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SAHLINS, Marshall. *Cultura e razão prática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 1997.

SHAKESPEARE, William. *Macbeth*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v.1.

WOORTMAN, Klaas. *O selvagem e o novo mundo: ameríndios, humanismo e escatologia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional

Gustavo Tepedino*

Qual o objetivo do Direito? O que seria de nós se não fôssemos obcecados pela pessoa humana? Se não tivéssemos uma preocupação constante, todos os dias de nossas vidas, pelo homem, por sua felicidade, pela sua dignidade, pela satisfação de suas necessidades, pela superação dos obstáculos de direito e de fato que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana? O que seria de nós, juristas? Haveríamos perdido nossa razão de ser, a razão de nossa existência! (Jorge Mosset Iturraspe)¹.

A relação entre direito civil e ordem pública, noções tradicionalmente tão díspares, que apenas se tangenciavam nos limites de seus campos de atuação, revela a irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. Com efeito, a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República.

A rigor, desde os anos oitenta que os civilistas sustentam, no direito brasileiro, a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado. Contra tal corrente configurou-se, com a promulgação da Constituição brasilei-

* Gustavo Tepedino é Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Presidente do Instituto de Direito Civil.

¹ Conferência de encerramento da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal no auditório do Superior Tribunal de Justiça em 12 e 13 de setembro de 2002, Brasília.

ra de 1988², uma forte resistência dos civilistas mais tradicionais ao argumento de que o processo designado como constitucionalização do direito civil representaria, em realidade, uma diminuição do papel da dogmática do direito privado no âmbito da Teoria Geral.

Contudo, a nova proposta interpretativa não pretendia subtrair o espaço de incidência do direito privado, visando, ao revés, a alterá-lo qualitativamente, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias à realização dos valores constitucionais.

Na esteira do debate doutrinário então travado, afirmou-se de maneira deliberadamente provocatória e polêmica:

Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 – ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta constitucional – ou o estado contemplativo de parte de nossos civilistas, cujas contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui ou acolá. Parece, ao revés, imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição³.

² O professor Iturraspe definiu a Constituição Brasileira de 1988 como “moderna e progressista”, pois “produziu o que hoje se chama a constitucionalização do Direito Civil. Incorporou à carta fundamental direitos da personalidade, direitos humanos, direitos do homem ou do cidadão, avançando no processo de dignificação da pessoa humana” (Conferência de encerramento da I Jornada de Direito Civil).

³ Seja consentida a referência à aula inaugural do ano acadêmico de 1992, por mim proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, contida no texto intitulado “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil” (In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1).

Mais de uma década depois, diante do Código Civil de 2002, impõe-se uma reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem nortear o intérprete na reconstrução dos institutos de direito privado. Deve-se observar, primeiramente, que os critérios interpretativos do Direito Civil não mais se encontram no Código Civil. Conforme se destacou, a Constituição da República promoveu uma alteração qualitativa nos institutos civilísticos, funcionalizando-os aos valores constitucionais, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, isto é, espécies de zonas *francas* para a atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional.

Entretanto, não obstante tenha se difundido, nesses quinze anos, a afirmação da importância cada vez maior da Constituição para o Direito Civil, percebe-se uma postura cultural um tanto quanto bizarra, uma certa arrogância de alguns juristas, que pretendem adaptar o Texto Constitucional ao Novo Código Civil e que julgam, a partir dele, ser desnecessária a metodologia do direito civil constitucional, funcionando novamente o Código Civil como uma síntese constitucional das relações privadas. Daqui decorre um reconhecimento apenas retórico da aplicação direta da Constituição nas relações privadas. Ou seja, reconhecendo embora a força normativa dos princípios constitucionais, retira-se sua eficácia prática.

Tal construção pretende encontrar justificativa em duas ordens de argumentação. A primeira delas no sentido de que, com a redução do papel do Estado assistencialista, teria fim o intervencionismo pretendido pelo constituinte, tornando desnecessária e até indesejada ou superada a discussão quanto à aplicação direta do texto constitucional.

O argumento não colhe. Ao propósito, basta sublinhar a absoluta atualidade da discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais e de sua aplicação direta nas relações jurídicas de direito privado, a despeito das tendências neoliberais. A tormentosa problemática, suscitada pelos civilistas italianos a partir do final dos anos 60, e pelos civilistas brasileiros desde os anos 80, ganhou renovado fôlego com o debate em torno da unificação da Europa, sendo o jurista

conclamado a ponderar e harmonizar as diretivas transnacionais na ordem constitucional interna de cada Estado-Membro.

De outra parte, e ao mesmo tempo, o arrefecimento do papel assistencialista do Estado, aqui e alhures, em nada reduz o debate quanto à constitucionalização do direito civil, sendo tal metodologia decorrência imperativa não do tamanho que se pretenda atribuir ao Estado, mas da concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento jurídico.

Vale dizer, a alteração da forma de intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasman, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa. A atenção, portanto, volta-se para a indispensável unidade interpretativa exigida no cenário de pluralidade de fontes normativas, a partir dos valores constitucionais, cuja utilização direta na solução das controvérsias do direito privado assegura, a um só tempo, a abertura do sistema e a sua unidade.

A segunda ordem de argumentos comprime a força normativa dos princípios constitucionais parte da equivocada premissa de que estes, por serem menos detalhados e muito abrangentes, seriam dotados de menor força prescritiva. Tal circunstância autorizaria o legislador, e especialmente o codificador, a decifrá-los, reduzindo sua amplitude normativa ao angusto espectro das regras. Em conseqüência, segundo tal raciocínio, a regra deveria prevalecer sobre o princípio, pois indicaria uma opção política indiscutível quanto a certo padrão de comportamento. Tratar-se-ia de uma versão remodelada do vetusto brocardo *in claris non fit interpretatio*⁴. Na esteira de tal entendimento, acaba-se por subverter a hierarquia do ordenamento, aplicando-se os princípios constitucionais à luz de regras infraconstitucionais.

⁴ Sobre o vetusto adágio latino, leciona Pietro Perlingieri que “o brocardo *in claris non fit interpretatio* relaciona-se à enunciação da norma como juízo lógico, enquanto que, a rigor, ela é instrumento modelado para disciplinar a vida de relação” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 71).

Todavia, se a força normativa dos princípios constitucionais decorre da concepção unitária do ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa posição hierárquica suprema, nem o tamanho do Estado e tampouco a renovação do Código hão de alterar a normatividade constitucional – ainda que as normas constitucionais sejam dotadas de menor racionalidade normativa (mais mal acabadas, dir-se-ia com certo desdém...).

Ao revés, como antes demonstrado, as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, o ordenamento restaria fragmentado, decompondo-se o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que substitui, no curso do tempo, o sistema monolítico da codificação oitocentista.

Se são verdadeiras, como parecem, tais observações, pode-se aduzir que a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a duas características essenciais da própria noção de ordenamento: unidade e complexidade. O conceito de ordenamento pressupõe um conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo um modo de vida historicamente determinado⁵. Daqui decorrem duas conseqüências fundamentais: (I) o ordenamento não se resume ao direito positivo; e (II) para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado.

Se o ordenamento pudesse se reduzir a normas de um mesmo nível hierárquico, este seria fechado e homogêneo. Sendo, ao contrário, a realidade atual formada por uma pluralidade de fontes normativas, o ordenamento se torna necessariamente aberto e heterogêneo, daí a sua complexidade, que só alcançará a unidade caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade⁶.

⁵ PERLINGIERI, 2002, p. 2.

⁶ Como observa Maria Celina Bodin de Moraes, são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. “Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na

Daí o equívoco de se conceber o sistema jurídico mediante modelos binários, dividindo-se ora os destinatários das normas jurídicas (legislador e sujeitos de direito); ora a produção jurídica (legislativa e jurisdicional); ora os campos de conhecimento (direito público e direito privado); ora os setores da sociedade (que consagrariam microsistemas), e assim por diante. Ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico⁷.

Na mesma linha crítica, mostra-se igualmente equivocada imaginar uma linha divisória entre normas valorativas (oriundas da Constituição) e normas prescritivas (legislação infraconstitucional); ou entre, de um lado, regras gerais e abstratas (premissa maior) e, de outro, a factualidade (premissa menor), sendo o papel do juiz limitado a uma finalidade complementar em relação ao legislador, valorando *standards* de comportamento nos espaços em que não há regulamentação específica.

O sistema jurídico, bem ao contrário, há de fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois, não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se

sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização ao direito civil” (O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003. p. 107).

⁷ Na lição de Pietro Perlingieri, “a unidade interna não é um dado contingente, mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de ligações efetivas e potenciais entre as normas singulares e entre os institutos”. Afirma o mesmo autor, ainda, que “um ordenamento a-sistemático, isto é, feito de normas que não exprimem relações internas, não encontrou até hoje uma verificação histórica. [...] Se o critério de fundação do sistema privilegia o conteúdo sobre a forma (*contentutistico*), sendo, portanto, fruto de elaboração, das correlações entre um e outro instituto, o sentido do sistema se deduz não no esplêndido isolamento da relação do intérprete com o conteúdo de cada norma, mas sempre confrontando cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional” (2002, p. 77-78).

operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza de sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento⁸.

Na esteira de tal entendimento, chega-se à noção de ordenamento não mais como um conjunto estanque de normas jurídicas, mas como uma série de ordenamentos de casos concretos, para cuja construção o intérprete levará em conta os fatores condicionantes dos fatos e das normas jurídicas conjuntamente interpretadas em cada conflito de interesses. Daí a importância atual da argumentação, a qual não se repete entre dois casos concretos (sendo sempre singular e indispensável para a legitimidade desta fusão de culturas e de compreensões de mundo operada pelo magistrado na decisão judicial). Tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação desse processo complexo há de ser feita à luz dos princípios emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas.

Todavia, mesmo admitindo-se difusamente a força normativa da Constituição, a aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações de direito privado tem encontrado na doutrina e jurisprudência críticas injustificadas, que podem ser agrupadas em quatro objeções centrais: (I) os princípios constitucionais, mesmo tomados como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social de modo que valer-se deles para a regulamentação das relações jurídicas interindividuais traduziria verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, ao qual é dado disciplinar o direito privado; (II) a baixa concretude dos princípios constitucionais suscitaria exagerada e por vezes perigosa subjetividade dos juízes; (III) as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas, ao contrário das normas do direito privado, muito mais afeitas à estabilidade própria da sua dogmática, em grande parte herdada, quase de forma intacta, desde o direito romano; e (IV) o controle de mereci-

⁸ Ao propósito, destaca Pietro Perlingieri: “a unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes” (2002, p. 7-8).

mento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais, para além do juízo de ilicitude dos atos em geral, representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o campo das escolhas e liberdades individuais.

Todas as quatro críticas, embora respeitáveis, mostram-se descontextualizadas, relacionando-se com uma realidade inteiramente obsoleta, por pressupor o cenário característico da codificação do século XIX, quando se delineava, então, uma clara dicotomia entre o direito público e o direito privado, este destinado à sublimação da autonomia privada. O Código Civil de 2002, embora desenhado sob a égide do paradigma patrimonialista, imaginando ciosamente um *mundo privado* que devesse se resguardar de ingerências estatais, fazendo, por isso mesmo, concessões, por meio de restrições pontuais em cláusulas gerais, desponta em contexto axiológico que altera radicalmente o sentido emprestado para autonomia privada e para a aquisição e utilização dos bens.

Com efeito, vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. Torna-se obsoleta a *summa divisio* que estremava, no passado, direito público e direito privado, bem como ociosa a partição entre direitos reais e direitos obrigacionais, ou entre direito comercial e direito civil. Tal advertência ganha importância especial no momento em que, com o Código Civil de 2002, propaga-se a chamada unificação do direito privado. O relevante, ressalte-se, não consiste na topografia da disciplina da empresa na normativa codificada senão a distinção axiológica que deve presidir a dogmática da pessoa humana e a da pessoa jurídica. Ou seja, a proposta unificante do direito privado, concebido em seu aspecto estrutural, só por si nada representa.

À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econô-

mica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (CF, art. 3º, III) e da solidariedade social (CF, art. 3º, I)⁹. Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), moldam a atividade econômica privada (CF, art. 170) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil.

De outra parte, têm-se as relações jurídicas patrimoniais e a autonomia privada. A noção de autonomia da vontade, como concebida nas codificações do século XIX, dá lugar à autonomia privada, alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se insuficiente, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte hegemonicamente preponderante. Daí voltar-se a ordem jurídica para a investigação das singularidades da pessoa humana. O alvo de atenção do legislador não é mais o sujeito de direito, mas os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes, e assim por diante. O homem em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais. Na mesma esteira, a diferença entre pessoas jurídicas e pessoas físicas ga-

⁹ Sobre o tema, v. Maria Celina Bodin de Moraes, para quem “o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade” (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85).

na singular importância, impondo-se lógica interpretativa e técnica legislativa diferenciadas.

Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos no passado. As categorias do direito privado devem ser reconstruídas, a partir do surgimento de situações jurídicas inteiramente novas, advindas com a revolução tecnológica dos últimos cinquenta anos. Basta pensar na engenharia genética, na procriação *in vitro*, na extraordinária massa de informações pessoais colhidas mediante o exame de DNA e na circulação de dados propiciados pelas redes de informática. Cabe à doutrina do direito civil estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante dos novos bens jurídicos que se tornam objeto de situações existenciais suscitadas pelo avanço da cibernética e da tecnologia.

Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimonial, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivos* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade. Os formulários-padrão, por exemplo, destinam-se a proteger o consumidor, o mutuário, o aderente no contrato de adesão e assim sucessivamente.

Exemplos não faltam dessa mudança qualitativa da autonomia privada e da insuficiência das categorias tradicionalmente consagradas na dogmática do direito civil para solucionar os novos conflitos de interesse. O professor Stefano Rodotà, em uma das três conferências que ministrou no Rio de Janeiro¹⁰, a convite da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Procuradoria do Município da Cidade do Rio de Janeiro, invocou a notícia publicada por um tablóide sensacionalista inglês, que pôs em dúvida a paternidade do príncipe William. Insinuou-se então que o herdeiro real poderia ser filho não de Charles, mas de um ex-professor de educação física da princesa Diana. O re-

¹⁰ V. longa entrevista concedida pelo professor Rodotà, publicada na *RTDC*, n. 11, 2002.

pórter, aproveitando-se de um descuido do jovem príncipe, acometido de uma gripe, apropriou-se de um lenço de papel por ele utilizado e jogado em uma lata de lixo. Valendo-se também de uma amostra do sangue (ou tecido) do pretense pai, realizou o confronto das cadeias de DNA, cujo resultado negativo estancou a explosão nas vendas dos jornais populares e a apreensão geral relacionada à sucessão do trono. O professor Rodotà, analisando a questão, esclareceu apropriadamente que não se tratava apenas de um lenço descartado (*res derelictae*), mas de informações que diziam respeito à própria essência da personalidade daqueles de quem foram apropriados. Por isso mesmo, a circulação e utilização dos chamados dados sensíveis devem depender de manifestação expressa daqueles que terão aspectos de sua intimidade revelados.

Não se pode, nessas hipóteses, buscar solução nas categorias clássicas da teoria contratual e do direito de propriedade. Tampouco parece suficiente a dogmática dos direitos da personalidade, no estado atual da doutrina brasileira, ainda excessivamente voltada para a definição e tipificação dos direitos subjetivos.

Diante da multiplicação de situações trazidas pelas novas tecnologias, muda-se radicalmente a técnica legislativa, valendo-se o legislador de inúmeras cláusulas gerais, e os princípios tornam-se fundamentais para a concretização de normas nos casos concretos, cada vez mais inusitados.

Por tudo isso, mostra-se inquietante que setores nostálgicos do voluntarismo queiram aproveitar a chegada do Novo Código Civil para considerar desnecessário, a partir de agora, todo o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República. Segundo tal raciocínio, a nova codificação restauraria ao civilista o seu estatuto orgânico das relações patrimoniais, servindo o Código como mediador entre as normas de direito público e a autonomia privada. A tese, contudo, mostra-se inteiramente descabida.

Em primeiro lugar, porque a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a uma mera questão de localização topográfica das normas aplicáveis às relações privadas. Trata-se, de maneira muito

mais ampla, da inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados.

Por outro lado, as novas tecnologias, como se veio de demonstrar, rompem com os compartimentos do direito público e do direito privado, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de ordem pública. A dignidade da pessoa humana há de ser tutelada e promovida, em última análise, nos espaços públicos e privados, daí resultando a imprescindibilidade de um controle da atividade econômica segundo os valores constitucionais, processo hermenêutico que, em definitivo, há de ser intensificado – e jamais arrefecido – com a promulgação de leis infraconstitucionais.

O desafio do jurista de hoje consiste, assim, precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. O novo Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico – que em última análise significa a abertura do sistema –, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um *microclima* de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. Portanto, as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana¹¹.

Referências

ITURRASPE, Jorge Mosset. Conferência de encerramento. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1, 2002, Brasília. Disponível em: <www.cjf.gov.br/

¹¹ Como observado em outra sede (1992): “Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais” (TEPEDINO, 2004, p. 22).

revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/04_conferencia_de_encerramento.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÀ, Stefano. Entrevista. *RTDC*, ano 3, v. 11, p. 225-308, jul./set. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Seção V

Temas Atuais

Direito e modernidade: lineamentos para uma teoria da reforma constitucional

Paulo Thadeu Gomes da Silva*

Sumário: 1 Introdução. 2 Modernidade. 3 Constitucionalismo. 4 Constituição. 5 Conclusão.

1 Introdução

O Brasil experimenta, desde a promulgação da Constituição de 1988, um alto índice de reforma constitucional, o que acaba por configurar a Constituição como um instrumento de ação, e não uma estrutura para a ação¹. A distinção entre instrumento de ação e estrutura para a ação rege o Constitucionalismo moderno, seja ele já um tanto tradicional, como o norte-americano e o britânico, seja ele denominado de novo Constitucionalismo, como é o caso das novas democracias da América Latina e do Leste Europeu.

A Constituição como instrumento de ação significa a possibilidade de o sistema político dispor de seu texto, por meio de reforma, para a implementação da política; já como estrutura para a ação o significado é o de que a Constituição é tomada como parâmetro de atuação do sistema político, este que vai reformar não mais o texto constitucional, mas sim o ordenamento infraconstitucional, v.g., reforma do ensino, reforma política etc.

* Paulo Thadeu Gomes da Silva é Procurador Regional da República em São Paulo; Doutor em Direito pela PUC/SP.

¹ Essa idéia, em seu estado puro, é de Jon Elster (Constitutionalism in Eastern Europe, *The University of Chicago Law Review*, v. 58, p. 447-482, 1991); aqui, trata-se dela como uma distinção.

Os eventos traduzidos em reformas constitucionais repercutem tanto no sistema político quanto no jurídico. No político, sede onde se manifesta o poder reformador, em termos práticos há como que uma paralisia do processo de politização de temas considerados afetos à política ordinária, causada pela preferência concedida às matérias atinentes à política constitucional, vez que esta, por si só, demanda mais tempo para discussão e votação, além de causar uma confusão entre a política comum e a constitucional.

Essa produção abastada de emendas constitucionais termina por criar um paradoxo, traduzido no dispêndio de tempo exatamente numa sociedade na qual esse recurso, o tempo, é escasso. Nos EUA, por exemplo, a dificuldade de se emendar a Constituição produz uma via de escape, pela qual se chega ao mesmo objetivo de alteração constitucional, só que pelo Judiciário² que, lá na Nação do Norte, não parece padecer de lentidão. O Brasil, segundo já se afirmou, vive um imobilismo judicial inamovível, contudo, o político trabalha numa dinâmica assaz veloz que chega mesmo a causar perplexidade, isso quando não está a produzir comunicação política via escândalos.

Ainda no político, mas já no plano teórico, tais tentativas de reforma constitucional são tratadas de forma a produzir uma crítica acerba contrária às proposições, desde que se pense que elas, em quase sua totalidade, partem do Executivo, e não do Legislativo. Para tanto analisam-se dados estatísticos extraídos de observações empíricas, tendo em vista o número de emendas, a matéria de que tratam etc. O enfoque é mais centrado na *performance* do sistema político ligada à eficiência e, dependendo do observador, se de direita ou de esquerda, é ela tachada de social ou neoliberal ou liberal-social, ainda que não se conheça, de forma unívoca, o significado desses rótulos. A tônica, em qualquer caso, recai sobre a crise da representação política, havendo juristas propondo como alternativa a democracia direta via referendo e/ou plebiscito.

No sistema jurídico a teoria também trabalha com a perspectiva de uma hermenêutica crítica, timidamente voltando seus canhões para

² “U.S. Supreme Court decisions have impacted more profoundly on the fundamental operations of the political system than most formal amendments promulgated via Article 5” (SCHEUERMAN, William E. *Liberal democracy and the social acceleration of time*. Baltimore; London: Johns Hopkins University, 2004. p. 85).

o combate ao arbítrio do sistema político e, enfaticamente, normatizando proposições de índole inconstitucional. Em troca, propõe a criação de novos métodos de interpretação constitucional, já não mais marcados pela *Auslegung*, mas sim pelo *Sinngebung*, os quais reinventariam a Constituição. A par disso, descrições são feitas a respeito de novos institutos configuradores das técnicas de controle de constitucionalidade. A aposta, como se percebe, é no sistema jurídico, nos Tribunais Constitucionais como oráculos ou superego da sociedade moderna. Apregoa-se, talvez sem se ter consciência disso, o retorno ao governo dos juízes como condição de possibilidade da ordem social.

Esse o estado do debate. Contudo, pouco ajuda esse tipo de reflexão, pois que o evento, qual seja, a reforma constitucional, continua a ser produzido pelo sistema político, em escala industrial, sem que se opere uma descrição do problema adequada à identificação de sua manifestação.

Na observação aqui empreendida se entende que uma mais adequada descrição do evento tem que levar em consideração ao menos três fatores, se não determinantes, então condicionantes da existência dessa prática no Constitucionalismo brasileiro, quais sejam, a modernidade, o Constitucionalismo e a Constituição.

A premissa fundamental é exprimida em que, na sociedade moderna, os sistemas jurídico e político são diferenciados da sociedade e entre si, diferenciação essa representada por distintas funções, distintos códigos e distintos programas.

2 Modernidade

Em sua evolução semântica, modernidade conheceu termos correlatos, tais quais modernismo, modernização, novidade, *nouveau* e progresso, embora tenha quase sempre permitido a identificação de seu significado pela contraposição ao seu antônimo representado por *antique/ancien*³.

³ Conforme LE GOFF, Jacques. *Histoire et mémoire*. Paris: Gallimard, 1988. p. 59-90.

Numa tentativa de localizar histórica e cronologicamente o termo, Fredric Jameson noticia que a palavra “moderno” já era utilizada na Antigüidade, século V da Era Cristã, pelo Papa Gelásio I (494-495) e “o termo simplesmente faz a distinção entre os contemporâneos e o período anterior dos Padres da Igreja e não implica nenhum privilégio (a não ser o cronológico) para o presente”⁴.

Koselleck afirma ser o século XVIII o início da Modernidade, pois foi o Iluminismo que permitiu o desenvolvimento de idéias derivadas das transformações tecnológicas e industriais, aliado a que a própria Revolução Francesa possibilitou novas formas de experiência⁵.

Modernidade foi usada por Baudelaire em seu artigo intitulado *Le peintre de la vie moderne*, em 1863, embora em 1855 ele próprio já tivesse escrito sobre *Méthode de critique – De l’idée moderne du progrès appliquée aux beaux-arts* e em 1859 sobre *L’artiste moderne*. Esses textos, ainda que possam ser expressões da crítica de arte do autor, contêm idéias claras a respeito do que então se compreendia por modernidade⁶, e ela pode ser identificada com a ruptura com o passado, desde que se admita, com Baudelaire, que ela é, em sua metade, o transitório, o fugitivo, o contingente e, em outra metade, o eterno e o imutável.

Para Baudelaire a modernidade se configurava em duas metades: a contingente e a imutável⁷. Numa perspectiva sistêmica essa idéia pode ser traduzida pela existência dos dois lados da forma da modernidade, quais sejam, a modernidade moderna ou o moderno da modernidade representado pela contingência inerente a um futuro

⁴ JAMESON, F. *Modernidade singular*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 27.

⁵ KOSELLECK, Reinhart. The eighteenth century as the beginning of modernity. In: *The practice of conceptual History*. Stanford: Stanford University, 2002. p. 160-161.

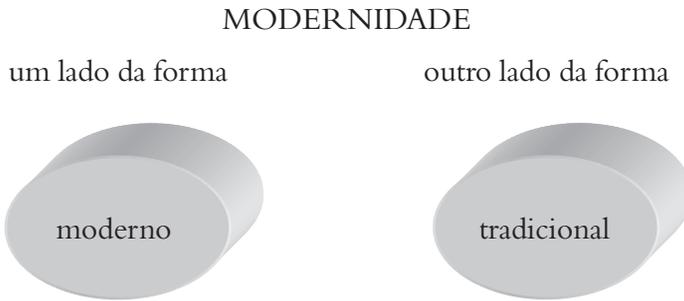
⁶ De acordo com Jürgen Habermas: “Enquanto crítico de arte, Baudelaire sublinha na pintura moderna o aspecto da ‘beleza fugaz e passageira da vida presente, do caráter daquilo que o leitor nos permitiu chamar ‘Modernidade’. Baudelaire coloca entre aspas a palavra ‘Modernidade’; é consciente do novo uso, terminologicamente peculiar, desse termo” (*O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 15).

⁷ *Le peintre de la vie moderne*. In: *Oeuvres complètes*. Paris: Robert Laffont, 1980. p. 797-799.

aberto⁸, e a modernidade tradicional ou o tradicional da modernidade representado por tudo aquilo do antigo que insiste em nela permanecer.

Disso decorre a possibilidade de se afirmar que um dos lados da forma da modernidade implica aceitar a diferenciação funcional, e o outro lado em refutá-la. O problema, então, passa a ser de peso de cada lado da forma, se um possui uma prevalência sobre o outro, se há uma relação de hierarquia entre os dois lados da forma.

Guardadas as devidas diferenças, é como se a conhecida *Querelle des anciens et des modernes* do século XVIII fosse hoje representada pelos dois lados da forma da modernidade. Graficamente:



A história demonstra, mediante um enfoque sistêmico-luhmanniano, que a sociedade moderna é aquela diferenciada funcionalmente. O estabelecimento da sociedade em sistemas diferenciados funcionalmente não significa a possibilidade de negar a presença da tradição – não-ruptura com o passado – na modernidade: o sistema da religião é pródigo em produzir exemplos, tais quais os ritos católicos e judaicos.

Ela, a tradição, continua a se manifestar, ainda que seja por meio de um choque de civilizações, contudo, não fornece as condições de possibilidade da ordem social, de vez que estas são apanhadas na diferenciação funcional, característica da modernidade. Pense-se, por exemplo, na factibilidade de a própria modernidade, em alguns aspectos,

⁸ Nesse sentido, veja-se Niklas Luhmann (Die Kontingenz als Eigenwert der modernen Gesellschaft. In: *Beobachtungen der Moderne*. Darmstadt: WV, 1992. p. 93-128).

tornar-se tradicional. Pode ser o caso da própria Constituição, que mesmo sendo considerada uma aquisição evolutiva da modernidade, nela já se faz presente como uma tradição, tradição que no início se caracterizou como de ruptura, e que no tempo presente futuro se caracteriza como estável, embora mutável, mas sempre mantenedora das estruturas sociais modernas mais relevantes, quais sejam, a organização formal do Estado e os direitos fundamentais.

Muita vez a própria modernidade se afirma com o apelo à tradição, v.g., o caso das novas relações parentais, representado pela nova secularização dessas mesmas relações, cuja demanda não mais se descreve pela necessidade de leis que autorizem o divórcio, mas sim o casamento entre pessoas do mesmo sexo, isto é, uma busca pelo estabelecimento da família: em suma, nada mais tradicional que o objetivo almejado. De modo que parece não existir contestação à manifestação de uma paradoxal modernidade, ao menos parcialmente, tradicional⁹.

Isso explica a existência, na sociedade mundial moderna diferenciada funcionalmente, de sociedades ainda tradicionais ou com uma diferenciação funcional ainda não completada: as tradicionais, além das africanas, podem ser identificadas com as indígenas brasileiras, que têm que conviver com a modernidade prevalente da mesma sociedade brasileira. Já aqui a tradição que se inventa é aquela ligada à religião, e não a monárquica, característica da colonização britânica na África, nem a republicana, característica da colonização francesa também na África¹⁰.

Basta pensar-se no declínio do catequismo católico e no recrudescimento do novo pentecostalismo nas áreas de ocupação indígena, ocupação essa imemorial, portanto também tradicional, o que permi-

⁹ O tema é tratado de forma clara por Antoine Compagnon (*Os cinco paradoxos da modernidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2003).

¹⁰ Sobre a invenção da tradição pelo Colonialismo, ver Eric Hobsbawm e Terence Ranger (*A invenção das tradições*. São Paulo: Paz e Terra, 2002); para uma crítica do fatalismo nos processos constituintes das novas democracias do Leste Europeu ver James Johnson (*Inventing constitutional traditions: the poverty of fatalism*. In: FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University, 2001. p. 71-109).

te constatar a reflexividade da própria tradição, pois esta se afirma, superpondo-se, sobre uma tradição já existente: poder-se-ia, aqui, identificar um rawlsiano *overlapping consensus*.

A modernidade significou o rompimento com o passado e produziu efeitos nos sistemas da ciência, da política, da economia, do direito, da educação, das artes, tornando-os diferenciados funcionalmente. O que se entende por secularização dos sistemas pode ser compreendido por rupturas nas estruturas sociais então vigentes, e é essa compreensão que permite identificar a modernidade com a diferenciação funcional.

Numa análise empreendida com conceitos weberianos ter-se-iam esferas de valores (*Wertsphären*) secularizadas ou autônomas. Essa autonomia foi produzida especialmente nas esferas econômica, política e cultural – abarcadora da ciência, do direito e da arte – e mediante processos de racionalização: em Weber, modernização é identificada com racionalização. Conforme Sergio Paulo Rouanet¹¹, a economia é racional porque empresarial e baseada no cálculo; a política é racional porque o Estado dispõe de um sistema tributário centralizado, de um poder militar permanente, do monopólio da violência e da legislação e de uma administração burocrática racional; a cultura é racional por causa da dessacralização das visões do mundo tradicionais (*Entzauberung*). O que parece ser adequado perquirir é se a antiga racionalidade¹² europeia ainda dá conta de servir de base às condições de possibilidade da ordem social moderna.

¹¹ Ilustração e modernidade. In: *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 120-122.

¹² No Brasil, no século XX, podem ser indicados como exemplos de uma racionalidade crítica o Movimento Modernista durante os anos 1920 e 1930, de inspiração marxista, com um alinhamento à esquerda, e, nas décadas de 1970 e 1980, a Teoria Crítica da Cultura de Paulo Freire, a Teoria Crítica do Teatro de Augusto Boal e a Teoria da Dependência de Fernando Henrique Cardoso, conforme Luis Alberto Peluso (*O projeto da modernidade no Brasil*. Campinas: Papyrus, 1994. p. 29-34). Monica Pimenta Velloso refuta a idéia de uma modernidade exclusivamente paulista da década de 20, argumentando que o marco temporal ocorreu com a geração de 1870, vinculada à Escola do Recife, além de ter havido experiências modernas no Rio de Janeiro na passagem do século XIX para o XX (O modernismo e a questão nacional. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Org.). *O Brasil Republicano*. Rio de Janeiro:

Luhmann, em um texto básico¹³, descreve as possibilidades de se observar o moderno da modernidade. A proposta luhmanniana centra-se especificamente na necessidade de indicação de uma semântica que esteja ligada às estruturas sociais como possibilidade de autodescrição da sociedade moderna, vale dizer, em que a sociedade moderna distinga-se semântica e estruturalmente de seus predecessores.

A sociedade moderna é aquela que se auto-reproduz por suas próprias estruturas, a economia desde a economia, a política desde ela mesma e o direito desde ele próprio. Isso é possível porque a referência se manifesta como problema, seja ela auto ou hetero-referente: nisso consiste a autonomia dos sistemas. Essa autonomia como problema de referência é como que completada pelo código binário rígido que não permite um terceiro valor. Na economia é ele representado pela dupla ter/não ter; na política por governo/oposição e no jurídico pelo direito/não direito.

A referência como problema, então, tem que ser compreendida a partir da descrição dos sistemas que se reproduzem, mediante comunicação, a partir de si mesmos: o problema é, assim, de auto-referência. O conceito de referência, para Luhmann, é próximo do de observação, que indica uma operação composta pelos elementos da diferenciação e os da distinção¹⁴: concebe a diferenciação como diferença. Referência sistêmica é, então, uma operação que por meio da diferenciação entre sistema e ambiente indica/designa um sistema¹⁵. Há três formas de auto-referência, o que implica distinguir a própria auto-referência dessas formas: a) a basal, quando a diferenciação entre elemento e relação constitui a base; b) a reflexividade ou auto-referência pro-

Civilização Brasileira, 2003. p. 353-386). É de se perguntar: e o que se passou no direito? Bom, o direito teve que se contentar com trezentos anos de vigência das Ordenações Filipinas, e apenas em 1916 o novo Código Civil foi promulgado: que modernidade é essa que, no século XX, tem que trabalhar com uma legislação de 1603? (Ver GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 8.)

¹³ Das Moderne der modernen Gesellschaft. In: *Beobachtungen der Moderne*, cit., p. 11-49.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984. p. 596.

¹⁵ Ibidem, p. 599.

cessual, quando a diferenciação entre o antes e o depois nos acontecimentos elementares constitui a base; c) a reflexão, quando a diferenciação entre sistema e ambiente constitui a base¹⁶.

Para o caso aqui analisado da reforma constitucional, parece ser possível enquadrá-la na forma da reflexividade ou da auto-referência processual, de vez que, no sistema político a reforma será sempre da reforma, vale dizer, poder sobre o poder, e no sistema jurídico terá a sua constitucionalidade verificada com base em decisões anteriores que servirão de precedentes.

Portanto, e do que vem de ser escrito, pode-se afirmar que se a sociedade moderna é auto-referente pela reflexividade¹⁷, então o evento que nela ocorre representado pela reforma constitucional também o será. Indicar a modernidade como reflexiva permite afirmar que a reforma, além de ser feita sobre a reforma já realizada anteriormente, não pode ser observada mediante a dupla valorativa boa/má, tônica do discurso dos juristas em geral, de vez que, na sociedade moderna, não existe boa ou má reforma: pense-se, por exemplo, no caso brasileiro onde se manifestam reformas constitucionais que visam alargar o campo de incidência normativa dos direitos fundamentais. O Constitucionalismo de que se trata, já aqui, é ele também reflexivo.

Admitindo-se correta a identificação e desde que a diferenciação funcional em si mesma não signifique uma proposta normativa, para além da qual não se possa imaginar nenhuma alternativa¹⁸, a análise a

¹⁶ Ibidem, p. 600-602.

¹⁷ A opção pela teoria luhmanniana manifestada neste artigo não impede a menção a outras teorias que apregoam a modernidade reflexiva, seja mesmo como uma segunda modernidade, conforme Ulrich Beck, Wolfgang Bonss e Christoph Lau (The theory of reflexive modernization. *Theory, Culture & Society*, v. 20, n. 2, p. 1-33, 2003). Em uma descrição sobre a relação espaço-tempo, ver Anthony Giddens (*Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1995; e *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991)

¹⁸ Esse é o pensamento de Luhmann: "I don't think that it is normative because norms only make sense if there is an alternative. But I see no alternative to functional differentiation, and if we propose functional differentiation as a normative rule, then we should think that there are other possibilities to organize society in a better way, for example in the socialist-communist organizational way, and I don't see the point in establishing norms on such a fundamental level of the society" (What is modernity. In: RASCH, William (Org.). *Niklas Luhmann's modernity*. Stanford: Stanford University, 2000. p. 202).

ser feita com relação à sociedade brasileira deve prender-se à sua descrição como sendo ou não uma sociedade diferenciada funcionalmente, portanto, uma sociedade onde a modernidade se manifesta ou não se manifesta. Essa análise, para o objetivo aqui pretendido, restringe-se à descrição dos sistemas político e jurídico e ao evento da reforma constitucional.

O sistema jurídico começa a ser independente do político quando este, por sua vez, orienta seu poder em sentido universal. O jurídico, então, mediante demandas por normas como as de liberdade de expressão e de religião, autonomiza-se do político. No político a modernidade instaura a possibilidade de que as minorias não sejam mais eternas, nos moldes do que foi o Terceiro Estado, conforme destacado por Madame de Stäel¹⁹; no jurídico a mesma modernidade faz do direito positivo, mutável, o direito da sociedade moderna.

Em ambos os sistemas, como se percebe, a variabilidade é a tônica, diferentemente da tradição, que se configura pela invariabilidade, o que permite afirmar que a Constituição, naquela sua parte modificável é moderna, enquanto naquela não modificável é tradicional, paradoxo que se forma pela própria luta revolucionária em prol dos direitos humanos e de sua imutabilidade: o que se quis moderno hoje é tradição.

Assumir a possibilidade de se responder à pergunta o que é modernidade com a afirmação de que ela é a diferenciação funcional²⁰ faz com que se abandone a vetusta idéia de identificar a modernidade com um projeto iluminista²¹ ainda não concretizado e calcado na su-

¹⁹ *Considérations sur les principaux événements de la Révolution Française*. London: Baldwin, Cradock, and Joy, 1818. t. 1, p. 130.

²⁰ Conforme faz João Maurício Adeodato (Modernidade e direito. In: *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 205-220).

²¹ Até porque, no Brasil, o Iluminismo sempre foi um movimento mal explicado. “Davam-se vivas à religião e à feliz Constituição: este paradoxo aparente, em que se mesclava a religiosidade luso-brasileira ao espírito racional do século, explicava-se pelas características que a Ilustração portuguesa assumira no século XVIII” (NEVES, Lúcia Maria Bastos das. *Corcundas e constitucionais*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 152).

posta autonomia kantiana do indivíduo representada pela liberdade como antípoda do estado de tutela²²: o iluminismo de que se trata, agora, é o sociológico, o qual não funda mais sua racionalidade na justiça e na sociedade, mas sim na ampliação da capacidade de observação dos sistemas sociais – isto é, auto-observação ou observação de segundo grau –, reduzindo a complexidade do mundo. Essa necessidade de abandono da idéia tanto é mais presente quanto se pense nos relativos, porque diferentes e, portanto, não-universais, projetos iluministas²³ que tomaram corpo em determinadas sociedades: o inglês com sua sociologia da virtude, o francês com sua ideologia da razão e o norte-americano com a sua política da liberdade²⁴.

O iluminismo, ou ilustração, foi marcado por diferenças na sociedade ibero-americana, pois que aí desenvolveu-se como um mosaico, e não como um sistema, tendo em vista, sempre e sempre, a mistura entre modernidade e tradicionalismo²⁵. Exemplo sintomático do que vem de ser escrito é representado pela Constituição brasileira de 1824, tida por liberal ao mesmo tempo em que o sistema econômico nacional era baseado na escravatura, o que vai produzir a máxima das idéias fora do lugar²⁶, aliado a que refletia o princípio antiliberal de que o poder imperial era anterior à sociedade que criava. Conforme Emília Viotti da Costa:

As estruturas sociais e econômicas que as elites brasileiras desejavam conservar significavam a sobrevivência de um sistema de clien-

²² KANT, Emmanuel. *Qu'est-ce que les lumières?* Paris: GF-Flammarion, 1991. Michel Foucault, ao comentar esse texto de Kant, propõe a sua compreensão mediante a pergunta pela maneira como se deve encarar a modernidade: se apenas como um período da história ou como uma atitude representada por um modo de relação concernente à atualidade, por uma escolha voluntária feita por alguns (O que são as luzes? In: *Ditos e Escritos II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 341-342).

²³ E se a sociedade moderna é reflexiva, então é, também, não-linear, conforme Scott Lash (Reflexivity as non-linearity. *Theory, Culture & Society*, v. 20, n. 2, p. 49-57, 2003).

²⁴ HIMMELFARB, Gertrude. *The roads to modernity*. New York: Vintage Books, 2005.

²⁵ Por todos, MORSE, Richard M. *El espejo de Próspero*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999. p. 89-111.

²⁶ A frase é de Roberto Schwarz (*Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1988).

tela e patronagem e de valores que representavam a verdadeira essência do que os liberais europeus pretendiam destruir²⁷.

Havia uma identificação dos homens ilustrados da época com a elite rural brasileira, e o espaço dedicado ao estudo das ciências sempre foi maior do que ao das letras, refletindo o espírito do tempo traduzido na existência de uma hierarquia entre elas, com as ciências ocupando a posição de preeminência. O interessante nesse histórico é que não havia qualquer sentimento de independência do Brasil entre esses homens ilustrados: queriam iniciar pela reforma de Portugal²⁸.

Com relação à proclamação da República é bem de se destacar que o líder do movimento foi um Deodoro monarquista e a crise abolicionista colocou em favor dos ideais republicanos os mesmos senhores de escravos, desgostosos com os ventos da abolição que atingiam a monarquia.

A mudança de regime não passou incólume pela pena de Machado de Assis, escritor que, em Esaú e Jacó, no capítulo LXIII, intitulado Tabuleta Nova, trata do tema de forma hilária. Custódio, que havia mandado pintar a nova tabuleta para seu estabelecimento comercial, denominado Confeitaria do Império, foi pego de surpresa com a proclamação da República, tendo ido, por isso, se aconselhar com Aires, ao que este lhe deu as idéias de pintar nova tabuleta com os dizeres Confeitaria do Governo, para o caso de a monarquia se restaurar, ou Confeitaria do Império... das leis, para o caso de a república permanecer e Custódio não ter que gastar mais dinheiro com uma nova tabuleta²⁹.

A falta de encaixe das idéias à realidade então vivida não era monopólio da sociedade brasileira, pois que o México também sofreu o mesmo impasse, sendo certo que a existência do tradicionalismo com

²⁷ *Da monarquia à república*. São Paulo: Unesp, 1998. p. 134.

²⁸ Tudo conforme Maria Odila da Silva Dias (*Aspectos da ilustração no Brasil. Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro, n. 278, p. 105-170, 1968).

²⁹ In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 1, p. 1028-1030.

a modernidade produziu o partido revolucionário institucional³⁰. Enquanto os saxões são filhos de Lutero e da Revolução Industrial, os latino-americanos são da Contra-Reforma e da monarquia universal³¹, de modo que, no Brasil, sempre houve o apelo ou a recorrência ao tradicional³².

Há quem atribua as distinções entre as experiências latino-americana e norte-americana ao fato de que na América do Norte não houve feudalismo; outro autor³³ afirma que na experiência norte-americana a mobilização dos movimentos sociais foi essencial, enquanto na latino-americana ocorreu um pacto das elites, o que, de sua vez, produz a distinção entre política constitucional/política ordinária e dificuldade de mudança do texto constitucional/facilidade de mudança do texto constitucional.

Paz aposta na inexistência da crítica, ao menos literária, como causa para que o século XVIII não tenha sido vivido na América Latina, o que poderia projetar uma modernidade não acabada³⁴.

No Brasil, por exemplo, não houve guilhotina, muito menos deram chance aos jacobinos, tendo sempre predominado a denominada doutrina da conciliação, o que levou à produção de uma consciência

³⁰ “Esse monumental achado lógico e lingüístico da política mexicana”, segundo Octavio Paz (Invenção, subdesenvolvimento, modernidade. In: *Signos em rotação*. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 134).

³¹ PAZ, Octavio. Literatura de fundación. In: *Obras Completas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 3, p. 45.

³² Ver, nesse sentido, MORSE, Richard. Claims of political tradition. In: WIARDA, Howard J.; MOTT, Margaret MacLeish (Ed.). *Politics and social change in Latin America: still a distinct tradition?* Connecticut: Praeger, 2003. p. 91-128.

³³ SCHOR, Miguel. *Constitutionalism through the looking glass of Latin America*. Suffolk University Law School, Paper 18, p. 1-65, 2005.

³⁴ Alrededores de la literatura hispanoamericana. In: *Obras completas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 3, p. 56. Veja-se, de igual efeito, a seguinte passagem de *El ogro filantrópico*: “Las sociedades latinoamericanas son la imagen misma de la extrañeza: en ellas se yuxtaponen la Contrarreforma y el liberalismo, la hacienda y la industria, el analfabeto y el literato cosmopolita, el cacique y el banquero” (Barcelona: Seix Barral, 1979. p. 86).

conservadora³⁵, e isso mesmo que o positivismo comtiano, doutrina oficial dos militares republicanos educados por Constant, tivesse combatido firmemente as idéias de Cousin: ao menos o método eclético permaneceu e parece não ter sido em vão que mesmo os positivistas não nutriam simpatia pela revolução, sendo o pensamento marcado pela forma gradual e evolucionária³⁶: pense-se, por exemplo, na abolição gradual da escravatura. Alie-se a tudo a famosa frase de Holanda Cavalcanti, segundo a qual “nada há mais parecido com um saquarema do que um luzia no poder”³⁷ e ter-se-á pronta a descrição da aplicação da doutrina no Brasil.

Essa idéia de modernidade não acabada, desde que seja permitida a identificação da modernidade com a diferenciação funcional, pode levar à afirmação de que, no Brasil, a diferenciação funcional também não é completada, advindo daí a quase que necessidade de se tomar a Constituição como instrumento de ação, e não como estrutura para a ação.

3 Constitucionalismo

No movimento de idéias que formou a modernidade destaca-se, ainda para os fins deste trabalho, aquele denominado de Constitucionalismo. Esse também é um evento realizado na modernidade³⁸ e que levou à diferenciação funcional dos sistemas político e jurídico.

³⁵ Conforme MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks; UniverCidade, 2003).

³⁶ Conforme WIARDA, Howard J. *The soul of Latin America*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2001. p. 145-174. Para uma descrição histórica da corrente no Brasil, ver Ivan Lins (*História do Positivismo no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1967).

³⁷ Apud HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987. p. 137.

³⁸ Há quem afirme tratar-se o Constitucionalismo atual de Constitucionalismo pós-moderno, baseado nas mudanças culturais operadas na arte, na tecnologia, na política e na economia e na análise do impacto que essas mudanças causam ao direito como instituição, conforme J. M. Balkin (What is a Postmodern Constitutionalism? *Michigan Law Review*, v. 90, p. 1966-1990, 1991-1992).

No Brasil, de acordo com o que vem de ser escrito, esse Constitucionalismo bem poderia ser classificado de tradicionalista, e aí parece residir o problema. A invenção da tradição na África pelos colonizadores, por exemplo, pode ter produzido um evento digno de nota por sua paradoxalidade, qual seja, a criação de Constituição sem Constitucionalismo³⁹, onde prevaleceu o tradicionalismo.

O Constitucionalismo possui várias vertentes, o que se afirma como resultado de comparações levadas a cabo entre as experiências, num primeiro momento, norte-americana, inglesa e francesa; num segundo momento, alemã e italiana; num terceiro momento, espanhola, portuguesa e latino-americana e, num último momento, a dos países do leste europeu.

Todavia, nas manifestações inglesa e francesa parece ter vingado a idéia de que Constitucionalismo significasse restrição do poder. De sua vez, a própria idéia de *restraint* como marca do movimento encontra suas raízes tanto na herança medieval da doutrina do direito natural, que sofreu sua inerente secularização pela ação dos barões, das cidades livres e da própria Igreja, sempre ligada à instituição do Parlamento, quanto na doutrina cristã da personalidade, que pregava a importância transcendental de toda alma humana mesmo *vis-à-vis* da necessidade de um governo, o qual encontrar-se-ia limitado pelo valor atribuído ao indivíduo⁴⁰.

Se possui variadas manifestações, então também tem distintos significados. Nos EUA foi um movimento de idéias direcionado à criação de um Estado, no que se diferencia da França e do Brasil⁴¹, pois

³⁹ Nesse sentido, veja-se OKOTH-OGENDO, H. W. O. *Constitutions without constitutionalism: reflections on an african political paradox*. In: GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; OLIVIERO, Melanie Beth et al. *Constitutionalism & democracy*. Oxford: Oxford University, 1993. p. 65-82. A ênfase é na existência de peculiaridades culturais e/ou mentais diferentes daquelas presentes no Constitucionalismo ocidental.

⁴⁰ Tudo conforme FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy*. Boston: Ginn and Company, 1950. p. 25-28.

⁴¹ Keith S. Rosenn indica algumas causas que proporcionaram o sucesso do Constitucionalismo norte-americano e o insucesso do latino-americano: a experiência com o constitucionalismo e com o autogoverno, a originalidade e a flexibilidade da Constituição,

que naquela a intenção foi a de criar um novo Estado ou mesmo novas estruturas sociais que se diferenciavam do *Ancien Régime*, enquanto no Brasil o poder imperial sempre foi prestigiado. Esse prestígio, cristalizado no poder reformador, uma versão atenuada do princípio monárquico, fez com que se mantivesse a tradição positivada num texto constitucional que se pretendia moderno: fundou-se o paradoxal Constitucionalismo tradicional⁴², que poderia ter sobrevivido, com mais força e mesmo na República, se tivesse vingado a tese de Borges de Medeiros⁴³ referente à instauração do Poder Moderador no Executivo já sob o novo regime.

Essa proeza de arranjo político e institucional, também ele conciliatório, produziu a manifestação, ao mesmo tempo, dos dois lados da forma da modernidade, quais sejam, o moderno e o tradicional. Por certo que esse evento não atingiu apenas o Constitucionalismo brasileiro, contudo, para os objetivos deste trabalho, a análise será centrada na realidade brasileira.

Da monarquia à república o Constitucionalismo brasileiro conheceu um período de quase inexistência de reformas. No período monárquico podem ser consideradas como reformas à Constituição de 1824 o Ato Adicional de 1834 e a Lei de Interpretação do Ato Adicional datada de 1840; no republicano a primeira delas ocorreu

a criação de um efetivo mercado comum, a igualdade e a revolução social norte-americanas, a ausência do militarismo e a institucionalização da liderança carismática (The success of constitutionalism in the United States and its failure in Latin America: an explanation. *The University of Miami Inter-American Law Review*, v. 22, n.1, p. 1-39, 1990).

⁴² Conforme escreve Lúcia Maria Bastos Pereira das Neves: “Os principais valores da cultura política do mundo luso-brasileiro eram aí definidos: uma monarquia constitucional, que continuava aliada à Igreja, colocada doravante inteiramente a seu serviço, pois ainda se fazia necessária a doutrina cristã para um maior controle dos cidadãos; uma sociedade em que reinavam os homens ilustrados cujo papel consistia em orientar a opinião do povo; uma liberdade que não ultrapassasse os direitos alheios e uma igualdade restrita ao plano da lei. Era a visão de um mundo em que a secularização ainda estava incompleta, em que a ideologia, no sentido de F. Furet e J. Ozouf, não se fazia realidade” (*Corcundas e constitucionais*, cit., p. 151).

⁴³ *O poder moderador na república presidencial*. Brasília: Senado Federal, 2004.

em 1926, isto é, mais de trinta anos após a Proclamação da República. De lá para cá o que se observa é a marca registrada de decretações de estados de sítio, de emergência e de guerra. Na história monárquica e republicana brasileira o Constitucionalismo foi gravado pelas crises e a Constituição quase sempre foi tratada como instrumento de ação e não como estrutura para a ação. Um exemplo de desrespeito à Constituição vem da redução da maioria constitucional de dezoito anos de idade – artigo 121 da Constituição de 1824 – do Príncipe Dom Pedro II para quatorze anos, em 1840, “reforma constitucional” essa realizada pelos liberais de então com assento na Assembléia Geral Legislativa e feita formalmente por meio de uma declaração ao povo brasileiro.

Por certo esses eventos podem ser assim descritos porque não havia uma modernidade moderna, não havia, ainda, diferenciação funcional, daí decorrendo a explicação para a não-aceitação pelo perdedor das regras do jogo eleitoral, fato marcante na monarquia e já manifestado na Regência Una – Feijó e Araújo Lima foram as vítimas da época – e na República, período marcado não pela temporariedade de mandatos, mas sim pela quase impossibilidade de cumprimento de todo o prazo estabelecido temporalmente para o seu exercício: esses eventos não permitiram a manifestação do código do sistema político da sociedade moderna, representado pela dupla governo/oposição. A pergunta que remanesce é: pode-se afirmar que o Brasil produziu Constituições sem Constitucionalismo?

Se o parâmetro a ser adotado for a idéia de que o Constitucionalismo significou separação de poderes, governo misto, garantias, o *Rechtsstaat* alemão, o *Rule of Law* inglês ou mesmo o governo limitado dos modernos, pode-se afirmar que não, o Brasil não teve Constituição sem Constitucionalismo, e isso mesmo que seja inerente à história constitucional brasileira o desrespeito ao princípio da separação de poderes, a suspensão das garantias, a prevalência do político sobre o jurídico⁴⁴.

⁴⁴ É de Machado de Assis a frase: “Tem barreiras a filosofia; a ciência política acha um limite na testa do capanga” (Crônicas/Notas Semanais/1878. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 3, p. 376).

Dá conta disso, da prevalência do tradicional sobre o moderno, a narração da história constitucional feita por Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁴⁵: a de 1824, porque outorgada, quase que gerou a perda da unidade nacional, tendo em vista o esmagamento absolutista da Confederação do Equador e o autoritarismo centrado na figura do Imperador que exercia o Poder Moderador, o qual de neutro nada possuía; a de 1891, a par da instabilidade federativa, produziu o autoritarismo presidencial; a de 1934, também marcada pela falta de inexecutabilidade e inadaptabilidade, gerou a de 1937, mais conhecida por Constituição nominal ou semântica, carente de aplicação, também uma colcha de retalhos proveniente do trabalho de Francisco Campos, que positivou no texto constitucional fórmulas fascistas, nacionalistas e de caráter liberal; a de 1946 combinou preceitos progressistas com técnicas reacionárias; as de 1967 e 1969 foram marcadas pela inexistência do Congresso. A de 1988, de sua vez, pode ser tida na conta de uma Constituição advinda da presença dos fatores reais de poder, ainda que sua legitimidade tivesse sido contestada pela ausência de mandato constituinte específico.

Portanto, e desde que se identifique o Constitucionalismo com o moderno da modernidade, no Brasil prevaleceu um lado da forma da modernidade, qual seja, o tradicional da modernidade, *o que não quer dizer que houve a produção de Constituição sem Constitucionalismo*: houve, e isto parece adequado asseverar, a elaboração de Constituição em um Constitucionalismo bastante peculiar e inerente à realidade brasileira⁴⁶, seja com referência aos atores propagadores das idéias, cuja marca primordial foi o positivismo, seja com relação aos atores atuantes no processo político, de cuja atuação emergiu o pacto conciliatório entre as elites.

⁴⁵ *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.

⁴⁶ Segundo César Cansino e Víctor Alarcón, ao analisarem a obra de J. G. Merquior, a América Latina resiste aos seus infortúnios entre véus e máscaras, aliando o passado da cultura indígena às múltiplas migrações: “Based on this circumstance, Merquior coined one of the most felicitous expressions that have arisen to describe Latin America: the ‘Other West’” (The futures of Latin America: conservative or liberal-democratic? In: GELLNER, Ernest; CANSINO, César (Ed.). *Liberalism in modern times*. Budapeste: Central European University, 1996. p. 205).

Se se pudesse, neste espaço, levar a cabo comparações, poder-se-ia afirmar que no Brasil, embora não tivesse havido Os Federalistas, Os Enciclopedistas e mesmo os escritos de um Shaftesbury, existiu um acerbo debate a respeito das idéias atinentes ao Constitucionalismo, fosse por meio de panfletos e jornais, fosse no Parlamento.

Por isso é que se reconhece que mesmo todas as crises vividas pela sociedade brasileira não significam que na história constitucional correspondente não tenha se manifestado o outro lado da forma da modernidade, mais especificamente, o moderno da modernidade. É que a história constitucional brasileira, embora apresentasse aspectos ínsitos à realidade então vivida, é herdeira do legado europeu, seja aquele representado pelo Iluminismo da razão, seja aquele, mais atual, intitulado Iluminismo sociológico. Houve e há um relativo respeito ao princípio da separação de poderes e um grau de institucionalização sistêmica que permite observar a descrição da sociedade brasileira como diferenciada funcionalmente.

Todavia, essa diferenciação funcional não foi ainda completada. E apenas o será, nos sistemas aqui envolvidos, quando a Constituição for tomada a sério, ou seja, quando for considerada uma estrutura para a ação, quando então o lado da forma da modernidade representado pelo moderno poderá, numa relação heterárquica, fazer face ao outro lado representado pelo tradicional. Somente quando essa determinante se manifestar é que poder-se-á afirmar que a história constitucional brasileira é representante de um Constitucionalismo não mais tradicional, mas sim, e já, moderno.

4 Constituição

Quando se pensa e se fala sobre Constituição é necessário dela ter um conceito em mente. Esse conceito serve de ponto de partida para qualquer reflexão que se queira sobre ela fazer. Se se pretende descrever o evento da reforma constitucional, então impõe-se de rigor o esclarecimento prévio sobre o conceito que se pretende de Constituição, pois a reforma constitucional guarda relação de pertinência com o texto dela, Constituição.

Para o fim aqui proposto o conceito a ser selecionado pode ser ligado à mudança conceitual operada em época determinada, o que, entretanto, alargaria excessivamente o campo de pesquisa, desde que se pense que a palavra Constituição conheceu variados significados no decurso do tempo. Ilustrativo dessa afirmação é o que escreve Stourzh⁴⁷, que colaciona significados de Constituição como condicionadora do exercício da autoridade pública, *government* e *instrument*, e, numa perspectiva naturalizadora da política, compara-se ela a um corpo humano que deve ser saudável e ter uma vida temporal. Jellinek, em sua Teoria do Estado, identifica Constituição com a idéia que dela faziam os romanos⁴⁸. O mesmo fenômeno da plurivocidade vale para seu sinônimo, qual seja, lei fundamental, sendo certo que Hobbes afirmou não se ter uma definição do que viessem a significar essas palavras⁴⁹.

Num projeto de modernidade identificado com a diferenciação funcional estrutural da sociedade moderna, a Constituição, aquisição evolutiva dessa mesma modernidade, é o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico⁵⁰: o único que faz é permitir o incremento da irritabilidade da comunicação entre esses sistemas.

Nessa função ela é tomada como uma estrutura para a ação dos sistemas político e jurídico. Para que o sistema político se auto-reproduza por meio de decisões políticas sem ter que alterar o texto da Constituição ele tem, então, que tratar a Constituição como essa

⁴⁷ STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: BALL, Terence; POCCOCK, J. G. A. (Ed.). *Conceptual change and the Constitution*. Kansas: University of Kansas, 1988. p. 35-54.

⁴⁸ “También los romanos distinguen con gran agudeza entre Constitución del Estado y disposiciones legislativas particulares, por grande que pueda ser la significación de éstas para la comunidad. Para referirse a la Constitución, tienen ellos la expresión técnica *rem publicam constituere*” (*Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 458).

⁴⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 174.

⁵⁰ Assumir esse conceito de Constituição com pretensão heurística, mesmo depois de se fazer um breve relato do peculiar Constitucionalismo brasileiro é ir, frontal e paradoxalmente, contra a idéia de uma suposta etnografia constitucional, de sua vez formulada por Kim Lane Scheppele (Constitutional Ethnography: an introduction. *Law & Society Review*, v. 38, n. 3, p. 389-406, 2004).

estrutura para a ação; se continuar a tratá-la como instrumento de ação, terá que recorrentemente reformar o texto constitucional.

O problema reside em que, no Brasil, onde a diferenciação funcional não foi completada (portanto a modernidade também ainda não se completou num grau tal que a sociedade brasileira possa ser considerada como exemplo da diferenciada funcionalmente), onde ainda prevalece um dos dois lados da forma da modernidade representado pelo tradicionalismo (entendido aqui como patrimonialista e paróquialista⁵¹), as condições de possibilidade para que a Constituição seja tomada como estrutura para a ação são, de fato, menores do que naquelas sociedades em que a diferenciação funcional já se completou e segue seu curso contingente.

Esse problema, muito mais do que significar apenas a constatação da inviabilidade temporal de constituições analíticas, implica a formulação de indagações que possam servir de adequada descrição a esse crônico evento encontrado no Brasil, que é a sempre necessária reforma constitucional.

Do ponto de vista simbólico essas mudanças do texto constitucional contribuem decisivamente à formação de um pensamento, no sistema político, no qual vem embutida a necessidade de reforma como única válvula de escape aos problemas apresentados na sociedade; no sistema jurídico, paradoxalmente, o simbolismo criado é traduzido na flexibilidade de um texto que se autocalifica como rígido.

Disso decorre que um texto constitucional que deva ser tomado como estrutura para a ação tem que positivar em seus artigos apenas aquelas normas referentes à organização do Estado e aos direitos individuais, pois são essas normas que conferem à Constituição a possibilidade de que não seja tomada como instrumento de ação. Perceba-se que não é apenas um problema de analiticidade do texto constitucional: além de ser, também, um problema quantitativo, ele é qualitativo.

⁵¹ Segundo Raymundo Faoro: “Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi” (*Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2001. p. 819).

Sendo o problema qualitativo, poder-se-ia, *ex abrupto*, identificá-lo com a antiga distinção entre Constituição formal e material. Também aqui o significado parece ser maior do que aquele datado de outra época, pois embora possa ser invocado em sua defesa o argumento da semi-rigidez caracterizadora das Constituições das novas democracias da sociedade moderna, o problema parece estar relacionado à própria contingência da sociedade moderna, a qual, se é moderna porque diferenciada funcionalmente, tem que se reproduzir por meio das funções de cada sistema e também de equivalentes funcionais.

O direito da sociedade moderna desincumbe-se dessa tarefa por meio da vinculação de um futuro incerto, vinculação essa de caráter artificial, de vez que a impossibilidade de uma real vinculação se afigura ela mesma como improvável; a política da sociedade moderna o faz por meio de decisões coletivas vinculantes, de criação de normas para que o sistema jurídico possa funcionar.

Se houver uma transferência da sede constitucional para a infraconstitucional de normas de determinado matiz que são recorrentemente alteradas pelo sistema político, o próprio sistema poderá enfrentar a contingência da sociedade moderna de maneira mais eficaz – e não seria a eficácia o resultado da racionalização/modernização weberiana? –, seja no plano real, seja no simbólico. De sua parte, o sistema jurídico também poderá fazer face à contingência da sociedade moderna, desde que tenha à disposição normas de conteúdo adequado. E quem vai permitir isso é a própria Constituição, acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, estrutura para a ação de ambos os sistemas, que por meio de suas normas procedimentais permite a mudança mais rápida do direito positivo, aumentando, dessa forma, a irritabilidade na comunicação entre os mesmos sistemas.

A reforma da Constituição brasileira, nos moldes em que é realizada, quantitativa e qualitativamente, indica a presença da tradicional sobreposição do político em relação ao jurídico, da tradicional não-diferenciação funcional dos sistemas político e jurídico, portanto, do lado da forma da modernidade representado pela tradição.

Enfrentar a contingência da sociedade moderna sem ter que alterar a todo momento o texto constitucional é fazer valer o outro lado

da forma da modernidade, traduzido pelo moderno da própria modernidade, mesmo que para isso tenha que se considerar a Constituição desvestida de seu caráter de sacralidade ou recobrando de uma tradição imutável apenas aquelas regras atinentes à organização do Estado e aos direitos individuais, ou seja, aquelas matérias que necessariamente devem constituir o núcleo eterno de qualquer texto constitucional.

5 Conclusão

A análise aqui empreendida aponta para a descrição do evento representado pela reforma constitucional sob a perspectiva da modernidade, do Constitucionalismo e da própria Constituição. O Brasil tem que fazer face a uma complexidade por assim dizer mais complexa do que aquela encontrada nas sociedades pós-industriais, pois que ainda tem que manejar e tratar de problemas de Maquiavel e do Estado de Bem-Estar ao mesmo tempo: o primeiro pode se resolver, ao menos em tese, pela moral; o segundo, às custas das finanças⁵².

Para o primeiro problema aponta-se como “solução” a reforma política, sempre tendo-se em mira a noção de que se pode descrever a política pela ética, esta como descrição da moral. De antemão é de se destacar que a reforma constitucional aqui também é utilizada como instrumento para se combater a chaga atávica dos sistemas da sociedade brasileira: a corrupção. Como fecho remanesce a perplexidade de se tentar operar uma descrição de um sistema da sociedade moderna mediante algo estranho a ele: a política pela moral. A inexistência de uma suposta solução única e fatal, tal qual aquela imaginada para exterminar o racismo emergente, produz a ineficácia do remédio manipulado. O ponto de partida poderia ser aquele representado pela impossibilidade de descrição da política pela moral, esta que, afinal, não se pode conhecer.

Já para o segundo problema a questão parece deslocar-se dos sistemas político e jurídico para o econômico, de vez que é nesse sistema

⁵² Conforme LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000. p. 216.

que se pode gerir a escassez de recursos. Há a necessidade, para isso, de autonomia do sistema econômico e de reformas econômicas, algo que não implique na mudança do texto constitucional. O atual estado de grave crise política no Brasil – primeiro semestre de 2005 – e a sua não-interferência na economia parece demonstrar a necessidade e a manifestação de autonomia do sistema econômico.

O ponto central da descrição parece ser que a Constituição brasileira, para utilizar uma metáfora de Berlin⁵³, é uma Constituição ouriço, pouco pragmática porque analítica, que normatiza no sentido de um único princípio organizador e universal, isto é, pretende abarcar com suas normas todos os eventos sociais e por isso busca identificar a unidade do sistema num fundamento unitário, e não numa diferença. A sua antípoda seria a Constituição raposa, pragmática porque sintética, e que não pretende alcançar todos os eventos sociais, por isso busca sua unidade na diferença entre os sistemas jurídico e político, servindo, dessa forma, como acoplamento estrutural entre eles.

Essa descrição permite mudar o foco das alterações direcionadas ao texto constitucional, sendo elas boas ou más, para o texto infraconstitucional. Operar-se-ia, dessa maneira, o evento de dogmático nome *desconstitucionalização* da própria ordem constitucional vigente, permanecendo na Constituição aquelas matérias que possuíssem a densidade normativa para dela constar.

A reforma, assim, seria endereçada ao ordenamento infraconstitucional, mais flexível e, portanto, mais adequado ao enfrentamento de uma contingência que é produzida sobre a sociedade brasileira de maneira mais forte do que aquela que se projeta nas sociedades pós-industriais, tendo em vista a escassez maior de recursos e um grau de risco também maior, do qual a ecologia e a previdência social são apenas alguns dos indicativos disponíveis.

Para o sistema jurídico o deslocamento da reforma do ordenamento constitucional para o infraconstitucional vai desobrigá-lo de decidir sobre a constitucionalidade de uma norma que se integrará ao

⁵³ BERLIN, Isaiah. O ouriço e a raposa. In: *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 447-505.

texto constitucional. Simbolicamente, reforça a idéia preconizada pela teoria constitucional de que a Constituição é rígida naquilo que deve ser, e não flexível. No plano real, faz com que o exercício do controle de constitucionalidade seja levado a cabo em referência ao ordenamento infraconstitucional, esse que alberga o maior número de normas e é, portanto, mais complexo, e que demanda, de sua vez, menos tempo para ser reformado.

A compreensão do evento da reforma nos termos supracitados produz efeitos na distinção política ordinária/política constitucional. Essa distinção, no sistema político, não faz sentido, e isso porque tanto a ordinária quanto a constitucional produzem comunicação política. Porém, serve ela, a distinção, ao reforço do conceito de Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, de vez que o termo política constitucional pode significar que a Constituição não pertence, exclusivamente, a esse ou àquele sistema, conforme pode fazer crer o conceito de Constituição como estatuto jurídico do político. Portanto, e ao menos no pano de fundo em que se constrói este artigo, é a diferenciação funcional que permite a formação de uma observação como a aqui proposta.

O problema reside em que, no Brasil, a diferenciação funcional, ou mesmo a modernidade, ainda não completadas, parecem não ter força suficiente a cumprir, integralmente, seus respectivos projetos, desde que se pense na facilidade/necessidade com que se reforma o texto constitucional, ou seja, desde que se pense que no Brasil a Constituição é sempre tomada como instrumento de ação.

O próprio Luhmann, reconhecedor de que a diferenciação funcional em países semiperiféricos como o Brasil ainda não se completou⁵⁴, não parece disposto a oferecer uma descrição otimista do quadro existente, pois, segundo afirma:

Une questione del tutto diversa, tuttavia, è se un mutamento strutturale possa essere introdotto con la politica oppure se esso debba essere lasciato all'evoluzione nella qual la "pianificazione" svolge un ruolo più o meno fatale. Non possiamo e non dobbiamo ris-

⁵⁴ *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 478-479.

pondere qui a questa domanda. Ma se si deve suporre che un sistema della società, anche nelle sue espressioni regionali, è un sistema storico, quindi un sistema che attiva in ogni situazione ricordi a ciò che si è comprovato e che non può valutare se stesso in altro modo, è *inevitabile un certo scetticismo*⁵⁵ [grifou-se].

Essa assertiva põe de manifesto que a possibilidade de a Constituição no Brasil ser tida como estrutura para a ação tem que ser encarada com ceticismo, e isso porque, ainda prevalecendo no país um certo tradicionalismo fncado na mentalidade, na consciência, nas práticas políticas oligárquicas ou no que quer que possa ser identificado com esses conceitos, a própria modernidade é um projeto que não se completou.

O que vem de ser escrito lança ao debate a afirmação, já agora otimista, de que quanto mais diferenciada funcionalmente for a sociedade brasileira, mais a Constituição será tomada como estrutura para a ação, pois é esta uma das características da modernidade e, portanto, seu texto gozará de maior estabilidade; mais semeado estará, com efeito, o campo para a manifestação de um Constitucionalismo positivo⁵⁶, fncado nas seguintes características: a) a Constituição deve prever a sua própria preservação, isto é, a sua própria *self-enforcing*; b) apenas a democracia, tomada isoladamente, baseada na existência do código governo/oposição, não é suficiente à proteção dos direitos econômicos; c) o item “b” pode se desdobrar na existência de instituições que limitem a regra majoritária, as quais estabelecerão e manterão as garantias dos direitos econômicos e políticos.

Numa perspectiva clássica, representada por uma escala que meça o grau de modernização, a possibilidade de a sociedade brasileira demonstrar que pode ser diferenciada funcionalmente e, logo, moderna, decorrerá de sua própria reprodução histórica para fazer valer, ao menos em uma relação de equilíbrio, o lado moderno da modernidade, a

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. Causalità nel sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa, 1999. p. 124.

⁵⁶ Segundo WEINGAST, Barry R. Constitutions as Governance Structures. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 149, n. 1, p. 286-311 (289), 1993.

despeito de continuar existindo o seu lado tradicional, do qual o patrimonialismo é sua expressão mais forte.

Contudo, e conforme escreve Luhmann: “But when we want to observe the evolution of society there is no other choice than to focus on the social system of the world society”⁵⁷, e esta, a sociedade mundial, é a sociedade diferenciada funcionalmente, interligada por meio de dependências e interdependências, portanto, sem centro, e por isso mesmo, policêntrica ou policontextual.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e direito. In: *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BALKIN, J. M. What is a postmodern constitutionalism? *Michigan Law Review*, Michigan, v. 90, p. 1966-1990, 1991/92.

BAUDELAIRE, Charles. Le peintre de la vie moderne. In: *Oeuvres complètes*. Paris: Robert Laffont, 1980.

BECK, Ulrich; BONSS, Wolfgang; LAU, Christoph. The theory of reflexive modernization. *Theory, Culture & Society*, v. 20, n. 2, p. 1-33, 2003.

BERLIN, Isaiah. O ouriço e a raposa. In: *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2002.

CANSINO, César; ALARCÓN, Víctor. The futures of Latin America: conservative or liberal-democratic? In: GELLNER, Ernest; CANSINO, César (Ed.). *Liberalism in modern times*. Budapeste: Central European University, 1996.

COMPAGNON, Antoine. *Os cinco paradoxos da modernidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

⁵⁷ Globalization or World Society: how to conceive of modern society. *International Review of Sociology*, v. 7, n. 1, p. 67-79 (75), 1997.

- COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república*. São Paulo: Unesp, 1998.
- DIAS, Maria Odila da Silva. Aspectos da ilustração no Brasil. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 278, p. 105-170, 1968.
- ELSTER, Jon. Constitutionalism in Eastern Europe. *The University of Chicago Law Review*, v. 58, p. 447-482, 1991.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2001.
- FEREJOHN, John; RAKONE, Jack; RILEY, Jonathan (Ed.). *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University, 2001.
- FOUCAULT, Michel. O que são as luzes? In: *Ditos e escritos II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional Government and Democracy*. Boston: Ginn and Company, 1950.
- GIDDENS, Anthony. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Unesp, 1995.
- _____. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HIMMELFARB, Gertrude. *The roads to modernity*. New York: Vintage Books, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence. *A invenção das tradições*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

JAMESON, Fredric. *Modernidade singular*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

JOHNSON, James. Inventing constitutional traditions: the poverty of fatalism. In: FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan (Ed.). *Constitutional culture and democratic rule*. Cambridge: Cambridge University, 2001.

KANT, Emmanuel. *Qu'est-ce que les lumières?* Paris: GF-Flammarion, 1991.

KOSELLECK, Reinhart. The eighteenth century as the beginning of modernity. In: *The practice of conceptual History*. Stanford: Stanford University, 2002.

LASH, Scott. Reflexivity as non-linearity. *Theory, Culture & Society*, v. 20, n. 2, p. 49-57, 2003.

LE GOFF, Jacques. *Histoire et mémoire*. Paris: Gallimard, 1988.

LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. São Paulo: Nacional, 1967.

LUHMANN, Niklas. What is modernity. In: RASCH, William (Org.). *Niklas Luhmann's modernity*. Stanford: Stanford University, 2000.

_____. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

_____. Causalità nel sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa, 1999.

_____. Globalization or World Society: how to conceive of modern society. *International Review of Sociology*, v. 7, n. 1, p. 67-79, 1997.

_____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. Die Kontingenz als Eigenwert der modernen Gesellschaft. In: *Beobachtungen der Moderne*. Darmstadt: WV, 1992.

_____. Das Moderne der modernen Gesellschaft. In: *Beobachtungen der Moderne*. Opladen: WV, 1992.

_____. *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

_____. Crônicas/Notas Semanais/1878. In: *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. v. 3.

MACHADO DE ASSIS. Esaú e Jacó. In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

MADAME DE STÄEL. *Considérations sur les principaux événements de la Révolution Française*. London: Baldwin, Cradock and Joy, 1818.

MEDEIROS, Borges de. *O poder moderador na república presidencial*. Brasília: Senado Federal, 2004.

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks; UniverCidade, 2003.

MORSE, Richard M. *El espejo de Próspero*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1999.

_____. Claims of political tradition. In: WIARDA, Howard J.; MOTT, Margaret MacLeish (Ed.). *Politics and social change in Latin America: still a distinct tradition?* Connecticut: Praeger, 2003.

NEVES, Lúcia Maria Bastos das. *Corcundas e constitucionais*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

OKOTH-OGENDO, H. W. O. Constitutions without constitutionalism: reflections on an African political paradox. In: GREENBERG, Douglas; KATZ, Stanley N.; OLIVIERO, Melanie Beth et al. *Constitutionalism & democracy*. Oxford: Oxford University, 1993.

PAZ, Octavio. Invenção, subdesenvolvimento, modernidade. In: *Signos em rotação*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. Literatura de fundación. In: *Obras completas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 3.

_____. Alrededores de la literatura hispanoamericana. In: *Obras completas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. v. 3.

_____. *El ogro filantrópico*. Barcelona: Seix Barral, 1979.

PELUSO, Luis Alberto. *O projeto da modernidade no Brasil*. Campinas: Papirus, 1994.

ROSENN, Keith S. The success of constitutionalism in the United States and its failure in Latin America: an explanation. *The University of Miami Inter-American Law Review*, v. 22, n. 1, p. 1-39, 1990.

ROUANET, Sergio Paulo. Ilustração e modernidade. In: *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Ethnography: an introduction. *Law & Society Review*, v. 38, n. 3, p. 389-406, 2004.

SCHEUERMAN, William E. *Liberal democracy and the social acceleration of time*. Baltimore; London: The Johns Hopkins University, 2004.

SCHOR, Miguel. *Constitutionalism through the looking glass of Latin America*. Boston: Suffolk University Law School, Paper 18, p. 1-65, 2005.

SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Duas Cidades, 1988.

STOURZH, Gerald. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: BALL, Terence; POCOCK, J. G. A. (Ed.). *Conceptual change and the Constitution*. Kansas: University of Kansas, 1988.

VELLOSO, Monica Pimenta. O modernismo e a questão nacional. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Org.). *O Brasil Republicano*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

WEINGAST, BARRY R. Constitutions as governance structures. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 149, n. 1, p. 286-311, 1993.

WIARDA, Howard J. *The soul of Latin America*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2001.

Seção VI

Resenhas

Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Ingo Wolfgang Sarlet

3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 158 p.

Wellington Soares da Costa

Substrato da ordem jurídico-constitucional brasileira, notadamente no que se refere aos direitos humanos fundamentais, a dignidade da pessoa humana ocupa a categoria dos princípios maiores da Carta Magna de 1988 (art. 1º, inciso III), pois é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Desse tema de inquestionável e enorme importância trata o livro de Sarlet.

Além das considerações preliminares (p. 25-27) e finais (p. 143-145), e das referências bibliográficas (p. 147-158), a excelente obra é formada por três capítulos, conforme segue, e apresenta prefácio (1ª edição) de Paulo Bonavides e apresentação (1ª edição) de Clèmerson Merlin Clève.

Conteúdo e significado da noção de dignidade da pessoa humana são estudados no capítulo 2 (p. 29-60), a partir das filosofias ocidentais acerca do assunto, sendo citados: 1) a concepção cristã (dignidade é o valor intrínseco ao ser humano, porque este foi criado à imagem e semelhança de Deus); 2) o pensamento estoico (dignidade é a qualidade inerente ao ser humano, distinguindo-o dos outros seres); 3) Tomás de Aquino (dá continuidade à filosofia cristã, acrescentando que também é fundamento da dignidade a autodeterminação de que o ser humano é capaz devido à sua própria natureza); 4) Giovanni Pico della Mirandola (o ser humano é digno em razão da natureza indefinida que lhe é outorgada por Deus, significando que o homem é capaz de ser o que a sua vontade determinar, sendo assim definida a sua natureza); 5) Samuel Pufendorf (dignidade é a liberdade que o homem tem de optar conforme a sua razão); 6) Immanuel Kant (o fundamento da

dignidade do ser humano é a autonomia ética deste, pois o homem é potencialmente capaz de criar suas leis, autodeterminando sua conduta) – esse filósofo ainda afirma que o homem é um fim em si mesmo e, por isso, jamais pode ser tratado como objeto; 7) Hegel (dignidade é a qualidade que o ser humano conquista a partir de sua cidadania e a ele é reconhecida); 8) outros autores, com rápida menção a eles, incluindo Niklas Luhmann e Peter Häberle, que destacam o aspecto histórico-cultural da dignidade.

Constata-se que a dignidade da pessoa humana é uma “categoria axiológica aberta” (p. 41), um “conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento” (p. 41), apesar de saber-se que, como qualidade inerente ao homem (dignidade como limite do Estado), ostenta as características da intangibilidade, da irrenunciabilidade e inalienabilidade, bem como independe de seu reconhecimento pelo Direito e dos comportamentos humanos, ainda que esses sejam considerados indignos. A doutrina majoritária adota o pensamento kantiano no que se refere ao núcleo da noção de dignidade.

Também é vista a dignidade como tarefa que incumbe à entidade estatal (preservação e promoção da dignidade, bem como a criação das condições necessárias a seu pleno exercício). A esse respeito, é citado o autor Podlech, que aborda a dignidade como limite e tarefa do Estado. Sarlet também alude a Dworkin, que se refere às vozes ativa e passiva da dignidade.

O autor do livro propõe uma conceituação jurídica de dignidade da pessoa humana (p. 59-60):

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante 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.

Dignidade da pessoa humana como norma (princípio e valor) fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira é o aspecto de que trata o capítulo 3 (p. 61-75). Observa-se que somente a partir da 2ª Guerra Mundial, com algumas exceções, a exemplo da Alemanha, de Portugal e da Irlanda, cujas Constituições antecedem esse episódio, a dignidade da pessoa humana é reconhecida de forma expressa nas Cartas Magnas de muitos Estados. Atualmente, nem todos os países a reconhecem expressamente, porém a tendência é no sentido desse reconhecimento.

Consagra-se a dignidade da pessoa humana como princípio-valor fundamentador do ordenamento jurídico brasileiro (CF/88, art. 1º, inciso III), significando que: 1) “o nosso Constituinte de 1988 [...] reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana” (p. 65), reforçando o entendimento sobre a dignidade como limite e tarefa dos poderes estatais, evidenciando assim que se adota a matriz kantiana de que o ser humano é um fim em si mesmo; 2) nela fundamentam-se, direta ou indiretamente, os direitos humanos e, em especial, os direitos fundamentais, quer estejam positivados, quer não (há de ser lembrado o disposto na CF/88, art. 5º, § 2º).

Inúmeros desdobramentos derivam desse princípio-valor, que: a) como princípio, deve ser observado em tudo e por todos (necessariamente inclui o processo legislativo, com destaque na elaboração de leis substantivas, e a interpretação e aplicação do Direito); b) na condição de valor, é o “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico” (p. 70). Resta evidenciado o caráter normativo-vinculante do princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

O mais extenso dos capítulos, que é o 4 (p. 77-141), dedica-se ao subtema *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: alguns pontos de contato*¹. A magnitude do princípio-valor da dignidade da pessoa humana é de tal ordem que ele é a razão de ser e a medida dos direitos

¹ Nas considerações preliminares, p. 25-26, Sarlet afirma que essa “íntima e [...] indissociável [...] vinculação [...] já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo”.

fundamentais constitucionalmente elencados, sendo a CF/88 uma “Constituição da pessoa humana” (p. 78)². Tal dignidade é o fundamento dos direitos fundamentais, ensejando no âmbito hermenêutico “o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida” (p. 83). Os direitos fundamentais são a concretização, a realização concreta, a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Sarlet relaciona a dignidade da pessoa humana ao direito à vida e aos demais direitos fundamentais constantes na Carta Magna de 1988. Fala-se também da abertura material dos direitos fundamentais amparados na CF/88, isto é, existência de outros direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana, ainda que implícitos nos direitos expressamente positivados, acrescentando-se o que reza a CF/88 no § 2º do art. 5º.

A dignidade da pessoa humana, nos aspectos limite e tarefa, vincula o Estado, os indivíduos e a sociedade em geral. Não há como negar que “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo” (p. 110) – uma das implicações disso é o inegável dever de respeito à liberdade de orientação sexual.

Há de ser acrescentada a assertiva de que, tendo em vista a dignidade como limite, ocorrendo antinomia entre princípios ou destes com direitos fundamentais, ainda que no âmbito constitucional, prevalece o princípio da dignidade da pessoa humana, que também é limite quando ocorre a necessidade de restrição de algum direito, vale dizer, o núcleo essencial da dignidade jamais deve ser violado. Sempre deve ser observado, sem exceções, o postulado *in dubio pro dignitate*.

Nessa linha de raciocínio, o autor do livro ora resenhado discorre sobre o princípio da proibição de retrocesso, segundo o qual quaisquer supressões e restrições de direitos não de ser tidas como

² No prefácio do livro, p. 16, Paulo Bonavides fala que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

inconstitucionais, caso firmam o aludido núcleo essencial da dignidade (ou até mesmo do direito fundamental), uma vez que deve ser assegurado permanentemente o que se denomina mínimo existencial, ou seja, as condições existenciais básicas sem as quais é impossível viver com o mínimo de dignidade. A propósito do princípio da proibição de retrocesso, é feita a referência ao voto do Ministro Celso de Mello, por ocasião de julgamento levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, em 18.8.2004, acerca da contribuição previdenciária dos inativos, quando o aludido Ministro fundamenta nesse princípio a inconstitucionalidade da cobrança (nota de rodapé n. 306, p. 123).

Para que não reste dúvida acerca da dignidade como limite, vale a pena registrar a seguinte passagem, que também evidencia a inafastável importância da dignidade da pessoa humana como princípio-valor: “a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais” (p. 124).

Quanto à absolutização/relativização da dignidade da pessoa humana, considerando a reconhecida dificuldade que os doutrinadores têm de conceituá-la, tendo em vista ainda as diversas nuances e interfaces próprias desse princípio-valor, bem como a perspectiva cultural na qual ela inapelavelmente se insere, não deve deixar de ser observado o seu núcleo essencial, até mesmo porque “a dignidade [...] inevitavelmente já está sujeita a uma relativização [...] no sentido de que alguém [...] sempre irá decidir qual o conteúdo da dignidade e se houve, ou não, uma violação no caso concreto” (p. 128-129)³.

Para encerrar o comentário do capítulo 4, resta consignar que:

o princípio da dignidade da pessoa, apesar de não ter sido [...] expressamente agasalhado no elenco das assim denominadas “cláusulas pétreas” da nossa Constituição (art. 60, § 4º), seguramente ostenta [...] a condição de limite implícito ao poder de reforma constitucional, já que se constitui [...] juntamente com a vida [...]

³ Entendemos que as conquistas sociais em termos de direitos humanos internacionalmente reconhecidos constituem o parâmetro para essa decisão, ao lado da igualdade e liberdade.

no valor e na norma jurídica de maior relevo na arquitetura constitucional pátria, integrante, pois, da essência (identidade) da Constituição formal e material [...] (p. 136-137).

O livro de Ingo Wolfgang Sarlet, com invejável riqueza doutrinária, trata de um tema sempre atual, pois se refere imediata e profundamente a um dos elementos essenciais do homem: a sua dignidade. Essa grande obra deve ser estudada por todos que militam na área jurídica e pelos estudantes de Direito, de forma que as consciências se formem com os mais lúdicos valores universais e da Lei Maior brasileira, especialmente quando a realidade se mostra incontavelmente pontilhada de violações dos direitos humanos fundamentais e a cidadania, por sua vez, clama por sua vida e libertação.

Que o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana” (p. 144) tenha permanente saúde e jamais pare de bater, pois, caso contrário, a humanidade morreria e dificilmente renasceríamos das próprias cinzas.

NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de artigos de autoria, *preferencialmente*, de membros e servidores do MPU, que versem sobre matéria jurídica ou afim; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU, do extrato de notícias e de eventos da Escola. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira, com no máximo vinte laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, autorização para sua publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.
- 1.4. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos no formato RTF (*Rich Text Format*), por meio eletrônico, para o endereço <editoracao@esmpu.gov.br >.
- 1.5. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 1.6. O Setor de Editoração da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais, pelo endereço eletrônico citado acima ou pelo telefone (61) 3313-5114.

2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.