

Revista da Faculdade de

ISSN 1519-1656



Direito

Padre Anchieta



Ano V - Nº 9 - Novembro / 2004

ISSN 1519-1656

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA.

Jundiaí-SP: Sociedade Padre Anchieta
il. 23cm.

Semestral
Inclui bibliografia

CDU 34(05)

EDITORIAL

É com grande prazer que apresentamos o nononúmero da nossa Revista da Faculdade de Direito do agora Centro Universitário Padre Anchieta.

Este é, sem dúvida, o fato mais importante do ano para todos aqueles que integram a “família Anchieta”.

A transformação para Centro Universitário traz consigo enormes responsabilidades para todos: alunos, professores, funcionários e dirigentes, mas temos certeza de que, em breve, estaremos comemorando os primeiros frutos de tal mudança, com a ampliação dos horizontes para todos os cursos, pós-graduação, etc.

Neste exemplar da Revista há muitos artigos interessantes para os leitores, abordando temas variados e atuais, como: a “Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher”; “Um novo enfoque do acesso à Justiça”; “Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa, sob a ótica do Código Civil de 2002”; “Caracterização jurídico-ambiental do bairro São Bento, em Jundiaí”; “Fiança locatícia: a responsabilização do garante até a entrega das chaves e a faculdade de exoneração do artigo 835 do Código Civil”; “Justiça Penal, classes sociais e a manipulação política da criminalidade”; “O culto à Ecologia e os Direitos Humanos”; “O Meio Ambiente na Constituição Federal”; “Responsabilidade Criminal dos Médicos”; “Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito?” e, finalmente, “O Trabalho Infantil”.

Esperamos que possam ter, como sempre, uma agradável leitura e uma fonte valiosa de consulta sobre doutrina.

Até o próximo exemplar.

CONSELHO EDITORIAL

A **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO PADRE ANCHIETA** é uma publicação semestral aberta à colaboração de estudiosos e pesquisadores das Faculdades Padre Anchieta e de outras instituições.

Os trabalhos publicados foram selecionados pelo Conselho Editorial, sendo os conceitos e opiniões neles expressos de responsabilidade exclusiva de seus autores, aos quais deve ser requerida autorização para a reprodução parcial ou total dos artigos, relatos de pesquisa etc.

Conselho Editorial

Alexandre Barros Castro

Cláudio Antônio Soares Levada

João Carlos José Martinelli

Luiz Carlos Branco

Márcio Franklin Nogueira

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Correspondência

R. Bom Jesus de Pirapora, 140, Centro, Jundiaí/SP.

CEP. 13.207-660

Fax – 4521-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

anchieta@anchieta.br • www.anchieta.br

Editoração

DEPARTAMENTO DE PUBLICIDADE

Escolas e Faculdades Padre Anchieta

Revisão

João Antonio de Vasconcellos

Tiragem

3.000

Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Pede-se permuta • Pide-se canje • We ask for exchange

ÍNDICE

A convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e o seu protocolo facultativo: impacto no direito <i>Eliana Faleiros Vendramini Carneiro e Tatiana Lages Aliverti</i>	7
Um novo enfoque do acesso à justiça <i>José Jair Ferraretto e Samuel Antonio Merbach de Oliveira</i>	25
Autonomia da vontade, autonomia privada e livre iniciativa: uma visão sob a ótica do código civil de 2002 <i>Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel</i>	37
Caracterização jurídico-ambiental do bairro São Bento, Jundiaí-SP <i>Eugênio Duarte Vieira Júnior e Rogério Stacciarini</i>	59
Fiança locatícia: a responsabilização do garante até entrega das chaves e a faculdade de exoneração do artigo 835 do código civil <i>Cláudio Antônio Soares Levada</i>	69
Justiça penal, classes sociais e a manipulação política da criminalidade <i>Vinicius Sampaio D´Ottaviano</i>	75
O culto à ecologia e aos direitos humanos provém da mesma raiz <i>João Carlos José Martinelli</i>	81
O meio ambiente na Constituição Federal <i>Luciana Cordeiro de Souza</i>	87
Responsabilidade criminal dos médicos <i>Lígia Priscila Dominicale</i>	93
Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito? <i>Glauco Barsalini</i>	107
Trabalho infantil <i>Oris de Oliveira</i>	121
Normas para apresentação de originais	127

A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER E O SEU PROTOCOLO FACULTATIVO: IMPACTO NO DIREITO BRASILEIRO

*Eliana Faleiros Vendramini Carneiro¹
e Tatiana Lages Aliverti²*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo o estudo de pontos relevantes da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, seu Protocolo Facultativo e seus impactos no direito brasileiro.

Inicialmente, sem a pretensão de esgotar o tema, faremos um apontamento objetivo de alguns momentos do cenário histórico, internacional e nacional, no sentido de demonstrar que discriminação contra a mulher é fato, não retórica.

Em seguida, destacaremos as Conferências Mundiais sobre a Mulher, que foram a mola propulsora a exigir um tratado sobre a matéria, para analisarmos o teor da Convenção, incursionando pelo seu objetivo, seus mecanismos de monitoramento e suas adesões e reservas. Mereceu, também, nossa atenção o Protocolo Facultativo à Convenção, importante evolução no acesso das mulheres à justiça internacional.

Por fim, demonstraremos importantes impactos desse tratado no direito brasileiro, considerando, especialmente, o Relatório Nacional sobre o tema.

I. HISTÓRICO

I. 1. INTERNACIONAL

O direito pela igualdade das mulheres se insere na problemática dos direitos humanos.

¹Promotora de Justiça de Vinhedo/SP. Mestranda em Direito Penal na PUC/SP. Instrutora de Ensino em Direito Penal na PUC/SP.

²Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestranda em Direito Penal na PUC/SP. Professora de Direito Penal das Faculdades Padre Anchieta – Jundiaí/SP. Professora de Direito Penal do Instituto de Ensino e Pesquisa de Ciências Jurídicas e Sociais – São Paulo/SP.

Desde a Antiguidade a mulher vem sofrendo discriminações. Na Grécia, elas e os escravos ocupavam a mesma posição social. Além disso, o homossexualismo entre os homens era comum, ficando as mulheres reduzidas, exclusivamente, às funções de mãe, prostituta ou cortesã. Em Roma, o *paterfamilias* legitimava o poder do homem sobre a mulher, a qual jamais chegou a ter poder de decisão no Império³.

A Idade Média, no período que vai do fim do século XIV até meados do século XVIII, foi palco de uma das maiores perseguições contra a mulher: a “caça as bruxas”, quando a Igreja, através do Santo Ofício (Inquisição), liderou o massacre, qualificado como verdadeiro genocídio contra o sexo feminino. Há referências de que no século XIV, em um único dia, foram executadas três mil mulheres⁴. O pretexto maior das perseguições era a cópula, pelas mulheres, com o demônio. A opressão e a discriminação à época eram tamanhas que as estatísticas de morte revelaram que, enquanto um homem era queimado vivo na fogueira da Inquisição, dez mulheres tinham o mesmo destino.

A Inquisição perpetrou crimes silenciosos e permitidos, sendo Joana D’Arc um exemplo dessa época. Embora tenha optado pela guerra e chefiado exércitos buscando salvar a França contra os ingleses na Guerra dos 100 anos, foi acusada de feiticeira, o que ocultou o caráter político de seu processo.

Em 1789, com a Revolução Francesa, e apesar dos inúmeros movimentos na Europa, a mulher permanecia ainda socialmente em segundo plano, pois o homem continuava em destaque social. Com o fim do feudalismo e início do capitalismo, a França tornou-se o palco de protestos, ocasião em que surgiu o movimento feminista.

Em 1791, a francesa Marie Gouze (1748-1793), filha de um açougueiro do sul da França, que adotou o nome Olympe de Gouges para assinar panfletos e petições em uma variedade de frentes de luta, propôs, perante a Assembléia Nacional da França, a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, para igualar-se à do homem, que antes fora aprovada. Por sua coragem e audácia, foi condenada à morte, como revolucionária e mulher “desnaturada”, acabando guilhotinada. Interessante a existência de documento antigo acerca do tema, especialmente porque, embora com as características do seu tempo, já utilizava expressões a que hoje damos realce: “direitos inalienáveis da mulher”, “expressão da vontade geral” e “dignidade”⁵.

³ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras: Malleus Maleficarum*. Tradução de Paulo Fróes. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1991, p. 13.

⁴ De acordo com o relato histórico de Rose Marie Muraro, na introdução do livro que traz o documento *Malleus Maleficarum* – que foi o manual oficial da Inquisição para caça às bruxas durante quatro séculos – “novecentas bruxas foram executadas num único ano na área de Wertzberg, e cerca de mil na diocese de Como. Em Toulouse, quatrocentas foram assassinadas num único dia; no arcebispado de Trier, em 1.585, duas aldeias foram deixadas apenas com duas mulheres moradoras cada uma. Muitos escritores estimaram que o número total de mulheres executadas subia à casa dos milhões, e as mulheres constituíam 85% de todos os bruxos e bruxas que foram executados”. (in *O martelo das feiticeiras: Malleus Maleficarum*. Tradução de Paulo Fróes. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1991, p. 13).

⁵ Prefácio do documento, intitulado “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br> – biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Acesso em 14.04.03.

Em 1848 surgiu o Manifesto Feminista, inspirado no Manifesto Comunista de Marx, na Convenção de *Seneca Falls*, em Nova Iorque. As condições de trabalho eram ruins para os homens e muito piores para as mulheres. Foi nesse contexto que 129 mulheres tecelãs da Fábrica de Tecido *Cotton* de Nova Iorque, em 1857, iniciaram um movimento reivindicatório por aumento salarial e redução da jornada de trabalho, o que deu origem à primeira greve organizada por mulheres. Os donos das fábricas norte-americanas patrocinaram um dos episódios mais absurdos da história: as fábricas foram incendiadas e as operárias trancadas nas instalações da tecelagem, morrendo queimadas. Daí o Dia Internacional da Mulher – 08 de março⁶ – data em que ocorreu a matança.

As duas grandes Guerras Mundiais e o capitalismo garantiram, em parte, mais espaço às mulheres no mercado de trabalho, pois foram empurradas para fora do lar, deixando de lado a condição de esposa e mãe para integrar o mercado de trabalho. A consolidação do capitalismo trouxe também o surgimento de lutas e organizações pelos direitos da mulher, não só na França, mas na América, na Inglaterra e na Alemanha.

Nos anos seguintes foram consolidadas importantes conquistas femininas. Na Rússia, a Revolução de 1917 garantiu às mulheres o direito ao voto. Um ano mais tarde as alemãs galgaram esse direito e, no ano seguinte, as norte-americanas ganharam o direito de ir às urnas. No Brasil, a participação feminina nas eleições foi permitida a partir de 1934, enquanto na França, na Itália e no Japão só em 1.945.

Na década de 40, Simone de Beauvoir, em seu livro “O Segundo Sexo”, acendeu o debate sobre o “masculino e o feminino”. Vinte anos depois o tema ganhou novo impulso, com o lançamento do livro “A Mística Feminina”, de Betty Friedan, que fundou em 1966 o *NOW, National Organization of Women*.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, estabeleceu, dentre seus propósitos e princípios, “*conseguir uma cooperação internacional (...) para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo...*” (artigos 3º e 55, alínea ‘c’ - grifos nossos).

A atenção pela erradicação da discriminação, de qualquer natureza, contra a mulher, teve também como germe, no Direito Internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, seja por todo o seu conteúdo, seja por nomeação específica:

“(...)

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua

⁶ O Dia Internacional da Mulher foi criado em homenagem a 129 operárias que morreram queimadas em ação da polícia para conter manifestação em uma fábrica de tecidos. Essas mulheres pediam a diminuição da jornada de trabalho de 14 para 10 horas por dia e o direito à licença-maternidade. Isso aconteceu no dia 08 de março de 1857, em Nova Iorque, nos Estados Unidos. Desde então, essa data tem sido referência para homenagear as mulheres de todo o mundo em sua luta na busca de direitos e dignidade pessoal, social e profissional. Inúmeros desafios já foram superados e certamente muitas conquistas ainda estão por vir, resultantes da força e da coragem da mulher.

fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher (...)

Artigo II – 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja raça, cor, sexo, língua, religião, (...)

Artigo XVI – 1. Os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução”. (grifos nossos)

Conforme destaque de Norberto Bobbio, “a Declaração não vai e não pode ir além da enunciação genérica, já que deve entender que, quando o texto fala em “indivíduos”, refere-se indiferentemente a homens e mulheres”⁷. Contudo, malgrado o extenso conteúdo genérico, permitimo-nos observar que o artigo referente ao casamento já se apresenta como enunciado em tema específico.

Flávia Piovesan também anota que a Declaração é, em sua maioria, genérica. Anota, ainda, que existem posições no sentido de que o texto “não apresentaria força jurídica obrigatória e vinculante”⁸, embora não compactue com tal visão.

Mesmo com essa “generalização” e com a problemática positivista, *é inegável que a Declaração Universal de 1948 deu expressão aos direitos humanos, projetando-se a numerosos e sucessivos tratados e instrumentos de proteção, nos planos global e regional*⁹, o que não foi diferente com relação ao “tema mulher”, ou melhor, vem construindo o “direito internacional da mulher”.

A Declaração Universal, contudo, foi “juridicizada” através do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados em 1.966 (em vigor em 1976). Mais tarde, a Declaração Universal e os Pactos formariam a Carta Internacional de Direitos Humanos – *International Bill of Rights*. Ambos os Pactos, em seus artigos 2º, 1, reiteraram os termos do artigo II, 1, da Declaração Universal, acima transcrito. Seus artigos 3º dispõem expressamente:

“Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos (sociais, econômicos e culturais) enunciados no presente Pacto”. (grifos nossos)

O artigo 23 do Pacto de Direitos Civis e Políticos reiterou os termos do artigo XVI da Declaração Universal, acima transcrito.

O artigo 7º, ‘a’, ‘i’, do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determina que:

“Artigo 7º - Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de

⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1.992, p. 35.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 159.

⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 58.

toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: (...)

i) um salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e receber a mesma remuneração por ele, por trabalho igual". (grifos nossos)

Na cadeia histórica de pactos sobre os direitos da mulher, em 20 de dezembro de 1952, a Assembléia Geral da ONU aprovou a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, onde se iniciou uma especificação dos "direitos", em campos claros, como o político. Nessa Convenção, cuidou-se, por exemplo, do mais basilar direito político, como o de votar e o da acessibilidade igualitária aos cargos públicos. É de se notar que, em relação ao restante da história dos direitos em estudo, essa primeira Convenção é relativamente antiga e demonstra espírito vanguardista.

Os anos 60 e 70 foram marcados por vários movimentos feministas, principalmente nos Estados Unidos e na Europa. Em 1975, as mulheres deram um grande passo e conseguiram que a ONU decretasse este como Ano Internacional da Mulher, o que revigorou o movimento feminista.

Após esses esforços, impulsionada pela proclamação de 1975 como o Ano Internacional da Mulher e pela realização da Conferência Mundial sobre a Mulher, a ONU, em 1979, aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Esta Convenção, no entanto, não tratou do tema "violência contra a mulher".

Os anos 80 serviram para que os estudos sobre a condição da mulher fossem aprofundados, ocasião em que começaram a surgir os conceitos e a teoria de gênero.

Em 1993, face à sentida ausência do tema "violência" na Convenção acima mencionada, foi aprovada a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher e, em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – "Convenção de Belém do Pará".

Finalmente, reforçaram os direitos da mulher como partes inalienáveis, integrais e indivisíveis dos direitos humanos universais a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, e a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, de 1995.

I. 2. NACIONAL

O Brasil, paulatinamente, foi recepcionando o direito internacional (embora devendo ser observadas as diferentes datas), formatando parte do direito interno também baseado nas Convenções e Pactos.

Em 13/08/1963, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952). Somente em 01/02/1984, ratificou a Convenção sobre a Eliminação

de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e, em 24/01/1992, os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Finalmente, em 27/11/1995, ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará”.

Observa-se que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi ratificada antes mesmo dos Pactos Internacionais de Direitos, o que não se revela como maléfico, pois, como visto anteriormente, são mais genéricos quanto ao tema “mulher”.

Como exigência das Convenções ratificadas, coube ao Brasil viabilizar/tornar realizável os direitos reconhecidos. Nesse diapasão, seguiram-se as leis e programas de ação internos, a serem analisados posteriormente, nos impactos no direito brasileiro.

II. PRECEDENTES - AS CONFERÊNCIAS MUNDIAIS SOBRE A MULHER

A Organização das Nações Unidas - ONU - designou 1975 como o *Ano Internacional da Mulher* e estabeleceu os anos de 1976 a 1985 como a *Década da Mulher*¹⁰. Desde então, realizaram-se as seguintes Conferências Mundiais sobre a Mulher:

- *Conferência Mundial sobre a Mulher*, na cidade do México, México, de 16 de junho a 02 de julho de 1975, que foi a mola propulsora a exigir um tratado sobre o tema;

- *II Conferência Mundial sobre a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz*, em Copenhague, Dinamarca, 1980;

- *III Conferência Mundial sobre a Década da Mulher*, em Nairobi, Quênia, de 15 a 26 de julho de 1985. Durante essa Conferência adotou-se, com unanimidade, o documento “Estratégias Encaminhadas para o Futuro do Avanço da Mulher”;

- *IV Conferência Mundial sobre a Mulher: Ação para a Igualdade, o Desenvolvimento e a Paz*, em Pequim, China, de 04 a 15 de setembro de 1995, à qual compareceram mais de 180 países e cerca de 35.000 pessoas. Foi o maior evento da ONU. A Plataforma de Ação aprovada reafirmou os avanços conseguidos pelas mulheres nas últimas Conferências, com destaque para os direitos sexuais e reprodutivos, bem como a inclusão da discriminação racial/étnica como um obstáculo à igualdade e equidade entre as mulheres.

III. A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER - CEDAW¹¹

¹⁰ O objetivo traçado para a Década da Mulher foi o de obter plena participação da mulher na vida social, econômica e política.

¹¹ Esta é a sigla de *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*.

Cabe lembrar que “convenção” é sinônimo de tratado, pacto, protocolo, carta, convênio ou acordo internacional e, portanto, submete-se à teoria geral dos tratados. São acordos de vontades, escritos, entre sujeitos de Direito Internacional, vinculando-os sob o primado da boa-fé e da prevalência da dignidade da pessoa humana.

III.1. CONTEÚDO E OBJETIVO

A Convenção é um tratado internacional de direitos humanos que busca “assegurar a igualdade entre homens e mulheres e eliminar a discriminação contra a mulher” no exercício de seus direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais, tanto na esfera pública como na privada.

A Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio dessa Convenção, reconheceu que a discriminação contra a mulher viola os princípios de igualdade de direitos e do respeito à dignidade humana, constituindo-se em obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família, além de dificultar o desenvolvimento das potencialidades da mulher.

A presente Convenção veio a definir a “discriminação contra a mulher”, em seu artigo 1º, como:

“Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício da mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”

Tem ela duplo objetivo: eliminar a discriminação e assegurar a igualdade entre homens e mulheres. Para tanto, trouxe pioneiros instrumentos, como a ação afirmativa, prevista em seu artigo 4º, que autoriza a chamada “discriminação positiva”, mecanismo temporário para acelerar o processo de igualação. Ressaltou o Relatório Nacional sobre a Convenção, realizado em 2002, que, no Brasil, a discussão a respeito das ações afirmativas é bastante recente, embora, a própria Constituição - que contempla mais dispositivos que vedam a discriminação do que permitam a ação afirmativa - preveja duas delas, sendo a do artigo 7º, inciso XX, relativa à mulher¹².

As ações afirmativas, no entanto, foram adotadas no Brasil, primeiramente, na política. Por meio da Lei nº 9.100/95, prescreveu-se a observância da cota mínima de 20% para que mulheres integrassem as vagas de cada partido com

¹² Como exemplos de ações afirmativas implementadas em relação à proteção do mercado de trabalho da mulher, citamos: a) Lei nº 9.799, de 26/05/1.999, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT dispositivos, proibindo, dentre outras, a publicação de anúncio de emprego que faça referência ao sexo, salvo quando a natureza da atividade exigir; a consideração do sexo como variável determinante para fins de remuneração; a exigência de atestado ou exame para comprovação de esterilidade ou gravidez, para admissão ou permanência no emprego; b) Lei nº 10.421, de 15/05/2.002, que alterou a CLT ao estender às mães adotivas o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade.

representatividade no Legislativo¹³. Mais tarde, a Lei nº 9.504/97 determinou o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, em cada partido ou coligação.

Os Estados-partes da Convenção assumem o compromisso de eliminação progressiva das formas de discriminação, assegurando, sempre, a igualdade de gênero. Vários aspectos relativos à discriminação são enfrentados pela Convenção: os artigos 7º e 8º referem-se aos direitos políticos; o artigo 9º ao direito à nacionalidade; o artigo 10 ao direito à educação; o artigo 11 aos direitos trabalhistas; o artigo 12 ao direito à saúde; o artigo 13 aos direitos econômicos; o artigo 14 ao direito da mulher em zonas rurais; o artigo 15 à igualdade perante a lei; e, o artigo 16 à igualdade no casamento.

Como ensina Andrew Byrnes “a Convenção em si mesma contém diferentes perspectivas sobre as causas de opressão contra as mulheres e as medidas necessárias para enfrentá-las. Ela impõe a obrigação de assegurar que as mulheres tenham uma igualdade formal perante a lei e reconhece que as medidas temporárias de ação afirmativa são necessárias em muitos casos, para que as garantias de igualdade formal transformem-se em realidade. Inúmeras previsões da Convenção também incorporam uma preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres devem estar sob o controle delas próprias, e que o Estado deve assegurar que as escolhas das mulheres não sejam feitas sob coerção e não sejam elas prejudiciais, no que se refere ao acesso às oportunidades sociais e econômicas¹⁴”. (grifos nossos)

É importante frisar que a CEDAW constitui o piso protetivo mínimo dos direitos das mulheres, não prejudicando quaisquer disposições das legislações internas ou de outros tratados vigentes em cada Estado-parte, que sejam mais propícios à obtenção da igualdade entre homens e mulheres (artigo 23).

A Convenção, entretanto, como ressalta Flávia Piovesan, “não enfrentou a temática da violência contra a mulher de forma explícita¹⁵”, causadora de grandes males sociais. Em 1993, sentida a falta, foi aprovada a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher e, em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará”, que inovou ao prescrever em seu artigo 12 o direito de petição como mecanismo de monitoramento, embora com regras formais.

A Convenção Interamericana foi editada, no âmbito da Organização dos Es-

¹³ Segundo Maria Lúcia de Santana Braga, “na última década, a organização da bancada feminina no Congresso Nacional contribuiu para tornar mais visível a agenda das mulheres no Parlamento e na sociedade. (...) Entretanto, o resultado nas últimas três eleições (1996, 1998 e 2000) foi muito aquém e mostrou mais uma vez que sem o apoio institucional e financeiro dos partidos políticos a Lei de Cotas não sai do papel”. (*in A participação feminina nas instâncias decisórias: limites e possibilidades*. Disponível em <http://www.oab.org.br/comissoes/cnma/noticia/noticia.asp?id=577>. Acesso em 28.05.03).

¹⁴ BYRNES, Andrew *apud* PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 208.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 189.

tados Americanos - OEA, em 09 de junho de 1994, assinada pelo Brasil nesta mesma data, porém ratificada somente em 27 de novembro de 1995, como primeiro tratado internacional de proteção aos direitos humanos, reconhecendo, de forma generalizada, a violência contra a mulher. Violência esta concebida como padrão específico, baseado no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico¹⁶ à mulher, tanto na esfera pública como privada. Nota-se o direito internacional adentrando nas casas das vítimas, é o direito público no mais privado dos direitos, tamanha a importância da tutela.

III.2. MECANISMOS DE MONITORAMENTO

Na esteira de seu duplo objetivo e fomentando o progresso interno dos Estados na aplicação da Convenção, ficou determinada a criação do *Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – Comitê da CEDAW* – composto por peritos eleitos por indicação dos Estados-partes, *com exercício a título pessoal*, para um mandato de 4 anos (artigo 17), tendo atribuição de examinar relatórios enviados pelos Estados, emitir opiniões e recomendações de caráter geral, orientando os Estados na aplicação da Convenção.

Conforme dispõe o artigo 18 da Convenção, os Estados, no prazo de um ano da entrada em vigor do tratado em seu território e, posteriormente, pelo menos a cada quatro anos e toda vez que o Comitê solicitar, deverão encaminhar *relatórios* sobre as dificuldades encontradas e as medidas legislativas, judiciárias, administrativas e outras adotadas na implementação da Convenção.

Os relatórios são mecanismo de monitoramento limitado, na medida em que se resumem às exposições dos Estados-membros, ao contrário de outros modelos previstos em Convenções. Não têm poder judicial para sancionar o Estado descumpridor, nem para prever remédios apropriados. Contudo, a revisão pública de relatório, com parecer favorável ou não, é forma de “pressionar” o respectivo governo, com o chamado *power of shame*. Como analisa Andrew Byrnes, “uma avaliação positiva em um fórum internacional a respeito do desempenho e dos esforços de um Estado pode dar ensejo a progressos futuros. Uma avaliação crítica pode causar embaraços ao governo, no plano doméstico e internacional, idealmente significando um incentivo para que se empenhe mais no futuro¹⁷”.

Assim, a Declaração de Viena, de 1993, determinou que os Comitês disseminassem informações necessárias que permitissem às mulheres fazerem uso mais efetivo dos procedimentos de implementação existentes, inclusive elaborando um protocolo optativo à Convenção no sentido de introduzir o direito de petição e a comunicação interestatal.

¹⁶ O Brasil ainda não tem legislação que aborde a violência psicológica contra a mulher, o que causa frequentes mazelas femininas. Note-se que esta ausência foi reconhecida pelo Relatório Nacional sobre a Convenção, realizado em 2002.

¹⁷ BYRNES, Andrew *apud* PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 210.

Não é demais lembrar que a CEDAW só previu os relatórios como mecanismo de monitoramento para viabilizar a ratificação pelos Estados de Convenção de tamanha importância, ou seja, foi uma “forma política” para facilitar a sua vigência. Após maior conscientização dessa importância, já se demonstram necessários outros mecanismos.

III.3. O PROTOCOLO FACULTATIVO

Diante da determinação da Declaração de Viena, foi elaborado e adotado pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 06/10/1999, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW, que só entrou em vigor no âmbito internacional em 22 de dezembro de 2000¹⁸.

O Protocolo Facultativo é um instrumento jurídico-procedimental, que não cria direito substantivo novo às mulheres, mas fortalece os já previstos na Convenção, uma vez que garante a elas o acesso à justiça internacional, recorrendo ao Comitê da CEDAW, quando o Estado mostrar-se falho ou omissivo na proteção dos direitos humanos consagrados na Convenção.

Amplia-se, por meio do Protocolo Facultativo, o exercício de cidadania das mulheres, uma vez que institui como mecanismos de monitoramento, além dos relatórios, a *petição* e o *procedimento investigativo*. Tais mecanismos permitem o encaminhamento de denúncias de violações aos direitos previstos na Convenção e a instauração de investigação em caso de graves ou sistemáticas violações à Convenção. Ressalta-se que não são permitidas quaisquer reservas ao Protocolo (artigo 17).

O Brasil assinou o Protocolo Facultativo em 13 de março de 2001, data em que deu início oficial ao processo de sua ratificação, cumprindo, com isso, os compromissos que assumira na Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) e na IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995).

Em 26 de abril de 2001, o Executivo brasileiro enviou ao Congresso Nacional Mensagem Presidencial (MSC 0374/01) para aprovação do Protocolo Facultativo à CEDAW. Entretanto, somente, em 12 de dezembro de 2001, o Projeto de Decreto Legislativo referente ao Protocolo Facultativo (PDC 1357/01) foi aprovado, por unanimidade, pelo Plenário da Câmara dos Deputados Federais e encaminhado ao Senado Federal.

No Senado Federal, o Projeto do Protocolo, agora sob o número PDS 1/02, foi aprovado, também, por unanimidade, na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, em 16 de abril de 2002, com base no parecer favorável da relatora – Senadora Emília Fernandes (PT/RS) – e, em seguida, encaminhado para votação

¹⁸ O Protocolo Facultativo só entrou em vigor em 2000, porque, de acordo com o seu artigo 16, exigia-se o depósito de dez instrumentos de ratificação ou adesão junto ao Secretário Geral das Nações Unidas.

em Plenário.

Em 25 de abril de 2002, entretanto, a votação em Plenário no Senado Federal do Projeto do Protocolo Facultativo à CEDAW foi adiada para o dia 05 de junho de 2002, em razão do documento “Rejeição do Protocolo Facultativo à CEDAW” apresentado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, nesse ato representada por seu secretário-executivo, D. Raymundo Damasceno, ao Presidente da Casa na época, Senador Ramez Tebet, e às senadoras e aos senadores na manhã desse dia, antes da sessão do Plenário.

O documento apresentado pela CNBB declarava que se o Protocolo Facultativo fosse aprovado pelo Congresso Nacional colocaria em risco a soberania nacional, pois ao ser ratificado permitiria uma enorme ingerência externa sobre assuntos internos. Além disso, a Carta da CNBB afirmava que o Protocolo estimularia o lesbianismo, recomendaria a descriminalização do aborto, defenderia a prostituição, dentre outros absurdos.

Em 17 de maio de 2002, foi aprovada “Moção de Apoio à Aprovação do Protocolo Facultativo à CEDAW” em Plenária da VII Conferência Nacional de Direitos Humanos, fornecendo subsídios para esclarecer e contestar alguns pontos da Carta da CNBB em relação à aprovação do Protocolo Facultativo. A Moção rebateu as críticas formuladas pela CNBB, lamentando que os Bispos não tivessem condições de superar estereótipos e preconceitos arraigados na sociedade brasileira e, em especial, na ortodoxia católica. As recomendações do Comitê abominadas pela CNBB, segundo a mesma Moção, buscavam eliminar os estereótipos na área da sexualidade e da reprodução, fortemente desrespeitadores da autonomia e da liberdade de escolhas existenciais por parte das mulheres.

De acordo com o texto “Debate Protocolo Facultativo à CEDAW: um compromisso internacional com os direitos humanos das mulheres”, realizado em 21/05/2002, no Senado Federal, o Protocolo Facultativo não fere a soberania nacional, porque “o sistema internacional de proteção aos direitos humanos – dentro do qual o Protocolo Facultativo se insere – parte do princípio de que a forma como um Estado trata os seus cidadãos e cidadãs não é tema de exclusiva competência nacional, mas de legítimo interesse internacional e, portanto, de que toda pessoa é titular de direitos humanos protegidos na esfera internacional e deve poder a ela recorrer na medida em que o sistema nacional se mostrar falho ou omissos na proteção de seus direitos” (Flávia Piovesan). E ainda, “no domínio da proteção internacional dos direitos humanos, os Estados aderem aos tratados, contraindo obrigações internacionais, no livre e pleno exercício de soberania” (Antônio Augusto Cançado Trindade).

Assim, a assertiva da CNBB de que o Protocolo ameaçaria a soberania nacional não passava de mito e *lobby* criados pela Igreja Católica para frear processos de avanços contra os estigmas que, infelizmente, ainda existem em relação às mulheres.

Além disso, as afirmações feitas pela CNBB de supostos “abusos” nas reco-

mendações do Comitê da CEDAW em relação ao aborto, ao lesbianismo e à prostituição são, segundo a Moção, equivocadas, pois não reproduzem o fiel intuito em que foram feitas, dando margem a interpretações errôneas sobre o papel da Convenção, do Comitê e do Protocolo.

Segundo Carole Pateman¹⁹, “A Convenção não se refere expressamente ao aborto, mas estabelece a obrigação por parte dos Estados de oferecer informações e todas as condições para um planejamento responsável..., bem como, para que as mulheres tenham acesso aos serviços de saúde”, pois ... “o aborto clandestino é o responsável pelo maior índice de mortalidade materna no Brasil e no mundo”. Logo, o Comitê recomendara a certos países que diminuíssem as restrições ao aborto, visando a defender o direito à vida das mulheres.

Quanto ao lesbianismo, continua Carole Pateman, “a proibição por parte de alguns Estados às relações homossexuais, ou até a não proteção jurídica destas relações representa uma afronta à condição de humanidade que (...) tem como pressuposto a diversidade”, pois “a heterossexualidade não é e nunca foi a única das opções humanas. O fato de ser a majoritária não pode justificar desrespeito a outras formas de vivência sexual. De mais a mais não há que considerar patológico o comportamento homossexual pois, inclusive há mais de uma década a OMS retirou a homossexualidade do elenco das patologias”.

Verifica-se, dessa forma, que o Comitê não propunha a legalização do lesbianismo, mas sim que tal prática deixasse de ser considerada crime em alguns países, como, por exemplo, no Quirquístão, já que a criminalização do lesbianismo implica em discriminação. Vale lembrar que no Brasil o lesbianismo não é considerado conduta criminosa.

Em relação à prostituição, ao contrário do que a Carta da CNBB afirmara, a CEDAW não é expressamente contrária a essa conduta, porém, insurge-se contra todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição feminina. O Protocolo Facultativo não propunha a legalização da prostituição, mas sim que tal prática deixasse de ser considerada crime em alguns países, assim como não é considerada crime no Brasil²⁰.

Superados todos os impasses e absurdos levantados pela CNBB em relação ao Projeto de Protocolo Facultativo à CEDAW e constatado que o Protocolo constituía-se em importante instrumento de fortalecimento à CEDAW, em 06 de junho de 2002, o Presidente do Senado Federal na época, Senador Ramez Tebet, por meio do Decreto Legislativo nº 107, aprovou o texto do referido Protocolo.

¹⁹ In “Protocolo Facultativo: mais um passo rumo à igualdade de direitos”.

²⁰ O Código Penal Brasileiro considera criminosas todas as condutas relacionadas com o favorecimento, a exploração e o tráfico da prostituição, previstas no Capítulo V, Título VI, deste Estatuto. A conduta de se prostituir, em si, não é considerada crime no Direito Penal Brasileiro.

Em 28 de junho de 2002, o Protocolo Facultativo foi ratificado²¹ pelo Brasil, constituindo-se em importante instrumento de renovação da vontade do Governo brasileiro em promover e proteger os direitos das mulheres.

Por fim, é importante ressaltar que, de acordo com a última atualização da *Division for the Advancement of Women* das Organizações das Nações Unidas - ONU²², datada de 18/06/2004, 75 (setenta e cinco) países já assinaram o Protocolo Facultativo à CEDAW e 62 (sessenta e dois) já o ratificaram.

III.4. ADESÕES E RESERVAS

A Convenção teve ampla adesão, contando, neste ano, com 177 (cento e setenta e sete) Estados-partes, já havendo outras 98 (noventa e oito) assinaturas²³. Essa característica já despontava em 1996, quando havia 154 (cento e cinquenta e quatro) Estados-partes, só perdendo para a Convenção sobre os Direitos da Criança, com 195 (cento e noventa e cinco) Estados-partes no mesmo ano.

Ostenta a Convenção outro recorde, embora desabonador: tem o maior número de reservas formuladas. Como conclui Rebecca Cook²⁴, “a Convenção pode ter maximizado sua aplicação universal ao custo de ter comprometido sua integridade. A questão legal acerca das reservas feitas à convenção atinge a essência dos valores da universalidade e integridade”.

O artigo com maior reserva é o de número 29, que determina que *as controvérsias entre os Estados-partes, com relação à interpretação ou aplicação da Convenção, que não puderem ser dirimidas por meio de negociação, serão, a pedido de um deles, submetidas à arbitragem*. O segundo em reservas é o artigo 16, que determina a adoção de *medidas internas para eliminar a discriminação contra a mulher no casamento*.

Outras tantas reservas vêm acerca de temas centrais como a ação afirmativa do artigo 4º; a eliminação de preconceito e estereótipos do artigo 5º; a eliminação de discriminação na vida política e pública do país do artigo 7º; a igualdade nos direitos à cidadania do artigo 9º e a discriminação na educação (artigo 10), no emprego (artigo 11), no crédito financeiro (artigo 13) e na plena capacidade legal (artigo 15).

Chegou-se ao absurdo da reserva à própria definição de discriminação do

²¹ Nota-se que, em função da divergência quanto à incorporação automática do tratado ratificado no direito interno, o Presidente da República ainda fez promulgar o Decreto nº 4.316, de 30/07/2.002, com entrada em vigor em 28/09/2002, para as disposições do Protocolo no ordenamento interno. Mesmo diante da tese da incorporação não-automática, louvável a rapidez com que o Executivo tratou de elaborar o Decreto.

²² Disponível em www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/sigop.htm. Acesso em 23.08.04.

²³ Segundo a *Division for the Advancement of Women* da ONU, 177 (cento e setenta e sete) países já ratificaram a Convenção e 98 (noventa e oito) a assinaram. Disponível em www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm. Acesso em 23.08.04.

²⁴ COOK, Rebecca *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2.000, p. 187.

artigo 1º e ao compromisso de erradicá-la, do artigo 2º. Por óbvio, tais reservas contrariam o artigo 28, 2, da Convenção, que proíbe reserva incompatível com o seu objeto e o seu propósito e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Como analisa José Augusto Lindgren Alves²⁵, “Não se esmaece a importância do documento para a comunidade internacional, mas adesão ao instrumento por parte de alguns países são um ato despiciendo, senão um embuste”. Parecidos, mesmo, um embuste, ratificação “para inglês ver”, e não um ato meramente a ser desprezado. Pelo contrário, deve ser observado com grande atenção, uma vez que tal Estado faz crer o respeito aos direitos, sob o manto da legalidade internacional, mas comete discriminações inaceitáveis.

O Brasil assinou a referida Convenção em 31/03/1981 e a ratificou em 01/02/1984, com reservas.

O Brasil fez reserva ao artigo 15, §4º, e ao artigo 16, §1º, alíneas ‘a’, ‘c’, ‘g’ e ‘h’, segundo o então Ministro Celso Lafer²⁶, diante da dificuldade para implementação no país, uma vez assimétrica a legislação interna referente aos direitos do homem e da mulher. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1.988, sanado o problema da legislação interna, o Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, retirou tais reservas. Por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, o Presidente da República revogou o Decreto nº 89.460, de 02 de março de 1984, que promulgara da Convenção no Estado Brasileiro com reservas, fazendo-a valer na sua integralidade.

III.5. IMPACTO NO DIREITO BRASILEIRO

A população brasileira é majoritariamente formada por mulheres, especialmente nas regiões urbanas. Uma vez ratificada a Convenção, árdua é a tarefa de fazer valer a igualdade, reconhecida no próprio Relatório Brasileiro como ainda distanciada da declaração formal. Mais árdua, ainda, se considerados outros fatores, como raça²⁷ e classe social.

A Convenção demonstrou ser uma “verdadeira Carta Magna dos Direitos da Mulher”, como analisou Fernando Henrique Cardoso²⁸, coroando todo um caminho

²⁵ ALVES, José Augusto Lindgren *apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 188.

²⁶ CEDAW: *Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Protocolo Facultativo*. Coordenação Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002, p. 11.

²⁷ Em artigo publicado no IBCCRIM, em abril de 2003, Renato Sérgio de Lima, Alessandra Teixeira e Jacqueline Sinhoretto reiteram: *é com as mulheres negras que a dupla via discriminatória se torna alarmante (...) mais um mecanismo de exclusão em nossa sociedade. Estes dados ainda são consoantes com a renda mensal (...) as mulheres negras recebem o pior rendimento médio, depois dos homens brancos, mulheres brancas e homens negros, nesta ordem.*

²⁸ CEDAW: *Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Protocolo Facultativo*. Coordenação Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002. p. 9.

de lutas anuais, perante a ONU e outros organismos internacionais, embora não possamos deixar de pontuar seu Protocolo Facultativo e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará” – como complementos necessários. Para o Brasil não foi menor a importância, especialmente tendo que apresentar seus Relatórios²⁹ e “arrumar a casa”, com propostas de práticas efetivas.

Não se trata, como também ressaltou Fernando Henrique³⁰, de uma nova preocupação de cunho “assistencialista, mas de uma consciência viva de cidadania, que se propõe a romper, mediante práticas do Estado e da sociedade, com as estruturas arcaicas e com a injustiça social”.

O tema “mulher” tem tamanha importância, que se alastra pelas discussões de outras tantas Convenções, como aquelas contra a discriminação racial e os pactos internacionais. Prova disso é que o Relatório Paralelo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC - elaborado pelo CLADEM, abordou a discriminação contra a mulher e suas perspectivas nos mais diferentes aspectos, como: trabalho, salário, sindicalização, seguridade social, proteção da família, nível de vida adequado, alimentação, moradia, saúde física e mental, educação e cultura.

Nesse processo, em nosso país, não pode ser esquecida a Constituição Federal de 1988, e todos os debates que a precederam, certamente já contaminados pelo espírito, na matéria ora analisada, da Convenção ratificada. Além de seus termos universalistas (é comum a utilização do termo ‘todos’), célebre a disposição entre os direitos e garantias fundamentais: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (...) “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*” (artigo 5º, caput e inciso I). E, mais, a inserção desses direitos dentre as cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, inciso IV) e do reconhecimento dos direitos consagrados pelos tratados ratificados pelo Brasil como também direitos fundamentais (artigo 5º, §2º) e de aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º).

Várias Constituições Estaduais vieram a reforçar o texto federal (p. ex. Pará, Ceará, São Paulo, Minas Gerais, Paraíba, Goiás, etc.), nos mais diferentes aspectos.

Também merece destaque a Consolidação das Leis do Trabalho, que passou a garantir importantes direitos às mulheres, como remuneração durante licença-maternidade³¹ e proibição de demissão por gravidez³².

Trouxe, também, alento o novo Código Civil, em vigor desde 11 de janeiro

²⁹ O primeiro Relatório do Brasil, além de contemplar os anos de 1984 a 2002, *assumiu especial singularidade*, pois envolveu a participação, não só do Governo, mas de entidades referenciais e pessoas militantes *experts* em direitos humanos no país.

³⁰ CEDAW: *Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Protocolo Facultativo*. Coordenação Flávia Piovesan e Silvia Pimentel. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002. p. 9.

³¹ Verificar Lei nº 8.861, de 25/03/1994.

³² Verificar Lei nº 9.029, de 13/04/1995.

de 2003, que fez do antigo diploma nota do passado e extirpou graves vícios como, por exemplo, até porque semanticamente ilustrativo, o “pátrio poder”, que hoje é “poder familiar”.

A legislação federal é vasta, especialmente a partir de 1989, sempre no espírito da Convenção.

Mesmo assim, a legislação interna ainda contém dispositivos, especialmente do Código Penal, refletindo uma ótica discriminatória com relação à mulher. Para que façamos justiça, contudo, não podemos esquecer que está tramitando o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, que não se esqueceu de abolir algumas graves distorções, como, por exemplo, o elemento “mulher honesta” do tipo penal de rapto³³.

Nem se diga de alguns resquícios na jurisprudência que ainda sustentam a “legítima defesa da honra³⁴”, garantindo a impunidade de “assassinos de mulheres”. Prova de que a mudança não é e não deve ser só do legislador, nem deve partir só do Governo, é questão de postura e consciência social. Há o entrave que o Relatório Nacional chama de “banalização do problema na cultura da subalternidade feminina³⁵”.

Na prática, foram criados o Conselho Estadual dos Direitos das Mulheres de São Paulo (1980), o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (1985) e as Delegacias Especializadas (a primeira em 1985). Hoje, são 97 Conselhos que, junto com o Conselho Nacional, participam dos eventos internacionais, fazem seminários, campanhas na mídia, materiais de consulta, etc. Também cada Ministério passou a contar com comissões voltadas para a mulher (p. ex. no Ministério da Agricultura, a Comissão de Apoio à Mulher Trabalhadora Rural).

Sem prejuízo destas medidas, como orientação da própria Convenção, também foram adotadas algumas ações afirmativas, como anteriormente citado. Vamos tais medidas como uma das formas de se atingir a igualdade, sempre dentro de sua característica essencial de temporariedade, e com a cautela de cuidadosa análise de sua melhor forma e abordagem.

³³ O Relatório Brasileiro aborda tal dispositivo, reconhecendo a existência do vício: “não cabe subjugar o discernimento da mulher em relação a condutas sexuais, considerando-a passível de ser ludibriada ou induzida a praticá-las. (...) Vale dizer ainda que tal conceito não é aplicável pela lei aos casos em que homens e meninos figuram como vítimas” (*CEDAW: Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Protocolo Facultativo*. Coordenação Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002. p. 49).

³⁴ O mesmo Relatório Nacional, contudo, informa que, em 1999, apenas 15 acórdãos foram proferidos analisando o tema “legítima defesa da honra” e, mesmo assim, 11 deles não acolheram a tese (p. 61-66).

³⁵ *CEDAW: Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Protocolo Facultativo*. Coordenação Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002. p. 69.

CONCLUSÃO

A disparidade de direitos no país, não só quanto à questão feminina, embora evidente, força-nos reconhecer que passos estão sendo dados, especialmente com a mobilização do Governo em comunhão com as entidades não-governamentais. É essencial ouvir “a voz do povo”, na medida em que dele são os direitos, para ele servirão e com ele todos cresceremos.

A modificação não é apenas legislativa; exige-se, sobretudo, uma mudança de pensamento, trajeto que será longo, mas que já se iniciou.

De qualquer forma, a Lei Máxima do país já ditou os direitos humanos como regentes de suas relações internacionais, trazendo para seu interior a nova postura de globalização dos direitos, onde se insere o respeito às cidadãs mulheres.

BIBLIOGRAFIA

BANCALEIRO, Cláudia. *O feminismo no fim de século*. Disponível em <http://ultimahora.publico.pt/documentos/textos/mulher/histdois.html>. Acesso em 14.04.03.

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

BRAGA, Maria Lúcia de Santana. *A participação feminina nas instâncias decisórias: limites e possibilidades*. Disponível em <http://www.oab.org.br/comissoes/cnma/noticia/noticia.asp?id=577>. Acesso em 28.05.03.

CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CEDAW: *Relatório Nacional Brasileiro: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Protocolo Facultativo*. Coordenação Flávia Piovesan e Sílvia Pimentel. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002.

DEBATE: Protocolo Facultativo à CEDAW: Um compromisso internacional com os direitos humanos das mulheres. Contribuição AGENDE – Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento. 21.05.2002.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras: Malleus Maleficarum*. Tradução de Paulo Fróes. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa

dos Tempos, 1991.

PIMENTEL, Sílvia. *Evolução dos direitos da mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

LIMA, Renato Sérgio; TEIXEIRA, Alessandra; SINHORETTO, Jacqueline. *Raça e gênero no fundamento da justiça criminal*. Boletim do IBCCRIM, ano 11, nº 125, Abril, 2003.

UM NOVO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA

*José Jair Ferraretto **

*Samuel Antonio Merbach de Oliveira***

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da ciência processual, operado nas últimas décadas pelo movimento por “acesso a justiça”, representou a mais importante expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais em um número crescente de países. Assim, é importante ressaltar quanto ao movimento universal de acesso à justiça que a expressão “acesso à justiça” tem uma conotação peculiar e mais abrangente. Não se limita o acesso ao ingresso, no Judiciário, das pretensões de potenciais lesados em seus direitos. Significa a efetiva prestação jurisdicional, com a entrega, real, da justa composição do conflito levado ao Judiciário.

Com efeito, as mudanças que atingiram o processo civil foram desenvolvidas principalmente, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em torno das denominadas três ondas renovatórias, exemplificadas como a abertura da ordem processual aos menos favorecidos social e economicamente; a defesa de direitos e interesses supraindividuais; e, a racionalização do próprio processo como um meio de torná-lo mais humano, participativo e menos burocrático.

Dessa forma, quando descrevemos sobre um novo enfoque do acesso à justiça, na verdade nos referimos à terceira onda ou terceira fase do movimento de acesso à justiça, ou seja, ao momento em que as reformas devem ser empreendidas nos Códigos existentes, mediante o emprego de técnicas processuais diferenciadas, tais como a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de solução de controvérsias, a fim de tornar a Justiça mais acessível e célere, garantindo-se a plena realização do direito material.

Assim, observam-se diversas reformas nas leis processuais, visando à agilização do Poder Judiciário, onde se insere a questão de meios alternativos ao modelo tradicional de resolução de conflitos: Conciliação e Mediação. A relativa informalidade, o fato de se resolver o conflito muitas vezes sem julgamento, de se permitir a continuação de um relacionamento prolongado, são algumas das vantagens destes meios de solução de conflitos.

As recentes alterações no Código de Processo Civil buscam a simplificação dos procedimentos possibilitando ao juiz a realização de uma audiência preli-

* Mestre em Direito pela UNIP-Campinas, Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta e Advogado.

** Mestre em Direito pela PUC-Campinas, Mestre em Filosofia pela PUC-Campinas e Professor das Faculdades de Direito e de Administração de Empresas Padre Anchieta.

minar para tentativa de conciliação e a maior interação entre o juiz e as partes, de forma a não se necessitar de grandes debates, grandes perícias, que encareçam e prolonguem demasiadamente os processos. A finalidade não é fazer uma justiça mais pobre, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres, visando sempre a busca da verdade e da justiça social do processo.

Entretanto, a busca por mecanismos mais eficientes e baratos que visem desobstruir o acesso à justiça não pode prejudicar o direito das partes às garantias fundamentais do processo civil, como a de um julgador imparcial, do contraditório, e, sobretudo, de serem julgadas em consonância com os princípios e normas dispostos em uma ordem jurídica constitucional e democraticamente determinada.

A terceira onda envolve todas as tentativas de tornar o Judiciário mais aprimorado, tendo por objetivo uma melhoria na prestação jurisdicional. Nesse contexto, pode-se afirmar que as reformas pontuais produzidas não excluem e não substituem as reformas sociais e políticas, sendo mesmo inúteis em ambientes sociais profundamente injustos. Nem podem ser simplesmente transplantadas de um país para outro, pois cada região tem suas características próprias; também se deve evitar a especialização demasiada, uma vez que esta traz problemas óbvios de dúvidas de competência e estreitamento das visões a respeito das questões.

Entretanto, embora estejamos evidenciando o momento da terceira onda, é de se questionar se as reformas sugeridas pelo Poder Judiciário real concentram atenção no sentido de uma verdadeira democratização deste Poder com a efetiva garantia do cidadão à justiça. Parece, realmente, que o móvel que irá concretizar o acesso à justiça reside, isto sim, na vontade política de transformar conquistas legais em conquistas efetivas.

1 - FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

1.1 - CONCILIAÇÃO

O verbo conciliar encontra sua origem etimológica no latim *conciliatio*, que significa composição de ânimos em diferença (DORFMANN, 1989: 43). Exprime a composição amigável sem que se verifique alguma concessão por qualquer das partes do pretense direito alegado ou extinção de obrigação civil ou comercial (desistência da ação, renúncia ao direito, reconhecimento do pedido) (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999: 126).

Durante um longo período, os métodos informais de solução das controvérsias foram considerados próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo judicial representava importante conquista da civilização. Não obstante, atualmente assistimos ao ressurgimento da conciliação, que decorre, em grande parte, da crise da Justiça. De fato, o grandioso progresso científico do direito processual não foi equivalente ao aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça.

A sociedade de massas gera conflitos de natureza coletiva ou difusa, dificilmente tratáveis nos moldes clássicos da processualística de caráter individualista. Contudo, há outros problemas que também obstam o acesso à justiça, como: a demora, o custo e a burocracia processual, que afastam o cidadão do Poder Judiciário, trazendo conseqüências prejudiciais à sociedade.

Diante dessa realidade, embora a conciliação não seja capaz de resolver todos os conflitos, pode contribuir para minimizar, sobretudo, os considerados como de pequena monta: os direitos dos consumidores, a composição dos danos mais leves, o direito de vizinhança, certas questões de família e as conexas ao crédito, dentre outros, podem encontrar na conciliação um instrumento adequado para uma pronta e pacífica solução, aliviando o exercício da função jurisdicional, oferecendo baixos custos, além da celeridade, e, o que é mais importante, facilitando o acesso à Justiça.

Como se sabe, temos a conciliação judicial, que é a tentativa de conciliação judicial, realizada após a instauração do processo, e a conciliação pré-processual, entendida como instrumento alternativo de solução dos litígios e como meio para evitar o processo.

A priori, vamos abordar a conciliação judicial.

O Código de Processo Civil brasileiro instituiu como princípio genérico nas causas cíveis o princípio da conciliação. Em todas as causas que tratem sobre direitos disponíveis, que são os direitos privados de natureza patrimonial, no início da audiência o juiz tenta a conciliação das partes. Igual tentativa será feita nas causas relativas a direitos de família desde que a matéria comporte transação entre as partes e não haja ofensa ao interesse público (art. 447 e parágrafo único). Tem ela natureza jurisdicional, funcionando o próprio juiz da causa como mediador; solucionada a lide, por acordo das partes, o ato resultante tem valor de sentença (art. 449), produzindo coisa julgada e só sendo rescindível por ação rescisória (art. 485, VIII). Dispõe a lei que o juiz determine de ofício o comparecimento das partes à audiência de instrução e julgamento, para antes dela tentar a conciliação (arts. 447, caput, e 448).

Em virtude do pequeno êxito da tentativa de conciliação, realizada apenas na audiência de instrução e julgamento a que as partes já chegam nervosas devido às atividades postulatórias, alguns juízes têm antecipado essa tentativa para momento sucessivo à citação, conseguindo excelentes resultados. Segundo Cimino, a inovação, consistente na designação de audiência prévia de conciliação, dentro de 20 dias a partir da citação e durante o prazo para a resposta, tem proporcionado resultados satisfatórios. Obteve, assim, o magistrado 80% de acordos, no segundo semestre de 1979, perante a 2ª Vara Distrital do Jabaquara (CIMINO, apud MORAES, 1991: 75).

Observa-se que os melhores resultados da conciliação são obtidos nas questões de família, a par do disposto no Código de Processo Civil; outros casos de conciliação vêm previstos por leis especiais (separação judicial, divórcio e alimentos).

Também é importante salientar que a ausência da parte à audiência de conciliação é tida como a presunção de que a parte não deseja acordo, devendo o juiz considerar prejudicada essa fase processual e passar à instrução e julgamento, e a falta da tentativa de conciliação pelo juiz não causa prejuízo às partes, as quais, podem a qualquer tempo transigir, não havendo motivo, portanto, para se decretar a nulidade.

No Direito do Trabalho brasileiro, são previstos na Consolidação das Leis do Trabalho vários dispositivos que exigem a conciliação. O art. 764 esclarece que “os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”. “Os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória de conflitos” (art. 764, parágrafo 1º). Inexistindo acordo, “o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral”, quando o juiz proferirá sentença (art. 764, parágrafo 2º). Mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório, as partes poderão celebrar acordo para pôr fim ao processo (art. 764, parágrafo 3º). Em dois momentos, a conciliação é obrigatória: antes da apresentação da defesa (art. 846) e após as razões finais (art. 850).

Entretanto, no direito do trabalho brasileiro, a conciliação recebe inúmeras críticas, pela forma como costuma ser conduzida, pressionando-se indevidamente o hipossuficiente. Nesse contexto, Jorge Luiz Souto Maior descreve que: “Quanto à última tendência determinada pela terceira onda do acesso à justiça, de incentivo a práticas não judiciais de solução dos conflitos individuais, entendemos que ela não se apresenta eficaz nas relações jurídicas trabalhistas, pois o avanço para essa idéia pressupõe, primeiro, a eficiência de outras que lhe são antecedentes, especialmente a que diz respeito aos serviços de informação sobre os direitos sociais às classes que devem ser beneficiadas por eles, e segundo, a igualdade de condições das partes que se sujeitam a uma solução dessa natureza. Esses pressupostos não se acham presentes na realidade brasileira” (SOUTO MAIOR, 1998: 149-150).

A tentativa de conciliação judicial não exclui a segunda espécie de conciliação, vista como alternativa ao processo e como meio de evitá-lo.

Ainda, com relação à Justiça Trabalhista, a Lei n.º 9.958/2000 inovou no cenário jurídico trabalhista, introduzindo as Comissões de Conciliação Prévia.

Mesmo com a extinção do juiz classista, o juízo trabalhista não perdeu seu caráter conciliatório. Entretanto, como sabemos, o juiz de carreira, diante de suas inúmeras atividades, não dispõe de tempo suficiente para gastar em cada audiência na tentativa de buscar a conciliação das partes, embora seja de sua obrigação ao menos lançar propostas de pacto. Por outro lado, a conciliação fora do juízo minimiza o elevado número de reclamações trabalhistas, que são interpostas nas Varas do Trabalho.

Entretanto, conforme descreve Jorge Luiz Souto Maior, “a tentativa de conciliação na Comissão de Conciliação Prévia não pode ser tida como condição para o ingresso em juízo, seja porque a Lei n.º 9.958/2000 assim não previu expressamente, seja porque, ainda que se pudesse vislumbrá-la, por uma interpretação

ampliativa - o que não seria correto sob o ponto de vista da ciência hermenêutica -, tal exigência seria inconstitucional, por ferir a garantia do acesso à justiça” (SOUTO MAIOR, 2000:140).

Clóvis Gorcevski afirma que: “a conciliação extrajudicial, às vezes, se impõe como condição prejudicial e é obrigatória em certos tipos de processos; em outras, está à disposição dos interessados, é facultativa, porém, efetiva e útil para resolver, sem crise de fadiga judicial, problemas de singular relevância. Portanto, o terceiro (conciliador) pode ser imposto por uma lei ou eleito voluntariamente” (GORCZEVSKI, 1999: 27).

Após estas observações, passamos a analisar os vários sistemas de conciliação extrajudicial.

Como exemplo de conciliação obrigatória temos a Constituição da República Oriental do Uruguai, que no art. 225 estabelece: “no se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse que se há tentado la conciliación ente la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley” (GORCZEVSKI, 1999:27).

Em El Salvador, os processos sobre acidentes de trânsito sem lesões só ingressam na fase judicial após audiência de conciliação ante os Juízes de paz; na Colômbia, o Código Processual Civil de 1989 determina a audiência de conciliação em todas as áreas do direito, como pré-requisito para a fase judicial; no Chile, a legislação civil estabelece a tentativa de conciliação, realizada pelo Juiz de Direito, antes de prosseguir o feito; igual forma é seguida na Costa Rica. Na Espanha, o ato de conciliação era tido como pressuposto de admissibilidade da ação (cujo cumprimento o juiz devia examinar antes de dar curso ao processo) até 1984, quando a reforma da legislação de processo civil tornou-o de natureza facultativa (GORCZEVSKI, 1999: 28).

O modelo japonês é exemplo do largo uso da conciliação. Cortes de conciliação, compostas por dois membros leigos e (ao menos formalmente) por um juiz, existe há muito tempo no Japão, para ouvir as partes informalmente e recomendar uma solução justa. A conciliação pode ser requerida por uma das partes, ou um juiz pode remeter um caso judicial à conciliação. Embora seu uso e eficácia estejam em relativo declínio, a conciliação ainda é muito importante no Japão. Nesse contexto os professores Kojima e Taniguchi salientam que “as causas de família e as indenizações por acidentes de veículos demonstram-se particularmente apropriadas ao processo de conciliação no Japão e talvez também o possam ser em outros países” (CAPPELLETTI & GARTH, 1998: 84).

Isto posto, passamos a analisar a conciliação prévia extrajudicial no Brasil.

A Constituição de 1824 estabeleceu a função conciliativa prévia para os juízes de paz, honorários e leigos, a qual era condição obrigatória para o início de qualquer processo. Contudo, a instituição aos poucos foi perdendo importância, até a transformação dos juízes de paz em órgão incumbido unicamente da habilitação e celebração de casamentos. Dessa maneira, perdeu-se a oportunidade de se utili-

zar a instituição como uma forma de minimizar a litigiosidade e que poderia ter dado margem ao aprimoramento de institutos tais como os Juizados de conciliação, de vizinhança, de bairros etc.

Todavia, a sociedade moderna propicia e incentiva as vias alternativas de solução de conflitos. A primeira experiência, neste campo, dirigiu-se às controvérsias próprias das relações de consumo. A proliferação de órgãos estatais de defesa do consumidor foi acompanhada pelo incremento às vias conciliativas, muito utilizadas principalmente nas cidades industrializadas, com excelentes resultados. É importante salientar que a proteção ao “consumidor”, no Brasil, não se restringe ao usuário de produtos industrializados, mas compreende as relações locatícias, securitárias, de utilização de serviços etc.

Com efeito, foi a partir da instalação dos Juizados de Conciliação no Brasil que se pôde sentir uma abertura das vias de ingresso à justiça não tradicional, tornando os canais conciliativos uma excelente alternativa em relação à emperrada justiça tradicional, uma vez que esses métodos informais parecem atingir com maior eficiência e celeridade os novos interesses da moderna sociedade de consumo. De fato, foi na experiência dos Conselhos de Conciliação do Estado do Rio Grande do Sul, depois disseminados em outros estados do sul, que se colheram os dados empíricos que conduziram à elaboração da lei de pequenas causas.

Isto posto, o êxito ou não da conciliação extrajudicial se deve primordialmente a fatores sociológicos e antropológicos, tendo sido também indicada a importância da análise econômica do Direito, para efeito do estudo da relação custo benefício aplicável a toda reforma que pretenda introduzir procedimentos não contenciosos de solução dos conflitos de interesse.

Assim, a conciliação extrajudicial reduz os óbices ao acesso à Justiça, sendo um poderoso instrumento de solução de certos conflitos, alternativo ao processo, mas não excludente deste. Também visa à maior racionalização e eficiência na administração da Justiça, bem como à pacificação social, compondo e prevenindo situações de tensões, além de propiciar a informação, a tomada de consciência e a politização que decorrem da orientação jurídica.

Finalmente, sendo a conciliação fruto do diálogo, da tolerância, da renúncia recíproca de pequenas exigências ou até mesmo impertinências, ela pode ser um caminho de acesso à Justiça, buscando também a humanização do processo.

1.1.1 - CONCILIAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS

De fato, na Lei 9099/95, o sistema dos Juizados Especiais valoriza extremamente a conciliação (arts. 21/26 e 57), devendo ser buscada sempre, a todo o momento e não somente na audiência. Nada impede que o juiz, antes de proferir a sentença, volte a insistir na conciliação; nada impede que ela ocorra antes do julgamento do recurso.

Com efeito, a lei valorizou a conciliação e não deseja somente a mera tenta-

tiva pálida de acordo com simples indagação às partes sobre sua possibilidade. Deseja, sim, uma maior interação das partes com o conciliador ou juiz, desarmando-se os espíritos, indicando-se os caminhos com sugestões e opções para a celebração de um acordo que coloque fim à demanda.

A mudança não é só de comportamento, antes de mentalidade.

O órgão que representa a Justiça sai de sua posição inerte e, mantendo evidentemente a igualdade das partes, formula hipóteses, sugere formas de composição do litígio, adverte para os riscos em caso de prosseguimento do pleito, enfim, exerce atuação preponderante no entendimento das partes.

Os conciliadores são elementos fundamentais para o bom desempenho dos Juizados Especiais. A finalidade principal do Juizado é, na medida do possível, buscar a conciliação das partes.

No tocante à área criminal, o escopo fundamental do Juizado Especial Criminal é obter, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Nesse sentido, com muita propriedade descreve Márcio Franklin Nogueira: “Por isso, a proposta a ser formulada pelo Ministério Público deve limitar-se somente a penas restritivas de direitos e multa. Seu espaço de atuação é limitado, ao contrário do que ocorre no Direito Norte-Americano, em que vige em sua plenitude o princípio da oportunidade. O legislador pátrio, como já se disse, abriu um espaço pequeno a este princípio. Como regra, em nosso sistema processual penal impera o princípio da legalidade (ou da obrigatoriedade da ação penal), admitindo-se, com a Lei 9099/1995, uma certa obrigatoriedade mitigada”. (NOGUEIRA, 2003: 187).

1.2 - MEDIAÇÃO

A mediação como forma alternativa de solucionar conflitos enquadra-se no pensamento de Mauro Cappelletti, uma vez que, ao contrário da jurisdição tradicional, objetiva aproximar as partes, pois a autocomposição nasce e se encerra a partir das próprias partes, com a intervenção de um terceiro imparcial, o mediador.

A mediação ocorre quando um terceiro, chamado pelas partes, vem mediar o conflito, ouvindo as partes, aconselhando-as e fazendo propostas, para que se chegue a termo. As partes não estão obrigadas a aceitar as propostas, mas poderá haver composição mediante o acordo de vontades. O mediador não tem poder de coação ou de coerção sobre as partes; não toma qualquer decisão ou medida, apenas serve de intermediário entre as partes. O mediador pode ser qualquer pessoa, mesmo sem conhecimentos jurídicos (MARTINS, 2001: 78).

A mediação, em regra, é extrajudicial. Todavia, também poderá ser judicial.

A mediação não se assemelha totalmente à conciliação, embora haja semelhança entre ambas. Naquela, o mediador tenta aproximar os litigantes promovendo o diálogo entre eles a fim de que as próprias partes encontrem a solução e ponham termo ao litígio. Funda-se a técnica nos limites estritos da aproximação

dos contendores. Diversamente, na conciliação, o terceiro imparcial chamado a mediar o conflito, o conciliador, não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações, aparando as arestas porventura existentes, formulando propostas, apontando as vantagens ou desvantagens, buscando sempre facilitar e alcançar a autocomposição (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999: 132).

A mediação e as outras formas alternativas de solucionar conflitos não são um fenômeno novo, e sim uma adaptação do que já existia em outros momentos históricos, sendo redescobertas em virtude das crises dos sistemas judiciários. No Brasil, exemplificando, assistimos não somente a uma crise estrutural (instalações), funcional (pessoal) e substancial (métodos), do Poder Judiciário, como também a uma crise generalizada nas Instituições (educação, saúde, previdência social, economia etc.).

Na antiga China, a mediação era o principal meio de resolução de conflitos. Conforme Confúcio, a melhor solução de um litígio se dava através da persuasão moral e o acordo, e não sob coação. A mediação ainda é bastante utilizada na República Popular da China através dos Comitês Populares. No Japão, a mediação também tem uma ampla aplicação nas leis e costumes; o líder de uma comunidade ajuda os membros a solucionar seus litígios.

Devido à globalização, a mediação tem se propagado bastante nos países de origem romano-canônica, ainda não muito simpáticos a esse tipo de mecanismo, mas que aos poucos vêm prestigiando esse instituto jurídico, através da criação de diversas câmaras voltadas a essa prática. No Brasil, por exemplo, temos o Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo.

No Paraguai, a Lei 1879/02 define a mediação em seu artigo 53: “La mediación es un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, através del cual dos o más personas gestionan por si mismas la solución amistosa de sus diferencias, com la asistencia de um tercero neutral y calificado, denominado mediador. O artigo 54 acrescenta que: “Podrán ser objeto de mediación todos los asuntos que deriven de uma relación contractual u outro tipo de relación jurídica, o se vincule a ella, siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transación, conciliación o arbitraje”.

Na Espanha existe o IMAC – Instituto de Mediação, Arbitragem e Conciliação.

Na Grã-Bretanha, o Serviço Consultivo de Conciliação e Arbitragem funciona também como procedimento de mediação, pois muitas vezes os conciliadores também atuam como mediadores, propondo soluções.

Na Austrália, o procedimento inicial na solução dos conflitos é a mediação. É vedado o acesso do público às reuniões. Se as partes chegam a uma solução, podem apresentar um memorando do que foi acordado.

Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional, onde este poder é delegado aos profissionais do Direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais. Contrariamente aos processos judiciais, que são

demorados e caros, o Instituto da Mediação tende a resolver os conflitos em um lapso de tempo muito menor do que levariam se fossem levados à Justiça tradicional, o que, por conseguinte, traz uma diminuição do custo indireto, pois, como sabemos, quanto maior a demora de um litígio, maiores serão os gastos para a sua solução.

No tocante ao ônus financeiro, caberá ao mediador esclarecer previamente os custos e honorários para as partes. Os seus honorários deverão ser razoáveis, considerando, dentre outras coisas, o serviço da Mediação, o tipo e complexidade da matéria, a especialização do mediador, o tempo necessário para a conclusão do processo, e a tabela de custos na comunidade em questão. A melhor maneira de se tratar de custos é através do desenvolvimento de um acordo escrito constando os acertos em relação às despesas e honorários.

A mediação é um processo informal, no qual as partes têm a oportunidade de debater os problemas que as envolvem, visando a encontrar a melhor solução para elas. Inúmeras vezes pessoas que possuem convivência cotidiana (ou interesses ligados a relações continuadas, tais como: vizinhança, família, emprego etc.) entram em discordância por um motivo qualquer. Este é o caso das relações continuadas, no qual a questão que seria debatida na Justiça tradicional é uma, porém o verdadeiro conflito pode ser outro.

O que ocorrer durante as reuniões será envolvido do mais absoluto sigilo. Esse dever ético do mediador é de tal maneira pressuposto de sua atividade, que implicará, mediante compromisso assumido em conjunto com os mediados, o não envolvimento de seu testemunho em qualquer instância, inclusive em juízo. Entretanto, este princípio será desconsiderado quando o interesse público se sobrepujar ao das partes, ou seja, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou ainda por uma atitude de política pública.

As decisões tomadas pelas partes não necessitarão ser alvo de futura homologação pelo Judiciário. Tudo será realizado conforme os interesses do mediados.

Entretanto, pode-se produzir uma decisão totalmente injusta ou imoral, o que indicaria que houve alguma falha durante o procedimento de Mediação; ou, quando uma decisão é tomada havendo comprovação de má-fé, no processo, por qualquer das partes, ou pelo mediador, havendo prejuízo de uma das partes em relação às demais, poderá o juiz togado, nesses casos, anular os resultados firmados. Quando da ocorrência das decisões neste sentido, entendem alguns que o mediador deve intervir, alertando para o fato. Não compete ao mediador oferecer a solução do conflito, porém é de sua competência a manutenção e a orientação do processo.

Podem ser objeto da mediação todos os negócios que não incidam nas sanções da lei e não ofendam a moral e os bons costumes, ou seja, todos os negócios lícitos. Aqui, como em todos os contratos, os preceitos do art. 104, I a III, do Código Civil.

Nesse sentido podem ser objeto de corretagem todos os negócios, versem sobre coisas corpóreas e incorpóreas, móveis ou imóveis, direitos e obrigações. Assim, o art. 723 do Código Civil estabelece que a mediação feita pelo corretor

deve ser executada dentro dos princípios de diligência e prudência de acordo com a natureza do negócio realizado.

Devido a sua natureza de contrato acessório, a mediação pode estar presente nas convenções humanas. Mediação há na compra e venda, na hipoteca, no penhor, na fiança, na locação de serviços, na locação de coisas, na empreitada, na permuta, na edição, no mútuo, no seguro, na capitalização, na anticrese etc. Resumindo, todos os contratos onerosos podem ser objeto de mediação.

A mediação também poderá ser utilizada eficazmente em problemas relativos às questões do cotidiano, tais como discordâncias entre membros de instituições de ensino ou lazer, discussões familiares e entre vizinhos e conflitos sobre o meio ambiente, que têm sido as principais matérias submetidas a esse processo, muito embora seja permitido discutir em tal processo praticamente qualquer conflito cuja tentativa de resolução por meio desse mecanismo venha a interessar às partes.

No Direito Trabalhista brasileiro, a mediação é exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, através dos delegados e inspetores do trabalho, que atuando como mediadores na mesa-redonda tentam acordos entre as partes conflitantes.

Há mediações nos conflitos coletivos, principalmente no caso de greve, quando qualquer dos interessados poderá comunicar a existência do conflito ao Ministério, que convidará a parte contrária para uma reunião. Havendo entendimento, será formalizado o acordo coletivo de convenção coletiva, finalizando a controvérsia. Em caso contrário, o Ministério enviará os autos para o Tribunal Regional do Trabalho, perante o qual será processado dissídio coletivo.

As normas sobre o procedimento observado pelo Ministério nas mediações são previstas na CLT, art. 616, e pela Portaria n.º 3.097, de 17 de maio de 1988.

De fato, a inadequação de certas estruturas tradicionais para a resolução de conflitos de massas no tocante à questão dos interesses transindividuais, bem como o crescimento do número de demandas, buscando assumir parte de causas referentes a relações de consumo e locação, demonstram a eficácia da utilização da mediação como forma de complemento da atividade jurisdicional.

Assim, diante da necessidade de métodos alternativos para a solução de conflitos, a Mediação adota como proposta básica, a atuação facilitadora da comunicação e da negociação entre pessoas, diminuindo os óbices para um efetivo acesso à Justiça, colaborando para a humanização do processo.

CONCLUSÃO

Os ensinamentos traçados pelo processualista Mauro Cappelletti em sua obra *Acesso à Justiça* consagram a incessante peregrinação do mesmo em busca de novos rumos ou caminhos que tornem a Justiça mais idônea e adequada à Sociedade e aos homens do nosso tempo, caracterizando-se sempre por um compromisso de reforma, denominada de a terceira onda renovatória. Esta trata dos entraves formais e materiais que o obstaculizam, a problemática quanto à utilização de diferentes técnicas processuais para tornar a Justiça mais acessível, que

constitui o palco das atuais preocupações dos processualistas modernos. Fala-se, portanto, de um novo enfoque de acesso à Justiça, enfoque este que reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo do litígio.

É fundamental a reforma dos procedimentos judiciais em geral, com o emprego de técnicas processuais diferenciadas, para tornar a Justiça mais acessível, com a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de solução de controvérsias.

Os meios alternativos ao modelo tradicional de resolução de conflitos, Conciliação e Mediação, com o desenvolvimento do movimento do acesso à justiça, vêm adquirindo prestígio e importância no mundo contemporâneo.

A conciliação, também como meio para evitar o processo, mediante soluções de mediação institucionalizada, a qual pode funcionar como canal idóneo para resolver certos conflitos, principalmente referentes a pequenos litígios: os direitos dos consumidores, a composição dos danos mais leves, o direito de vizinhança, certas questões de família e as conexas ao crédito e tantas outras contendas poderiam encontrar na conciliação o instrumento adequado para uma pronta e pacífica solução. Embora não seja capaz de resolver todos os conflitos, pode contribuir para minimizar o exercício da função jurisdicional, oferecendo baixos custos, além da celeridade, e, o que é mais importante, facilitando o acesso à Justiça.

Com efeito, sendo a conciliação fruto do diálogo, da tolerância, da renúncia recíproca de pequenas exigências ou até mesmo impertinências, pode ser um caminho de acesso à Justiça, colaborando também para a humanização do processo.

A mediação como forma de solução alternativa de conflitos enquadra-se muito bem no pensamento de Mauro Cappelletti a respeito de justiça coexistencial, tendo-se em vista a busca da satisfação dos litigantes sem causar reflexos negativos comumente identificáveis nas imposições dos julgados (ato de império marcado por violência simbólica), porquanto a autocomposição nasce e se encerra a partir das próprias partes, com a intervenção de um terceiro imparcial, o mediador.

Por fim, o acesso à ordem jurídica justa, como acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

BIBLIOGRAFIA

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. 1.

DORFMANN, Fernando Noal. *As Pequenas Causas no Judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2. ed. ver. e atual. do "Manual de Arbitragem". São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*. Campinas: Copola, 1999.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Formas Alternativas para Resolução de Conflitos: a arbitragem no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Silvana de Campos. *Juizado de Pequenas Causas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRIGUEZ, José Antonio Moreno. *Arbitraje e Mediación*. Asunción: Intercontinental, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito Processual do Trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTR, 1998.

_____. *Temas de Processo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2000.

AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E LIVRE INICIATIVA: UMA VISÃO SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

*Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel**

1. INTRODUÇÃO

Tem-se, com o presente trabalho, o objetivo de mostrar o conteúdo e a abrangência dos princípios da autonomia privada, da autonomia da vontade e da livre iniciativa, buscando-se, para tanto, suas perspectivas no atual sistema jurídico brasileiro, e, principalmente, sua concepção nesta nova etapa de reconstrução do Direito Privado.

Desta feita, primeiramente se faz necessária uma breve análise filosófica do conceito de liberdade, vez que se trata de valor inspirador para o tema ora proposto.

Sob a ótica jurídica propriamente dita, vale analisar os princípios informadores do sistema jurídico de Direito Privado, ressaltando, desde já, que a autonomia privada constitui um destes princípios basilares, estando atrelada ao valor máximo da Ciência Jurídica, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Por seu turno, o estudo da evolução do significado da autonomia privada nos sistemas jurídicos que se formaram ao longo da história nos auxiliará na compreensão da dogmática atual, notadamente na renovação legislativa trazida pelo Código Civil de 2002.

É certa, ainda, a diferenciação existente entre os termos *autonomia da vontade*, *autonomia privada* e *livre iniciativa*, de forma que a caracterização e aplicação de cada um deles compreenderão análise e discussão de grande relevância.

Posteriormente, abordar-se-á a manifestação da autonomia privada nos atos jurídicos em geral, inclusive dentro da amplitude dos negócios jurídicos, quando então falaremos da liberdade contratual.

Nesse contexto, como adiante se mostrará, o negócio jurídico assume a feição de fonte do direito, sendo consideradas as disposições oriundas da autonomia privada como verdadeiras normas jurídicas, criadoras de direitos e obrigações.

Por fim, o perfil político-ideológico do Código Civil de 2002 impõe nos atermos à questão da heteronomia da vontade, acompanhando, neste passo, as diretrizes da socialidade e da eticidade sustentadas por MIGUEL REALE.

* Advogada, Mestranda em Direito Civil na PUC/SP, Professora assistente de Direito Civil na PUC/SP, Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá e da Faculdade de Direito do Centro Universitário Capital.

Desse modo, a autonomia privada deve ser vista em consonância aos novos valores inseridos no Código vigente: função social da propriedade, função social do contrato e boa-fé objetiva.

Parece-nos, portanto, que todos estes aspectos compreendem uma tentativa de análise da construção de um novo modelo jurídico, este tendente a se compatibilizar com o atual momento histórico, econômico e social brasileiro.

2. CONCEPÇÃO FILOSÓFICA DA LIBERDADE

Antes de adentrarmos mais profundamente no aspecto jurídico da *autonomia da vontade*, da *autonomia privada* e da *livre iniciativa*, merecem destaque breves considerações a respeito da concepção filosófica da liberdade.

No período aristotélico, se dizia que a liberdade é o poder de autodeterminação. Mais tarde, Kant utiliza a expressão *autonomia da vontade*, se referindo à liberdade como o poder de dar-se leis e de agir de acordo com elas.¹

Inspirada na concepção tomista, a liberdade está atrelada ao conceito de pessoa. Nas lições de WALTER MORAES, os bens que em Direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*.²

Assim, pessoa é um ser com características precisas: inteligente e livre, ou seja, dono do seu próprio ser.³ Podemos dizer, por conseguinte, que o homem, por natureza, é um ser livre e racional. A liberdade e a consciência são atributos fundamentais da pessoa humana, através dos quais o homem se torna capaz de escolher suas atividades e avaliar as conseqüências de seus atos.

Buscando a definição de liberdade, JACY DE SOUZA MENDONÇA diz que a liberdade é capacidade, força, energia para poder eleger, dentre a multiplicidade dos bens disponíveis, aquele que, segundo a visão, certa ou errada, se ajusta à fome de ser que está no ato volitivo.⁴

Sob a perspectiva axiológica, vemos que o homem possui a capacidade de apreciar os valores, sejam eles econômicos, éticos, utilitários ou religiosos e, partindo deles, autodeterminar-se. Sendo assim, a liberdade é um valor da natureza humana, e através dela se torna possível a definição por outros valores.

Por outro lado, vemos que a necessidade social e o bem comum exigem que a liberdade não adquira um significado ilimitado e irrestrito, de forma a possibilitar a convivência e a pacificação social.

Nessa ótica, a liberdade deve se compatibilizar às exigências do bem co-

¹ Apud ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222.

² MORAES, Walter. *Concepção Tomista de Pessoa*. Revista dos Tribunais, v. 590, p. 14-23, dezembro de 1994.

³ HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. 9. ed. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1981, p. 116.

⁴ MENDONÇA, Jacy. *O curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 64.

num, o que, nas palavras de JOAO XXIII, representa o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.⁵

Em linhas gerais, trata-se da coexistência harmônica das liberdades individuais, o que faz com que o Estado, através de suas atividades, desempenhe um papel limitador e regulador, sem, contudo, deixar de respeitar e privilegiar a pura manifestação da vontade como forma de concretização da liberdade.

3. A AUTONOMIA PRIVADA COMO UM DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO SISTEMA JURÍDICO DE DIREITO PRIVADO

Os princípios gerais do Direito Privado são inspirados em princípios fundamentais do Direito, os quais, nas palavras de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., representam uma reminiscência do Direito Natural como fonte.⁶

Sem dúvida, o sistema jurídico de Direito Privado tem por pressuposto a existência de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, integrantes de princípios basilares e estruturais da Ciência do Direito.⁷

Falar-se, contudo, em princípios significa, outrossim, falar em valores. Os valores, tais quais a dignidade da pessoa humana e a liberdade, norteiam a formulação dos princípios. Nesse sentido, GIORGIO OPPO diz que os valores funcionam como idealidades civis que inspiram a ordem jurídica e os princípios são a assunção em forma de preceitos desses valores.⁸

Devemos, pois, sustentados nos ensinamentos de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, dizer que são princípios de Direito Privado: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da boa-fé objetiva, princípio da imputação civil dos danos e, por fim, o que constitui objeto do presente trabalho, princípio da autonomia privada.⁹

No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, ensina, ainda, a ilustre autora, que “ele é a razão de ser do Direito, seu fundamento axiológico, sendo a vida e a liberdade suas expressões mais extraordinárias. Em sendo assim, o sistema jurídico de Direito privado encontra seu substrato na dignidade da pessoa humana, fazendo com que o homem seja reconhecido como sujeito de direito”.¹⁰

⁵ Apud Lins, Carlos Francisco B. R. Bandeira. *Breves reflexões acerca do bem comum*. Revista *Justitia*, ano XXXVIII, 4º trimestre de 1976, vol. 95, p. 55-64.

⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 223.

⁷ Segundo José Puig Brutau (*Fundamentos de Derecho Civil, Teoría Preliminar – Introducció al Derecho, Principios generales del Derecho*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1989, p.216), no campo do Direito, os princípios são as diretrizes que justificam o caráter racional de todo o ordenamento.

⁸ OPPO, Giorgio. *Sui Principi Generali Del Diritto Privato*. Revista de Diritto Civile, ano XXXVII, n. 1, 1991, p. 475.

⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110-121.

¹⁰ Nesse sentido, Alexandre dos Santos Cunha (Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental de Direito Civil in: *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260) afirma: “O princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele o é também do direito público. Indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre ambos: a vértice do Estado de Direito”.

Distanciando-se do direito romano, em que só se considerava o homem como sujeito de direitos quando fosse livre, cidadão romano e independente do poder familiar, o sistema jurídico atual (art. 1º do Código Civil de 2002) considera que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo, portanto, sujeito de direito.

A partir desta visão, ser sujeito de direito significa ser titular de direitos, considerando-se o respeito e a preservação da dignidade da pessoa humana o maior e mais absoluto de todos eles. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é o conjunto de condições necessárias para a preservação e desenvolvimento da personalidade humana, e todos os demais princípios de Direito Privado são decorrências deste princípio fundamental e supremo.

É, portanto, a dignidade da pessoa humana valor e princípio basilar de toda a Ciência Jurídica, representando, ainda, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

De outra parte, um segundo princípio de Direito Privado é o princípio da boa-fé objetiva.

Antes de mais, importa fazermos uma breve diferenciação entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Segundo JUDITH MARTINS-COSTA, a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio. Por outro lado, a boa-fé objetiva deve ser entendida como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão e na lealdade.¹¹

Nascida no direito romano, a boa-fé objetiva foi inserida no Código Civil de 2002 no art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Com efeito, a boa-fé objetiva, enquanto padrão de conduta, assume três distintas funções, quais sejam, a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.¹²

Posteriormente, baseado na noção de responsabilidade do sujeito de direitos e de penalidade às condutas humanas lesivas, tem-se o princípio da imputação civil dos danos, através do qual surge o dever de indenizar pelos danos causados aos bens ou direitos de outrem.

Nessa órbita, distanciando-se do sistema de vingança pessoal e privada predominante nas antigas civilizações, o atual sistema jurídico privado se fundamenta na responsabilidade civil dos danos. Assim, o ordenamento jurídico confere àquele que foi lesado o direito de ser ressarcido pelos danos que lhe foram causados, estabelecendo, de outra parte, o dever de indenizar, imputável ao causador do dano através de seu patrimônio.

¹¹ MARTINS - COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 412.

¹² *Idem*, p. 427.

Por fim, à luz dos valores de liberdade e de dignidade da pessoa humana, destacamos a autonomia privada como o último dos princípios de Direito Privado.¹³

Por ora é válido mencionar que a autonomia privada é princípio específico do Direito Privado, o que se mostrará adiante, quando tratarmos da diferenciação existente entre o referido princípio e os princípios da autonomia da vontade e da livre iniciativa.¹⁴

Etimologicamente, autonomia é o poder de estabelecer a sua própria lei. Sob o prisma jurídico, a autonomia privada consiste em um poder de auto-regulamentação de interesses privados. A liberdade dos sujeitos de direito, refletida na esfera do Direito Privado, confere a eles um poder de disciplinar as relações jurídicas em que figuram como titulares.

Ensina ANA PRATA que a autonomia privada traduz-se, pois, no poder *reconhecido* pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.¹⁵

Para FRANCISCO AMARAL, a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.¹⁶

Veja-se, pois, que a autonomia privada adquire o *status* de poder jurídico dos particulares. Em outras palavras, o poder de estabelecer normas jurídicas individuais reguladoras da atividade privada, cujo exercício tem por finalidade a consecução de fins particulares.

Corroborando este entendimento, LUIGI FERRI afirma que a autonomia privada, quando se concretiza em negócios particulares, é um poder concedido ao indivíduo para a consecução de fins privados.¹⁷

Ademais, tratando-se de um poder jurídico particular, a autonomia privada conduz à liberdade de os particulares criarem, extinguirem e modificarem direitos. Ou seja, o poder de auto-regulamentação particular leva, outrossim, ao poder de definição dos efeitos e conseqüências jurídicas dos atos praticados.

Estabelece-se, por sua vez, um duplo significado de autonomia privada. De um lado, assume um significado positivo, vez que se concretiza através da atuação particular. De outro, a autonomia privada adquire um significado negativo, tendo em vista que se reflete na impossibilidade de outros particulares ou do Estado interverem ou regularem relações jurídicas privadas, salvo nos casos em que a necessida-

¹³ Karl Larenz, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 576, diz que a autonomia privada funciona, também, como princípio informador do sistema jurídico, isto é, como princípio aberto, no sentido de que não se apresenta como norma de direito, mas como idéia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico.

¹⁴ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina, p. 11.

¹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 328.

¹⁶ FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 38

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, p. 334.

de social, expressamente prevista em normas cogentes, assim o autorize.

A par disso, não se deve considerar a autonomia privada como princípio irrestrito e ilimitado, uma vez que a própria convivência social impõe aos indivíduos restrições a este poder jurídico. Sendo tais limitações um pressuposto para a garantia do bem comum e da paz social, cabe ao direito a função de corrigir e equilibrar o poder jurídico da autonomia privada, na tentativa de compatibilizar interesses econômicos e sociais conflitantes.

Nesse sentido, a autonomia privada, em sua concepção moderna, assume o caráter de poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, nos limites traçados pela ordem jurídica. Tais limites consubstanciam-se na predominância de determinadas regras jurídicas imperativas em relação à vontade manifestada, bem como na impossibilidade de o poder privado regular certas matérias ou relações, consideradas, por sua natureza, de interesse público.

Em suma, a manifestação da vontade individual deixa de ser vista como uma realidade intangível em razão da agregação de novos valores ao sistema jurídico de Direito Privado, os quais emergem dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, em especial a preservação da dignidade da pessoa humana, e de novas normas jurídicas inseridas na legislação civil vigente.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA DA VONTADE E O PERFIL HISTÓRICO ATUAL

A concepção do princípio da autonomia privada sofreu, ao longo da história, uma significativa evolução, de forma que uma síntese acerca das etapas desta transformação nos auxiliará para a compreensão do significado atual deste princípio no nosso sistema jurídico.

Observe-se, contudo, que a concepção de autonomia privada é reflexo, em suas origens, da própria concepção de contrato, tendo em vista que este instituto jurídico representa a maior e mais complexa manifestação da liberdade privada individual.

Ademais, não obstante se tratar de conceitos com abrangências distintas, como se analisará no presente trabalho, a autonomia privada e a autonomia da vontade são formas de manifestação da vontade, e, por isso, possuem identificações na evolução histórica de suas acepções.

No direito romano temos a *lex privata* como primeira forma de manifestação do “ius civile”. A *lex* era uma declaração solene com valor de norma jurídica, baseada em um acordo entre declarante e destinatário. Denota-se, deste período, um extremado apego ao aspecto formal da manifestação da vontade.¹⁸

O cristianismo, ao colocar o homem no centro das reflexões de ordem religi-

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

osa, filosófica e social, vem, através do Direito Canônico, a consagrar a declaração da vontade como fonte de obrigações jurídicas. Assim, para os canonistas, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo.¹⁹

Da fase do direito canônico deriva, outrossim, a teoria dos vícios do consentimento, uma vez que a vontade manifestada, isenta de vícios, ensejava a proteção divina da obrigatoriedade dos contratos. Ou seja, somente a vontade puramente declarada continha uma força vinculante defendida pelos cânones da igreja católica.

Com a escola de direito natural, a idéia da origem divina do direito substituiu-se pela das liberdades naturais, que se consideram fundamento e fim do direito. MIGUEL REALE nos ensina que à luz do Direito Natural, especialmente devido às idéias de Kant, a pessoa humana tornou-se um ente de razão, uma fonte fundamental do direito, pois é através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realiza.²⁰

As idéias de Kant influenciaram sobremaneira a Alemanha à época da sistematização do direito. Tais idéias foram uma das bases da formação da *Willenstheorie*, fazendo com que a vontade interna, manifestada sem vícios, fosse considerada a verdadeira fonte do contrato.²¹

A liberdade individual, sob a denominação de autonomia da vontade, revela seu ápice com a Revolução Francesa em 1789 e com a posterior fase de liberalismo econômico reinante nos séculos XVIII e XIX. A burguesia industrial encontra nos contratos uma forma de satisfazer os seus objetivos econômicos, na medida em que eles proporcionam a circulação de bens e serviços.

Sob o dogma da vontade livre, o capitalismo burguês fez assentar que o indivíduo é, na sociedade, um ser essencialmente livre, que somente pode se vincular e não pode sofrer nenhuma outra constrição senão aquelas que ele mesmo reconhece ou as que a ordem jurídica excepcionalmente, e de forma limitada e vaga, lhe assinala.²²

Decorre daí um período marcado pela mínima intervenção estatal nas relações particulares, não se concebendo, como regra quase absoluta, a imposição de deveres jurídicos aos sujeitos de direitos na sua esfera particular.

Consagrado pelo Código de Napoleão (1804), o princípio da autonomia privada, entendido na sua acepção mais abrangente, passa a ser princípio informador do sistema jurídico de Direito Privado. Em conseqüência, efetiva-se o reconhecimento dos direitos subjetivos e garante-se ao contrato o *status* de norma jurídica

¹⁹ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 61.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

²¹ MARTINS - COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 203.

²² PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina, p. 115.

disciplinadora de relações particulares, partindo de uma construção jurídica notadamente individualista e voluntarista, circunscrita ao princípio da força obrigatória dos contratos.

Na mesma linha, o Código Civil alemão de 1896 (BGB) garante ao indivíduo o poder jurídico da autonomia privada, conferindo-lhe uma ampla margem de liberdade, tanto na esfera do direito contratual, quanto no campo do direito de propriedade.

Com efeito, sob esta ótica foi formulada a concepção clássica de contrato. O liberalismo econômico dos séculos passados nos trouxe a idéia do contrato como instrumento destinado à satisfação de interesses puramente individuais, que gera, por sua força normativa própria, um poder de vinculação quase absoluto. Essas características modelaram o conteúdo jurídico de legislações de vários países, inclusive o nosso Código Civil de 1916.

O século XX foi marcado pela transformação do Estado Liberal em Estado Social. O liberalismo econômico, nitidamente individualista, gerou uma enorme crise social, fundada, essencialmente, na desigualdade econômica existente entre as classes.

Após a primeira guerra mundial, e, principalmente, com a Constituição de Weimar, surgem os chamados direitos sociais, como elemento identificador do Estado Social. Cria-se, desta forma, um novo modelo político-jurídico, baseado no dever do Estado em garantir a todos os seus cidadãos um mínimo de bens materiais e culturais, ou propiciando que eles possam obtê-los pelo seu trabalho (direito ao trabalho, direitos dos trabalhadores, liberdade sindical, direito de greve, direito à saúde, direito à assistência social, limitações à propriedade, etc...).²³

A partir de então, é notória a preocupação dos Estados em formular sistemas jurídicos constitucionais norteados não apenas pela igualdade formal (concepção de que todos os homens são iguais perante a lei), mas também na igualdade material ou substancial (consubstanciada na efetiva igualdade entre os cidadãos e na imposição de deveres ao Estado no sentido de proporcionar mecanismos e instrumentos para o alcance desta igualdade).

Em decorrência dos novos princípios e direitos constitucionais, na esfera contratual, o Estado passa a assumir uma posição intervencionista, protecionista e reguladora, o que se dá principalmente através de normas que garantem a paridade entre as partes da relação jurídica e a preservação de condições mínimas de dignidade da pessoa humana, além de combater a má-fé, o lucro desproporcional, e o aproveitamento da situação de desigualdade por uma das partes contratantes.

Nesse contexto, o moderno Direito Privado, em consonância com as transformações históricas mundiais, se caracteriza pela adoção de alguns paradigmas: o Direito Privado como garantia de acesso a bens, o Direito Privado como limite ao poder e o Direito Privado como proteção do indivíduo.²⁴

²³ Estes paradigmas são sustentados por Ricardo Luiz Lorenzetti, na obra *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

²⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

No que concerne à autonomia privada, o cenário jurídico atual nos mostra que normas imperativas permeiam a liberdade contratual das partes, em virtude do interesse público a que visam resguardar.²⁵

Nesta realidade, vislumbra-se a superação da tradicional dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, existente desde o direito romano e evidenciada no período de codificação oitocentista, em que se colocavam como ramos distintos e separados da ciência jurídica. O que se denota, portanto, é a necessidade de se caracterizarem como ramos complementares do direito, cujas normas jurídicas se interpenetram.²⁶

Na visão de PIETRO PERLINGIERI, retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário.²⁷

5. AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E LIVRE INICIATIVA: SEUS SIGNIFICADOS DISTINTOS

A autonomia da vontade, a autonomia privada e a livre iniciativa são termos inspirados no valor jurídico da liberdade, refletido na manifestação da vontade individual e na possibilidade de escolha dentre várias alternativas possíveis. Entretanto, apesar de muitos autores não atentarem para a diferenciação existente entre estas expressões, é possível identificar elementos peculiares de distinção, inclusive no que diz respeito à abrangência e aplicabilidade dos conceitos.

5.1. AUTONOMIA DA VONTADE

A expressão autonomia da vontade tem sua origem no pensamento filosófico de Kant e está relacionada à vontade real do sujeito no exercício de sua liberdade, sendo entendida como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Partindo dos ensinamentos de LUIGI FERRI, constata-se que a autonomia da vontade possui uma conotação subjetiva ou psicológica, na medida em que representa o querer interno do sujeito de direitos, ou seja, a sua real vontade.²⁸

²⁵ Segundo Maria Celina B. M. Tepedino, no artigo denominado "A caminho de um direito civil constitucional", *in* Revista de Direito Civil, n.65, 1993, "a separação do direito público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação".

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. de Maria Cristina De Cicco, 1. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 55.

²⁷ FERRI, Luigi. *La Autonomia Privata*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 3-6.

²⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 115-116.

Nesta visão, a autonomia da vontade faz surgir um princípio de coerência entre a vontade interna e a vontade manifestada. O querer interno do sujeito de direito deve corresponder ao querer declarado, o que justifica a adoção da teoria dos vícios do consentimento pela teoria geral do Direito Privado, como forma de invalidação de ato ou negócio jurídico.²⁹

A autonomia da vontade possui um conteúdo nitidamente voluntarista, trazendo para a própria manifestação da vontade a causa da produção de efeitos jurídicos.³⁰ Nesse sentido, *MISSSES E HAYEK* dizem que o contrato em si mesmo tem uma função de ordenamento social, sobretudo no contexto de uma economia liberal. As partes sabem o que é que lhes convém, e deve-se deixá-las agir livremente porque dessa atuação desordenada, caótica, se desenvolverá a ordem social mais eficiente.³¹

5.2. AUTONOMIA PRIVADA

Em conformidade com o que foi analisado anteriormente ao tratarmos dos princípios informadores do Direito Privado, tem-se que a autonomia privada é o poder jurídico normativo conferido às partes para auto-regulamentar as suas relações jurídicas particulares, desde que obedecidos os limites impostos pela lei. Em outras palavras, a expressão autonomia privada deve ser utilizada significando o poder atribuído por lei aos indivíduos para a criação de normas jurídicas capazes de definir o conteúdo e os efeitos do ato praticado.

De outra parte, *ANA PRATA* diz que em uma perspectiva ampla, a autonomia privada se desdobra em dois aspectos essenciais: direito subjetivo e liberdade negocial. Porém, comumente se faz coincidir a autonomia privada com o segundo aspecto referido, isto é, se tomam como sinônimos a autonomia privada e a liberdade negocial.³²

Constata-se, pois, a partir da autonomia privada, a existência de uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do Direito Privado. Nestes termos, é concedido ao particular, enquanto legislador de seus próprios interesses, um espaço para o exercício de sua atividade jurídica.³³

Tal análise serve para mostrarmos que a autonomia privada é princípio específico de Direito Privado, com atuação primordial na esfera do Direito obrigacional, em especial no campo dos negócios jurídicos, dos quais o contrato é seu maior

²⁹ Segundo Roberto Senise Lisboa, a teoria voluntarista é aquela segundo a qual a vontade humana é o fundamento das obrigações contratuais (*Manual elementar de direito civil*, 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38)

³⁰ *Apud* Lorenzetti, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 544.

³¹ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina, p. 15-16.

³² AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, p. 337.

³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 222.

exemplo. Por meio do contrato, se torna possível a concretização do poder jurídico de normatizar relações jurídicas, estabelecendo o conteúdo e os efeitos desejados pelo sujeito.

O fenômeno de criação de normas jurídicas destinadas a produzir efeitos escolhidos pelos sujeitos participantes do negócio jurídico não é constatado, todavia, nos atos jurídicos em sentido estrito.

Em se considerando que tais atos possuem seus efeitos previamente estabelecidos na lei, tem-se que a manifestação da vontade é apta tão somente a definir pela prática do ato, não havendo qualquer liberdade na disposição do seu conteúdo e de suas conseqüências. A título de ilustração, temos o ato de reconhecimento de filho previsto no art. 1.607 do Código Civil de 2002, em que há uma opção pela prática do ato, cujos efeitos encontram-se previamente dispostos na lei.

Apesar de o princípio da autonomia privada possuir uma maior aplicabilidade no Direito das obrigações, ele se manifesta também em outras áreas do Direito privado, ainda de forma muito mais restrita.

De fato, temos no Direito de família a possibilidade, em determinados atos de natureza patrimonial, de as partes manifestarem uma certa margem de liberdade de estipulação. É o que ocorre, por exemplo, na celebração do pacto antinupcial pelos futuros cônjuges. Ainda, no Direito das Sucessões, o testador estabelece normas sobre a destinação do seu patrimônio, a despeito de estar vinculado ao cumprimento de formalidades legais e haver limitações ao seu poder de testar.

Neste passo, é evidente o papel normativo dos atos de autonomia privada. Em conseqüência, as leis criadas pelos particulares assumem a feição de fonte do direito. A este respeito, TERCIO SAMPAIO FERRAZ entende que se tomarmos a expressão *fonte do direito* no sentido de fonte de emanção de normas tanto gerais, como individuais, as denominadas fontes negociais são fontes do direito como quaisquer outras.³⁴

Feitas tais considerações, nos resta analisar a origem de tal poder jurídico, de forma que existem controvérsias no sentido de ser a autonomia privada um poder oriundo da pura manifestação da vontade ou, em sentido oposto, de ser fruto da concessão do poder estatal através do ordenamento jurídico. Em outras palavras, referida análise consiste em sabermos se o ordenamento jurídico reconhece a natural existência da autonomia privada ou, sendo ela criada pela lei, a concede aos particulares.

Nos fundamentos filosóficos, assinalaram-se as seguintes formas de ver o problema: a soberania da vontade é um princípio de Direito natural, anterior inclusive à organização do Estado ou, contrariamente, não há uma soberania pré-estatal, mas uma delegação do Estado à autonomia privada.³⁵

³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 544.

³⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. v. III, Lisboa, 1992, p. 40-42.

Discorrendo sobre tal problemática, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO nos relata que para *Savigny* há um papel passivo da ordem jurídica em relação à vontade, enquanto que para *Windscheid* o decisivo não é o querer do homem, mas a lei que dota o negócio de eficácia jurídica. Ao final, o autor revela a opinião de que o poder em que se cifra a autonomia, não sendo soberano, terá de ser reconhecido por um ordenamento superior. Assim, a autonomia privada é o poder que têm os particulares de se dar um ordenamento, reconhecido por um ordenamento jurídico superior.³⁶

Nessa ótica, melhor entendermos que a autonomia privada, enquanto poder, não possui os atributos da independência absoluta e da originalidade e, por tal razão, as normas negociais não são absolutamente autônomas e independentes. Isto se deve ao fato de as normas negociais terem seu fundamento de validade nas normas legais. Assim, o negócio jurídico, como fonte normativa, está subordinado a um ordenamento jurídico superior.³⁷

Podemos dizer, por conseguinte, que a autonomia privada, não sendo poder originário, deve ser exercida nos limites estabelecidos pela lei. A livre manifestação da vontade permanece como regra, porém, compete ao Estado, através das funções legislativas e jurisdicionais, direcionar e intervir em relações jurídicas contrárias a interesses sociais e de ordem pública. É, sem dúvida, nesta diretriz que se enquadra o significado atual da autonomia privada no nosso sistema jurídico.³⁸

Diante de tais considerações, concluímos que as partes ao celebrarem o negócio jurídico possuem a liberdade de escolher os efeitos que pretendem produzir. Porém, a validade do ato negocial decorre da margem de liberdade concedida pela lei aos particulares para a auto-regulamentação de seus interesses e está subordinada aos limites legais estabelecidos.

De toda a sorte, as normas de intervenção da autonomia privada somente se justificam se considerarmos que não há uma soberania pré-estatal da autonomia privada, mas sim uma delegação do Estado aos particulares.

5.3. LIVRE INICIATIVA

Ao tratarmos da autonomia privada, analisamos a conotação jurídica dessa expressão, inserindo-a dentre os princípios informadores do sistema jurídico de

³⁶ FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 84.

³⁷ Tal panorama é demonstrado claramente no nosso sistema jurídico por algumas legislações: Lei 8.009/90 (que institui a impenhorabilidade do bem de família no intuito de proteger a moradia da família), pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a inclusão no Código Civil de 2002 dos institutos da lesão (art. 157), dos princípios da função social do contrato (art. 421), da função social da propriedade (art. 1.228, parágrafo 1º), da boa-fé objetiva (art. 422) e da resolução do contrato por onerosidade excessiva (art. 478).

³⁸ Na CF/88, a livre iniciativa encontra-se expressamente referida no art. 1º, inciso IV, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Ademais, assim estabelece o parágrafo único do art. 170 do nosso texto constitucional: "Art. 170: A ordem econômica, fundada na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único – É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

Direito Privado. Não há que se fazer, contudo, a mesma inserção à livre iniciativa, dado o aspecto econômico refletido nesta terminologia.

À luz da economia, a autonomia privada é traduzida pela livre iniciativa. Ou seja, a liberdade individual, evidenciada no poder jurídico normativo dos particulares de reger seus próprios interesses, se manifesta no plano econômico através da livre iniciativa.

Nesta ordem de idéias, a livre iniciativa é o poder consubstanciado na possibilidade de os particulares disciplinarem e definirem a sua atividade econômica, ou, em outras palavras, é o livre exercício da atividade econômica pelos particulares.

Não obstante o prisma econômico da livre iniciativa, é certo que o exercício da atividade econômica se faz através do instituto jurídico dos contratos. Na verdade, o contrato cumpre uma função econômica, uma vez que é instrumento necessário para a regulação das atividades econômicas de produção, comercialização e consumo.

De outra parte, inspirada na doutrina de *Adam Smith* e consagrada durante o período do liberalismo econômico do século XIX, a livre iniciativa é, no nosso sistema constitucional, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e um princípio geral da atividade econômica.³⁹

Note-se, contudo, que o atual sistema econômico constitucional confere à livre iniciativa um significado diverso daquele empregado no período individualista liberal, em que se preconizava a mínima intervenção estatal nas relações econômicas.

Com a instituição do Estado Social, fundado nos direitos sociais e nos princípios de justiça social e igualdade material, a economia passa a ser vista pela ordem jurídica sob o prisma da solidariedade social, se tornando necessária e obrigatória a intervenção do Estado na ordem econômica para a concretização destes dogmas.⁴⁰

Nesta realidade, a ordem constitucional do Estado Social estabelece princípios gerais com reflexos econômicos, além de princípios específicos reguladores da atividade econômica. Concomitantemente, garante ao Estado a possibilidade de explorar diretamente a economia e de fiscalizar o seu exercício pelos particulares.⁴¹

³⁹ Segundo Eduardo Teixeira Farah, "a diretriz da solidariedade social impõe seja observado em toda e qualquer atividade empresarial um mínimo de racionalidade econômica, pois não haverá justiça econômica e pleno desenvolvimento se não for garantido um mínimo de equilíbrio material no campo das relações econômicas da sociedade". (Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social: *In A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 679)

⁴⁰ Referindo-se aos princípios constitucionais de ordem econômica, João Bosco Leopoldino da Fonseca diz que o Estado assumiu o encargo de promover o desenvolvimento nacional, quer atuando no domínio econômico, quer intervindo indiretamente. (*Direito Econômico*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 84.)

⁴¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da Fonseca. *Direito Econômico*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 87-95.

É, pois, justamente neste contexto que se insere a Constituição Federal de 1988. Logo em seu art. 1º, o nosso texto constitucional diz que são fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). Sem dúvida, tais princípios devem nortear todos os segmentos da atividade brasileira, inclusive o econômico.

Posteriormente, no art. 3º, estão dispostos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais (inciso III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, idade e quaisquer formas de discriminação (inciso IV). Ainda, nos art. 5º e 6º, estão previstos os direitos individuais, coletivos e sociais.

Por sua vez, o art. 170 da nossa Constituição traça a estrutura geral do ordenamento jurídico econômico, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Ademais, estabelece alguns princípios reguladores da atividade econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, proteção do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros.⁴²

Ressalte-se, finalmente, que o art. 174 confere ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, através do exercício das atividades de fiscalização, de incentivo e de planejamento.

Todos estes preceitos constitucionais demonstram a realidade de um Estado intervencionista, tendente a regular e direcionar, no plano econômico, o exercício da livre iniciativa.⁴³

O intervencionismo estatal se faz através do exercício das suas funções típicas. Assim, ao Poder Executivo cabe tomar medidas políticas de direção econômica e fiscalização. Toma-se, como exemplo, a criação das agências reguladoras de setores econômicos.

Ao Poder Legislativo compete a realização de normas destinadas a intervir na liberdade de mercado e proteger setores menos privilegiados. A título de ilustração, temos o Código de Defesa do Consumidor, como um microsistema de proteção e imposição de deveres de conduta, e o Código Civil de 2002, que inseriu no novo texto os princípios da função social do contrato (art. 421), da função social da propriedade (art. 1.228, parágrafo 1º) e da boa-fé objetiva (art. 422).

Por fim, ao Judiciário resta a tarefa de aplicar a lei a caso concreto, no intuito

⁴² Neste sentido, Pietro Perlingieri esclarece: "O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção". (*Perfis do Direito Civil*, trad. De Maria Cristina De Cicco, 1. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 54).

⁴³ FARAH, Eduardo Teixeira. *Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social. In: A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 709.

de corrigir as distorções das relações econômicas e restabelecer o equilíbrio entre as partes, o que se faz, por exemplo, através da revisão contratual.

Todas as diretrizes apontadas evidenciam que a função atual do Direito Privado, notadamente no segmento do Direito contratual, consiste em subordinar o ambiente econômico à ordem econômica constitucional.⁴⁴

Em última análise, o sistema normativo constitucional e legal deve funcionar como instrumento diretivo da atividade econômica, o que nos faz concluir, que o Direito e a Economia não são segmentos distintos. A validade da atuação econômica depende necessariamente da sua congruência com o Direito, apesar de tal realidade não se verificar em muitas das práticas comerciais e de consumo.

6. LIBERDADE CONTRATUAL

Como já nos referimos, a autonomia privada é princípio geral do Direito Privado, com manifestação em diversos segmentos. Sem dúvida, a manifestação da autonomia privada se dá em uma maior escala nos negócios jurídicos bilaterais, ou seja, nos contratos. Sendo assim, pode-se dizer que a liberdade contratual é um reflexo da autonomia privada no ramo específico do Direito contratual.

Neste momento, mostra-se oportuno destacar os ensinamentos de ORLANDO GOMES. Utilizando-se da expressão *liberdade de contratar*, o doutrinador a conceitua como o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração da vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Mais adiante, ele constata que o referido poder abrange três poderes específicos, a saber: poder de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade.⁴⁵

Logo, a liberdade contratual possui uma menor abrangência em relação à autonomia privada por se traduzir em princípio particular do Direito contratual. Por sua vez, pode ser entendida como uma forma de garantir a eficácia do princípio da autonomia privada no âmbito dos contratos através de poderes conferidos às partes contratantes na celebração do pacto.

7. A AUTONOMIA PRIVADA ALIADA AOS NOVOS VALORES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No decorrer do presente trabalho, por diversas vezes, nos reportamos aos novos princípios do Código Civil de 2002, analisando-os sob a perspectiva histórica em que se inserem, estabelecendo a conexão existente entre eles e os direitos e princípios constitucionais vigentes, e definindo a função que desempenham no atu-

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 22.

⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

al contexto do Direito Privado. Entretanto, devido a sua elevada importância para a compreensão da autonomia privada, tentaremos, em uma breve análise, discorrer sobre a aplicação de tais princípios no nosso sistema jurídico.

Antes, porém, devemos dizer que na sistemática do novo Código, os contratos, como fruto da autonomia privada, deixaram de ser um espaço reservado e protegido pelo Direito para a livre e soberana manifestação da vontade, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de normas cogentes.⁴⁶

O novo Código altera substancialmente a concepção clássica de contrato, a qual foi trazida pelo legislador de 1916, sob a influência do liberalismo do século XIX, em que se estabeleceu o imperativo da liberdade individual e o dogma máximo da autonomia da vontade. Com isso, a nova legislação civil, em consonância com a ordem constitucional vigente, revela uma flexibilização ao princípio da força obrigatória dos contratos.⁴⁷

Neste contexto, o Estado assume uma posição intervencionista em face da atuação particular, no intuito de preservar os interesses sociais e de ordem pública. Na esfera contratual, o intervencionismo estatal se faz através das limitações à autonomia privada, que formam, em seu conjunto, medidas de dirigismo contratual.

É, portanto, o dirigismo contratual a intervenção estatal nos negócios jurídicos, por meio de normas jurídicas restritivas e da revisão judicial dos contratos.⁴⁸

O Código Civil de 2002, ao estabelecer a função social do contrato como limite à autonomia privada (art 421), a boa-fé objetiva a ser observada pelas partes na contratação (art. 422) e a função social a ser desempenhada pela propriedade, (art. 1.228, parágrafo único), adere, de forma concreta, à sistemática do dirigismo contratual. Trata-se de normas de conteúdo principiológico, cuja função é dirigir e regular a manifestação da vontade particular, ao mesmo tempo em que conferem poderes ao Estado, através do Poder Judiciário, de intervir nas relações privadas, no intuito de adequá-las aos ditames legais.

Assim sendo, a função social do contrato, a função social da propriedade e a boa-fé objetiva assumem a posição de verdadeiras cláusulas gerais, assim entendidas como normas orientadoras que autorizam o juiz a adequar os valores por elas protegidos ao caso concreto, na busca da melhor solução para o conflito de inte-

⁴⁶ Esta realidade já se verificava anteriormente ao Código Civil de 2002 em algumas legislações, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

⁴⁷ Explica Maria Helena Diniz: "A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade". (*Curso de direito civil brasileiro*, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34.)

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. Apointamentos Gerais. In: *O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. São Paulo: LTR, 2003, p. 398.

resses. Em outras palavras, tais normas contêm princípios gerais de direito, os quais devem ser aplicados pelo juiz através de um processo de instrumentalização, em que valores abstratos passam a disciplinar, de forma concreta, as relações particulares.

Resta claro, ainda, que tais cláusulas gerais possuem a natureza de ordem pública e devem ser aplicadas de ofício pelo juiz. Conforme as palavras de NELSON NERY, "A cláusula geral é norma de ordem pública e deve ser aplicada de ofício pelo juiz. Com essa aplicação de ofício, não se coloca o problema de decisão incongruente com o pedido (*extra, ultra* ou *infra petita*), pois o juiz, desde que haja processo em curso, não depende da parte para aplicá-la a uma determinada situação. Cabe ao juiz, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar".⁴⁹

No âmbito da autonomia privada, a nova legislação civil, através das cláusulas gerais, privilegia aspectos concretos da manifestação da vontade, em prejuízo do caráter puramente formal do contrato. Ou seja, o contrato deixa de ser uma realidade perfeita e impossível de sofrer alterações no seu conteúdo, passando a ser analisado a partir de circunstâncias pessoais e fatos concretos influenciadores da vontade manifestada.

Sobre as cláusulas gerais, JUDITH MARTINS-COSTA diz que "são estes conceitos que permitirão ao aplicador da lei visualizar a *pessoa concreta em suas concretas circunstâncias*, descendo, então, do plano das abstrações ao terreno rico e multiforme do concreto, pois o método da concreção é apto para revelar a existência da diversidade entre fases de que é composto, dinamicamente, o *iter* obrigacional, permitindo assim que a *diversidade material* que esteja eventualmente na sua base conduza à adoção da tutela jurídica adequada à situação".⁵⁰

No mesmo sentido, a brilhante visão de CLÓVIS DO COUTO SILVA: "O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contêm *cláusulas gerais*, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do Direito".⁵¹

Nessa ordem de idéias, vale ressaltar, por outro lado, a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, consistente na resolução do contrato por onerosidade exces-

⁴⁹ MARTINS - COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 09.

⁵⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 31.

⁵¹ Importa destacar o art. 479, que prevê uma alternativa para que não haja a resolução por onerosidade excessiva e o art. 480 do CC/02, o qual estabelece a possibilidade de revisão contratual a fim de evitar a referida onerosidade: Art. 479: "A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato." Art. 480: "Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva".

siva. Com previsão no art. 478, o dispositivo admite a resolução do contrato, em casos de execução continuada ou diferida, se a prestação se tornar excessivamente onerosa para uma das partes ou com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. É, pois, uma outra demonstração de que o legislador considerou a possibilidade de fatos externos e circunstâncias materiais concretas influenciarem na formação do contrato, a ponto de permitir a resolução e a revisão contratual.⁵²

De toda a sorte, vemos que o Direito Civil passa a adotar uma função econômico-social, de forma a legitimar a intervenção estatal nas relações privadas, através do mecanismo judicial de revisão contratual. O aumento do número de normas de ordem pública e de conteúdo limitativo da autonomia privada tem por objetivo a promoção da igualdade material e por consequência leva à concretização de uma economia mais dirigida e regulada.

Em última análise, o Direito Civil atual parte dos valores inseridos no novo Código e dos princípios constitucionais de ordem civil para limitar o excesso de concentração de renda e os abusos decorrentes do uso indevido de poder econômico. Esta foi a fórmula adotada pelo legislador para a garantia das condições mínimas de dignidade da pessoa humana, sem deixar de preservar, de outro lado, a livre manifestação da vontade e o exercício da autonomia privada.

8. CONCLUSÃO

A análise feita neste trabalho consistiu não apenas em diferenciar o conteúdo das expressões *autonomia da vontade*, *autonomia privada* e *livre iniciativa*, mas também foram bucados, de forma sintética, o significado e a abrangência do tema no contexto do Direito Privado contemporâneo.

O sistema jurídico atual tem como eixo central o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, a manifestação da vontade particular, tanto sob o prisma do Direito Privado, quanto sob a ótica econômica, deve caminhar concomitantemente com este princípio. Ou seja, as relações privadas devem pautar-se na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, apesar das crescentes limitações e restrições, a autonomia privada continua sendo princípio fundamental do Direito Privado, e, para tanto, não podemos deixar de observar a sua elevada importância dentro de qualquer sistema jurídico.

Porém, constata-se a tendência atual do legislador em elaborar um número cada vez maior de normas de ordem pública representativas de medidas jurídicas de dirigismo contratual, na tentativa de buscar melhores condições de igualdade material e equilíbrio social.

Nesta perspectiva, o Direito Civil vigente se mostra mais flexível e adaptável

⁵² REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 179.

às realidades sociais. O antigo apego à cláusula *rebus sic stantibus* cede lugar à função social e ética a ser exercida pelo Direito.

Com muita precisão, MIGUEL REALE nos atenta para esta nova realidade do nosso ordenamento civil: “Tendo como fulcro fundamental o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores, houve uma mudança, da maior importância. O novo Código abandonou o formalismo técnico-jurídico, superado, próprio do individualismo da metade do século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que os meios de informação são muito mais poderosos”.⁵³

Em suma, a manifestação da vontade no Direito Privado está circunscrita a valores éticos (boa-fé objetiva) e sociais (função social do contrato e da propriedade) no plano da legislação civil ordinária e constitucional. Forma-se um sistema jurídico composto por princípios gerais de direito e harmonizador da esfera pública e privada.

A par de todas as considerações realizadas, é necessário que todos estes valores e princípios reguladores da manifestação da vontade passem a orientar as partes no momento da celebração do contrato e sejam amplamente reconhecidos pela jurisprudência. A conjugação entre a finalidade ético-social do novo ordenamento jurídico positivo e a prática jurídica é essencial para a consagração dos novos valores em uma sociedade acostumada com a concepção individualista do Código anterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. v. III, Lisboa, 1992.

BRUTAU, José Puig, *Fundamentos de Derecho Civil, Teoria Preliminar – Introducció al Derecho, Principios generales del Derecho*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, S.A., 1989.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental de Direito Civil. *In: A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FARAH, Eduardo Teixeira. Disciplina da empresa e princípio da solidariedade social. In: *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. 4. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. 9. ed. Navarra: Universidad de Navarra, S.A., 1981.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LINS, Carlos Francisco B. R. Bandeira. *Breves reflexões acerca do bem comum*. Revista *Justitia*, ano XXXVIII, 4º trimestre de 1976, vol. 95, p. 55-64.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. em conformidade com o Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS - COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDONÇA, Jacy. *O curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

MORAES, Walter. *Concepção Tomista de Pessoa*. Revista dos Tribunais, v. 590, p. 14-23, dezembro de 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. Apontamentos Gerais. *In: O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto, coordenadores. São Paulo: LTR, 2003.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OPPO, Giorgio. *Sui Principi Generali Del Diritto Privato*. Revista de Diritto Civile, ano XXXVII, n. 1. , 1991, p. 475.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. trad. de Maria Cristina De Cicco. 1ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina,

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____ *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1.999.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TEPEDINO, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *In: Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.

CARACTERIZAÇÃO JURÍDICO-AMBIENTAL DO BAIRRO SÃO BENTO, JUNDIAÍ-SP

*Eugênio Duarte Vieira Júnior**
*Rogério Stacciarini***

I. INTRODUÇÃO

1.1. FUNDAMENTOS

A devastação ambiental não é marca exclusiva de nossos dias. Apenas a percepção jurídica deste fenômeno – até como consequência de um bem jurídico novo, denominado *meio ambiente* – é de explicitação recente. A proteção do meio ambiente, desde os mais remotos tempos, vem sendo objeto de preocupação de todos os povos, valendo lembrar, a título de ilustração, que noções precursoras sobre biodiversidade e conservação das espécies animais podem ser encontradas no *Gênesis*. O *Deuteronômio* já proibia o corte de árvores frutíferas, mesmo em caso de guerra, com pena de açoite para os infratores (MILARÉ, 2001: 94).

De acordo com TUCCI et al. (2000; 27) o homem, desde a sua origem, convive com as condições naturais do planeta, tanto no seu uso como na sua sobrevivência. Filósofos gregos tentaram erroneamente explicar o ciclo hidrológico; apenas Marcus Vitruvius Pollio, 100 a.C, apresentou conceitos próximos do entendimento atual do ciclo hidrológico. Admitia-se que o mar alimentava os rios através do subsolo. Até no início deste século ainda existiam pessoas que questionavam o conceito moderno do ciclo hidrológico.

Em 1950, a população estimada no planeta era de 2,5 bilhões, que, segundo projeções, atingirá mais de 8 bilhões no ano de 2025, não havendo dúvida de que a população será um dos maiores fatores de degradação do meio ambiente. (FIORILLO, 2002: 03).

STACCIARINI (2002), argumenta e estabelece uma discussão entre as competências municipais e a preservação ambiental (sob a ótica dos recursos hídricos), para o contexto de área municipal junto ao Estado de São Paulo e preceitos da Lei 9.433/97, discutindo a exequibilidade e real papel a que se cumpre o Plano Diretor Municipal e formas de uso e ocupação do solo, simulando uma proposta de gestão dos recursos hídricos.

* Graduando em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Especialização em Administração Rural pela EAESP-FGV (Gvpec), Técnico em Administração Rural e Recursos Hídricos pela ETE Benedito Storani e Técnico em Agrimensura pela ETEVAV, Consultor em Administração Rural, Rua Nicola Rivelli, 42, Vila Bela, Jundiaí-SP, CEP 13209-620, fone: (11) 4586-3883, e-mail: piu_saobento@hotmail.com.

** Engenheiro Civil, Mestre e Doutor em Água e Solo pela FEAGRI/UNICAMP, Coordenador e Professor do Curso Técnico em Recursos Hídricos da ETE Benedito Storani do Centro Paula Souza. Consultor na área de Planejamento e Gestão de Recursos Hídricos, e-mail: rogeriostacciarini@hotmail.com.

A legislação brasileira deve ser interpretada e readequada, se for o caso, para melhor favorecer a aplicação dos instrumentos vigentes para qualificação do processo de proteção de áreas ambientais de interesse e articulação com a atual escala de referência físico-territorial denominada “Bacias Hidrográficas”, combinando-se as formas de desenvolvimento nas áreas municipais e formas de urbanização.

A ciência tem cumprido o seu papel no que tange à tecnologia e mecanismos de intervenção prática e operacional no planejamento e gestão do meio ambiente e recursos hídricos. Vale ressaltar os avanços observados no geoprocessamento, biologia e infra-estrutura para caracterização analítica das águas.

1.2. DIREITO BRASILEIRO, MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS

A palavra *direito* não é usada com sentido único. Pelo contrário, é comumente empregada em vários sentidos. O vocábulo deriva-se do latim *directum*, encontrando-se a mesma raiz em *rex*, *regnum*, *regere*, *regula*. O direito representaria, assim a conformidade com a regra, ou, por outra, com a retidão, com a linha reta do dever (PAUPERIO, 1995: 35).

O Direito Brasileiro prescreve um conjunto de normas gerais, de forma a limitar a conduta humana e a organização das sociedades, apresentando soluções para os conflitos e aplicação de sanções, anteriormente previstas, na busca do bem comum.

O Direito é uma realidade histórica, um dado contínuo, provém da experiência. Só há uma história e só pode haver uma acumulação de experiência valorativa dentro da sociedade. Não existe Direito fora da sociedade (*Ubi societas, ibi ius*, onde existe a sociedade, existe o direito). A *Norma* é a expressão formal do Direito: disciplinadora das condutas e enquadrada no Direito vigente (VENOSA, 1999: 24). Este autor, de forma complementar, destaca que entre os vários objetivos das normas, o primordial é conciliar o interesse individual, egoísta por excelência, com o interesse coletivo.

No Brasil, as primeiras formulações legisladoras disciplinadoras do ambiente vão ser encontradas na legislação portuguesa que vigorou até o advento do Código Civil, em 1916.

O que se pode garantir, também assegurado por FIORILLO (2002), é que a Constituição Federal tratou da competência legislativa sobre as águas, como indicador da qualidade ambiental, em diferentes dispositivos, permitindo interpretações variadas sobre o tema. Com base no art. 24 da CF, a melhor interpretação é de que a competência para legislar sobre normas gerais é atribuída à União, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal legislar complementarmente e ao Município suplementarmente, com base no art. 30, II, da CF. Com isso, pode-se afirmar que:

“...a normatividade dos Estados sobre a água fica, porém, dependendo do que dispuser a lei federal, definirão os padrões de qualidade da água e os critérios de classificação das águas de rios, lagos, lagoas, etc. Os Estados não podem estabelecer condições diferentes para cada classe de água, nem inovar no que concerne ao sistema de classificação”.

Na visão contemporânea, em tendências sobre a gestão dos recursos naturais e instrumentos jurídicos, institui-se o Direito Ambiental, como portador de um novo paradigma, adequando-se à evolução do crescimento demográfico e anseios dos grupos sociais. Segundo VEROCAI (1986, apud ANTUNES, 2000: 165), Direito Ambiental é o processo de aprendizagem e comunicação de problemas relacionados à interação dos homens com seu ambiente natural. É o instrumento de formação de uma consciência, através do conhecimento e da reflexão sobre a realidade ambiental.

Assim, pode-se também considerar que o espectro desta pesquisa localiza-se dentro da hierarquia jurídica, enquadrando-se na classificação determinada pelo Direito Ambiental dentro do Direito Constitucional, segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, a associação entre gestão ambiental e de recursos hídricos e ordenamento jurídico pode tornar-se uma publicação viável para utilização, a ser aprimorada por profissionais e órgãos que se relacionam à gestão ambiental, e que tratam da interpretação sobre o legado prescrito no Direito Brasileiro, garantindo o suporte a outros projetos e extensão de pesquisas. Pretende-se contribuir para o exercício da cidadania, subsidiando padrões cognitivos e formativos, de forma a alargar o campo e horizonte deste e de novos conhecimentos, na complexa questão de se garantir os recursos naturais em quantidade e qualidade, capazes de suprir às necessidades das gerações futuras.

Para tanto, e como parcela amostral representativa do contexto desta pesquisa, considerou-se como referência para desenvolvimento da formulação de uma breve discussão a área denominada Bairro São Bento, localizada no Município de Jundiaí-SP, e importante ícone da história, cultura e meio ambiente deste referido município.

II. OBJETIVO

O presente trabalho tem por objetivo desenvolver uma análise do atual cenário ambiental do Bairro São Bento, contextualizando a importância histórica dessa área e propondo diretrizes à gestão planejada junto ao Município de Jundiaí-SP.

III. MATERIAL E MÉTODOS

3.1. OBJETO DE ESTUDO

O Município de Jundiaí é uma região de referência histórica no Estado de São Paulo, sendo importante área aporte da imigração italiana, dando lugar ao desenvolvimento de uma política econômica fundamentalmente voltada à agricultura.

Adotou-se o Bairro São Bento como espectro de análise – por conjugar um relevante contexto histórico dentro da área municipal e origem agrícola, sendo a VITICULTURA predominante até os dias de hoje, formado basicamente por duas grandes propriedades, Fazenda São Bento - Mosteiro São Bento - SP e Irmãos Carbonari S/A, Comercial Industrial e Agrícola, da família Carbonari.

A área abriga também importantes nascentes, incluindo a formação inicial do Córrego São Bento, sendo fundamentais os volumes de água (vazões), que por sua vez colaboram para a regularização da vazão do Rio Jundiá. Assim sendo, a área representada pelo Bairro São Bento não deve ser traduzida apenas pela relevância local, enquanto patrimônio histórico, mas combinar-se o atributo ambiental, visto ser Jundiá-SP referência dentro dos Comitês de Bacia Hidrográfica Piracicaba, Capivari e Jundiá – CBH-PCJ.

As Leis 7663/91 e 9433/97, respectivamente Estadual e Federal, representam os instrumentos legais na gestão de recursos hídricos, nos quais tem-se o respaldo da adoção da *Bacia Hidrográfica* como escala físico-territorial para a gestão de recursos hídricos.

Logo, justifica-se a escolha do Bairro São Bento como objeto de estudo, mas que não deve ser compreendido isoladamente, e nem como integrante apenas da área municipal, mas como parte do todo, aqui se fazendo mencionar pela nova e importante escala de gestão ambiental, para o caso da realidade brasileira, que é a Bacia Hidrográfica.

3.2. METODOLOGIA

Esse estudo fundamentou-se em um levantamento bibliográfico na área técnica, jurídica e de planejamento em meio ambiente.

De forma complementar, foram levantados e associados os instrumentos jurídicos, dispostos por:

- Constituição Federal do Brasil de 1988;
- Código de Águas de 1934;
- Lei 6938 de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente e institui o Sistema Nacional de Meio Ambiente, integrando órgãos Federais, Estaduais e Municipais, responsáveis pela proteção ambiental;
- Código Florestal alterado pela Lei 7803 de 1989, que valoriza e impõe a preservação obrigatória e permanente de florestas e outras vegetações naturais situadas ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água;
- Lei 7663/91 que estabelece a Política Estadual de Recursos Hídricos;
- Lei 9433/97 que estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos;
- Lei 2507/81 que reza o Plano Diretor do Município de Jundiá-SP;
- Lei Orgânica Municipal – Jundiá-SP, de 5 de Abril de 1990.

Foram realizadas visitas *in situ*, possibilitando a identificação real do atual cenário de ocupação e caracterização das formas de ocupação, expressando a inter-relação dessa situação às premissas do Plano Diretor Municipal e preceitos da Lei Orgânica.

IV. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Os resultados iniciais da pesquisa indicam uma organização histórica sobre

a evolução da legislação e recursos hídricos no Brasil, sendo aqui representada por uma síntese, relevante para a discussão dos resultados finais e tendências para a área de estudo e elaboração de diretrizes.

A Constituição Federal de 1891 apenas se limitou a outorgar competência para legislar sobre o Direito Civil; assim, o Código Civil de 1916 trouxe em seu bojo, prescrições legais específicas sobre meio ambiente e águas, porém apenas preocupando-se com a propriedade privada, não havendo uma preocupação de preservação ou impactos.

Promulgada a Constituição de 1934, considerada a primeira que trouxe inentemente em seu texto a preocupação com os aspectos econômicos e de desenvolvimento industrial, energético, tudo o que pudesse trazer desenvolvimento para o Brasil, tanto que os bens naturais, como água, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, energia hidroelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração passaram a ser de domínio da União na competência legislativa.

Com a edição do Código de Águas (1934), considerado o primeiro diploma legal onde o Poder Público disciplinou o aproveitamento industrial das águas, em especial o aproveitamento e exploração da energia hidráulica, já foi algo significativo para a época e denotando avanços na questão ambiental.

Em vista das demandas e de mudanças institucionais, tal ordenamento jurídico não foi capaz de incorporar meios para combater o desequilíbrio hídrico e os conflitos de uso, tampouco de promover meios adequados para uma gestão descentralizada e participativa, exigências dos dias de hoje.

A promulgação da Constituição Federal de 1946 passou a valorizar mais os três Poderes e os municípios. Com o crescimento industrial o Brasil foi deixando de ser essencialmente agrícola e mais dependente da geração de energia elétrica; o Poder Público passou a regulamentar os serviços em geral, dando ênfase à utilização dos recursos hídricos na navegação.

No final da década de 40 e até meados da década de 60, foram criadas várias leis infraconstitucionais, nas quais a maior preocupação era com a organização, a estruturação e a construção de uma malha energética nacional.

O próximo grande marco foi a Promulgação da Constituição de 1988, a primeira a abordar, de forma expressa, dispensando um Capítulo somente para tratar do tema do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. No seu Art. 225, e em concordância com a Lei Orgânica do Município de Jundiaí-SP, expressa que “Todos têm direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, que é um bem de uso comum e essencial à boa qualidade de vida, impondo-se à comunidade e, em especial, ao Poder Público Municipal, o dever de defendê-lo e preservá-lo para o benefício das gerações futuras”.

Neste contexto, vale associar, o Código Florestal foi alterado valorizando e impondo a preservação obrigatória e permanente de florestas e outras vegetações naturais situadas aos longo dos rios ou de qualquer curso de água.

A Constituição Federal determinou que o Poder Público deve tomar todas as medidas básicas para defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, de forma

que todas as condutas realizadas por particulares, pessoas jurídicas de direito público ou privado, serão obrigadas a reparar pelo dano causado. Ao nosso entender, tratou-se de um belíssimo instrumento, surpreendente no ordenamento jurídico mundial, a viabilizar a imediata reparação dos danos causados ao patrimônio ambiental, independente de quem quer que seja o responsável pela ofensa (responsabilidade objetiva).

A Constituição Federal de 1891 implantou no Brasil tanto a Federação quanto a República. Deu destaque à Declaração de Direitos Humanos e implantou o *Habeas Corpus*, mas também foi omissa quanto ao tema que ora é tratado. Esta Carta Política, na visão de ANTUNES (2000: 366), apenas limitou-se a definir a competência federal para legislar sobre Direito Civil, no qual se pode incluir a atribuição legislativa sobre meio ambiente e águas, principalmente, quando elas são enfocadas sob o prisma do regime de propriedade que sobre elas incide. Com efeito, o Código Civil Brasileiro de 1916, elaborado sob aquela ordem constitucional, é dotado de um vasto número de artigos voltados para o assunto.

Tratando-se da questão ambiental, a questão em si é delicada, porque de um lado exige medidas de preservação da natureza no seu estado natural, evitando poluição e impactos e, por outro, o desenvolvimento econômico, que é aspirado por todos como forma de desenvolver a economia, a questão agrícola e, se não for devidamente regularizado, trará sacrifícios ao meio ambiente, questão que não é de fácil solução.

A Lei Nº 9.433, de 8 de janeiro de 1977, institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989 (MACHADO, 2002: 272).

Em 1998 foi sancionada a Lei nº 9.605, de 12/02/98, conhecida como *Lei de Crimes Ambientais*, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e a Lei nº 9.648, de 27/05/1998, que ratifica a compensação financeira de 6% a ser paga por titular de concessão ou autorização para exploração de potencial hidráulico aos estados e aos municípios em que se localize o aproveitamento, ou que tenham áreas alagadas por águas de reservatório; ainda em 1998, estabelecido em 03/06/1998, pelo Decreto nº 2.612, o regulamento do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH; e também, estabelecida em 05/06/1998, pelo Decreto nº 2.619, a estrutura regimental do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; 1999 – Reorganizada a Administração Federal pela Medida Provisória nº 1911 - 8, de 29/07/1999 (texto original: MP nº 1.795 de 01/01/1999).

Todo esse contexto, traduzindo os instrumentos jurídicos, representa o escopo do desenvolvimento desta pesquisa; a discussão apresentada e o resultado dos instrumentos jurídicos que são relacionados anteriormente devem ser compreendidos para a questão do Bairro São Bento, junto ao Município de Jundiá-SP.

As visitas in loco permitiram perceber que nos últimos dez anos ocorreu a formação de dois loteamentos irregulares dentro da área de abrangência represen-

tada pelo Bairro São Bento – tipicamente contemplado como área de domínio agrícola conforme reza o Plano Diretor Municipal.

Os condomínios Santo Expedito e Acerola, conseqüência desses loteamentos irregulares, não possuem rede de esgoto; todas as águas de tanque, pia e fossas são lançadas in natura a céu aberto, podendo nos períodos de chuva atingir o manancial representado pelo Córrego São Bento.

O precedente da instalação dessa área de urbanização, na abrangência do Bairro São Bento, pode implicar no parcelamento indevido dessa área, paradoxalmente contrapondo-se às premissas da Legislação Municipal.

Isso quer dizer que o Plano Diretor Municipal – Lei 2507/81, no seu Art. 21, reconhece como áreas de proteção ambiental, no seu parágrafo único: “Áreas de proteção ambiental são as que se caracterizam pela existência de recursos hídricos que não podem ser agravados pelo uso impróprio do solo do vale, acidente geográfico, comunidades bióticas, formações geológicas e outros elementos de importância para a preservação da ecologia”.

No Art. 22 dessa mesma Lei, também verifica-se a menção sobre áreas de preservação cultural, histórica, paisagística, artística ou arqueológica, como sendo aquelas sujeitas a regime urbanístico próprio, visando sua preservação.

Os resultados também indicam, de acordo com a Lei 2507 de 1981 – Plano Diretor Municipal, que a área do município é setORIZADA, correspondendo a características próprias da aptidão (ou não) do espaço, mas atendendo a finalidades específicas, reconhecidas como *Zoneamentos*.

O Bairro São Bento, e toda a sua abrangência, é enquadrado na Seção II da Lei 2507/81 que reza sobre os setores do Município de Jundiá, correspondendo à categoria S10, que significa “Uso agrícola, com unidades mínimas de um hectare (1 ha)”.

Esse resultado acena para a pressão exercida pelo crescimento demográfico, ocupando-se de áreas previstas para outras finalidades e, conseqüentemente, implicando na preservação dos mananciais, visto se tratar de formas de ocupação não planejadas.

Aqui, faz-se relevante compor os elementos jurídicos elaborados por estudos técnico-científicos e doutrinários a exemplo de VEIGA et al. (1980) apud SETTI (2002: 102), que sintetizou os princípios orientadores da gestão de águas de forma racional do uso, controle e proteção.

A capacidade de autodepuração dos cursos de água deve ser considerada como um recurso natural cuja utilização é legítima, devendo os benefícios resultantes dessa utilização reverter para a coletividade; a utilização dos cursos de água como meio receptor de efluentes rejeitados não deve, contudo, provocar a ruptura dos ciclos ecológicos que garantem os processos de autodepuração.

SETTI (2002: 103) diz que o transporte, diluição e depuração de efluentes são considerados usos dos recursos hídricos. Os corpos de água têm uma capacidade de assimilação de resíduos que deve ser obedecida sob pena de haver poluição e degradação das águas. Essa capacidade de assimilação deve ser adequada-

mente rateada entre a sociedade, evitando o seu comprometimento unilateral.

A gestão de águas deve abranger tanto as águas interiores superficiais e subterrâneas como as águas marítimas costeiras.

Esse princípio introduz na gestão de águas a unidade do ciclo hidrológico, que acarreta a inviabilidade de gerir separadamente o que é naturalmente unificado. A qualidade das águas interiores afetará a qualidade das águas costeiras. A gestão quantitativa e qualitativa das águas superficiais afetará a quantidade e a qualidade das águas subterrâneas e vice-versa (SETTI, 2002: 103).

A gestão dos recursos hídricos deve considerar a estreita ligação existente entre os problemas de quantidade e qualidade das águas.

Esse princípio amplia o anterior ao evidenciar que os aspectos qualitativos da água são indissociáveis dos aspectos quantitativos (SETTI, 2002: 104).

A gestão dos recursos hídricos deve processar-se no quadro do ordenamento do território, visando a compatibilização, nos âmbitos regional, nacional e internacional, do desenvolvimento econômico e social com os valores do ambiente.

O ordenamento territorial estabelece a compatibilização entre a disponibilidade e a demanda de uso dos recursos ambientais, evitando conflitos e promovendo a articulação de ações (SETTI, 2002:104).

A crescente utilização dos recursos hídricos bem como a unidade destes em cada bacia hidrográfica, acentuam a incompatibilidade da gestão de águas com sua propriedade privada.

Os instrumentos de gestão ambiental e de recursos hídricos, para a realidade brasileira e do Estado de São Paulo, mostram-se avançados, todavia, ainda há uma precariedade na consciência coletiva e nas formas de operacionalização desses mecanismos.

Os resultados desta pesquisa representam a necessidade de uma atenção especial para o Bairro São Bento, conforme indicam as conclusões, traduzindo uma amostra do universo municipal de Jundiáí-SP.

V. CONCLUSÕES

De forma inicial, pode-se observar a discussão estabelecida nesta pesquisa como uma coletânea de informações e alegações, dentro da temática meio ambiente, recursos hídricos, preceitos do direito brasileiro e instrumentos municipais de gestão para o caso de Jundiáí-SP, tendo-se como exemplo o Bairro São Bento.

O Direito é uma realidade histórica, um dado contínuo, provém da experiência. Só há uma história e só pode haver uma acumulação de experiência valorativa dentro da sociedade. Não existe Direito fora da sociedade (*Ubi societas, ibi ius*, onde existe a sociedade, existe o direito). A norma é a expressão formal do Direito, disciplinadora das condutas e enquadrada no Direito vigente (VENOSA, 1999:24).

Assim, conclui-se que o Bairro São Bento, conforme matrículas de registro, 79.387, 45.618 e 23.452, abrange uma área de 150 hectares, sendo que deste total 4% já foram ocupados por bairros residenciais, ora irregulares, em concordância ao

instrumentos municipais de gestão – Plano Diretor e Lei Orgânica.

A área do Bairro São Bento também abriga importantes nascentes que alimentam a regularização da vazão de água do Rio Jundiá e portanto integrando a sistemática de gestão dos recursos hídricos em âmbito da Bacia Hidrográfica.

Os instrumentos de defesa processual dos recursos hídricos, a exemplo da ação popular e ação civil pública, implicam na conclusão de que as responsabilidades e punições têm tendência a se apresentar em âmbito local, assim como podem servir de instrumentos de fortalecimento do poder local, com o propósito de se garantir a preservação dos recursos hídricos. A proximidade aos problemas oferece maiores condições de visualização de alternativas e implementação de soluções reais, propiciando agilidade e incremento às políticas de recursos hídricos. Destaca-se a importância das responsabilidades jurídicas sobre os municípios como escala de referência dentro do processo de gestão.

A aplicação dos resultados poderá ser compreendida através do conhecimento das legislações pertinentes, de diagnósticos, de planejamentos, de estudos localizados e viáveis dentro de cada limitação, buscando-se a prevenção, promoção e desenvolvimento de tecnologias atualizadas em que os recursos sirvam ao homem na sua sustentabilidade, mas ao mesmo tempo que este devolva de forma equilibrada à natureza as ações necessárias que sustentem o equilíbrio ecológico.

O direito difuso, ou coletivo, estabelecido pela Constituição de 1988, possibilitou elaborar leis de forma a abarcar uma nova realidade na interpretação deste direito maior, isto é, transindividual. A lei maior oportunizou que se tratasse dos bens ambientais, dentre eles as águas, de forma superior, elevando o seu valor, dos quais os titulares somos nós, o Povo brasileiro, ligados por circunstâncias de fato, e, dentro da normatividade a existência de um bem *de natureza indivisível*, não podendo ser fragmentado, porque a lei assim o determina, ou, por vontade das partes, independente de serem públicas ou privadas, conhecidos como *direitos metaindividuais*.

O exemplo do Bairro São Bento, em Jundiá-SP, é um forte indício da necessidade do planejamento e oportunidade à socialização dos problemas ambientais, indicando que a proposição de soluções deve ser gerida na mesma dimensão, sobretudo como forma de se garantir o legado cultural e de recursos hídricos.

É mais viável o uso da oportunidade de se organizar, enquanto sociedade capaz de administrar seus problemas locais e com respectivo respaldo jurídico, a se ter que abrir mão dos instrumentos de defesa processual do arcabouço jurídico, tendo como referência o Bairro São Bento, para Jundiá-SP.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 4.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2000.

BRASIL. *Constituição Federal*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Lei 9.443. Política Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos*, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito das águas e meio ambiente*. São Paulo: Ícone, 1993.

JUNDIAÍ-SP. Lei 2507. *Plano Diretor Municipal*, Jundiaí-SP, 1981.

_____. Lei Orgânica Municipal, Jundiaí-SP, 05 de Abril de 1990.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos Hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2.ed. atual. e ampl. Brasília: Revista dos Tribunais, 2001.

PAUPERIO, A. M. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SETTI, Arnaldo A. et al. *Introdução ao Gerenciamento de Recursos Hídricos*. Agência Nacional de Águas. Brasília, 2002.

_____. *A Necessidade do Uso Sustentável dos Recursos Hídricos*. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4.ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

STACCIARINI, R. Avaliação da qualidade dos recursos hídricos junto ao Município de Paulínia, Estado de São Paulo, Brasil. Tese de doutoramento, Faculdade de Engenharia Agrícola, UNICAMP, Campinas-SP. 241 p.

TUCCI, Carlos E. M. (org.) et al. *Hidrologia: ciência e aplicação*. Porto Alegre : Ed. Universidade/UFRGS, 2001.

VEIGA da Cunha, et al. *Gestão da água: Princípios fundamentais e sua aplicação em Portugal*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980.

VENOSA, S. S. *Direito Civil: teoria geral e introdução ao direito romano*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

FIANÇA LOCATÍCIA: A RESPONSABILIZAÇÃO DO GARANTE ATÉ ENTREGA DAS CHAVES E A FACULDADE DE EXONERAÇÃO DO ARTIGO 835 DO CÓDIGO CIVIL

*Cláudio Antônio Soares Levada**

I – O TEMA EM DISCUSSÃO

Com o advento do Código Civil de 2002, intensificou-se o debate sobre o alcance do artigo 39 da Lei 8245/91, que rege o inquilinato, e os limites de sua aplicação nos casos de prorrogação automática do contrato residencial celebrado por tempo determinado.

E isto porque o artigo 835 do novo Código dispõe, expressamente, ser possível ao fiador “exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”.

Já o artigo 39 da lei inquilinária estabelece que, “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel”. Dentre essas garantias encontra-se a fiança, à evidência, que pela prática do mercado imobiliário sempre se estende até a efetiva devolução do imóvel, até porque, como regra geral, a norma do artigo 39 é robustecida por cláusula contratual que invariavelmente prevê a responsabilização do fiador até a “entrega das chaves” do imóvel locado.

Também a Súmula 214 do E. Superior Tribunal de Justiça acirrou a controvérsia, ao dispor que “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”, o que vem sendo interpretado como aplicável à hipótese de renúncia do direito do fiador à exoneração, para vedar-se essa possibilidade de renúncia e, mais, considerar-se inviável a prorrogação da fiança, sem anuência expressa do fiador, após o término do prazo contratual avençado.

O presente trabalho ocupa-se em examinar essa controvérsia e opinar sobre ela, em face da natureza do contrato acessório de fiança e do posicionamento clássico e atual da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema.

II – O ARTIGO 835 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 835 do atual Código Civil apresenta como grande diferença em

* Mestre em Direito Civil/USP; Doutorando/PUC-SP, professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito Padre Anchieta, de Jundiá, e convidado do COGEAE-PUC/SP, no módulo de Contratos.

relação ao artigo 1500 do CC de 1916 a possibilidade de exoneração da garantia pelo fiador por mera notificação ao credor – no caso, o locador, simplesmente remanescendo a obrigação pelos efeitos da fiança por sessenta dias após essa notificação, a qual, à evidência, prescinde de fundamentação ou motivação, já que prevista como ato de conveniência do fiador (e juízo de conveniência é de adequação e oportunidade, somente).

Antes, no CC de 1916, exigia-se no artigo 1500 a exoneração por ato amigável, portanto bilateral, ou por sentença declaratória da exoneração, portanto com a imprescindível propositura de ação judicial, e correspondente fundamentação à inicial a ser analisada caso a caso pelo juiz.

Como a fiança caracteriza-se como contrato acessório, sua exoneração equivale a uma rescisão unilateral, por via de denúncia, que se consubstancia na citada notificação ao locador. Ato de conveniência, sempre que o quiser o fiador.

Nessas circunstâncias, é válida a renúncia aposta nos contratos de locação, pela qual o fiador remanesce responsável até efetiva entrega das chaves, por tempo ilimitado, mesmo que não tenha anuído expressamente na prorrogação do contrato que garante? E o artigo 39 da Lei 8245/91 prevalece sobre a possibilidade de denúncia contratual a qualquer tempo, ainda que a faculdade de exoneração não tenha sido prevista no contrato?

É preciso diferenciar duas situações no exame do tema: primeiro, analisar-se a ausência de anuência expressa na prorrogação do contrato locatício, havendo no entanto cláusula de responsabilização até efetiva entrega das chaves; segundo, se, mesmo havendo a cláusula citada, responsabilizando o fiador até devolução do imóvel, ainda assim poderá ele exonerar-se a qualquer tempo, no exercício da faculdade estabelecida no artigo 835 do Código Civil. Nem sempre essa distinção tem sido feita com clareza, tratando-se porém de situações diversas, a serem tratadas com a respectiva diversidade.

III – A ALEGADA NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO FIADOR À PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

A Súmula 214 do STJ afirma, genericamente, não responder o fiador por obrigações decorrentes de aditamento ao qual não anuiu. Seu alcance tem abrangido o prazo original do contrato e sua prorrogação, para excluir da lide o fiador que não tenha anuído, expressamente, à continuidade da relação locatícia. A existência eventual de cláusula prevendo a responsabilização do garantidor até efetiva devolução das chaves tem sido desconsiderada, como é exemplo trecho do v. acórdão seguinte, do STJ, que faz menção expressa ao entendimento sumular citado:

“2 – Tem prevalecido o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o contrato acessório da fiança deve ser interpretado de forma restritiva, vale dizer, a responsabilidade do fiador fica delimitada a encargos do pacto locatício originariamente estabelecido. A pror-

rogação do contrato sem a anuência dos fiadores, portanto, não os vincula. Irrelevante, acrescente-se, a existência de cláusula de duração da responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves”.¹

O entendimento acima justifica-se enquanto vigorava o artigo 1500 do CC de 1916, em face do qual a exoneração do fiador era limitada às hipóteses de acordo entre as partes ou de sentença que declarasse o fiador exonerado, à evidência situações restritas e que dificultavam sobremaneira ao fiador a extinção da garantia prestada. Nas circunstâncias do antigo Código, correto aplicar-se a Súmula 214 do STJ à hipótese de prorrogação do contrato locatício e, ainda, compreensível ter-se como irrelevante a cláusula de responsabilização do fiador se a este era dificultada a exoneração da garantia que houvera dado ao início do contrato.

Já agora, porém, basta ao fiador, uma vez prorrogado o contrato, notificar simplesmente o locador para exonerar-se, não lhe sendo exigida a propositura de demanda para ver declarada a exclusão de sua responsabilidade. A extrema facilidade com que a lei prevê sua exoneração não justifica a continuidade da aplicação da Súmula 214 à hipótese de prorrogação da avença locatícia, com a devida vênia, mormente se o fiador espontaneamente obrigou-se até a devolução efetiva das chaves do imóvel locado, com o que já está dada a concordância, tacitamente, à eventual prorrogação do contrato. O fiador pode, doravante, terminado o prazo originário do contrato, desvincular-se quando quiser, como visto por um critério de mera conveniência pessoal, desnecessária qualquer justificativa de sua conduta.

Enfatize-se que não se trata de dar à fiança interpretação extensiva, em desacordo com norma expressa que determina o contrário, haja vista a natureza benéfica do contrato (artigo 1483 do CC de 1916; artigo 819 do Código atual: “A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”). Trata-se, a uma, de se considerar que, estando em jogo interesses meramente patrimoniais, disponíveis e transacionáveis, nada obsta que o fiador se obrigue pelo tempo que julgar conveniente, até porque poderá desobrigar-se a qualquer momento, findo o contrato; e, a duas, trata-se de constatar que o fiador, ao aceitar cláusula de responsabilização até entrega das chaves, sabe perfeitamente que a prorrogação do contrato é automática e sempre poderá ocorrer, como no mais das vezes ocorre; sua anuência à prorrogação já foi dada, na verdade, ao prestar a garantia com a referida cláusula de responsabilização delimitada à entrega do imóvel locado.

É como temos julgado, v.g., na Apelação sem Revisão nº 826956-0/2 (2º TACSP, 10ª Câmara; v.u.): **“Se o fiador responsabilizou-se até a entrega das chaves, findo o prazo do contrato cabe a ele diligenciar e pleitear a exoneração da garantia prestada, se lhe convier, pois esta em princípio perdura até a entrega do imóvel, nos termos do artigo 39 da lei 8245/91.**

¹ REsp. nº 83566; Rel. Min. Hamilton Carvalhido; DJ 04.02.2002; p. 576.

Apelo improvido.”²

No mesmo sentido a doutrina de Lauro Laertes de Oliveira:³

“Se o fiador responsabilizou-se até a entrega das chaves, desnecessário avisá-lo de que o período inicial da locação findou e ocorreu prorrogação. Cabe a ele diligenciar e pleitear a exoneração, se lhe convier.

Achamos estar a razão com Clóvis Beviláqua. A fiança prestada no contrato de locação até a entrega das chaves é inexoravelmente sem limitação de tempo”.

Do mesmo sentir é o abalizado Gildo dos Santos⁴:

“Em princípio, a fiança compreende todos os acessórios da dívida principal, incluindo as despesas judiciais, desde a citação do devedor, como é do direito comum (CC, art. 1486), mas é possível seja limitada no tempo e no valor, condições que devem constar expressamente no contrato de garantia, pois do contrário, a responsabilidade do garante vai até a efetiva devolução do bem”.

Mesma opinião ainda é a do mestre maior Pontes de Miranda: **“Se a fiança diz: “até a entrega das chaves”, sem aludir ao tempo do contrato, - persiste com a prorrogação”.**⁵ E é esta a hipótese em discussão, pois é claro que se a fiança houver sido prestada por tempo certo, limitado (“até o dia x”), não valerá em caso de prorrogação contratual; prestada, porém, até devolução do imóvel, a anuência tácita com a eventual prorrogação é evidente e insofismável, apesar de o contrato de fiança ser interpretado restritivamente, o que não impede a constatação de evidências de clareza meridiana, “data venia”.

Repita-se que a outrora difícil exoneração do garantidor é hoje facilíma, ato unilateral sem explicação de seus motivos, por mera notificação ao locador. Cabe ao fiador fazê-lo e, tendo-se obrigado até entrega das chaves do imóvel locado, anuiu, sim, à eventual prorrogação do contrato, sem que do fato decorra qualquer infração aos artigos 835 ou 819 do Código Civil, ou que se fira o espírito que norteou a edição da Súmula 214 do E. STJ.⁶

² No mesmo sentido o julgado por nós relatado e citado por NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY, em Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, 2. ed., 2003, Edit. RT., p. 466, relativo à Apelação nº 637.605-0/7, 10ª Câm., 2º TACSP, v.u., j. de 22.5.2002, com expressa menção ao artigo 835 do Código Civil.

³ Da Fiança, Saraiva, 2. ed., 1986, p. 77.

⁴ Locação e Despejo, 4. ed., Edit. RT, 2002, p. 203.

⁵ Tratado de Direito Predial, vol. IV, Locação e Prorrogação, 1956, Editor José Konfino, p. 317.

⁶ Com respeito a tal Súmula, já tivemos a oportunidade de julgar no mesmo sentido, antes mesmo de sua edição, ao defender que “O contrato de fiança é benéfico e não admite interpretação extensiva em desfavor do fiador. Assim, exige-se anuência expressa deste para manter a garantia, se reajustados os aluguéis, por acordo de locador e locatário, acima dos índices legais de reajuste, que são matéria cogente. Se ausente a anuência expressa, o fiador não se exonera, mas tem sua obrigação reduzida aos valores obtidos com a aplicação dos índices legais de reajuste”. Agravo nº 501.313, 10ª Câmara, 2º TACSP, j. 3.12.1997; in NELSON NERY e ROSA MARIA NERY, op. cit., p. 463.

IV – A IRRENUNCIABILIDADE À FACULDADE PREVISTA NO ARTIGO 835 DO CÓDIGO CIVIL

Se, de um lado, defende-se que o fiador, ao obrigar-se até a entrega das chaves, na verdade anuiu à prorrogação do contrato, não se aplicando a Súmula 214 do STJ pela facilidade com que pode ele exonerar-se da garantia prestada, por outro defende-se que essa faculdade, antes prevista no artigo 1500 do CC de 1916, e hoje estabelecida no artigo 835 do novo Código, é irrenunciável, podendo ser exercida a qualquer tempo pelo fiador após a prorrogação do contrato.

Frise-se bem serem situações distintas: uma, a possibilidade de obrigar-se o fiador até a entrega das chaves, o que pode incluir, e quase sempre inclui, o período de prorrogação contratual; outra, o fato de que, prorrogado o contrato, e remanescendo a responsabilidade do fiador, em princípio até entrega das chaves, no entanto pode ele, quando lhe convier, e sempre que lhe convier, exonerar-se sem necessidade outra que não o envio de notificação ao locador, expondo seu mero juízo de oportunidade – desnecessárias razões para o ato – no tocante à extinção da garantia.

A cláusula contratual de renúncia realmente é ineficaz em face do caráter nitidamente cogente do artigo 835 do Código Civil e da natureza benéfica do contrato acessório de fiança. Como muito bem já se decidiu, em v. acórdão relatado pelo ilustre Juiz Irineu Pedrotti, as circunstâncias pessoais que motivaram a prestação da garantia podem ter mudado com o tempo, fazendo com que o elo de confiança original tenha desaparecido, a justificar a exoneração do garante; confira-se trecho do citado aresto, que sintetiza bem as correntes que debatem o tema:

“A desistência da faculdade de exoneração prevista no artigo 1.500 do Código Civil é questão jurídica dividida na doutrina e na jurisprudência. Uma corrente, que se afigurava predominante, sustenta que o direito à exoneração da fiança é renunciável porque disponível e de índole exclusivamente patrimonial. Outra que vem despontando com maior força nos últimos anos entende que é irrenunciável o direito assegurado no artigo 1.500 do Código Civil, de sorte que inoperante a disposição contratual que afasta a incidência do preceito. (...) É preciso considerar o caráter eminentemente pessoal da garantia que, ordinariamente, é dada de favor em razão do relacionamento ou conhecimento próximo do fiador com o afiançado. A faculdade de exoneração (prevista na lei) atende a circunstância de não mais persistirem aqueles especiais laços entre os partícipes da avença. A sucessão dos dias, dos meses e dos anos, pode trazer mudanças no primitivo interesse do fiador em ajudar ou amparar o afiançado. Desconsiderar essa realidade é condená-lo, exatamente aquele que não desfruta qualquer vantagem da locação, em obrigação indefinida no tempo, o que pode ser incompatível com os princípios gerais do direito.”⁷

⁷ 2º TACSP, 10ª Câmara, Agravo nº 753.438-0/8, v.u., j. 18.9.2002; in NELSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY, op. cit., p. 466.

Note-se não haver colisão ou antinomia entre a regra do artigo 835 do CC e o artigo 39 da Lei do Inquilinato. Esta diz apenas que, salvo disposição contrária no contrato, as garantias da locação estendem-se até efetiva devolução do imóvel – e se estendem, realmente; já a regra do artigo 835 do CC permite ao fiador exonerar-se da garantia prestada antes disso, faculdade que, não utilizada, fará com que se aplique a norma da lei inquilinária, somente não se admitindo a renúncia à possibilidade de exoneração dada a natureza cogente de tal norma e a consideração ao caráter estritamente pessoal da garantia – desaparecidos os motivos que levaram à prestação da fiança, não deve e não pode esta permanecer perpetuamente no tempo, em flagrante contradição à própria finalidade do instituto e à sua natureza benéfica.⁸

O que o artigo 835 do Código Civil fez (e, nesse ponto, o artigo 1500 do CC de 1916 já fazia) foi, apenas, inserir outra exceção ao artigo 39 da lei 8245/91. Além da possibilidade de previsão contratual, também a previsão legal de exoneração da garantia antes da devolução do imóvel locado. Coexistem as normas, conseqüentemente, para situações fáticas distintas.

V – CONCLUSÕES

1. Que o artigo 819 do CC atual deve ser interpretado restritivamente é da própria lei e decorre, igualmente, da natureza benéfica do contrato de fiança;
2. Nada obstante, ao aceitar cláusula contratual de responsabilização até entrega das chaves, está o fiador aceitando também a eventual prorrogação do contrato locatício, não se podendo dizer que não tenha anuído a tal prorrogação, pois a expressão “até entrega das chaves” à evidência contempla tal possibilidade;
3. Em conseqüência, e dada a extrema facilidade com que pode o fiador exonerar-se, agora, da garantia prestada após o prazo original do contrato, não é de se aplicar a Súmula 214 do STJ ao tema, já que o fiador obrigou-se pelo tempo que julgou conveniente e, da mesma forma, poderá a qualquer tempo desobrigar-se;
4. Tratando-se a norma do artigo 835 do Código Civil de disposição cogente, e considerado o caráter pessoal da garantia prestada, não é válida a renúncia à faculdade de exoneração nela prevista, podendo o fiador exercer sempre esse direito, uma vez desaparecidos os motivos pessoais que o levaram a prestar a fiança;
5. A exoneração à garantia prestada é ato unilateral e desmotivado do fiador, configurando denúncia contratual a ser exercida a qualquer tempo após o vencimento originário do contrato locatício.

⁸ Já FRANCISCO CARLOS ROCHA DE BARROS enxerga “colisão frontal” entre o art. 39 da Lei do Inquilinato e o art. 1483 do CC de 1916 (819, Código atual), por entender indispensável ajuste expresso para que a responsabilidade do fiador ultrapasse o prazo estipulado no contrato de locação, afirmando que “**No silêncio, ao contrário do que proclama o artigo sob análise, a fiança fica limitada ao prazo do contrato**”. (Comentários à Lei do Inquilinato, 2. ed., Saraiva, 1997, p. 187.

JUSTIÇA PENAL, CLASSES SOCIAIS E A MANIPULAÇÃO POLÍTICA DA CRIMINALIDADE

*Vinicius Sampaio D'Ottaviano**

Gostaria de deixar claro que não pretendo simplesmente discorrer sobre o caráter discriminatório da Justiça Criminal. Uma afirmativa dessa natureza é mera repetição de algo que está a saltar os olhos. Minha preocupação é, sobretudo, tentar examinar as razões básicas da discriminação e ver se existe algum meio de corrigi-la.

Desde logo surge um problema complicado: que é crime e quem é criminoso? A criminologia até hoje não conseguiu definir com clareza seu objeto. Passamos por cima dessa dificuldade e construímos interpretações eruditas e teóricas a respeito de algo que ignoramos. Na verdade, a única definição aceitável é a do crime como comportamento em contradição com o dispositivo da lei penal. Crime não é nada além do comportamento contrário a uma norma proibitiva do Código Penal.

Quem é o criminoso? É quem pratica o crime? Este é um equívoco monumental que produziu atraso extraordinário na criminologia. Na verdade, criminoso não é quem pratica o comportamento proibido pela lei, mas o indivíduo reconhecido como tal pelo aparelho de repressão criminal. É preciso considerar essa ruptura entre conceitos quando se pretende analisar coerentemente o sistema penal. Um fazendeiro do interior mata dois ou três índios para limpar sua terra e sepulta os mortos. Como não há autoridade policial, ninguém sabe. Esse homem praticou delito, mas não é criminoso.

O exemplo é fundamental para a crítica da famosa ligação entre pobreza e criminalidade. A causa do crime não é a pobreza. Mas a própria lei penal. Podemos imediatamente imaginar que, se há crime sem autoria, existe certa disparidade entre o número de crimes efetivamente praticados: o número de criminosos realmente qualificados como tal.

Aqui, neste nosso tão simpático ambiente acadêmico/intelectual, a maior parte das pessoas pertence aos estratos tanto baixo, como o médio e o alto da sociedade. Provavelmente muito poucas tiveram infração denunciada à polícia. Mas pergunto se todos estamos realmente isentos da prática de pelo menos uma infração. Será que jamais algum de nós cometeu ação criminosa ou desobedeceu aos preceitos penais?

Vamos listar alguns comportamentos considerados delituosos pela lei: com-

* Pós-Graduando em Arte/Educação pelo Instituto de Artes da Unicamp. Licenciatura em Psicologia pelas Faculdades Padre Anchieta. Licenciatura em Dança pela Unicamp. Licenciatura em Filosofia pela PUC-Campinas e Bacharelado em Direito pelas Faculdades Padre Anchieta de Jundiá.

prar de contrabandistas; fumar maconha; cheirar cocaína; ingerir, sem estar efetivamente doente, excitantes e tranqüilizantes; levar para casa papel, lápis ou qualquer material da repartição em que se trabalha; dar dinheiro a guarda de trânsito ou a fiscal; “molhar a mão” de funcionário público para agilizar um processo; emitir cheque sem fundos; receber cheques sem fundos como garantia de dívida; cometer adultério; praticar ou contribuir para o aborto; fornecer ou usar atestado médico assegurado de doença inexistente para abono de faltas e ou justificativa de falta no emprego; dirigir sem habilitação; vender moeda no câmbio negro etc.

Verificamos que, à parte alguns ingênuos, há, neste contexto, uma quantidade razoável de reincidentes. Não obstante, nenhum de nós é criminoso. Isto demonstra que praticar crime é uma coisa e ser criminoso é outra. Pode-se imaginar que essa desproporção deve-se a uma gradação dos crimes: alguns são menos graves do que outros. Mas as estatísticas de homicídios dissipam as dúvidas.

Que conclusões podemos tirar desse tipo de circunstância? Há um universo imenso de delitos e um número reduzido de criminosos. Do momento da infração até o reconhecimento do infrator há uma perda: grande quantidade de infrações ficará no que os criminólogos chamam de cifra negra da criminalidade, fora da ordem formal. Apenas um reduzido número de crimes é esclarecido, chegando-se a reconhecer o criminoso como delinqüente.

Um famoso criminologista inglês trabalhou muito tempo com um método de criminologia positivista, de conceitos éticos, como o de criminosos natos. Mas diante da evidência fornecida pela dimensão da cifra negra, deu uma guinada radical e passou a acentuar um dado fundamental: provavelmente o sistema penal parece não ter o menor interesse em diminuir a cifra negra. A Polícia, os promotores, os juízes e os estabelecimentos carcerários sucumbiriam caso tivessem de lidar com todos os que realmente praticam infrações. É preciso, portanto, que se faça uma seleção entre atos criminosos praticados e os atos que serão pinçados desse universo, merecendo a classificação de delinqüência.

Sabemos que, para se reconhecer o criminoso, num nível formal, é preciso que o ato praticado chegue à ciência da autoridade policial e que esta faça registro do fato, que realize uma investigação recolhendo provas concludentes, inclusive sobre o elemento acusado. É necessário que tudo seja formalizado por meio da instauração de um inquérito policial, fase preliminar de todo processo criminal, salvo raríssimas exceções. Depois disso, acaba a atividade da Polícia e o processo vai para juízo. É necessário que o promotor ofereça denúncia contra o indicado e finalmente que, ao apreciar a causa, o juiz prolate uma decisão condenatória, reconhecendo no acusado um delinqüente. Quero examinar aqui a fase policial desse processo, em que a polícia efetua uma seleção dos delitos.

Ao contrario do que se julga, a polícia tem posição de superioridade com relação ao sistema judiciário, porque os promotores e os juízes só examinarão o material que ela fornece. Se a polícia não remete o inquérito, eles não tem como trabalhar. Quem realiza a primeira seleção dos delitos, portanto, é a polícia.

Na fase policial, podemos reconhecer quatro elementos fundamentais na determinação da autoria de um delito. O primeiro é a visibilidade da infração: se o delito é praticado num lugar público, como um campo de futebol, uma praça, um botiquim ou um hospital; onde há maior assiduidade dos policiais, a polícia mais facilmente terá a ciência da infração. Se ocorre em local de difícil acesso, um apartamento, um escritório, um clube, um bar grã-fino, a polícia raramente presencia as infrações. Só saberá se for cientificada por algum dos participantes do episódio.

O fato de a pessoa viver mais a céu aberto, portanto, torna-a mais vulnerável ao olhar policial. É fácil perceber, neste primeiro corte, quem são os favorecidos: as classes média e alta; os desfavorecidos: as classes populares.

Em seguida, há o problema do estereótipo do delinqüente. Todo mundo pratica infração, mas a ideologia nos transmite uma imagem do delinqüente: negro, pardo ou mulato, com mãos e pés grandes, a cara meio torta, olhar enviesado, mau vestido, etc. Vincula-se, também, de imediato, pobreza e crime. Não só o criminoso é geralmente pobre, como o pobre é geralmente o criminoso. A atividade policial concentra-se sobre as pessoas reconhecidas no estereótipo do criminoso, e cujo número é reforçado pelo critério de visibilidade do crime. No primeiro filtro purificador passa um número muito maior de pobres do que ricos.

Outro método de determinar o autor da infração é a violência. Se é possível submeter o indicado a hábeis interrogatórios capazes de fazê-lo confessar, a prova do processo fica muito boa. Esse negócio de polícia técnica, científica, é conversa fiada. A prova que realmente se consegue contra alguém é a confissão. Ao contrário das classes média e alta, os pobres não têm imunidade contra a violência policial.

Finalmente, há o problema da corrupção. Quando você dispõe de dinheiro para dar não se apuram as coisas. Só dá dinheiro quem tem. A corrupção funciona como seleção dos tipos de infratores que serão reconhecidos como criminosos. O sistema deseja, portanto, dispor de uma justiça que trabalhe de forma violenta, corrupta e com estereótipos fornecidos pela ideologia. Esse problema não é conjuntural, mas institucional. Todas as campanhas feitas e toda a energia gasta no sentido de alterar o funcionamento da justiça, fazendo-a funcionar de maneira igualitária, é perda de tempo, porque o sistema penal parece desejar a justiça que aí está.

As autoridades tentam nos convencer de que esse problema é uma questão de conjuntura. Não é verdade. Para essa sociedade em que vivemos, a meu ver desnutrida de valores, deveres e ética, a justiça parece estar funcionando magnificamente bem. Sabem por que isso sempre ocorreu, ocorre e infelizmente parece que ainda ocorrerá e muito?

A história tem mostrado muito claramente o exíguo espaço deixado pelas classes dominantes às classes oprimidas. Refiro-me ao espaço de representação, de participação, de escolha e decisão. Em época como a atual, em que o Estado passa por reformulações importantes nas áreas política e econômica, saindo de

décadas de autoritarismo, cabe refletir sobre a profundidade dessas mudanças e sua influência no cotidiano social.

A violência se presta bem a isso. Tem sido um dos temas mais comentados nos quatro cantos do país, embora nem sempre da mesma forma. É que não há violência, há violências. A violência não consiste numa mesma desgraça igualmente imposta a todas as vítimas pelo mesmo tipo de autor. É urgente esquadriñar criteriosamente manifestações de violência, bem como características de vítimas e autores. Para tal, é necessário passar os olhos por mecanismos do Estado, bastidores de boa parte da formulação violenta encenada em nosso meio social.

Em que consiste a violência? A primeira reação a essa pergunta lembra sempre a praga dos assaltos e dos atos de violência sexual, para em seguida exigir punição mais contundente, não raro a própria pena de morte. Ou seja, para grande maioria da população a violência está associada à criminalidade violenta. Tem sido possível observar que isto ocorre mesmo em setores mais esclarecidos ou intelectualizados, atingindo de forma indiscriminada gregos e troianos.

Trata-se, sem dúvida, de observação superficial e excludente, de etiquetar a criminalidade como única forma de comportamento anti-social que deve ser temida e reprimida. Ela legitima a continuidade da prática de deixar à margem da lei uma série de situações negativas à sociedade e define previamente os autores da sensação de violência, difusa ou não, apreendida no meio social.

Se violência é a criminalidade violenta, então violência não é a poluição que assola nossos rios, nossas plantações, nossos centros urbanos, nossa alimentação, nossos tímpanos, nossa paisagem. Violência também não é a incerteza do mercado financeiro, flagelado pelas inumeráveis fraudes e falcaturas.

Não é a educação esdrúxula e elitista que pretende domesticar os brasileiros das mais diversas localidades sob um mesmo padrão, absolutamente alienado de seu cotidiano. Não é o sistema de assistência médica, ou as dezenas de milhões de menores oficialmente assumidos como “carentes”, ou a evasão da moeda, ou a incoerência de algumas taxações (como a do imposto territorial rural), ou as múltiplas formas de contrabando. Não são violência os presuntos natalinos, anunciados ao preço de meio salário mínimo, que, de fato, é o salário máximo de assustadora percentagem da população. Migração não é violência, da mesma forma que a falta de participação política real dos cidadãos, a absoluta falta de acesso a decisões, nem mesmo as diretamente relacionadas à sua própria vida.

Em síntese, a estrutura socioeconômica e política, que determina a realidade, não transparece como violência. Esta é caracterizada apenas como roubo, o estupro, o homicídio, especialmente quando não foram praticados por ricos contra pobres, por policiais ou por maridos ciumentos. Nestes casos trata-se de acidente, dever ou “defesa da honra”.

Os indivíduos das camadas economicamente desfavorecidas costumam ser apontados como autores de atos de força contra a pessoa e o patrimônio. Apenas eles são encontrados nas prisões. Seu aspecto é inconfundível: é em tudo seme-

lhante aos das pessoas que transitam pelo país, ocupadas nas piores tarefas do mundo do trabalho, mendigando ou buscando oportunidades de emprego. Um perfil que, seja do ponto de vista físico, seja do comportamental, corresponde ao da grande maioria da população brasileira.

Usando uma aproximação rápida, temos uma classe social inteira colocada sob julgamento e suspeita permanentes. Assim, já sabemos quem provê a violência. Temos, portanto, um tipo de comportamento e um autor de comportamento previamente eleitos e estereotipados sobre os quais recai nossa revolta. Compartilhar com eles o cotidiano social significa lutar para bani-los ou isolá-los. A nós, das classes abastadas/acadêmicas, autores das definições e das regras legais que organizam o Estado, cabe, pois, estabelecer o controle desses cidadãos. Assim, o direito penal acaba criando uma solidariedade de algumas classes contra outras, vistas como potencialmente perigosas.

Cabe ainda lembrar que o conceito de violência, tal como tem sido propagado, refere-se apenas à realidade urbana. Enquanto a atenção da população está voltada para os meninos de rua que roubam nossas bolsas, a área rural assiste a contendas cujo significado sócio-político é fundamental. Nessas lutas cotidianas, incontáveis pessoas perdem a vida ou a esperança, populações indígenas são varridas do mapa ou do planeta, a legislação que fizemos é totalmente desrespeitada ou é utilizada para que se perpetrem injustiças profundas.

Fora das áreas das grandes cidades, o flagelo não é o do assalto ou do estupro, e o homicídio faz parte de outro quadro demonstrativo. Será uma solução da questão central a da posse e uso da terra? Talvez, quem sabe? Uma solução a meu ver paliativa, para que mazelas como a ausência de moradia, o analfabetismo, as doenças endêmicas, as conseqüências do desemprego, a resignação ao salário mínimo e a migração não continuem sendo a única possibilidade de existência... Pacífica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

ARANHA, M. L. A. & MARTINS, M. H. P. *Filosofando (Introdução à Filosofia)*. (1994) 2. ed. São Paulo: Editora Moderna Ltda.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal. Parte Geral*. (1967) 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. volume 1.

DEMO, Pedro. *Introdução à Metodologia da Ciência*. (1991) 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A.

GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O que é o método científico*. (1989) 1.ed. São Paulo: Editora Pioneira.

JAPIASSU, H, & MARCONDES, D. *Dicionário Básico de Filosofia*. (1990). 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

_____. *Nascimento e Morte das Ciências Humanas*. (1998). 2. ed. , Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora Ltda.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal. Parte Geral*. (1995). 19ª. ed.. São Paulo: Editora Saraiva. volume 1.

KELEMAN, John. *Padrões de Mobilidade*. (1985). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. (1973). 2. ed. São Paulo: Editora Perspectiva.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*.(1997). Campinas – São Paulo: Bookseller. v. 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. (2003). Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Atlas. v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. (2001). 36ª ed. São Paulo: Saraiva.

PELUSO, Luís Alberto. *Ciência e avaliação moral: Subsídios para um enfoque utilitarista*. (1993). In: Reflexão, Instituto de Filosofia, Campinas: Editora Puccamp numero 55-56, páginas: 48-62.

WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. (2001). Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal (aspectos fundamentais)*. (1976). Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris.

O culto à ecologia e aos direitos humanos provém da mesma raiz

*João Carlos José Martinelli**

I- CONSERVAÇÃO AMBIENTAL

Mais do que nunca é preciso que as pessoas se conscientizem da importância da preservação dos recursos naturais e do ambiente como um todo, sob pena de se tornarem inviáveis, em pouco tempo, à própria sobrevivência humana. É evidente que o homem sempre buscou estabelecer relações entre si e a natureza. No entanto, em nome de um suposto avanço científico nos campos técnicos, acabou rompendo esse trajeto, destruiu ecossistemas, exterminou espécies e continua a colocar em risco a possibilidade de vida no planeta, tendo a Revolução Industrial apressado o ritmo de uma nova era, mas esta evolução também acrescentou novas fontes poluidoras. A reação veio de forma impiedosa, quer pelas bruscas transformações climáticas, como a chuva ácida, a desertificação ou o buraco na camada de ozônio, quer pela variedade e quantidade de doenças ou moléstias típicas dos resíduos que infestam o ar que respiramos. Por isso, mais do que nunca, devemos despertar e cultivar o ideal de conservação ambiental, propagando a consciência ecológica para que a natureza que ainda existe consiga se recompor com equilíbrio e em caráter permanente.

II- DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Apesar de a Constituição Federal do Brasil determinar em seu art. 225 que o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e proteger os bens de uso comum e de dispormos de uma moderna legislação que regulamenta a matéria (Lei de Crimes Ambientais - Lei 9.712/98), ainda prevalece em quase todos os segmentos um manifesto descaso com os problemas de ordem ambiental, fomentado, inclusive, pela morosidade da Justiça e de sua conseqüente impunidade - característica de alguns equivocados instrumentos jurídicos que costumeiramente procrastinam ou tumultuam os feitos, beneficiando exclusivamente os que transgridem as regras sociais.

Tal desleixo, todavia, tem gerado sérios problemas que requerem não apenas um redirecionamento no eventual progresso tecnológico, mas uma mudança de postura em relação ao processo produtivo, comercial e de prestação de serviços, bem como do papel do Estado como agente regulador, a fim de alcançarmos um urgente modelo de "desenvolvimento sustentável" - "aquele que satisfaz as necessidades presentes sem comprometer as necessidades das gerações futuras", conforme conceito estabe-

* Advogado, jornalista, escritor, professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta, mestrando em Direito Processual Civil e presidente da Academia Jundiense de Letras Jurídicas.

lecido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Esse propósito suscita, entre outras medidas imediatas, a paralisação das agressões àquilo que cerca ou envolve os seres vivos e a todos os seus efeitos, como a escassez das riquezas da natureza não renováveis (minerais, madeiras de lei, etc), as emissões de gases e o efeito estufa, a redução da biodiversidade, a fome e a pobreza generalizadas e, principalmente, as relações manifestamente desiguais entre as nações desenvolvidas, as em desenvolvimento e as subdesenvolvidas.

Destaque-se, a título ilustrativo, que em 1972 a Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano em Estocolmo procurou reconciliar “desenvolvimento e conservação de recursos naturais”, sendo que o conceito de “ecodesenvolvimento” (Ignacy Sachs) passou a ser denominado “desenvolvimento sustentável” (Relatório Brundtland - 1987).

III- ÉTICA AMBIENTAL

“O que ocorrer com a Terra recairá sobre os filhos da Terra. O homem não tramou o tecido da vida; ele é simplesmente um de seus fios. Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo...” (Chefe Seattle, 1854). Considerando essas afirmações, pode-se dizer que a responsabilidade ética que recai sobre nós é muito grande. Questões cujas soluções dependem de atitudes de cooperação e solidariedade, e de uma tomada de posição da importância da ação individual para o bem coletivo, e da ação local para o resultado global, vislumbram-se como essenciais e iminentes. Resta nos compenetrarmos de que a proteção ao meio ambiente não é uma tarefa exclusiva das autoridades, mas um compromisso de toda a sociedade, para que, conciliando as expectativas ambientalistas e desenvolvimentistas, contribua de forma concreta com os objetivos inseridos na concepção de “desenvolvimento sustentável”, que é, reiterese, aquele que supre as indispensabilidades presentes sem afetar a habilidade das pessoas de suprir, em tempos vindouros, o que lhes for indispensável à subsistência. Lutar para viver num meio saudável tornou-se medida racional do cidadão, tanto quanto pugnar pelos direitos humanos mais elementares.

IV- CONSCIÊNCIA ECOLÓGICA

A palavra ecologia foi criada em 1869 por um biólogo alemão chamado Ernest Haeckel, que reuniu duas palavras do grego: “oikós”, que significa casa, ou, em sentido mais amplo, ambiente, local onde se vive; e “logos”, que pode ser traduzido por ciência, estudo. Dessa maneira, ECOLOGIA É A CIÊNCIA QUE ESTUDA AS RELAÇÕES ENTRE SERES VIVOS E OS AMBIENTES EM QUE VIVEM. Nessa trilha, ressaltese, surgiu a Consciência Ecológica, ou seja, a preocupação em se lutar para manter, nesses ambientes, o equilíbrio natural, que garante a continuação da vida sobre a Terra. Em muitos países, tal atributo passou a ser objeto de uma política governamental, e neles existem leis que procuram preservar a natureza, e ainda incitou o surgimento de organizações representativas que pressionam as autoridades e as pessoas a man-

terem o equilíbrio ecológico, como a Fundação SOS Mata Atlântica em nosso país.

V- PERSPECTIVAS SOMBRIAS

O meio que habitamos vem sendo constantemente violado e a situação piora a cada dia, inexistindo formas de retardá-la. Necessitamos manter, ao máximo, o que Deus nos outorgou e, aquém dos diplomas legais, cujo cumprimento não é adequadamente fiscalizado pelos órgãos competentes, que as atenções se voltem para nós mesmos, possíveis vítimas desse massacre incontrolável do Universo, que, injustificadamente argumentam, é efetivado em nosso benefício e para o desenvolvimento tecnológico em geral.

Mike Davis, autor de “Holocaustos Coloniais”, declarou: “A ditadura da dívida sobre o mundo em desenvolvimento tem sido um dos maiores desastres ambientais da história mundial. Muitos países, do Brasil à Indonésia, mergulharam num ciclo vicioso ao tentar rolar suas dívidas de acordo com as regras do FMI e do Banco Mundial: a super-produção de produtos primários derruba os preços e os obriga a produzir mais ainda para manter sua capacidade de pagamento... É por isso que as florestas tropicais estão desaparecendo e os oceanos estão se tornando desertos biológicos... A América Latina e a África exportam um volume de produtos muito maior do que em 1970, mas seus salários estagnaram ou caíram... Como inúmeros agrônomos e ecologistas têm advertido, as taxas atuais de exploração de águas, terras e nutrientes são insustentáveis. A infra-estrutura ecológica está se desintegrando”¹.

Indagado a respeito de novos holocaustos coloniais, o escritor respondeu que “o futuro será definido por três variáveis totalmente não lineares: “eventos climáticos extremos (que aconteciam apenas uma vez por século ou até por milênio) transformados em norma, fazendo as secas globais repetirem ou ultrapassarem os níveis da era vitoriana; megacidades ambiental e socialmente instáveis, cuja sustentação e evolução a longo prazo são imprevisíveis; uma ordem econômica neoliberal cada vez mais totalitária, impingida pela hegemonia militar dos EUA e até mesmo terrorismo nuclear.”

Nesta trilha, embasado em Mike Davis, o juiz José Renato Nalini, completou :- “Em todo o mundo, desde os anos 70, o consumo ilimitado das classes abastadas dos países ricos não só saqueia o presente como empobrece o futuro. No século XXI, pode se tornar realidade o pesadelo de economistas do século XIX - o crescimento capitalista detido por limites naturais. Que podem estar na água, mais do que nos combustíveis fósseis ou na fertilidade do solo”².

VI- SAÍDAS

Diante deste quadro sombrio, o próprio José Renato Nalini indagou: haverá saí-

¹ Entrevista à revista “Carta Capital” de 24.04.2002.

² Palestra proferida em 22.04.2002 no Palácio da Justiça de Jundiaí, sobre o tema “ÉTICA AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL”, numa promoção da Escola Paulista da Magistratura, coordenadoria de Jundiaí.

da para problemas tão graves? E respondeu: Pregar a ascese é utopia. A alternativa é o “desenvolvimento sustentável”, tendo a Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano em Estocolmo, no ano de 1972, proclamado a reconciliação entre o desenvolvimento e a conservação de recursos naturais. O então vigente conceito de ecodesenvolvimento foi substituído pelo de desenvolvimento sustentável, concebido como “a capacidade de as gerações presentes atenderem suas necessidades sem comprometer a capacidade de as futuras também o fazerem”. Desta forma, o paradigma ecossocialista deve prevalecer sobre o do capital-expansionista, pelo próprio bem da humanidade.

Em termos de Brasil, o magistrado acrescentou que devem ser observadas três contribuições para o futuro ecologicamente sustentado: a biodiversidade, o potencial de água potável e a riqueza das substâncias farmacológicas, abordando a importância de cada uma delas:

“BIODIVERSIDADE - A maior do planeta: 60 mil espécies de plantas; 2,5 milhões de espécies de artrópodes (insetos, aranhas, centopéias, etc.); 2000 espécies de peixes e 300 de mamíferos; número inimaginável de microorganismos, responsáveis pelo equilíbrio da natureza. Na sociedade de informação, essa biomassa representará riqueza maior do que o carvão e o petróleo na civilização industrial.

ÁGUA - No século XXI, é o que o petróleo foi no século XX. Água potável é o recurso mais escasso da natureza. Só 4% da massa hídrica do planeta é água doce. Menos de 1% é água potável. Em nosso país há 47% da riqueza hídrica da Terra, o que poderá torná-lo a potência das águas, capaz de saciar a sede do mundo inteiro e saldar, com vantagem, toda a sua dívida externa.

SUBSTÂNCIAS FARMACOLÓGICAS - Há necessidade de se evitar a “quimicalização” dos alimentos e remédios. O Brasil, com seus ecossistemas, apresenta riqueza natural sem precedentes: 55 mil espécies vegetais, sendo 20 mil, só na Amazônia, endêmicas. Para comparar: o México tem 3 mil, o Reino Unido menos de 100, a Alemanha 16 e a Suíça 2 (Pesquisador Elisaldo Carlini, do Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas - CEBRID, da Unifesp)”.

Em seguida, o Dr. Nalini informou que a extração dos frutos das palmeiras (açaí, buriti, bacaba, pupunha, cupuaçu, etc.), da castanha do Pará, o látex da seringueira, os óleos e colorantes vegetais, as substâncias alcalóides para a farmacologia e outras de valor herbicida e fungicida, rende mais do que o desflorestamento furioso, à ordem de 15 hectares por minuto. E alertou que o conhecimento acumulado por indígenas e caboclos sobre ervas medicinais, valorizado pela pesquisa científica, poderia dar novo rumo à medicina mundial.

VII- COMO EFETIVÁ-LAS?

Com raro brilhantismo, Nalini apontou algumas soluções à obtenção dos propósitos ecológicos: “territorializar a sustentabilidade ambiental e dar sustentabilidade ao desenvolvimento do território. Ou seja: fazer com que as atividades produtivas contribuam efetivamente para o aperfeiçoamento das condições de vida da população e prote-

jam o patrimônio biogenético a ser transmitido às gerações futuras”. E criticou a situação predominante: “parece que estamos na mão contrária: crescer cada vez mais e perder qualidade de vida. É preciso incorporar o marco ecológico em todas as decisões. Compreender que está esgotado um estilo de desenvolvimento ecologicamente depredador, socialmente perverso, politicamente injusto, culturalmente alienado e eticamente repulsivo”.

Por outro lado, a Justiça deve se aprimorar na busca de se concretizarem as medidas legais já editadas. E vale ressaltar que, desde o final do ano passado, o país conta com o primeiro TRIBUNAL ARBITRAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL, localizado na cidade do Rio de Janeiro e que se constitui numa relevante manifestação a favor da preservação do meio ambiente, galgada num órgão destinado a solucionar lides envolvendo pessoas físicas e jurídicas, de uma maneira mais ágil e eficiente, com base na Lei 9.307/96, que instituiu o Juízo Arbitral - um sistema de solução pacífica dos litígios, das controvérsias existentes entre pessoas, físicas ou jurídicas, de tal sorte a torná-lo rápido e discreto, contribuindo sensivelmente à redução do trabalho dos juízes togados. Ele é composto por juristas e técnicos especializados em diversas áreas ambientais, capazes de elaborar laudos reconhecidos e válidos, tendo por objetivo principal a efetivação de acordos entre as partes em conflito, as quais, em momento anterior, assinaram um documento dando poderes a um árbitro. Após efetivada a composição, ela deve ser cumprida, já que o inadimplente poderá responder por seus atos na justiça comum e, tratando-se de crimes, denunciado pelo Ministério Público. Em declarações à imprensa, o presidente do Tribunal, juiz Alfredo Rodrigues, afirmou que tudo está sendo elaborado de modo gradativo, pois a Nação ainda não possui uma estrutura adequada para trabalhar com questões desta natureza, mas que um grande passo foi dado à sua concretização. Em nosso país, apesar de a Constituição Federal determinar em seu art. 225 que o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e proteger os bens de uso comum, e de dispormos de uma moderna legislação que regulamenta a matéria, ainda prevalece em quase todos os segmentos um manifesto descaso com os problemas de ordem ambiental, fomentado inclusive, pela morosidade da Justiça e de sua conseqüente impunidade - característica de alguns equivocados remédios jurídicos que costumeiramente procrastinam ou tumultuam os feitos, beneficiando exclusivamente os que transgridem as regras sociais, podendo a arbitragem provocar uma celeridade no setor.

VIII- CONCLUSÕES

A qualidade de vida se caracteriza hoje como um bem essencial à existência dos seres vivos em geral, principalmente à sobrevivência dos humanos. A questão, todavia, não pode se exaurir apenas com a promulgação e vigência de diplomas legais específicos. É preciso aparelhar os órgãos responsáveis para se fiscalizar concretamente o seu cumprimento; dotá-los de técnicos especializados, capazes de detectar e solucionar os problemas; impor as medidas cabíveis aos transgressores, que muitas

vezes são os próprios agentes do poder público, não recuar frente às investidas econômicas e interesses meramente consumistas.

Invoquemos aqui José de Sampaio Goés, diretor de Meio Ambiente da Sociedade Rural Brasileira (SRB): *“O modelo econômico do mundo moderno não se preocupa em respeitar o modelo econômico da natureza, pois despreza o fato que o nosso planeta tem uma capacidade limitada para produzir os recursos naturais que utilizamos. A continuar nesse caminho, faremos o planeta naufragar sob o peso de nossas exigências”*³.

Não podemos continuar utilizando bens e serviços ambientais sem atribuir-lhes o devido valor, incluindo sua depreciação. A natureza finita se transforma em mercadoria e por isso mesmo agrava o atual quadro de exclusão social, de miséria. A finitude dos recursos naturais é inversamente proporcional ao seu valor econômico.

Numa época marcada pelo individualismo, mas na qual a aspiração ecológica faz parte do exercício da cidadania, a proteção do meio ambiente não é uma tarefa exclusiva das autoridades, mas um compromisso de toda a sociedade, devendo-se estabelecerem programas de conscientização diretamente comprometidos com a formação de um sentimento de co-responsabilidade e participação ativa diante do problema de degradação sócio-ambiental. Na realidade, a luta para viver num meio saudável, contra a barbárie promovida pelas indústrias, pelo descaso de milhares de pessoas, pela especulação imobiliária e por inúmeros outros fatores respaldados em contingência exclusivamente comerciais, tornou-se um recurso racional do cidadão. Ninguém em sã consciência pode mais aceitar passivamente os atentados que vêm sendo praticados e que trazem graves prejuízos para toda a sociedade, comprometendo o patrimônio natural que devemos legar para as futuras gerações.

As novas idéias precisam encontrar campo para germinar, dentro da dinâmica da evolução humana, devendo ser passíveis de cobrança judicial. Apoiada nessa concepção, surgiu a consciência ecológica, uma noção indispensável ao bem-estar dos seres vivos, concebida nos países democráticos. Reportemo-nos à Luiza Nagib Eluf, promotora de justiça em São Paulo e ex-secretária nacional dos Direitos da Cidadania do Ministério da Justiça:

“Respeitar o planeta em que vivemos, juntamente com outras espécies, é respeitar a si próprio(a) e às pessoas em geral. É assimilar normas de convivência harmônica, sem as quais não haverá futuro.

*As atrocidades e as agressões gratuitas, mesmo que cometidas contra um vegetal, merecem total reprovação, tanto em forma de lei, quanto sob a forma de pressão da opinião pública. A violência e a prepotência não fazem parte do mundo em que queremos viver”*⁴.

³ O Estado de São Paulo - Suplemento Agrícola - G-2, 28/1/98

⁴ O Estado de São Paulo - A-2, 28.03.1997.

O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*Luciana Cordeiro de Souza**

A Constituição Federal consagrou e elevou o meio ambiente à cláusula pétrea, reconhecendo assim a existência do Direito Ambiental.

O Direito ao meio ambiente vem como projeção do direito à vida, direito fundamental da pessoa humana. Na verdade, temos o estudo do direito à vida dentro do capitalismo, que vem trazer limitações à própria iniciativa privada e ao direito à propriedade.

Não que antes da Constituição Federal não se tutelasse o meio ambiente, mas só a partir do Texto Constitucional esta proteção se consolidou, vez que a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 recepcionou a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal n.º 6938/81).

1- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS:

Art. 225. TODOS TÊM DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, BEM DE USO COMUM DO POVO E ESSENCIAL À SÁDIA QUALIDADE DE VIDA, IMPONDO-SE AO PODER PÚBLICO E À COLETIVIDADE O DEVER DE DEFENDÊ-LO E PRESERVÁ-LO PARA AS PRESENTES E FUTURAS GERAÇÕES.

1.1- EXPLICANDO A ESTRUTURA DO ARTIGO 225 DA CF

Muitas vezes, lemos um artigo de lei sem prestarmos atenção no real sentido, ou melhor, na significação das suas palavras e na interligação existente entre os ordenamentos jurídicos, mais ainda, dentro do próprio sistema constitucional. Assim, propomos um estudo dos elementos constitutivos do Direito Ambiental, presentes no art. 225 da CF/88.

Direito: ao se dizer que o Meio Ambiente é direito de todos, significa que como tal este bem jurídico deve ser tratado. A CF elevou o Meio Ambiente à condição de um direito de todos.

Todos: referente à titularidade desse direito, significando que o meio ambiente é ao mesmo tempo de cada um e de todos, no sentido de que o conceito ultrapassa a

* Advogada ambientalista. Bolsista CAPES. Mestre e doutoranda em Direito Ambiental pela PUC/SP. Professora de Ciências Políticas da Faculdade de Direito Padre Anchieta e de Direito Civil da Universidade Paulista. Sócia Fundadora da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil – APRODAB.

esfera do indivíduo para repousar sobre a coletividade. Conclui-se que a CF identifica a palavra *todos* na expressão *povo* que se apresenta em seguida. E, em sendo o povo o titular deste direito, encontramos no art. 1.º da CF sua importância (o poder emana do Povo); temos no art. 5.º da CF, caput, a determinação constitucional de que todos são iguais, sejam brasileiros ou estrangeiros residentes no País, para fins do exercício dos direitos fundamentais ali estabelecidos, direito à vida, à igualdade, à propriedade etc.

Então, os brasileiros e estrangeiros residentes no país são os titulares do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

E ao se falar de **meio ambiente**, embora uno, para melhor compreensão ele se apresenta sobre quatro aspectos:

a) MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL: compreendido pelo espaço urbano construído, está diretamente relacionado ao conceito de cidade, encontramos sua tutela mediata no art. 225 da CF, e imediata nos arts. 182 e seguintes, com a regulamentação dos arts. 182 e 183 da CF por meio do Estatuto da Cidade, uma Lei de Política Urbana - Lei n.º10.257/01, trazendo em seu art. 1.º, parágrafo único que *estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental;*

b) MEIO AMBIENTE CULTURAL: também encontramos sua tutela mediata no art. 225 da CF, e imediata no art. 216 da CF, que traduz a história de nosso povo, a sua formação, cultura, e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania;

c) MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: constitui o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, que está tutelado mediatemente pelo 225 da CF, e imediatamente pelos arts. 220, VII e 7.º, XXXIII da CF;

d) MEIO AMBIENTE NATURAL: constituído por solo, água, ar atmosférico, flora e fauna, que encontra guarida mediata no 225 da CF, e imediata no 225, parágrafo 1.º, incisos I e VII.

O meio ambiente é VIDA, sendo visto e tutelado em todos os seus aspectos, quer se buscando uma forma de viver bem nas cidades, utilizando-se de instrumentos para cuidar dos espaços construídos, sua urbanização, dotando-as de equipamentos públicos que as tornem mais saudáveis, quer buscando a salubridade dos ambientes de trabalho, para que o trabalhador possa laborar e levar o pão de cada dia para casa sem o risco de adoecer e/ou adquirir doença profissional que o impeça de levar uma vida saudável, e ainda preservando a história de seu povo, sua cultura, bem como protegendo as matas, o solo, o ar e a água, elementos vitais para a existência do ser humano e demais seres vivos na face da Terra, pois a natureza possui uma interdependência entre seus recursos naturais.

Ao se falar em ecologicamente equilibrado temos certo que em razão dessa interdependência existente entre os diversos aspectos do meio ambiente é necessário que haja sempre um equilíbrio em seus ecossistemas, uma vez que não se tutela o

meio ambiente pelo meio ambiente, mas visando à sadia qualidade de vida.

Já sabemos que o meio ambiente é um direito de todos, povo brasileiro, que ao ser chamado de **bem de uso comum do povo** nos remete a uma nova modalidade de bem, uma vez que somente conhecíamos o bem que, se não era meu ou de outra pessoa, era então do Estado. É a primeira vez que se fala sobre bem sem relacionar com propriedade. Relaciona-se o homem ao bem, sem propriedade.

E não bastou ao legislador constituinte simplesmente trazer à tona o bem ambiental como bem difuso - pertencente a todos, ele fez mais ao disciplinar que este bem deveria ser também **essencial à sadia qualidade de vida**, associou, dessa forma, diretamente o bem ambiental à pessoa humana, deixando claro ser ela a destinatária final do direito ambiental, que sua tutela é a vida, e primordialmente a vida do homem. É a chamada visão antropocêntrica do direito ambiental, criticada por muitos que não entendem que o homem está no centro das relações jurídicas, que o destinatário da norma constitucional é a pessoa humana, aquela que tem direitos e garantias fundamentais, direitos humanos, e é a Constituição que garante isto à pessoa humana.

O objeto do direito ambiental é tutelar o meio ambiente para que o homem possa viver com dignidade, a dignidade inculpada no art. 1.º, inciso III, da CF, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. E viver com dignidade é ter ao menos o direito aos direitos sociais relacionados no artigo 6.º da Constituição, o qual chamamos de **piso vital mínimo**, pois são os valores **essenciais** que preenchem o homem, a dignidade da pessoa humana... São eles: direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados. Sem isso, não se pode falar em dignidade da pessoa humana, pois o próprio legislador constituinte não falou simplesmente em qualidade de vida, ele acrescentou um *plus*, fala em sadia, com saúde, saudável, e estar gozando de saúde não é simplesmente ausência de doenças, mas é equilíbrio físico e mental.

Desta feita, retornamos ao artigo 225 da CF para examinarmos os princípios e instrumentos de proteção ambiental existentes; o primeiro deles a ser destacado é o **Princípio do Desenvolvimento Sustentável**, que orienta toda a proteção ambiental; quando está disposto que: **preservá-lo para as presentes e futuras gerações**. Nessa frase, o legislador procurou evidenciar que o **desenvolvimento sustentável** é um princípio norteador. Vivemos num mundo capitalista, onde tudo tem preço, há o lucro, e no art. 170, VI, da CF, Da ordem econômica e financeira, encontramos a defesa do meio ambiente como um princípio balizador dessa ordem econômica, com o fim de assegurar a todos existência digna. Então, há a necessidade precípua de coexistência do capitalismo *versus* defesa ambiental, ou seja, da livre iniciativa *versus* vida digna, ou o lucro *versus* a felicidade. Deverá existir um equilíbrio nesta equação. A preservação ambiental e o desenvolvimento econômico devem coexistir, de tal modo que a ordem econômica não inviabilize um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sem que este obste o desenvolvimento econômico. Acreditamos que a parte final do artigo 225

soa como poesia, a poesia do amanhã, da perpetuidade do homem, de que nossos filhos e netos poderão continuar vendo o sol se pôr etc. Tem cheiro de esperança...

Na seqüência podemos destacar o **princípio da prevenção** ou também chamado **da precaução**, que vem de forma explícita no *caput* do art. 225 da CF, **dever de preservá-lo e defendê-lo**; é um princípio de vital importância, uma vez que a prevenção é a melhor maneira de se garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, passível de vida com dignidade, uma vez que na maioria das vezes o dano ambiental se torna irreparável. Só para exemplificar, eu estou escrevendo sobre águas subterrâneas, e num Congresso técnico de hidrogeólogos eles estavam discutindo formas de despoluição dos aquíferos, e ficou bem claro que, até o momento, se houver uma contaminação não há técnicas de despoluição. Aqui vale o ditado, é melhor prevenir do que remediar. O meio ambiente degradado raramente consegue voltar ao seu *status quo ante*.

Dentro deste princípio da prevenção podemos destacar importantes aliados: a educação e a informação ambiental inserida no art. 225, inciso VI, da CF, que pode ser uma das formas mais baratas de prevenir os danos ambientais, pois desde a infância a criança tem que aprender a respeitar o meio ambiente. Certa feita, tive a oportunidade de ler um livro com o seguinte título: "Tudo o que eu devia saber na vida, aprendi no Jardim da Infância"; e é verdade, lá aprendemos as regras básicas de convivência comunitária, de responsabilidades com as nossas coisas e com as dos outros etc., e isso não esquecemos mais. Assim como entender que somos parte da natureza, como um membro o é do corpo. E aí, enfatizo a necessidade de sermos agentes multiplicadores, ensinando e falando sobre preservação ambiental dentro de casa, para os nossos vizinhos etc.

Um importante instrumento de prevenção aos danos ambientais é o chamado **ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL**, previsto no art. 225, inciso IV, da CF, e de acordo com a Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente) e com as resoluções CONAMA que disciplinam sua forma, o mesmo é sempre exigido para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. É um importante instrumento porque por meio dele são feitos diversos estudos com relação aos impactos negativos da obra através de equipe de profissionais de diversas áreas, que apontam os impactos e relacionam as medidas mitigadoras dos mesmos. Porém, infelizmente temos notícias de obras do Poder Público cujo EIA (ou EPIA) foi totalmente encomendado de forma a mascarar e suprimir dados, a fim de licenciar estas determinadas obras, mas como ao estudo é dado publicidade, e as "falhas" foram descobertas, todo o empreendimento pretendido foi suspenso por meio de medida judicial suscitada pela coletividade, pois temos na sociedade civil uma importante defensora dessa garantia constitucional, vez que esse estudo, EIA ou EPIA, não estava cumprindo o seu papel. Ainda, vale acrescer que os impactos analisados por equipe multi e interdisciplinar referem-se a todos os efeitos que determinada obra possa vir a causar, efeitos esses de ordem social, econômica, no tocante a saúde, psicológica, etc. pois o meio ambiente, como visto, é o Todo que forma a Vida.

No parágrafo 3.º do art. 225 da CF, encontramos a figura do **poluidor pagador**, o que não significa que pagando-se pode-se poluir, nada disso, há neste princípio duas órbitas de alcance: busca evitar a ocorrência dos danos ambientais - caráter preventivo; e outra, ocorrido o dano, visa a reparação - caráter repressivo. Junto a esta figura podemos destacar o **usuário pagador** e o temos no art. 19 da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei n.º 6938/81), que consiste na cobrança pelo uso da água. É preciso esclarecer que hoje só pagamos pela entrada e o afastamento da água das nossas casas; essa cobrança pelo uso é uma forma de desenvolvimento sustentável, pois hoje sabemos também que a água já não é mais um bem infinito; constatou-se sua finitude, tanto que há previsões que, por volta do ano 2025, 2/3 (dois terços) da população mundial sofrerão com a falta d'água. As regiões chamadas de áreas de mananciais, por possuírem água, sofrem com uma legislação de uso do solo muito restritiva, e com isso seu desenvolvimento econômico fica prejudicado. Com a cobrança do uso da água, acreditamos que teremos uma forma de gestão adequada desse bem, bem como propiciará que os recursos financeiros obtidos com essa cobrança tenham aplicação prioritária na bacia hidrográfica onde foram gerados, colaborando-se diretamente para a melhoria ambiental dos municípios da região, propiciando a esses municípios um desenvolvimento sustentável.

O parágrafo 3.º do art. 225 da CF traz que a **responsabilidade será objetiva**, ou seja, o poluidor responderá pelo dano independentemente de aferição de culpa, bem como traz que esta responsabilidade é **solidária**. Estabelece ainda que a **responsabilidade constitucional ambiental se dará nas esferas penal, administrativa e civil concomitantemente**, quer seja o **poluidor pessoa física ou jurídica**.

Voltando ao caput do art. 225 da CF, encontramos no Texto que: **impõe ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente** extraímos daí o **princípio da obrigatoriedade da intervenção do Estado**, que não pode ficar omissos frente a ameaça ou lesão de bens ambientais.

Ainda, que a Constituição estabelece competência legislativa concorrente sobre assuntos do meio ambiente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, estando limitado à União o estabelecimento de normas gerais, aos estados e ao Distrito Federal a suplementação dessas normas gerais, e aos Municípios a suplementação da legislação federal e da estadual no que couber. Já quanto à competência material, esta é comum a todos os entes da Federação.

Da mesma forma, esta imposição legal de **defender e preservar o meio ambiente se dá também à coletividade**, surgindo daí o **princípio da participação, princípio esse que faz de todos nós agentes cidadãos**, ou seja, não basta irmos às urnas e depositarmos nossos votos, urge participarmos, e o artigo 225 da CF, nos impõe esse **dever de participação**.

2- CONCLUSÕES

Diante dessas breves considerações a respeito da interpretação do art.

225 da Constituição Federal de 1988, pudemos perceber que o Texto Constitucional protegeu o meio ambiente em todas as suas formas, mostrando que ao se tutelar o meio ambiente está se tutelando o direito à Vida; que se trata de um direito e de um dever, tanto do Poder Público como da Coletividade, bem como observamos que no capítulo do Meio Ambiente, há a enumeração dos princípios que visam à busca da qualidade de vida, trazendo ainda os instrumentos para a defesa e proteção do Meio Ambiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2000.

_____. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2000.

LEME, Paulo Affonso Machado. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto Ambiental – Aspectos da Legislação Brasileira*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Água: Bem Ambiental*. Dissertação de Mestrado apresentada na PUC/SP em 2001, 246 p.

_____. O estudo prévio de impacto ambiental como instrumento de defesa do meio ambiente. *Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta*, Jundiáí, São Paulo, Ano IV, n.º 7, p. 21-44.

_____. *Poluição das Águas Doces: Responsabilidade Constitucional Ambiental*. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin (coord.) *Direito Ambiental – em debate*. APRODAB. São Paulo: ADCOAS, 2004, p. 177-188.

RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS MÉDICOS

*Lígia Priscila Dominicale**

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico traz à baila o íntimo relacionamento da Medicina com o Direito, isto é, a ciência médica e a ciência jurídica. Tanto uma como a outra têm como objetivos precípuos resguardar a vida humana.

Embora tenham este íntimo relacionamento, existem diversas condutas médicas que necessitam de uma efetiva regulamentação jurídica a fim de assegurar a relação médico-paciente e, em última análise, punir o médico pelas faltas por ele cometidas.

Tais faltas podem ser definidas e sancionadas em três âmbitos diversos: administrativo (responsabilidade profissional), civil (responsabilidade civil) e penal (responsabilidade criminal), os quais podem tanto coexistir como existir isoladamente.

Todavia, o que se pretende com o presente trabalho é tão somente demonstrar a responsabilidade criminal dos médicos nos crimes contra a vida. Porém, para que isto seja feito com certa propriedade é necessário abordarmos também, ainda que superficialmente, as questões éticas e cíveis. Não podemos deixar escapar à análise os pressupostos da responsabilidade criminal, isto é, os requisitos que devem ser preenchidos para que exista a responsabilização penal: a culpa, elemento essencial dos crimes médicos, bem como suas modalidades; o erro, seja ele inescusável ou escusável, bem como a prova destes.

Insta consignar que, apenas a título de ilustração, constará também no presente trabalho uma nova tendência no que tange a responsabilidade criminal, a qual seja, a teoria da imputação objetiva.

I – RESPONSABILIDADE MÉDICA

Na antiguidade, o desempenho do médico estava sob a proteção divina, com o seu marcado caráter de religiosidade e de magia. O curar ou não o doente, o salvar ou não a vida estavam na dependência de Deus.

Nos primórdios do século passado, a Medicina desfrutava de um conceito de tal ordem que os seus profissionais estavam além do bem e do mal, tanto que uma premissa básica dos médicos era: o sol alumia seus sucessos e a terra esconde

* Bacharelada em Direito pela FADIPA em 2003.

seus erros e desastres. Com efeito, a não ser um ou outro caso excepcional, normalmente o judiciário não era chamado para resolver pendências entre o paciente e seu médico.

Mudaram-se os tempos. A relação de confiança médico-paciente esvaiu-se a tal ponto que, na visão de alguns técnicos, o profissional da Medicina passou a ser “*fornecedor de serviços*” e o paciente “*consumidor*”.²

Algo de curioso sucedeu: a princípio, o desempenho profissional era simples, pois as doenças normalmente venciam a luta contra a ciência, instrumentada em conhecimento escasso e técnica rudimentar. A cobrança, em decorrência disto, era mínima.

Na medida em que os progressos da Medicina venceram etapas, a atuação técnica, por paradoxal que pareça, ganhou em complexidade, aumentando-se a cobrança. A Medicina foi despida da aura sacral que a cobria, e os seus eleitos, semideuses, vestiram a roupa do homem comum, sendo capazes de acertos, mas também de erros, falíveis, como os demais seres humanos. Por isso, a atividade passou a ser objeto de disciplinamento em normas legais diversas, tais como as legislações ética, civil e penal.

Dessa forma, o médico viu-se compelido a cumprir as disposições éticas, civis e penais, sob pena de ser responsabilizado profissional, civil e penalmente por seus atos. Isso decorre de um princípio jurídico segundo o qual todas as pessoas são obrigadas a responder por danos causados a terceiros, a fim de que sejam resguardados os interesses dos indivíduos no seio da coletividade.

Responsabilidade médica pode ser definida como a obrigação que podem sofrer os médicos em virtude de certas faltas por eles cometidas no exercício de sua profissão, faltas estas que geralmente comportam um triplo efeito: administrativo, civil e penal. Sob este último aspecto, o médico se vê, diante de um delito, sujeito a uma determinada pena. Quanto ao aspecto civil, acarretando o dano físico um prejuízo econômico, impõe-se um pagamento em dinheiro como forma de indenização.

Segundo explicita Genival Veloso França, existe uma corrente contrária a qualquer responsabilidade uma vez que a Medicina possui um mandato ilimitado junto à cabeceira do doente, ao qual só pode aproveitar essa condição. Entre as razões apresentadas a fundamentar tal posição alegam:

O diploma médico é uma prova incontestante de competência e o profissional não poderá ser julgado em cada novo caso;

O temor às punições levaria a uma inibição e a um entrave ao progresso científico, tornando-se a Medicina uma ciência tímida e rotineira;

Os tribunais leigos não teriam capacidade científica para julgar os feitos médicos com precisão e equidade;

A Medicina não é uma ciência que tem a exatidão da Matemática e, por isso, varia em seus aspectos pessoais e circunstanciais.³

² *Ética, Moral e Deontologia Médicas*, Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1997. p. 38.

³ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*, São Paulo: Fundação BYK, 1994. p.236.

Tais argumentos são carentes de fundamento porque, pela simples razão de o médico ter um diploma, não se exige de seu estado de falibilidade. Por outro lado, a lei não entrava o progresso de nenhuma ciência, ao contrário, ela a ampara e protege. O que realmente compromete o progresso da Medicina é a irresponsabilidade médica. E, ainda, os tribunais não são leigos nem incompetentes, pois, quando os juízes avaliam as faltas dos médicos, manifestam-se, como visto anteriormente, depois de ouvir os próprios médicos (peritos), que são, em tese, os olhos da lei. Finalmente, embora não haja na Medicina a exatidão fria da Matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de se afastarem os erros considerados evitáveis.

Dessa forma, superada a tese da irresponsabilidade médica, passemos agora à análise das esferas da responsabilidade médica.

De um modo geral, responsabilidade é a obrigação de assumir as consequências de ação própria ou na dependência das circunstâncias alheias. Assim, aquele que é o sujeito da ação poderá responder por ela perante as autoridades competentes, arcando com o ônus de suas descrições.⁴

Da mesma forma que a responsabilidade criminal já exposta anteriormente, a responsabilidade médica necessita de pressupostos para que possa existir. Segundo Delton Croce Júnior, em suma, são três os elementos exigidos para a caracterização da responsabilidade médica: agente, ato e culpa.

O agente: Por evidente, só pode ser o médico responsável, que se encontram na plena posse de suas faculdades mentais, portanto em grau de prever as consequências das próprias ações, posto que se for o dano produzido por indivíduo desprovido de habilitação técnica ou de habilitação legal, além da responsabilidade civil responderá, no foro criminal, pelo delito de curandeirismo ou de exercício ilegal da Medicina.

O ato: O dano deverá ser conseqüente de um ato médico lícito. Caso o facultativo utilize a sua profissão para praticar dolosamente um ato ilícito, responderá independentemente de sua profissão, como qualquer cidadão, seja qual for a natureza de seu mister.

A culpa: Como já explicitado, é a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico não querido, mas previsível e excepcionalmente previsto, que poderá, com a devida atenção, ser evitado.⁵

Verifica-se, assim, que o médico, com apenas uma conduta (ação ou omissão) de que resulte um dano, poderá sofrer reflexos jurídicos de responsabilidade em três searas: administrativa (ética), civil e criminal.

1.1 – RESPONSABILIDADE CRIMINAL

A responsabilidade penal do médico é a conseqüência ordinária da comis-

⁴ MORAES, Ivany Novah, *Erro médico e a lei*. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 355.

⁵ CROCE, Delton. *Erro Médico e o Direito*, São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1997. p. 9

são (por ação ou omissão) de um delito e implica para o culpável a obrigação de submeter-se à pena que a lei estabelecer.

Para a existência do delito, como exposto nos capítulos anteriores, são necessários alguns elementos: existência de uma ação, sua tipicidade e sua ilicitude. Dessa forma, constituem-se crimes ou infrações penais apenas as condutas pessoais (individuais ou em grupos) previstas nas leis penais, ou seja, tipificadas⁶. Verifica-se então que, por força dos princípios básicos expressos no art. 5º, XXXIX, CF, c.c. art. 1º do CP, sem previsão prévia e expressa de conduta vedada, não há infração penal a apurar e punir.

A responsabilidade criminal sempre decorre da culpa em sentido amplo. Nela se encontram o dolo e a culpa *stricto sensu*. No caso em tela, por tratar-se da responsabilidade criminal dos médicos, trabalharemos somente com os delitos culposos pois, como já mencionado anteriormente, na medida em que o médico comete um crime doloso, ou seja, ação/omissão voluntária e desejada, neste momento, sua conduta deixa de ser profissional passando ele a atuar como um cidadão comum, não atuando, assim, como profissional da Medicina.

A culpa na atividade médica consubstancia-se no chamado erro médico. Como visto anteriormente, existem duas formas de erro: inevitável (escusável) e evitável (inescusável). O erro inevitável não constitui conduta culposa, uma vez que, nestes casos, o agente toma todos os cuidados objetivos necessários mas, mesmo assim, sua conduta encerra em alguma lesão ao bem juridicamente tutelado. Assim sendo, havendo o erro inevitável, exclui-se o dolo e a culpa, não sendo o agente responsabilizado pelo resultado lesivo.

O contrário é o que ocorre no erro evitável. Nessas ocasiões, o agente pode evitar o evento danoso (resultado lesivo), porém não toma as cautelas exigíveis, infringindo o dever de cuidado objetivo que a ele era devido. A infração ao cuidado objetivo provoca, como já estudado, a ocorrência da imprudência, negligência ou imperícia, constituindo-se assim a culpa *stricto sensu*. Nessas hipóteses, então, o médico responderá criminalmente pelos resultados danosos advindos de sua conduta errônea, ou seja, culposa.

Existe hoje uma forte tendência no Direito Penal que é o Direito Penal Mínimo, ou seja, aquele aplicado mediante o Princípio da Intervenção Mínima. A principal teoria que estuda tal fenômeno é a Teoria da Imputação Objetiva, assunto novo e extremamente complexo mas que sob a ótica das condutas médicas não poderia deixar de ser abordado.

Teoria da imputação objetiva significa, num conceito preliminar, atribuição de uma conduta ou de um resultado normativo a quem realizou um comportamento criador de um risco juridicamente proibido⁷. Apóia-se na idéia de que o resultado normativo só pode ser imputado a quem realizou uma conduta geradora de um

⁶ SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade civil, criminal e ética*, Ed. Del Rey, 1998, Belo Horizonte, MG. p. 21.

⁷ JAKOBS, Guinther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Calegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

perigo juridicamente reprovado ao interesse jurídico e de que o evento deve corresponder àquele que a norma incriminadora procura proibir. Trabalha com os conceitos de risco permitido (excludente da tipicidade) e risco proibido (relevância penal da conduta). Nessa teoria são utilizados como métodos auxiliares os princípios da confiança, da proibição de regresso e do consentimento da vítima.

De acordo com a teoria da imputação objetiva, o resultado normativo só pode ser atribuído ao sujeito quando:

A conduta criou ao bem juridicamente tutelado um risco não autorizado e relevante;

O risco converteu-se no resultado jurídico que a norma incriminadora visa a proibir, sendo imprescindível que o evento normativo tenha refletido, como sua realização, o risco criado pelo comportamento que a norma procura impedir.

A Teoria da Imputação Objetiva, a nosso ver, surgiu com o escopo de ser um novo filtro ao liame entre a conduta e o resultado. De acordo com essa teoria, não basta, para que se reconheça o nexos causal, o primeiro filtro da causalidade física, apurada pelo critério de eliminação hipotética, nem o segundo filtro consubstanciado no dolo ou culpa urge ainda que o agente, com sua conduta, tenha criado para o bem jurídico um risco acima do permitido. A verificação do nexos causal, após passar pelos filtros da eliminação hipotética e da causalidade psíquica, depende ainda de a conduta do agente ter incrementado um risco para o bem jurídico.

A Teoria da Imputação Objetiva visa restringir a incidência do nexos causal, e não propriamente imputar a conduta típica ao agente. Trata-se, conforme já salientamos, de mais de uma limitação à questão da causalidade, através de critérios normativos que se coadunam com a própria função do Direito Penal, que deve limitar-se a reprimir as ações que criam para o bem jurídico um risco desaprovado, que evolui para a produção de um resultado que se pudesse evitar.

Imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico⁸. A expressão “imputação objetiva” não se confunde com “responsabilidade objetiva” (excluída do direito brasileiro), que significa responder o autor pelo resultado de um crime, ainda que não o tenha causado dolosa ou culposamente, bastando, simplesmente, o nexos causal.

A teoria da imputação objetiva pretende incluir em todos os tipos penais um elemento normativo implícito, qual seja, o *juízo de imputação objetiva*. Assim, não haverá fato típico, tanto dos crimes comissivos ou omissivos, materiais, formais ou de mera conduta, quando o agente, mesmo realizando a conduta descrita no tipo penal, tiver se comportado dentro de seu papel social, ou seja, fizer exatamente o que a sociedade dele espera. Em outras palavras, não haverá fato típico quando a conduta do agente nada mais representar do que um comportamento absolutamente normal e esperado, visto que, nesses casos, o risco criado para a violação do

⁸ JESUS, Damásio E. *Imputação objetiva*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

bem jurídico torna-se um risco tolerado ou permitido.

Haverá, então, fato típico somente quando o agente, com seu comportamento, criar um risco fora do que a coletividade espera, aceita ou se dispõe a tolerar, ou seja, um risco juridicamente proibido. A adequação social funciona como um pressuposto da imputação objetiva, na medida em que um fato socialmente adequado corresponderá a um comportamento tolerado ou permitido, não se podendo falar em risco proibido, pois faltaria um elemento do fato típico, gerando, conseqüentemente, a atipicidade da conduta.⁹

Embora a adequação social seja sua premissa básica, a imputação objetiva não se esgota com ela. Também não haverá imputação do resultado naturalístico, quando este não estiver dentro da linha de desdobramento causal, ou seja, quando o resultado não estiver sob o domínio causal do agente.

O princípio da confiança também influencia diretamente na imputação objetiva, pois se o agente ficou dentro de seu papel social, confiando que o outro ficaria no seu, não pode ser responsabilizado pela traição deste último. Exemplo: o médico confia que o auxiliar vai lhe passar um bisturi esterilizado; se isto não ocorrer e o paciente morrer de infecção, o cirurgião não terá criado um risco proibido e, assim, não responderá pelo resultado. A sociedade não exige que ele confira a higienização durante a operação, entendendo ser natural que o médico confie em seu enfermeiro e, conseqüentemente, o fato é atípico por ausência de imputação objetiva.

O mesmo ocorre com o princípio da auto-responsabilidade do lesionado. Se a vítima, com plena capacidade de consentir, aceita colocar-se em situação de risco, como, por exemplo, sujeitando-se a uma cirurgia estética perigosa, tal perigo é socialmente permitido, de modo que o autor do convite fica exonerado de eventual resultado danoso (eventual choque anafilático).

Não haverá também imputação pelo resultado quando o agente acompanha a finalidade da norma e se orienta no sentido de diminuir o perigo para o bem jurídico. É também o caso do médico que, ante um caso complicado em que o paciente corre risco de morte, intervém cirurgicamente, causando a morte do paciente. Esse resultado (morte) não é imputado ao agente, visto que, com seu comportamento, procurou proteger o bem jurídico tutelado, diminuindo o seu risco de lesão, causando porém um resultado danoso que a ele não será imputado por tentar diminuir o risco.

Pela teoria da imputação objetiva, os tipos penais incriminadores passam a conter um elemento normativo, qual seja, a imputação objetiva, de modo que sem ela o resultado ou a conduta são atípicos. Conseqüentemente, nos delitos materiais passa-se a exigir que o agente tenha realizado uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido a um objeto jurídico, bem como produzido um resultado (também jurídico) que corresponda à sua realização.

⁹ PRADO, Luiz R. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo: RT, 2002. p. 57.

Daí a importância da conceituação de risco permitido e proibido, considerando que o risco permitido conduz à atipicidade e o risco proibido, quando relevante, à tipicidade.

De acordo com a teoria da imputação objetiva, independentemente de dolo e culpa, um resultado não poderá jamais ser imputado ao autor se não estiver presente, pelo menos, um destes elementos: criação de um risco proibido para o resultado; comportamento voltado a aumentar a situação de risco proibido. Assim, só haverá imputação do resultado ao autor do fato se tal resultado tiver sido provocado por uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido ou se o agente, com seu comportamento, tiver aumentado a situação de risco proibido e, com isso, gerado o resultado. Por outro lado, mesmo contribuindo para a produção do resultado, se o autor agiu de modo a ocasionar uma situação de risco permitido ou tolerável, o resultado não lhe poderá ser imputado.¹⁰

Por risco permitido devemos entender todos os perigos criados por condutas decorrentes do desempenho normal do papel social de cada um. Certos comportamentos, dada a sua importância para a sociedade ou pela sua absoluta naturalidade, nada mais representam do que atos normais da vida cotidiana, os quais, ainda que provoquem naturalisticamente algum dano, não podem ser atribuídos ao autor.

Considerando que o risco é inerente ao progresso e ao convívio da coletividade, o Estado, através das normas jurídicas e das regras técnicas, estabelece limites diante da necessidade de não impor proibição absoluta à prática de atividades arriscadas, porém benéficas à sociedade. Desta forma, a distinção entre risco permitido e proibido (lícito ou ilícito) é obtida em função desse limite imposto pelo Estado e não pela própria gravidade do risco.

Ponto importante no que tange à responsabilidade médica frente à Teoria da Imputação Objetiva é o Princípio da Confiança. Trata-se de uma derivação especializada do risco permitido, possuindo características próprias que o tornam insuscetível de ser absorvido, quer pelo risco permitido, quer pela adequação social. Está intimamente ligado ao critério do papel social desempenhado pelos cidadãos individualizados. É um princípio especialmente aplicável no tráfego de veículos automotores, no trabalho em equipe de profissionais e na realização dolosa ou culposa por parte de terceiros.

Está embasado na afirmação de que toda pessoa pode supor que os demais respeitarão as mesmas normas regulamentares, ou seja, confia-se no outro porque se sabe que ele também terá que desenvolver cuidados em ordem de proteger de perigos todos os membros da sociedade. Neste âmbito encontra-se inserta a conduta dos médicos que atuam sempre em equipe como, por exemplo, numa cirurgia em que cada médico possui sua função e cada qual confia plenamente em seu companheiro.

De acordo com o princípio da confiança, não realiza conduta típica quem,

¹⁰ JESUS, Damásio E. de. *Op. cit.*, p. 88.

agindo de acordo com o direito, envolve-se em situação em que terceiro, descumprindo seu dever de cuidado, permite a produção de resultado danoso, não obstante o conhecimento geral de que as pessoas cometem erros. Observa-se aqui a exclusão da tipicidade da conduta.

Tema de alta relevância no que tange à responsabilidade criminal do médico à luz da Teoria da Imputação Objetiva é o consentimento da vítima para que o médico possa agir. Embora o consentimento do ofendido não se encontre expresso no CP como causa excludente da tipicidade ou da ilicitude, sua importância no que se refere a apuração da responsabilidade penal é ponto pacífico entre os penalistas contemporâneos. No entanto, a ausência de regulamentação legal dá margem a relevantes discussões doutrinárias.

Com a teoria da imputação objetiva, há uma tendência de conceder ao consento da vítima maior relevância no terreno da tipicidade e não da antijuridicidade. Os penalistas estão começando a considerar que a contribuição do ofendido na prática do fato, mediante consentimento, nas hipóteses em que o tipo não menciona o dissentimento, deve produzir efeito no plano da tipicidade, excluindo-a e não a ilicitude.

Além do consentimento, há ações em que a vítima também participa do fato danoso, hipóteses estas que a doutrina classifica como “ações a próprio risco”. Sob a égide desse tema, estão também aquelas ações em que o lesionado expõe-se unilateralmente ao risco, de maneira que o evento jurídico só pode ser interpretado como obra sua e não como efeito de quem criou ou favoreceu a situação arriscada. Nessas ocasiões, de acordo com as circunstâncias do fato, não se atribui o resultado ao terceiro.

Pelo acima exposto conclui-se que o médico somente seria responsabilizado pelo evento danoso sofrido pelo paciente se, com sua conduta, o tivesse colocado em situação de risco não permitido (proibido) sem que este tivesse consentido. Dessa forma, verifica-se que, pela Teoria da Imputação Objetiva, o médico jamais seria responsabilizado uma vez que sempre age com o consentimento do paciente e, nas raras vezes em que age sem o consentimento deste, está agindo de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo risco permitido, uma vez que a intervenção médica é aceita socialmente.

Em que pese a importância científica da teoria supramencionada, não tem ela aplicação prática nos dias atuais, uma vez que incompatível com o Sistema Penal em vigor. O que prevalece hoje é a responsabilização criminal do médico quando este agir de acordo com o erro evitável (inescusável), uma vez que, nestes casos, agirá com imprudência, negligência ou imperícia, razão pela qual deverá ser punido criminalmente.

A responsabilidade criminal deve ser amplamente aplicada para que os médicos procedam de acordo com as diligências necessárias para com seus pacientes, pois a responsabilidade profissional, por si só, não seria capaz de coibir a displicência do comportamento médico frente à sociedade.

No entanto, embora a responsabilidade criminal deva ser amplamente aplicada, existem dois casos em que deve ser excluída, por força de determinação legal, ou seja, quando houver caso fortuito e força maior.

Apesar de a conduta do médico ser correta e adequada aos seus deveres profissionais, podem ocorrer resultados danosos como conseqüência de fatos estranhos, não tendo aquele profissional condições nem de prevê-los nem de impedi-los.

São consideradas como incidência de caso fortuito as ocorrências extraordinárias e excepcionais, alheias à vontade e à ação do médico e que guardam características de imprevisibilidade e inevitabilidade¹¹.

Como exemplo de tais situações, pode-se citar o caso do médico que prescreve medicamento de uso corrente e o resultado se mostra diferente do usual podendo levar o paciente à morte. Ou, ainda, quando ele emprega procedimento habitual e o paciente apresenta reação imprevista.

No que diz respeito à atuação médica, importante também é não confundir caso fortuito com conduta negligente ou imprudente. Daí, salta aos olhos mais uma vez a análise da diligência despendida por aquele profissional no cumprimento de sua prestação obrigacional.

O mau resultado advindo por caso fortuito reveste-se das características da inevitabilidade e de imprevisibilidade, enquanto um mau resultado advindo por imprudência, negligência ou imperícia seria plenamente evitável, se fosse outra a conduta do profissional, ou seja, se tivesse ele adotado uma postura correta e diligente.

A força maior, em sentido genérico, constitui-se em um poder ou uma razão mais forte do que aquela que atua, sendo decorrente da irresistibilidade de um determinado fato que, por sua potencialidade exacerbada, vem impedir a realização, ou modificar o cumprimento de uma obrigação, à qual estava adstrito o devedor¹².

Contudo, os efeitos jurídicos, tanto no caso fortuito quanto da força maior, são assemelhados, em razão da impossibilidade de serem evitados, já que nenhuma força os pode impedir de atuar. A única diferenciação é que no caso fortuito é um evento sem previsão enquanto que a força maior é previsível, mas inevitável.

Dessa forma, observando que os dois casos supra expostos fogem ao controle, não só do médico, mas também de qualquer cidadão, não há que se falar em responsabilidade criminal, pois no Direito Penal Brasileiro não há responsabilidade se o agente não agiu ao menos com culpa.

¹¹ SEBASTIÃO, Jurandir. Op. cit., p. 199.

¹² SEBASTIÃO, Jurandir. Op. cit., p. 199.

CONCLUSÃO

A Medicina tem como finalidade precípua a investigação das mais diversas entidades nosológicas e o estabelecimento condutas no sentido de manter ou restituir a saúde dos indivíduos. É, em suma, uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade.

O Direito é uma ciência social que existe para regulamentar a vida em sociedade e também os conflitos a ela inerentes através de normas jurídicas que podem ou não ser de cunho moral.

As duas ciências entrelaçam-se na medida em que o Direito passa a regular e também fiscalizar as relações jurídicas existentes entre médicos e pacientes, evitando que entre eles surjam conflitos ou, ainda, solucionando os conflitos existentes.

Há certas condutas tomadas pelo médico que, à luz da legislação brasileira, especialmente aquelas descritas no Código Civil, Código de Ética Médica e Código Penal, geram responsabilidade jurídica, podendo ela ser civil, ético-profissional e/ou criminal. Nos três âmbitos de responsabilidade, que são independentes entre si, são necessários três requisitos indispensáveis: conduta, resultado e nexos de causalidade entre a conduta e o resultado.

Em especial na esfera criminal, para que a um agente seja atribuída a prática de um delito é necessário que existam os seguintes requisitos: conduta (dolosa ou culposa), tipicidade (subsunção da conduta à norma jurídica) e antijuridicidade da conduta (contrariedade da conduta com os ditames morais e legais). Da mesma forma existe um requisito para que ao agente seja aplicada a sanção correspondente ao delito por ele praticado. Tal requisito é a culpabilidade.

Em nosso sistema penal somente são puníveis os fatos resultantes de conduta dolosa ou culposa, sendo que dolosa é aquela em que o sujeito ativo quer o resultado (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado) ou assume o risco de produzi-lo, e conduta culposa é aquela em que o agente inobserva o dever de cuidado objetivo criando um resultado danoso não querido e não previsível subjetivamente que, tomando as cautelas necessárias, poderia ter sido evitado. Observa-se aqui a diferença entre o sistema penal vigente e aquele proposto pela teoria da imputação objetiva, pela qual haverá responsabilidade quando o agente, com seu comportamento, colocar em risco um bem juridicamente tutelado, causando-lhe lesão, havendo responsabilidade independentemente da intenção do agente (dolo ou culpa).

Ponto não menos importante do trabalho no que tange à existência ou não de responsabilidade é aquele que trata do erro e suas modalidades. Vimos que o erro escusável não autoriza a responsabilidade criminal, pois o sujeito ativo, nesses casos, toma todas as cautelas necessárias e, mesmo assim, o resultado lesivo ocorre, enquanto que no erro inescusável o sujeito ativo não toma todos os cuidados necessários a evitar o resultado e este acaba ocorrendo, casos estes em

que existe a responsabilidade criminal.

Importante ressaltar também que para que o sujeito ativo (médico) seja submetido às penas descritas nos tipos que descrevem a conduta por ele praticada, é necessário que haja sido condenado por sentença irrecorrível, sendo que, para que isso ocorra, será necessário o devido processo legal, no qual é conferido ao acusado o direito à ampla defesa, pelo qual este defende-se buscando a absolvição. Em todos os casos médicos *sub judice* nos quais se discute a responsabilidade criminal exige-se prova inequívoca do dolo, culpa ou erro inescusável do médico para autorizar a sua condenação e, na maioria das vezes, tal prova é pericial e, em alguns casos, acaba sendo maculada pelo fenômeno do corporativismo médico.

Dessa forma, conclui-se que haverá responsabilidade criminal quando a conduta do médico estiver subsumida a um tipo penal (tipicidade), for antijurídica (contrária ao Direito) e causar danos a terceiros (vítima). A conduta do médico, para autorizar a responsabilidade criminal, deverá ser dolosa, culposa ou proveniente de erro inescusável, os quais deverão ser provados em processo judicial, respeitando-se o princípio do *due process of law*, colhendo-se as provas necessárias à elucidação da questão, ainda que estas estejam maculadas pelo corporativismo médico.

Advindo a sentença condenatória irrecorrível, ou seja, a sentença penal condenatória transitada em julgado, observar-se-á a culpabilidade, bem como seus pressupostos, para que seja aplicada a pena imposta ao criminoso, neste caso, médico criminoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTINHO, Léo Meyer. *Responsabilidade Ética, Penal e Civil do Médico*, 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro Médico e o Direito*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 7. Responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – parte especial arts. 121 a 212 do CP*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*, São Paulo: Fundação BYK, 1994.

- _____. *Comentários ao código de ética médica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade médica*, Vol.V, Curitiba: Juruá, 2001.
- GOMES, Hélio. *Medicina legal*, 15. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1998.
- JAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no direito penal*. Tradução de André Luís Calegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JESUS. Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Imputação Objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAGALHÃES, José Calvet de. *Responsabilidade penal do médico*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva S.A., 1946.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 1961.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal – parte geral*, Vol. I. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Manual de direito penal – parte especial*, Vol. II. São Paulo: Atlas, 2001.
- MONTALVÃO, A. Siqueira. *Erro Médico, Reparação do dano material, estético e moral (teoria, legislação e jurisprudência)*, vol. I.
- _____. *Erro Médico, Reparação do dano material, estético e moral (teoria, legislação e jurisprudência)*, vol. II. São Paulo: Julex, 1997.
- MORAES, Ivany Novah de. *Erro Médico e a Lei*. 4. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- NETO, José Kfourri. *Culpa Médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002.
- PETROIANU, Andy. *Ética, Moral e Deontologia Médicas*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – parte especial arts. 121 a 183*, Vol. II. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade civil, criminal e ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SÉGUIM, Elida. *Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SOCIOLOGIA JURÍDICA OU SOCIOLOGIA DO DIREITO?

Glauco Barsalini**

Aos amigos Dalton Tóffoli Tavolaro e Solange Pierro Tavolaro (in memorian), por quem tenho um carinho muito especial.

1. INTRODUÇÃO

A Sociologia serve para auxiliar as pessoas a refletir sobre a vida, principalmente a vida social, aquela em que todos nós nos inserimos, queiramos ou não.

O sociólogo Wright Mills, em seu livro *A imaginação sociológica*, afirma:

“O que precisam (os seres humanos – nota do autor), e o que sentem precisar, é uma qualidade de espírito que lhes ajude a usar a informação e a desenvolver a razão, a fim de perceber, com lucidez, o que está ocorrendo no mundo e o que pode estar acontecendo dentro deles mesmos. É essa qualidade, afirmo, que jornalistas e professores, artistas e público, cientistas e editores estão começando a esperar daquilo que poderemos chamar de *imaginação sociológica*”.

E continua:

“a *imaginação sociológica* capacita seu possuidor a compreender o cenário histórico mais amplo, em termos de seu significado para a vida íntima e para a carreira exterior de numerosos indivíduos. Permite-lhe levar em conta como os indivíduos, na agitação de sua experiência diária, adquirem freqüentemente uma consciência falsa de suas posições sociais.” (p. 11)

Sendo assim, sabemos que fundamentos conceituais da Sociologia Clássica são importantíssimos para o desenvolvimento da *imaginação sociológica*. Tais conceitos constituem o que poderíamos chamar de alicerces para o raciocínio que se pretende científico no campo das ciências humanas. Por meio do contato com as idéias de *evolução social*, *movimentos dinâmico e estático*, *organicismo*, *fato social*, *consciência coletiva*, *anomia*, *solidariedade orgânica e mecânica* elaboradas pelos positivistas; dos conceitos de *ação social*, *relação social e tipo ideal*, ancorados na subjetividade humana e no *historicismo analítico*, criando-se com isso o *método compreensivo*, weberiano; e, finalmente, do extenso estudo sobre a história humana fundamentado no *método dialético*, originando o *materialismo histórico*, e, com ele, toda uma profunda análise sobre a economia dos povos como *infra-estrutura* das relações políticas, das culturas, das religiões, e dos direitos das

* Este texto é uma adaptação da monografia apresentada, em 2002, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da PUC de Campinas sob a orientação do Prof. Ms. Arnaldo Lemos Filho.

** Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

civilizações, estudo este desenvolvido pelo marxismo, é que se pode chegar a uma compreensão racional-científica do mundo, é que se pode enxergar o que aparentemente não existe, ver o invisível, compreender, enfim, cientificamente o que está por trás das relações sociais, religiosas, econômicas e políticas que se estabelecem entre os seres humanos, ou seja, elaborar a *imaginação sociológica*.

A *imaginação sociológica* é, portanto, a capacidade de entendimento científico do universo e de criação intelectual do *novo*, daquilo que pode ser realizado no futuro.

Deve-se ressaltar, todavia, que o desempenho de qualquer outro tipo de conhecimento, do religioso, do artístico, do filosófico, e do senso-comum, é absolutamente legítimo. Não sabe mais o cientista que o homem do campo; não sabe mais, portanto, o sociólogo que o lavrador ou o operário. Sabe, apenas, de modo diferente. Queremos dizer, com isso, que aqueles que não desenvolvem a *imaginação sociológica* simplesmente não desenvolvem a capacidade de compreensão do mundo segundo os parâmetros da ciência social. Todavia, se o Direito é uma ciência, aqueles que o estudam devem necessariamente desenvolver o raciocínio científico, e, se, ainda mais, o Direito configura a Ciência Jurídica e Social, devem os que se inclinam a estudá-la poder raciocinar sobre os objetos de tal ciência de modo apropriado, ou seja, ser capazes de desempenhar a *imaginação sociológica*.

A Sociologia Jurídica é, no nosso entendimento, a *ciência*³ que busca compreender as relações entre o ordenamento jurídico e os acontecimentos sociais, entre o conjunto de formulações teóricas a respeito da lei, de um lado, e da realidade social, de outro lado. É a *ciência*, portanto, que quer compreender, dentre outros elementos, a eficácia social do Direito.

No universo de uma das formas de compreensão do que é a Sociologia Jurídica, o importante jurista Hans Kelsen afirma:

“O objeto da Jurisprudência Sociológica (leia-se Sociologia Jurídica - nota do autor) não são as normas jurídicas em seu específico sentido de ‘afirmações de dever ser’ mas a conduta jurídica (ou antijurídica) dos homens. Supõe-se que estas regras são da mesma classe que as leis da natureza e, portanto, que, como elas, proporcionam os meios para predizer os sucessos futuros dentro da comunidade jurídica, conduta futura que será caracterizada como Direito (...) A Jurisprudência Normativa (leia-se Ciência Jurídica – nota do autor) versa sobre a validade do Direito; a Jurisprudência Sociológica sobre sua eficácia.” (p. 18 - 19)

Questão controversa no seio da Sociologia Jurídica contemporânea é a que diz respeito à definição de seu próprio nome. Muito se tem discutido sobre o termo que deve definir a ciência que estuda as relações entre o Direito e a Sociedade.

³ Há autores que entendem que a Sociologia Jurídica é ramo da Sociologia Geral; já outros defendem que a Sociologia Jurídica é ramo da Ciência Jurídica. Para nós, diferentemente, a Sociologia Jurídica ou do Direito desponta como uma ciência, e não apenas um ramo de outra ciência. Está se consolidando, e aos poucos ganhando o *status* de ciência, desenvolvendo métodos próprios, enfim, adquirindo a estatura de ciência.

Os manuais de *Sociologia Jurídica* ou *Sociologia do Direito* trazem diferentes definições sobre tais termos. Alguns se utilizam indiscriminadamente de um e do outro, entendendo significarem ambos a mesma coisa. Outros fazem distinções, atribuindo ao termo Sociologia Jurídica um significado e ao termo Sociologia do Direito outro significado. Outros autores, ainda, trazem definições diversas, contrastando *Sociologia do Direito* com *Sociologia no Direito*, ou então introduzindo o termo *Conceito Sociológico do Direito*, ou mesmo *Sociologia Aplicada ao Direito*. Nossa tarefa, neste trabalho, é revelar tal discussão, traçando um panorama desse debate, procurando, didaticamente, torná-lo mais claro para aqueles que se empenham em estudar a Sociologia Jurídica brasileira.⁴

Para tanto, utilizamos os trabalhos de Celso A. Pinheiro de Castro; Adriana A. Loche, Helder R. S. Ferreira, Luís Antônio F. Souza e Wânia Pasinato Izumino; Roberto Lyra Filho, José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo; Boaventura de Sousa Santos; Ana Lúcia Sabadell; Miguel Reale; Pedro Scuro Neto; Sérgio Cavaliere Filho; Eliane Botelho Junqueira e Luciano Oliveira; Miranda Rosa; e A. L. Machado Neto.

Reservamo-nos, também, o direito de realizar uma leitura crítica sobre as relações conceituais e práticas entre juristas e sociólogos, ainda que com o risco de estarmos emitindo, em alguns momentos, juízos de valor.

2. SOCIOLOGIA JURÍDICA OU SOCIOLOGIA DO DIREITO?

Contemporaneamente, tem sido feita a distinção entre a Sociologia Jurídica e a Sociologia do Direito. Mas, afinal de contas, o que é a Sociologia Jurídica? Celso A. Pinheiro de Castro associa o termo *Sociologia Jurídica* ao termo *Sociologia aplicada ao Direito*, definindo-a como.

“aquela que estuda fenômenos jurídicos configurados – valores, modelos definidos em normas e integrados na estrutura social vigente – nos aspectos patentes investigando as conexões em nível de latência” (p. 178).

A definição, bastante abrangente, afirma que existem fenômenos jurídicos postos no ordenamento jurídico, como também existem aqueles que se produzem socialmente, no seio da sociedade, a partir das relações sociais efetivas. Tais produções sociais, que são jurídicas, relacionam-se com as produções de caráter institucional, que são as leis. Dessa forma, faz-se necessário investigar tais relações.

Há autores, todavia, que fazem distinção entre Sociologia Jurídica e Sociologia do Direito. Adriana A. Loche, Helder R. S. Ferreira, Luís Antônio F. Souza e Wânia Pasinato Izumino defendem que a Sociologia Jurídica “é um campo mais

⁴ Procuramos utilizar parte expressiva dos manuais de Sociologia Jurídica disponíveis no mercado de livros nacionais, a fim de confrontar o pensamento de tais formuladores a respeito do conceito “Sociologia Geral” e “Sociologia Jurídica”.

amplo que os estudos da Sociologia do Direito, inclui outras formas de justiça e de jurisdição” (p. 45). Os autores identificam esse ramo da ciência social com o Pluralismo Jurídico, entendendo que o Direito é criado na sociedade, não se encerrando absolutamente no ordenamento jurídico. A Sociologia Jurídica se encarregaria de estudar tal fenômeno, enxergando-o na sociedade. Para tais autores, a Sociologia do Direito, por sua vez, restringe-se a análises institucionais e de conduta, análises adstritas à eficácia do Direito. Nas suas palavras, a Sociologia do Direito

“tem mais o sentido técnico da reflexão sobre as interações, recorrências, contradições e ambigüidades existentes entre o sistema formal de justiça e as práticas e concepções sociais a respeito da justiça, do Estado e do direito. Em outros termos, ela se preocupa com as ambigüidades existentes entre lei e ordem, entre regra formal e práticas informais, entre Estado e sociedade, entre direito positivo e direitos sociais, enfim entre legalidade e legitimidade.” (p. 47)

Tal distinção entre a Sociologia Jurídica e a Sociologia do Direito tem proximidade, se não for uma decorrência da conceituação elaborada pelo professor Roberto Lyra Filho, utilizada também em trabalhos dos professores José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo. Roberto Lyra Filho afirma:

“Falamos em Sociologia do Direito, enquanto se estuda a base social de um direito específico. Por exemplo, é Sociologia do Direito a análise da maneira por que o nosso direito estatal reflete a sociedade brasileira em suas linhas gerais (de poucas contradições e mínima flexibilidade, dado o sistema, ainda visceralmente autoritário, de pequenas “aberturas”, controladas, como um queijo suíço, perpetuamente a enrijecer-se, no receio de que os ratinhos da oposição alarguem os buracos). Toda aquela velha estrutura então se desvenda como elemento condicionante, que pesa sobre o país, obstaculizando as remodelações, sob a pressão simultânea das classes e grupos nacionais dominantes e das correlações de forças internacionais, interessadas em que ao imperialismo não escape tão gordo quinhão. Sociologia Jurídica, por outro lado, seria o exame do Direito em geral, como elemento do processo sociológico, em qualquer estrutura dada. Pertence à Sociologia Jurídica, por exemplo, o estudo do Direito como instrumento, ora de controle, ora de mudanças sociais; da pluralidade de ordens normativas, decorrentes da cisão básica em classes, com normas jurídicas diversas – no direito estatal e no direito dos espoliados, formando conjuntos competitivos de normas, no contraste entre o direito dessas classes (até de grupos oprimidos, que a Sociologia do Direito e a Sociologia Jurídica realizam uma espécie de intercâmbio permanente, mas é difícil admitir que sejam idênticas as duas tarefas científicas).” (apud FARIA & CAMPILONGO, p. 27)

A Sociologia Jurídica, para tais autores, implica, portanto, na concepção de que as pessoas, as comunidades, enfim, a sociedade, formula o seu próprio direito, independentemente da existência ou não de um determinado ordenamento jurídico institucionalizado, criado por um Estado que se considera representante da

vontade geral. Tal ramo das ciências humanas se encarrega, portanto, de estudar esse fenômeno jurídico: o *pluralismo jurídico*, ou seja, as diversas, as variadas formas de se criar e recriar, elaborar e reelaborar o direito, referenciando sua conduta nessa forma de direito, e não necessariamente no direito estatal posto, no direito positivado.

A respeito dessa forma de enxergar o universo jurídico muito nos ensina o professor português Boaventura de Sousa Santos, em seu texto *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*, extrato de sua tese de doutorado intitulada *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, que revela uma extensa pesquisa a respeito das relações sociais e jurídicas estabelecidas em uma comunidade de moradores de favela do Rio de Janeiro, na qual demonstra que tal comunidade formula um direito local, a ele se submetendo, apesar de, na interpretação do autor, tratar-se de um direito frágil, muito distinto do estatal positivado.

O autor mostra os conflitos constantes que se estabelecem entre os moradores da favela e a polícia, distanciando-os cabalmente da possibilidade de acessarem esse organismo estatal para a garantia de sua segurança. Durante décadas, a polícia vê a favela como reduto de bandidos e desocupados, invadindo-a com frequência, colocando muitas vezes em risco a vida de trabalhadores e ameaçando sua moradia.

Boaventura de Sousa Santos mostra, também, o distanciamento que existe entre o universo dos moradores da favela e o sistema judiciário. Foram recorrentes depoimentos em que tais pessoas expressaram sua desconfiança em relação aos advogados e o juízo que fazem dos magistrados, considerando-os sujeitos de uma elite muito distante de sua realidade e portanto sem capacidade de entendê-la o suficiente para julgar qualquer lide que ocorresse entre eles.

Apesar de, para o professor, a organização de Pasárgada, a favela, ser ainda baseada “numa pluralidade de redes de ação social frouxamente estruturadas” (p. 94), à época em que escreveu o texto, início da década de 1970, tal comunidade geria suas próprias formas de direito, estabelecendo regras de conduta e leis internas que garantiam um certo tipo de equilíbrio na convivência entre as pessoas e uma forma de se dirimirem conflitos internos que por décadas se pautou e vem se pautando, infelizmente, na brutalidade.

A pesquisadora Ana Lúcia Sabadell⁵ constata que a maioria dos autores não faz a distinção entre os termos Sociologia Jurídica e Sociologia do Direito, e que, por isso, é muito difícil impor uma distinção terminológica. Ressalta, porém, que há duas abordagens distintas da Sociologia Jurídica: a *Sociologia do Direito* e a *Sociologia no Direito*. Tanto os *sociólogos do direito* quanto os que se filiam à *sociologia no direito* se consideram sociólogos-juristas, e concebem que a Sociologia Jurídica que praticam é um ramo da Sociologia Geral.

Os *sociólogos do direito* buscam interpretar o sistema jurídico, entendendo

⁵ Em seu livro *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*, São Paulo: RT, 2000.

que a Sociologia do Direito (ou Sociologia Jurídica) é externa a ele. Acreditam que tal ciência deve analisar o Direito, todo o sistema jurídico, de forma imparcial.

Os adeptos da *Sociologia no Direito*, por sua vez, consideram, diferentemente, que as decisões jurídicas devem estar pautadas nos estudos sociológicos que demonstram o que a sociedade acha efetivamente certo ou errado, de modo que a sentença deve se basear no que reflete a sociedade, não se restringindo aos limites da lei escrita.

O professor Miguel Reale, em seu livro *Filosofia do Direito*, por sua vez, não distingue Sociologia Jurídica de Sociologia do Direito, reservando acentuada crítica ao que intitula de sociologismo jurídico. Afirma:

“Sob a rubrica de sociologismo jurídico (...) reunimos todas as teorias que consideram o Direito sob o prisma predominante, quando não exclusivo, do fato social, apresentando-o como simples componente dos fenômenos sociais e suscetível de ser estudado segundo nexos de causalidade não diversos dos que ordenam os fatos do mundo físico.

O sociologismo jurídico traduz uma exacerbação ou exagero da Sociologia Jurídica, pois esta, quando se contém em seus justos limites, não pretende explicar todo o mundo jurídico através de seus esquemas e leis, até ao ponto de negar autonomia à Jurisprudência, reduzindo-a a uma arte de bem decidir com base nos conhecimentos fornecidos pelos estudiosos da realidade coletiva.” (p. 434)

É prudente não se supor que todo o Direito se reduz a fato social, como queria Émile Durkheim⁶. Evidentemente o Direito compreende, além de motivações sociais, características institucionais, que ainda que sejam fruto de ficção, assumem caráter de realidade no mundo moderno. Queremos dizer com isso que o Estado, ficção política criadora e ao mesmo tempo assentada sobre o Direito, neste caso identificado com o ordenamento jurídico, outra elaboração ficta do ser humano, existe realmente, na medida em que se compõe de um enorme aparelho burocrático que atua direta e indiretamente sobre a vida de todos os indivíduos a ele submetidos. Desse modo, pode-se afirmar tranquilamente que o Direito enquanto conjunto de regras positivadas, ou seja, ordenamento jurídico posto, existe e se aplica com maior ou menor eficácia sobre as pessoas, de tal modo que se justifica a existência de uma ciência jurídica. Se todo o Direito fosse somente fato social, não seria necessária a criação de tal ciência, bastando, para entendê-lo em absoluto, a Sociologia, ciência que estuda os fatos sociais segundo os positivistas.

A respeito da distinção entre ciência jurídica e sociologia, Pedro Scuro Neto define:

“A Sociologia Jurídica, pois, não se limita a entender reações à norma jurídica (...) Ela aborda tanto o caráter geral do Direito que prevalece em uma época

⁶ Para melhor compreensão, ver DURKHEIM, Émile, “Divisões da Sociologia: as ciências sociais particulares”, in: FERNANDES, Florestan (coord.) & RODRIGUES, José Albertino (org.). *Durkheim. Sociologia*. 7. ed., São Paulo: Ática, 1995; e DURKHEIM, Émile. “O Direito como símbolo visível da consciência coletiva”, in: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé. *O direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

determinada e as mudanças que afetam esse caráter de uma situação histórica para a outra, quanto se interessa pelos processos nos quais leis e normas são forjadas (...) Desse ponto de vista, não interessa se um pai incestuoso revela pouca ou nenhuma consideração pela moral da sociedade ou se possui uma consciência peculiar acerca de seus deveres familiares. Para o Direito o que importa é, de um lado, a probabilidade de a sua conduta ser condicionada por uma norma jurídica ou de esta ser conseqüência e, de outro, a reação do sistema de justiça, das instituições que qualificam essa mesma conduta como objeto do Direito, como um sinal para que um gigantesco aparato de repressão e retribuição comece a mover-se, para deter-se somente quando o processo judicial estiver concluído.

Por sua vez, a Sociologia Jurídica analisa o efeito e as conseqüências das regras do Direito, observando a sociedade do ponto de vista científico, visando descrever seus traços essenciais e seus processos do modo mais objetivo possível. Isso requer abordar os processos sociais no limite da nossa capacidade e de uma perspectiva histórica e comparativa tão abrangente quanto possível, verificando opiniões com dados empíricos acessíveis e através de análises teóricas precisas e coerentes. Não obstante, a Sociologia Jurídica tem em vista não apenas o elemento coercitivo da norma jurídica, o ato que esta regula, mas também processos compulsivos mais abrangentes: como o incrível fascínio que sobre todos exercem as atitudes que contradizem as normas e insinuam a existência de algo mal resolvido entre sociedade, violência, criminalidade e desvios de conduta em geral.” (p. 85 - 86)

Derivamos desse trecho uma diferença fundamental entre a ciência jurídica e a sociologia jurídica ou do direito: a primeira examina a ação do Estado sobre aquele que provocou a máquina jurídica, querendo ou não fazê-lo, além de formular, internamente, teses a respeito da justiça e da lógica do ordenamento jurídico; a segunda, por sua vez, analisa os efeitos sociais da aplicação da lei, e as interpretações que a sociedade faz do ordenamento jurídico, além, é claro, de buscar compreender a força de influência da consciência coletiva (e aqui lembre-se o conceito de Émile Durkheim) sobre a criação e manutenção da lei.

Sérgio Cavalieri Filho não distingue Sociologia Jurídica de Sociologia do Direito, trabalhando com a idéia de *Conceito Sociológico do Direito*. Acredita que o Direito “é fato social que se manifesta como uma das realidades observáveis na sociedade. É fenômeno social, assim como a linguagem, a religião, a cultura, que surge das inter-relações sociais e se destina a satisfazer necessidades sociais, tais como prevenir e compor conflitos.” (p. 21)

Para o autor, a Sociologia desenvolve um conceito sobre o Direito, pois o estuda, já que ele compõe objeto de pesquisa dessa ciência social. O ramo da Sociologia que estuda o Direito é a Sociologia Jurídica. É ela capaz de formular conceitos sociológicos do Direito. Mas a Sociologia Jurídica não cumpre um papel meramente acadêmico, distante da realidade, tendendo à neutralidade. Cavalieri Filho afirma que a Sociologia Jurídica deve influir na própria tomada de decisão do

juiz, possibilitando-lhe aplicar o direito em consonância com as necessidades sociais, em suas palavras “visto que, conhecendo-as, poderá, sem desrespeitar as leis da hermenêutica, através de uma interpretação ora extensiva, ora restritiva, ou mesmo através da analogia, fazer o direito acompanhar as evoluções sociais.” (p. 44).

O autor defende, portanto, que a Sociologia Jurídica deve ter um caráter atuante e não meramente analítico. A essa postura, Miguel Reale denomina *sociologismo jurídico*, como vimos anteriormente. Todavia, apesar de advogarmos aqui a tese de que o Direito não é somente fato social, o conceito, por outro lado, de uma sociologia do direito ou jurídica militante, que não só busque compreender a realidade social em face da aplicação da lei, mas também traga subsídios para as decisões judiciais é muito importante, e a ele fazemos coro. O sistema judiciário deve se deixar penetrar de leituras sobre o universo geral da sociedade, deve estar sensível a tais constatações, adotando como subsídios das sentenças dados de realidade pesquisados pela sociologia, pois, afinal de contas, o litígio ou qualquer motivo que tenha demandado a tutela jurisdicional não está de forma alguma descolado de um contexto social mais amplo. Individualizar a sentença se faz muitas vezes necessário para que se realize a justiça. Todavia, individualizá-la, sem levar em consideração o universo social, cultural, político, econômico, religioso e ideológico que cerca o sentenciado ou até mesmo a própria sentença, constitui, no mais das vezes, um risco, quando o valor maior almejado é a própria justiça. E se a história e principalmente a filosofia influenciam sobremaneira o processo de tomada de decisão judicial, por que não dizer que as teses sociológicas também aí merecem espaço?

Discussão que se afina com esta faz a professora Eliane Botelho Junqueira. Ao debater a formação do acadêmico de Direito e as normas estipuladas pelo Ministério da Educação por meio da Portaria no. 1.886/94 que entrou em vigor em março de 1997, que dizem também respeito à inserção da Sociologia Jurídica nos cursos de Direito, ela lembra uma afirmação de Paulo Lôbo, ex-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB e ex-membro da Comissão de Especialistas de Ensino do Direito do MEC, sobre o espírito de tal dispositivo, que define a Sociologia Jurídica como *matéria* e não disciplina:

“Esclareça-se que matéria não se confunde com disciplina. Esta é continente e aquela conteúdo. A disciplina pode até conter integralmente a matéria, por exemplo, a disciplina Direito Tributário, quando única, pode absorver toda a matéria correspondente, mas não se confundem. A matéria Direito Ambiental pode estar dispersa em várias disciplinas, sem esta denominação, ou agrupada em uma única disciplina; a matéria Direito Civil pode estar desdobrada em várias disciplinas, com esta denominação, acrescida de signos distintos como algarismos romanos” (apud JUNQUEIRA, p. 21)

Com base em tal conceito, Junqueira defende que os cursos de Direito devem incorporar em suas diferentes disciplinas (Direito Civil, Direito Penal, Direito

Constitucional, dentre outras, estas, próprias da Ciência Jurídica) discussões não somente doutrinárias com um viés dogmático, mas também debates jurídico-sociológicos sobre a matéria jurídica, ou seja, a Sociologia Jurídica, enquanto matéria que é, deve permear todas as disciplinas do Direito, contribuindo para uma formação mais ampla e abrangente do estudante, o que, naturalmente, podemos concluir, conduzirá à formação de futuros operadores do direito com mais apurada sensibilidade às questões sociais, culturais, políticas, econômicas e religiosas que rodeiam os implicados em qualquer pendência judicial, acumulando habilidades para desenvolver outros olhares sobre a lide, o que talvez possa, em alguma medida, aproximá-los mais da realização da justiça.

Na impossibilidade de se criar tal sistema interativo e transdisciplinar, Junqueira contenta-se com a elevação da Sociologia Jurídica ao *status* de disciplina, ressaltando, todavia, que deverá então estudar as instituições jurídicas (seria ela uma Sociologia Aplicada), vendo a si mesma como um ramo da Sociologia e não parte da teoria do Direito, podendo ser denominada de Sociologia das Organizações, ou Poder Judiciário e Resolução de Conflitos, dentre outras. Tratar-se-ia, tal disciplina, como lembra o professor Luciano Oliveira⁷, de um saber construído a partir do campo das ciências sociais, também chamada de *Sociologia do Direito* por Eliane Junqueira, em contraponto à *Sociologia Jurídica*, que é, para a professora, um saber crítico sobre a prática jurídica destinado a “abrir” a cabeça de alunos excessivamente dogmáticos.

Luciano Oliveira, ressalta, todavia, que a discussão dos termos *Sociologia do Direito* ou *Sociologia Jurídica*, na tentativa de diferenciá-los, é inútil, pois a Portaria n. 1.886/94 a define com o nome de *Sociologia Jurídica*. Seja ela uma matéria, seja ela uma disciplina, seu nome institucionalmente estabelecido é *Sociologia Jurídica*, que, para Oliveira, é a “sociologia que faz a crítica do nosso direito e das nossas instituições judiciárias, visando à realização da justiça” (p. 11 - 12).

Se por um lado a ciência jurídica demonstra forte resistência a incorporar o pensamento sociológico no seio das discussões por ela consideradas centrais, por outro lado, da mesma forma, nota-se que a Sociologia não raramente adota certa postura de desprezo em relação ao Direito e à Ciência Jurídica. Sobre isso, o clássico da Sociologia Jurídica brasileira, Miranda Rosa observa:

“O teórico do Direito procura obter o grau mais alto de coerência interna com um mínimo de mudança no seu sistema conceptual, de modo a contribuir para a manutenção da máxima ‘segurança jurídica’, ou seja, da possibilidade de prever a aplicação de normas e princípios jurídicos aos casos particulares. Dessa maneira, é criada uma impressão de que o núcleo do Direito é constituído em grande parte de princípios permanentes, incidindo as transformações principalmente sobre aspectos periféricos ou secundários da ordem jurídica ou, então, operando as mudan-

⁷ Em seu texto “Que (e para quê) Sociologia? Reflexões a respeito de algumas idéias de Eliane Junqueira sobre o ensino da Sociologia do Direito (ou seria Sociologia Jurídica?) no Brasil”. In: *Duas reflexões sobre a Sociologia Jurídica, Caderno do IDES (Instituto Direito e Sociedade), Série Pesquisa n. 8, maio de 2000.* (xerox).

ças mais importantes segundo modos preestabelecidos e gradualmente, sem afetar a unidade interna do sistema.

Logo, se novas cogitações invadem o seu mundo de valores e formas de conduta, de regras formando um todo sistemático, alternando-lhe a maneira de apresentação e insistindo na adoção de métodos experimentais, no estudo, não da norma em si e em relação a outras normas do mesmo e de outros sistemas igualmente integrados, mas da norma em relação com a realidade do meio social em que ocorre, de que é resultado e que, por sua vez, ela condiciona e modifica, é fácil concluir que sua natural reação seja de hostilidade.

Não é menos verdade, entretanto, que os sociólogos se têm mostrado curiosamente frios em relação ao desenvolvimento da Sociologia do Direito. Parece que o fato de ter o Direito sido, por muito tempo e como foi dito, a principal, se não a única, ciência social verdadeiramente desenvolvida, e o fato de que os juristas, em certa fase, foram numerosos e muito atuantes nos passos mais importantes para a formação da própria Sociologia como ciência, despertaram alguns ressentimentos e certas reservas intelectuais entre os sociólogos. Além disso, o chamado “imperialismo sociológico” de Comte, com a tendência de imergir o Direito na sociologia, aceito com variações por muitos outros importantes nomes dos estudos sociológicos, rejeitou por bastante tempo a idéia de que se pudesse falar de uma Sociologia Jurídica.” (p. 8)

O professor Arnaldo Lemos Filho, em seu texto “As Ciências Sociais e o Processo Histórico”⁸, mostra que o período anterior à industrialização reflete a predominância da Filosofia Histórica, ou seja, de um modo de pensar o mundo de forma filosófica. O Direito, então, se constituía como um elaborado conceitual, por um lado, e, por outro lado, como uma prática calcada em estudos filosóficos e históricos. Nesse caldo de cultura jurídica, filosófica e histórica, conforme ressalta Miranda Rosa, é que se dá início à Sociologia, forma de pensamento social que se define científica, criada, como já vimos, por Auguste Comte. O teórico elabora um verdadeiro método científico, que se desenvolve e oferece fundamentos para outros campos do pensamento social, inclusive para o Direito, fornecendo subsídios importantes às formulações do neokantiano Hans Kelsen e de Ross, proeminências do Positivismo Jurídico do século XX e formuladores de bases importantes da ciência jurídica contemporânea.

Importa aqui notar, entretanto, que Miranda Rosa, assim como A. L. Machado Neto⁹, não faz distinção alguma entre Sociologia Jurídica e Sociologia do Direito. Para nós, como o leitor já deve ter notado, não há também diferenças entre tais termos. Vimos a falta de consenso existente entre os diversos autores que transitam no terreno da ciência social que relaciona a Sociologia com a Ciência Jurídica. Celso A. Pinheiro de Castro trabalha com o conceito de *Sociologia Aplicada ao Direito*. Na linha da definição de Roberto Lyra Filho, José Eduardo Faria e

⁸ In: MARCELINO, Nelson (org.). *Introdução às Ciências Sociais*. Campinas: Papyrus, 1995.

⁹ No livro *Sociologia Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

Celso Fernandes Campilongo, os autores Adriana A. Loche, Helder R. S. Ferreira, Luís Antônio F. Souza e Wânia Pasinato Izumino fazem distinção entre *Sociologia Jurídica* e *Sociologia do Direito*. Ana Lúcia Sabadell, por sua vez, define os termos *Sociologia do Direito* e *Sociologia no Direito*. Miguel Reale distingue *Sociologia Jurídica* de *Sociologismo Jurídico* e Sérgio Cavalieri Filho fala em *Conceito Sociológico do Direito*. Tem-se, com isso, que o estudante de Direito ou de Sociologia tende a ficar confuso diante de tantas definições distintas, principalmente levando-se em consideração que dentre esses autores, a maioria produz manuais de Sociologia Jurídica ou do Direito voltados para esse público.

Defendemos que a ciência social que relaciona a sociologia à ciência jurídica, e busca compreender as relações existentes entre o direito e a sociedade, pode ser chamada de Sociologia Jurídica ou de Sociologia do Direito.

O que importa, em nossa concepção, é a compreensão de que tal ciência debruça-se sobre três questões fundamentais: o *pluralismo jurídico*, o *acesso à justiça* e a *eficácia do Direito*.

Acreditamos ser possível aproximar sociólogos de juristas e vice-versa, afastando o ranço preconceituoso dos primeiros de que os juristas são incapazes de compreender a realidade social, e, por outro lado, o dos juristas de que os sociólogos são meros produtores de divagações, cujas produções e teses são sobremaneira distantes da realidade que permeia a vida das pessoas.

Chamamos a atenção para a necessidade de que sociólogos adquiram maior noção do universo jurídico, da importância do Direito na vida de todos nós, conhecendo alguns princípios e fundamentos da ciência do Direito que lhes possibilitem compreender melhor ainda a própria realidade social; e, por outro lado, a necessidade de que juristas incorporem cada vez mais em sua formação uma ampla capacidade crítica de entendimento dos fenômenos sociais, desenvolvam com certa destreza a *imaginação sociológica*, evitando-se, com isso, o que, por muitas vezes pode ocorrer, a mera reprodução de um discurso predominantemente técnico e de fundamentos calçados em fragmentos, às vezes dispersos, de raciocínios filosóficos.

Talvez, mais que os sociólogos, os juristas têm um papel em nossa sociedade de fundamental importância, dado o poder que o exercício de sua profissão lhes outorga. São os juristas que defendem ou pedem a condenação de pessoas; são eles que autuam indivíduos quando estes cometem algum ilícito; são eles que, enfim, prolatam as sentenças, decidindo os destinos de alguém ou de uma comunidade ou mesmo de toda a sociedade.

Dessa forma, é imprescindível e de extrema importância uma formação ampla no campo da Filosofia, da História e também da Sociologia para o jurista. Possuir a *imaginação sociológica*, ou seja, refletir de modo crítico a realidade social é condição *sine qua non* para que o jurista possa construir a justiça, e, quando lhe couber o importante papel de decidir, realizar a justiça.

Acreditamos que Ciência Jurídica e Sociologia podem se aproximar, e vis-

lumbramos a possibilidade de formulação de um método que propicie tal aproximação. Para nós, é bastante claro que a formação do sociólogo lhe permite compreender o fenômeno social Direito, e estudar a eficácia social da lei positivada e das relações entre o Direito e o desenvolvimento sócio-econômico (*eficácia do Direito*), como também tem ele formação teórica para estudar a questão do acesso da população mais pobre à justiça (*acesso à justiça*), e entender as distintas formas que a sociedade encontra de criar e realizar direito (*pluralismo jurídico*). O sociólogo, todavia, não desenvolve a aptidão de manejar a lei, e nem mesmo de compreender a sua eficácia quando se trata de sua aplicação para a resolução de lides judiciais. Esse tipo de formação o jurista possui, já que constitui tarefa mesmo deste profissional o manejo da lei e sua aplicação.

O jurista, todavia, não tem sido preparado para compreender as questões da eficácia social do Direito; a premência do acesso à justiça de que as populações mais pobres carecem; e nem tampouco as diferentes formas de se produzir, reproduzir e praticar o direito criadas e realizadas pelos diferentes segmentos e classes da sociedade, faltando-lhe um olhar antropológico mais apurado. Sobre esse último aspecto, tende o jurista contemporâneo a classificar, sem muito zelo, práticas paralelas aos ditames da lei positivada como atos ilícitos e portanto passíveis de penalização.

Urge, portanto, uma aproximação mais acurada entre esses dois campos das ciências humanas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho procuramos evidenciar as diferentes concepções terminológicas sobre a Sociologia Jurídica ou do Direito, demonstrando que mais importante do que atribuir a ela diferentes nomes, apoiando-se cada um deles em conceitos distintos, é compreender que tal ciência se assenta sobre esses diferentes conceitos, podendo levar um só nome: Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito.

Importa entender que a Sociologia Jurídica ou do Direito estuda as relações entre o Direito e a Sociedade, o ordenamento jurídico e os acontecimentos sociais, além de estabelecer relações entre a Ciência Jurídica e a Sociologia.

Como vimos, há uma flagrante falta de consenso entre os diversos autores que transitam no terreno da Sociologia Jurídica ou do Direito: Celso A. Pinheiro de Castro trabalha com o conceito de *Sociologia Aplicada ao Direito*. Na linha da definição de Roberto Lyra Filho, José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo, os autores Adriana A. Loche, Helder R. S. Ferreira, Luís Antônio F. Souza e Wânia Pasinato Izumino fazem distinção entre *Sociologia Jurídica* e *Sociologia do Direito*. Ana Lúcia Sabadell, por sua vez, define os termos *Sociologia do Direito* e *Sociologia no Direito*. Miguel Reale distingue *Sociologia Jurídica* de *Sociologismo Jurídico* e Sérgio Cavalieri Filho fala em *Conceito Sociológico do Direito*. Miranda Rosa,

bem como A. L. Machado Neto, todavia, não faz distinção alguma entre Sociologia Jurídica e Sociologia do Direito.

Em nossa visão, tal dissenso, apesar de justificável, pois pautado em debate sério, contribui para confundir o estudante de Sociologia Jurídica, que fica sem saber exatamente muitas vezes o que realmente está estudando.

Assim, acreditamos ser mais didático chamar a ciência ora discutida de *Sociologia Jurídica ou do Direito*, compreendendo que, basicamente, seu objeto de estudo é a *eficácia do direito, o pluralismo jurídico e o acesso à justiça*.

E é somente na medida em que sociólogos e juristas compreenderem a necessidade de aproximarem-se uns dos outros, no sentido de que se estabeleça uma sintonia fina entre os diferentes campos em que se inscrevem, tanto no que toca ao debate de caráter teórico-científico, quanto na própria atuação prática do direito, que efetivamente a Sociologia Jurídica cumprirá seu papel primordial: o de subsidiar a doutrina jurídica e a sua prática, e o de contribuir para a teoria sociológica e a sua aplicação, pelo menos no que concerne ao universo jurídico que envolve as relações entre os seres humanos.

4. BIBLIOGRAFIA

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica: você conhece?* 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DUAS REFLEXÕES SOBRE A SOCIOLOGIA JURÍDICA - CADERNOS DO IDES
– Instituto Direito e Sociedade, Série Pesquisa, n. 8, maio de 2000. (xerox)

FARIA, José Eduardo & CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERNANDES, Florestan (coord.) & RODRIGUES, José Albertino (org.). *Durkheim. Sociologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 1995.

LEMON FILHO, Arnaldo. “As Ciências Sociais e o Processo Histórico”. In: MARCELINO, Nelson (org.). *Introdução às Ciências Sociais*. Campinas: Papirus, 1995.

LOCHE, Adriana A.; FERREIRA, et. al. *Sociologia Jurídica: estudos de Sociologia, Direito e Sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé. *O direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

MILLS, C. Wright. *A Imaginação Sociológica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica: lógica e método do Direito, problemas sociais, comportamento criminoso, controle social*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1999.

TRABALHO INFANTIL

Oris de Oliveira*

INTRODUÇÃO

Noberto Bobbio observa que a Declaração dos Direitos Humanos “contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta dos direitos positivos universais” (*A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro. Campus, 1992, p. 30). O Preâmbulo da Convenção sobre Direitos da Criança (1989) a situa “na particularidade concreta dos direitos positivos”. As normas internacionais concernentes à idade mínima, por sua vez, são os desdobramentos do que dispõe o art. 32 da mesma Convenção: estabelecimento de uma idade ou idades mínimas para admissão em empregos como medidas legislativas, administrativas e educacionais para proteger a criança contra a exploração econômica.

As normas concernentes ao trabalho infantil devem, pois, primeiramente ser colocadas na perspectiva de preservação de direitos humanos da criança .

É *juridicamente* relevante, embora óbvio “inter doctos”, saber que a inteligência das normas só é perfeita na perspectiva de sua teleologia, ou seja, do(s) valor (es) que visam preservar. Nelas enfocar apenas o “VAZIO” criado pelo “NÃO” jurídico é uma leitura paupérrima, embora comum. O valor a preservar é o de “SER CRIANÇA”, com direito à saúde, à convivência familiar e social, ao lazer, ao brincar, ao acesso (regresso), permanência e sucesso nos estudos, portanto a uma escola de qualidade.

As pesquisas quantitativas e qualitativas enfocando os aspetos cultural, sociológico, econômico, sanitário mostram que as crianças e adolescentes que se envolveram no trabalho prematuro foram e são privados desses direitos.

I- CAUSAS

Há consenso que o trabalho infantil como realidade sociológica não se explica por unicausalidade. O “histórico” (passado e presente) processo de produção capitalista é a causa fundamental da exploração da mão-de-obra infantil. Desde a implantação da revolução industrial no final do século XVIII a burguesia industrial e, mais tarde, a agrária se capitalizaram e se capitalizam também com uma voraz e

* Juiz do Trabalho (1ª Região) aposentado; professor de direito do trabalho nas Faculdades de Direito USP, UNESP, UNIFRAN. Membro do Conselho Consultor da Fundação ABRINQ, Pelos Direitos da Criança e do Adolescente.

desumana utilização da mão-de-obra infanto-juvenil. Há quem creia que este processo, que não seria “intrinsecamente mau”, pode ser melhorado com reformas substancialmente iguais, mas com outra nomenclatura, às propostas pelo socialismo utópico do século XIX.

Fatores imediatos condicionantes podem ser apontados entre outros: a pobreza (indiscutivelmente um dos mais fortes); a cultura (aceitação da fatalidade da pobreza e como sina do pobre); carência de ofertas de escolaridade de qualidade; inexistência de políticas públicas consistentes e perseverantes.

Os fatores se interagem de tal maneira que, em certas circunstâncias, há predomínio de um sobre outros, mas sempre criando um círculo vicioso.

II - CONCEITO DE TRABALHO INFANTIL

Há certa complexidade na conceituação do trabalho infantil.

A- TRABALHO

Importa saber qual interpretação se dar aos termos “qualquer trabalho” do Inc. XXXIII do art. 7 da C.F. Referindo-se todo esse artigo ao trabalho em regime de emprego, pode-se sistematicamente interpretar que a proibição do Inc. XXXIII se limita ao efetuado na relação empregatícia.

Os efeitos práticos de tal interpretação assumem caráter acadêmico de vez que a ratificada Convenção 138 explicita que as normas nela contidas se aplicam à “admissão a emprego ou trabalho” (art. 1º) em “qualquer ocupação” (art. 2º) seja qual for o regime jurídico.

Também as normas do ECA sobre trabalho (art. 60 a 69) não se restringem ao trabalho em regime de emprego.

Pode-se perguntar se as normas da Convenção 138 comportam exceções. Os artigos 4º e 5º permitem que países excluam de sua aplicação número limitado de categorias ou limitem o alcance da aplicação. O Brasil, ao ratificar a Convenção 138, não fez nenhuma ressalva. O art. 6º explicitamente excepciona de sua aplicação os trabalhos que se realizam em programas de *qualificação profissional*, ainda que em alternância em centro de formação e na empresa; nesta, porém, com a idade mínima de 14 anos.

Cabe uma indagação sobre o trabalho que filhos e filhas executam (ou deveriam executar) auxiliando nas tarefas caseiras no “ambiente familiar”, no entorno da casa, no próprio domicílio, portanto *não para terceiros*, serviços em cuja execução todos, inclusive os homens, devem colaborar, de tal maneira que não se onere demais a “dupla jornada” da mulher. Dentro de parâmetros de razoabilidade, sem ofensa a outros direitos (escolaridade, lazer), tais trabalhos não são proibidos e fazem parte de um processo de socialização, de integração na vida social do grupo a que a criança pertence, como bem aponta Elias

Mendelievich.²

A incidência de numerosos programas de televisão de que crianças e adolescentes participam como atores tem suscitado questões sobre licitude de tais trabalhos. Devem ser observadas as normas do art. 149 do ECA (disciplina por portaria, autorização *caso a caso*) e do art. 8º da Convenção (*casos individuais*), devendo os conselhos tutelares, a promotoria pública e o juizado da infância e da adolescência cumprir suas obrigações sobre os abusos ocorrentes. Atendendo pedido de uma emissora de televisão, a Fundação ABRINQ (ouvistos pais, psicólogos, pedagogos, juristas, profissionais da área) produziu um protocolo de livre adesão apontando o que é correto observar na participação de crianças e adolescentes em tais exibições.

B- INFANTIL

A Declaração dos Direitos da Criança define: (...) entende-se por criança (niño, enfant, child) todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

A Convenção 182 sobre “piores formas de trabalho infantil” estende sua proteção à criança (niño, enfant, child) com idade inferior a 18 anos. .

A Convenção 138 da OIT não explicita o conceito de criança, mas a proteção nela contemplada se restringe à idade de 18 anos. Também a norma constitucional e o ECA limitam a disciplina da idade mínima aos 18 anos.

Literalmente seria infantil todo trabalho executado na faixa etária inferior a 18 anos e equivocadamente se deduziria que seria proibido e deveria ser eliminado. Todavia as normas internacionais e nacionais fixam no interior desta faixa etária vários níveis, permitindo que o adolescente possa trabalhar a partir de 15 ou 14 anos dentro de parâmetros bem especificados. No Brasil, o trabalho é permitido a partir dos 14 como aprendiz e dos 16 anos como trabalho comum (fora do processo de aprendizagem).

A Convenção da OIT fixa várias idades mínimas de admissão: a “*básica*” para admissão ao emprego e ao trabalho (15 ou 14 anos) (art. 2º); “*superior*” (18 anos) para trabalhos que prejudiquem a saúde, a segurança e a moral, com possibilidade de ser permitido a partir dos 16 anos se for proporcionada instrução ou formação adequada (art. 3º); “*inferior*” (13 ou 12) anos para trabalhos leves (art. 7º).³

A Constituição Federal fixa as idades diversamente: a “*básica*” (16 anos) para trabalhos fora de processo de qualificação; a “*inferior*” (14 anos) cobre duas hipóteses: proibição de qualquer trabalho, mas permissão em regime de aprendizagem; “*superior*” (18 anos) para insalubres e perigosos, não abrindo exceção para

² El trabajo de los Niños, Oficina Internacional del Trabajo, primeira edição, 1980, p.3.

³ Os adjetivos *básica*, *superior* e *inferior* são adotados pelos Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações.

menores, mesmo havendo “instrução e formação adequada”. O Estatuto da Criança e do Adolescente acrescenta proibição de trabalhos “penosos” e realizados em locais prejudiciais à formação e ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social.

Sintetizando, harmonizando sistematicamente os comandos da norma internacional ratificada e de outras normas brasileiras, mas levando em consideração restrições maiores da legislação pátria: *é infantil e juridicamente proibido o trabalho executado abaixo das idades previstas em lei: 14 anos em qualquer emprego ou ocupação; 16 anos fora de processo de qualificação profissional (aprendizagem); 18 anos para trabalhos insalubres, perigosos, penosos, prejudiciais ao desenvolvimento físico, psíquico, social e moral.*

III- PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL

À medida que as ações do IPEC (International Program on Elimination Child Labour) se desenvolveram, percebeu-se que o trabalho infantil em quase todos os países assume formas de alta agressividade. No Brasil as primeiras pesquisas, ações e programas se voltaram para trabalhos mais agressivos como os do corte da cana, da utilização da cola tóxica no setor calçadista, de serviços e em locais de carvoarias, da indústria fumageira.

A Convenção 182 houve por bem qualificar tais trabalhos como “piores formas”, não deixando dúvida até gramaticalmente de que as demais não eram boas, portanto, nem toleráveis, nem aceitáveis, nem boas.

O art. 3º da Convenção relaciona as seguintes piores formas:

- a) escravidão ou práticas análogas à escravidão, venda de crianças, servidão por dívidas, condições de servos, trabalho forçado ou obrigatório incluído para utilização em conflitos armados;
- b) recrutamento para prostituição, produção de material pornográfico e atividades pornográficas;
- c) utilização e recrutamento de crianças para atividades ilícitas tais como produção e tráfico de drogas;
- d) trabalho que por sua natureza ou condições afete a saúde, a segurança e a moralidade.

Cada Estado-membro deve explicitar as modalidades ocorrentes em seu território e dar absoluta prioridade ao combate, à eliminação, à erradicação destas formas..

IV- TRABALHO INFANTIL DOMÉSTICO - TID.

Nos últimos anos a OIT vem promovendo pesquisas e ampla mobilização em vários países, inclusive no Brasil, enfocando o TID. Pesquisas qualitativas realizadas em várias capitais estaduais brasileiras têm revelações nada alvissareiras. Entre 10 e 17 anos havia em 1998 no Brasil o expressivo número de

556.237 crianças e adolescentes no emprego doméstico (95% mulheres; 10.49% sobre o total de pessoas no emprego doméstico).

Juridicamente, os mesmos princípios e normas internacionais e nacionais que regem o trabalho infantil em geral se aplicam ao emprego doméstico.

Vários fatores específicos afetam o TID: no interior das residências cujo acesso é resguardado pela inviolabilidade; maior possibilidade de assédio sexual e moral sem possibilidade ou coragem de denunciar; durações de jornada que, de fato, se não impossibilitam a freqüência à escola, inviabilizam o aproveitamento escolar; convívio social limitado sobretudo para as crianças que moram na casa do empregador; falta de qualificação profissional para enfrentar outras alternativas de trabalho oferecidas pelo mercado; resquícios escravocratas de quem deseja ter uma mucama à sua disposição sem delimitação de duração de jornada; persistência em algumas regiões do emprego doméstico camuflado pelo apadrinhamento ou pela figura da guarda.

V- PROTEÇÃO JURÍDICA DOS TRABALHADORES INFANTIS

Ainda que proibido o trabalho infantil, o direito protege as crianças e adolescentes que o executam não só com ações que visam imediatamente não permitir continuidade da atividade, mas também garantindo-lhes todos os direitos decorrentes da relação jurídica na qual se envolvem. Se a relação é de emprego, no momento em que são afastados a criança e o adolescente, têm eles todos os direitos garantidos pelas normas celetistas e de leis extravagantes (13º salário, FGTS, etc.), com anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e recolhimento das verbas previdenciárias.

Configurada a hipótese do adolescente continuar trabalhando ultrapassada a fase da proibição, há “*accessio temporis*”, portanto, um só contrato para os efeitos legais e convencionais pertinentes.

Já se decidiu várias vezes, com razão: não se pode invocar uma norma de proteção trabalhista ou previdenciária, apontar a irregularidade (nulidade se quise-rem) da contratação para desproteger o trabalhador infantil e enriquecer-se ilícitamente.

VI- ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Em termos imediatos a Convenção 138 não exige que os países consigam abolir o trabalho infantil “miraculosamente”. É um desafio para anos. O art. 1º exige que os países membros se comprometam a seguir uma política nacional que assegure a efetiva abolição, hoje considerada como umas das exigências dos Princípios e Direitos Fundamentais do trabalho relacionados na Declaração da OIT de 1998.

Antes da implementação do IPEC no Brasil o trabalho infantil não existia na

agência nacional, exceto rápidas referências acadêmicas à idade mínima, tudo o mais demonstrando haver uma passividade cultural de aceitação. Não faltaram os que viam nele uma “solução” em vez de um “problema”, de uma “chaga”. As primeiras pesquisas mostrando fatos, ainda que feitas com absoluta objetividade, foram taxadas de “radicais”, ou tentou-se esconder a quetão “debaixo do tapete”.

O IPEC criou uma mobilização e uma articulação envolvendo órgãos governamentais e não governamentais, contando com a estrutura implantada pelo ECA de Conselhos Tutelares, de Conselhos de Direitos em âmbito nacional, estadual, regional, municipal. Nesta caminhada merece destaque a atuação de fóruns regionais e sobretudo do Fórum Nacional de Eliminação e Erradicação do Trabalho Infantil, que conta com a presença de numerosas entidades e instituições. A ANAMATRA bem cedo se fez presente e tem dado contribuição relevante. Deve ser destacada a colaboração importantíssima do UNICEF que, embora atuando em faixa própria, com ênfase na educação, muito contribui com programas paralelos que reforçam a luta contra o trabalho infantil, forjando o slogan:- Lugar de criança não é nem na rua nem no trabalho mas na escola de qualidade.

Uma lição se pode tirar desta mobilização que se iniciou em 1992: a fase de só denunciar teve seu tempo e sua importância. Hoje o combate ao trabalho infantil só terá efeito se for *propositivo*, preenchendo o não jurídico, ao menos com medidas compensatórias (programas - não ações isoladas- tais como os de renda mínima para pais, de bolsas (escola, família), de atividades de complementação escolar), respaldadas por políticas públicas cumprindo o que dispõe o art. 227 da Constituição (*resumo propositiva* da Convenção dos Direitos da Criança, cujos principais tópicos em estudo já eram conhecidos na fase de anteprojeto do ECA): a erradicação do trabalho infantil é dever da família, da sociedade, do Estado, para garantir, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

1. A Revista da Faculdade de Direito tem por finalidade a publicação de trabalhos e estudos referentes à Jurídica, conforme apreciação de seu Conselho Editorial. Os conceitos, informações e pontos de vista contidos nos trabalhos são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

2. Os trabalhos poderão ser elaborados na forma de artigos (inéditos), relatos de pesquisa ou experiência, pontos de vista, resenhas bibliográficas ou entrevistas. Quando se tratar de relato de pesquisa, deverá obedecer à seguinte organização: introdução, metodologia (sujeitos, material e procedimento), resultados, discussão, referências bibliográficas e anexos.

3. Os trabalhos deverão ser redigidos em programa Word for Windows 7.0, espaço duplo, fonte *Arial Normal*, tamanho 12, folha A4, com 2,5cm de margem (esquerda, direita, superior e inferior). **Deverão ter, no máximo, 20 páginas.**

4. Um disquete 3,5" e duas cópias impressas (com conteúdo e formato idênticos) devem ser enviados à Secretaria da Faculdade de Direito Padre Anchieta, à Av. Dr. Adoniro Ladeira, 94 - Jundiá - SP (Km 55,5 da Via Anhanguera)

5. A capa deverá conter, na seguinte seqüência, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS). Abaixo do título, em parágrafo centralizado, o tipo de publicação (artigo, relato de pesquisa, resenha etc.). Abaixo, em parágrafo justificado, deverá vir o sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), seguido do nome completo (separados por vírgulas), sua mais alta titulação acadêmica e atuação profissional, endereço completo, telefone e, se tiver, o endereço eletrônico. Para trabalhos com mais de um autor, os sobrenomes devem ser colocados em ordem alfabética ou apresentados, primeiro, aqueles que mais contribuíram para a execução do trabalho e, em seguida, os colaboradores.

6. A primeira página deverá conter, como cabeçalho, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS). Abaixo do título, deverá vir o nome completo do autor. A titulação acadêmica e a atuação profissional do autor deverão vir em forma de nota de rodapé, inserida após o sobrenome. No caso de múltiplos autores, a ordem deve ser idêntica à da capa. Abaixo do cabeçalho, apresentar o resumo do trabalho (máximo 20 linhas), 5 palavras-chave, *abstract* e *key words*.

7. Quadros, tabelas, fotos e figuras deverão ser devidamente identificadas com numeração, títulos e legendas.

8. As citações, no texto, deverão ser seguidas da respectiva referência, entre parênteses, contendo o sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS) e o ano da publicação. Exemplo: (BOSSA, 1994).

9. As citações literais, no texto, deverão ser apresentadas entre aspas e seguidas da respectiva referência, incluindo-se a(s) página(s). Exemplo: (BOSSA, 1994: 32).

10. As citações literais com mais de três linhas deverão ser redigidas em parágrafo destacado, com 1cm de recuo esquerdo e direito, letra tipo *Arial Normal*, fonte 10.

11. As referências bibliográficas, no final do texto, serão limitadas aos trabalhos realmente lidos e citados no corpo do trabalho, obedecendo, preferencialmente, ao seguinte padrão: sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), nome do autor, ano da publicação (entre parênteses), título completo da obra (*em itálico*), local de publicação e editora.

Exemplo:

STORER, I.T.; USINGER, L.R.; STEBBINS, C.R. & NYBAKKEN, W.J. (1998). *Zoologia Geral*. São Paulo: Cia. Editora Nacional.