



Sobre a Revista
Última Edição
Edições Anteriores
Normas
Chamada de Trabalhos
Contatos

Direito

Revista da Faculdade de Direito
Centro Universitário Padre Anchieta
Jundiaí/SP

ISSN 1519-1656

UNIAnchieta

Conselho Editorial:

Claudinei Coletti

Cláudio Antonio Soares Levada

Ivone Silva Barros

João Carlos José Martinelli

Lucia Helena de Andrade Gomes

Mauro Alves de Araújo

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Simone Zanotello

Tereza Cristina Nascimento Mazzotini

Organização:

Claudinei Coletti

AGRADECIMENTOS

Agradecemos o apoio do Centro Universitário Padre Anchieta, em nome do Presidente Dr. Norbeto Mohor Fornari. Agradecemos ainda, em especial, a Glauca Satsala, pela forma solícita e competente para a publicação desta edição.

Aos estimados professores e alunos, que coletivamente contribuíram com a construção da nossa Revista.

APRESENTAÇÃO

Apresentamos ao leitor o número 18 da Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

Os temas apresentados neste número, além de atuais e relevantes, abordam as mais diferentes questões, todas ligadas, de uma forma ou de outra, à reflexão do Direito como fenômeno jurídico inserido num determinado contexto histórico-social.

Marcus Vinícius Ribeiro, no artigo intitulado “*Dignidade humana, autonomia privada e responsabilidade social das empresas*”, analisa a questão da responsabilidade social das empresas à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Claudemir Battalini em “*O princípio da proibição de retrocesso ambiental*” faz uma interessante análise do princípio que veda o retrocesso em normas de proteção ambiental, com a finalidade de impedir que reformas na legislação diminuam as garantias de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fundamental à garantia de vida com dignidade. Claudinei Coletti analisa os “*Conceitos fundamentais da teoria sistêmica de Niklas Luhmann*”, importante sociólogo alemão que, ao elaborar de forma inovadora uma teoria geral da sociedade contemporânea, propôs e definiu alguns conceitos sem os quais não se compreende o universo de reflexão luhmanniano: “sistemas autorreferentes e autopoieticos”, “complexidade e diferenciação sistêmica”, “limites”, “diferenciação”, “observação”, “seleção”, “estruturas”, “processo” e “evolução temporal”. Roberto Epifânio Tomaz e Tarcísio Germano de Lemos Filho, no artigo intitulado “*Um novo paradigma jurídico à sustentabilidade: direito transnacional*”, fazem uma relevante reflexão sobre o direito transnacional, entendido como um novo modelo jurídico adequado à evolução do conceito de desenvolvimento sustentável e de sustentabilidade. Regiane Scoco Laurádio discorre sobre a “*Responsabilidade civil dos sites de compra coletiva*”, questão importante de ser analisada tendo em vista os avanços tecnológicos e a expansão do comércio eletrônico no momento atual. César Reinaldo Offa Basile analisa a questão do “*Efeito devolutivo dos recursos e cognição de questões de ordem pública nos tribunais*”. Simone Zanotello de Oliveira, em “A

implantação do pregão eletrônico”, discute a importância dessa nova modalidade de compras governamentais para a administração pública e para a sociedade, enfatizando a necessidade de que todos os atores envolvidos no processo (servidores, fornecedores e cidadãos) tenham sua atuação pautada pela ética e pelo combate à corrupção e às fraudes. Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, por sua vez, analisa de maneira competente e minuciosa os principais “*Aspectos processuais do reconhecimento e dissolução da união estável*”. Wanderley Todai Júnior, em “*Estudo sobre teoria social, relações de produção e liberdade (notas para uma ontologia da liberdade em Marx – I)*” procura discutir a relação existente entre a construção teórica do conhecimento social e a construção da teoria da liberdade presente nos trabalhos de Karl Marx. Márcia Cáceres Dias Yokoyama, no artigo “*Confissão: colaboração do réu no processo penal*”, discute a forma por excelência de colaboração do investigado na fase policial ou do réu no processo penal. Sebastião Augusto de Camargo Pujol, em “*As bases científicas da segurança pública nas perspectivas dogmática e zetética*” defende a ideia de que a segurança pública pode ser examinada ora de um ponto de vista tradicional, pela ótica do pensamento dogmático, o qual supõe que todas as respostas encontram-se embutidas na atividade de subsunção dos fatos às normas de regência, ora pela ótica do pensamento zetético, a partir do qual o intérprete do direito não se limita a compreender os textos jurídicos, mas se propõe a interpretar a realidade, problematizando-a a partir do contexto histórico e das relações reais de poder existentes na sociedade. Clélia Gianna Ferrari, no texto “*Breves apontamentos sobre a interpretação jurídica e a constitucionalização do direito*”, reflete sobre os paradigmas da interpretação jurídica em geral e, em especial, da interpretação com base na Constituição Federal, fundamental ao implemento e à manutenção do Estado democrático de direito. João Jampaulo Júnior, no breve artigo “*La constitución y el tribunal constitucional: ‘O mito da Suprema Corte’ em Enterría e o Supremo Tribunal Federal*”, analisa o tema do controle da constitucionalidade na obra de Eduardo Garcia Enterría e o mito da Suprema Corte, comparando-a com o Supremo Tribunal Federal no Brasil. Por fim, Alexandre Barros de Castro, num pequeno artigo de opinião, faz comentários sobre as “*Mazelas da tributação no Brasil*”.

A preocupação fundamental da nossa Revista é a discussão teórica e doutrinária de temas de importância jurídica e social.

Acreditamos que tais discussões sejam fundamentais para a formação e atualização de professores, alunos e demais profissionais do Direito preocupados em refletir sobre as transformações recentes da realidade social e do fenômeno jurídico.

Prof. Dr. Claudinei Coletti

SUMÁRIO

DIGNIDADE HUMANA, AUTONOMIA PRIVADA E RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA 8

Marcus Vinicius Ribeiro

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL 27

Claudemir Battalini

CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN..... 38

Claudinei Coletti

UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO À SUSTENTABILIDADE: DIREITO TRANSNACIONAL..... 48

Roberto Epifanio Tomaz

Tarcísio Germano de Lemos Filho

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SITES DE COMPRA COLETIVA 66

Regiane Scoco Laurádio

EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS E COGNIÇÃO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NOS TRIBUNAIS..... 79

César Reinaldo Offa Basile

A IMPLANTAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO..... 99

Simone Zanotello de Oliveira

ASPECTOS PROCESSUAIS DO RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL 121

Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel

ESTUDO SOBRE TEORIA SOCIAL, RELAÇÕES DE PRODUÇÃO E LIBERDADE (NOTAS PARA UMA ONTOLOGIA DA LIBERDADE EM MARX - I) 165

Wanderley Todai Júnior

CONFISSÃO: COLABORAÇÃO DO RÉU NO PROCESSO PENAL 199

Marcia Caceres Dias Yokoyama

AS BASES CIENTÍFICAS DA SEGURANÇA PÚBLICA NAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICA E ZETÉTICA 211

Sebastião Augusto de Camargo Pujol

BREVES APONTAMENTOS SOBRE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO221

Clelia Gianna Ferrari

LA CONSTITUCIÓN Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: “O mito da Suprema Corte” em Enterría e o Supremo Tribunal Federal..... 229

João Jampaulo Júnior

MAZELAS DA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL – Formador de Opinião..... 231

Alexandre Barros Castro

DIGNIDADE HUMANA, AUTONOMIA PRIVADA E RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA

*Marcus Vinicius Ribeiro*¹

1. Introdução

O presente estudo tem como objetivo examinar a responsabilidade social da empresa e a autonomia privada na perspectiva da dignidade da pessoa humana. Nele, serão analisados o conceito e a função do Direito, os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, em uma concepção sistemática do ordenamento jurídico, princípios da ordem econômica, além da responsabilidade social da empresa.

A metodologia selecionada foi a pesquisa bibliográfica de literatura nacional e estrangeira e o método utilizado será predominantemente dedutivo, mas com uso, outrossim, da indução e da intuição.

2. Direito

Direito é difícil de ser definido, até porque não é uma expressão unívoca, possuindo várias acepções. Com efeito, em suas diversas significações, ora a expressão é usada com sentido de norma, ora como faculdade, por vezes como sinônimo de justo, como fato social ou, ainda, como ciência. Neste passo, enquanto lei ou norma, é o conjunto de preceitos e regras, cuja observância pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo mediante uma coerção exterior ou física. Por sua vez, sob o aspecto de fato social, é definido por Gurvitch como "uma tentativa de realizar, num dado meio social, a idéia de justiça, através de um sistema de normas imperativo-atributivas".²

¹ Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Defensor Público do Estado de São Paulo. Professor Doutor Titular do Programa de Mestrado em Direito da Unib. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) e da Uninove.

² Apud MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 23ª ed. São Paulo: RT, 1995. p. 34 e ss.

No sentido de justo, direito é empregado como aquilo que é devido ou que está em conformidade com a justiça enquanto que, no sentido de faculdade, como o poder moral de fazer, exigir ou possuir algo.

Para Miguel Reale, direito é o conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um dos membros da comunidade.³

Conforme adverte Louis Assieer-Andieu⁴, "o direito é uma realidade social. É um comportamento das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é realidade singular. Ele é, a um só tempo, o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos".

Durkheim afirma que "a vida social, em todo lugar onde ela existe de maneira duradoura, tende inevitavelmente a assumir uma forma definida e a organizar-se, e o direito nada mais é, senão, essa própria organização no que ela tem de mais estável e de mais preciso".⁵

Enfim, sem pretender formular uma definição própria que, com certeza, comportaria uma monografia própria e se afastaria da proposta do presente estudo, aceitar-se-á, como fez Renan Lotufo, o Direito como "um sistema normativo, que engloba instituições, com o que visa prescrever comportamentos aos integrantes da sociedade, a qual editou tal conjunto normativo, no interesse da sociedade, a qual editou tal conjunto normativo, no interesse do desenvolvimento das relações entre os seus integrantes, inclusive para solucionar conflitos entre eles".⁶

Direito, então, é o conjunto de regras e normas criadas para organizar e possibilitar o convívio pacífico entre os indivíduos na sociedade. Para facilitar seu estudo, a doutrina o dividiu em Direito Privado (regulando as relações jurídicas entre particulares) e Direito Público (as relações jurídicas em que o Estado é parte). Além disto, dentro destes ramos

³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 1.

⁴ ANSIEER-ANDIEU, Louis, *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XI.

⁵ DURKHEIM, Émile. *La division du travail social*, p. 29, apud ASSIER-ANDRIEU, Louis, Op. cit., p. 19.

⁶ Cf. LOTUFO, Renan. *Curso avançado de Direito Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2002. p. 18.

existem várias sub-divisões. Porém o Direito, em si, é um só, sendo que tal divisão se dá apenas para facilitar seu estudo.

Nesta divisão hipotética, o *Direito Constitucional* é essencial para todas as demais áreas, pois em decorrência da supremacia constitucional na hierarquia das leis, que foi idealizada por Hans Kelsen⁷, as normas infraconstitucionais somente são válidas se estiverem de acordo com a Constituição, que é a lei maior.

Com efeito, Constituição, para Gomes Canotilho⁸, "é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política", mediante a qual "se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político". A Constituição de um Estado é, então, sua lei fundamental e as demais normas se submetem a ela.

A Constituição é o ato fundamental que determina a organização do Estado e regulamenta o exercício do Poder. A seu título ela é considerada a lei suprema, a chave da estrutura da construção estatal. Mas, seu conteúdo, seus procedimentos de elaboração e sua autoridade variam dependendo do país e da época.⁹

Em síntese, Constituição pode ser definida, conforme fez José Afonso da Silva, como: "o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado".¹⁰

Por sua vez, o direito privado tradicional, que trata das relações do dia-a-dia entre particulares, era marcado pela regulamentação e proteção da propriedade, da empresa, do contrato, do testamento e da família. Porém, atualmente, vêm sendo marcado, em última instância, pela tutela dos valores essenciais da pessoa humana, sendo que aqueles valores são apenas consequência disto.¹¹

Desse modo, ocorreu uma despatrimonialização do direito privado, sendo que agora o verdadeiro bem a ser protegido é a pessoa humana, pois o direito foi criado pelo homem e só existe em função dele, não havendo sentido no inverso, ou seja: o homem viver em função do direito. Surge, destarte, a proteção dos direitos da personalidade, as obrigações de fazer deixam de ser convertidas em perdas e danos, pois, muitas vezes, não teria uma

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 12.

⁹ JEANNEAU, Benoit. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Dalloz, 1978. p. 60.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23ª ed, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

¹¹ FACHIN, Luis Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 32.

correspondência patrimonial. O direito privado, então, começa a se preocupar mais com a satisfação do indivíduo e não com mera solução jurídica formalista.

Ao mesmo tempo, com a globalização e a visão neoliberalista do Estado, a Constituição passou a incorporar valores, conceitos e princípios do direito privado. Desse modo, ocorreu uma constitucionalização do direito privado.

Neste passo, com a progressiva constitucionalização do direito privado e a consequente publicização das relações entre os indivíduos, concomitantemente com a privatização, disponibilidade e relativização de certas normas aplicáveis ao Estado, têm diminuído a distinção entre direito público e privado, é exigida uma leitura abrangente do direito como um todo. O direito, atualmente, mostra uma tendência em colocar a dignidade da pessoa humana como o principal valor a ser protegido e o fundamento final para a ciência jurídica, seja qual for o sub-sistema que tiver sendo estudado.

Pietro Perlingieri afirma que o direito é, portanto, o produto de uma determinada sociedade que, em determinado tempo e local, resolveu sistematizar seus problemas e soluções a divergências para que ocorra a pacificação das relações inter-individuais, protegendo-se, conseqüentemente, os valores essenciais protegidos por ela.¹²

A cultura jurídica, assim, é produto da atividade interpretativa de todos os operadores do direito. Deve-se, outrossim, considerar os problemas concretos e a realidade social em um contexto sistemático em que existam regras e princípios que se complementam.

Para Perlingieri, o ato singular e individual assume uma significação social em confronto com uma série de condutas socialmente típicas. Deve ocorrer interdisciplinaridade no estudo do ordenamento jurídico, fusão entre o direito público e privado, além de uma sistematização com visão global do Direito.¹³

3. Ordenamento jurídico: princípios e regras

Metodologicamente, o direito deve ser visto como um sistema normativo aberto que contém princípios e regras. Tais normas se completam no momento da respectiva interpretação e aplicação.¹⁴

¹² PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane.. p. 1 e ss..

¹³ Ibidem.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*, p. 72-73.

Norberto Bobbio afirma que normas jurídicas são proposições prescritivas, sendo que por proposição é considerado o "conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade". A forma mais comum de proposição é o que, na lógica clássica, se chama de *juízo*.

Neste caminho, conforme referido, as normas jurídicas podem ser divididas em princípios e regras. Com efeito, o termo "princípio" tem mais de um significado: pode ser o início de algo ou os valores em alguma coisa se funda. No Direito, os princípios tanto são os valores superiores que o ordenamento jurídico se baseia, quanto o ponto de partida do mesmo, ou seja, as regras devem ser fundadas nos princípios e eles, paradoxalmente, são extraídos da repetição das ideias contidas nas próprias regras de todo o ordenamento jurídico.

Princípios "são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas".¹⁵ Por isto, os princípios constituem-se critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do direito, além de sua utilidade no processo de suprimento das lacunas legais. Eles repercutem em todo ordenamento positivo.

Os princípios do direito são identificados pela doutrina quando esta se propõe a estudar e organizar e o ordenamento jurídico. Neste passo, ao identificar os valores principais que o Direito busca proteger, são formulados conceitos e identificados princípios, ou seja, os valores superiores que se repetem e que as regras de proteção partem e se fundamentam.

O legislador, ao editar novas leis, baseia-se nos conceitos formulados pela doutrina e os princípios retornam à legislação, às vezes de forma expressa, em outras de maneira implícita.

A lei, assim, incorpora os princípios enquanto que a jurisprudência e o costume fazem deles seus argumentos principais. Assim sendo, forma-se uma verdadeira micro-física em que os valores fundamentais, expressados nos princípios, são ao mesmo tempo, a fonte e o ideal a ser atingido pelo sistema jurídico.

Os princípios formam-se quando a doutrina, ao estudar o sistema jurídico, identifica certos valores cuja proteção se repetem com certa frequência. Pode-se afirmar que, remotamente, todos os princípios decorrem de um valor fundamental: a dignidade da pessoa humana. Isto porque, o direito só existe em função do homem e para que o ser humano possa viver em paz na sociedade. Em decorrência deste valor fundamental surgem outros princípios

¹⁵ SILVA, José Afonso da SILVA, Op. cit. p. 85.

básicos como os da liberdade, igualdade e justiça. Os demais podem ser considerados decorrência destes.

Na complexa subdivisão de princípios identificados ou identificáveis percebem-se casos em que eles somente possuem ligação de forma remota e alguns chegam a ser contraditórios. Somente com cessões mútuas é que se chega ao verdadeiro objetivo do ordenamento jurídico, que é o da proteção da dignidade da pessoa humana. Desse modo, remotamente, todos os princípios tem a mesma origem e meta a ser atingida.

Conforme expõe Walter Claudius Rothenburg, "os princípios são dotados de alto grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação".¹⁶

Os princípios são dotados de ampla carga valorativa e, por serem mais abstratos, se aplicam a um número indeterminado de situações. Ao contrário, nas regras, em que pese também possuírem certa carga de valores, ela não é tão intensa. Isto porque as regras são mais específicas e as hipóteses de aplicação são mais facilmente identificáveis.

Existem princípios expressos na legislação (especialmente na Constituição) e outros implícitos, que são extraídos de todo contexto do ordenamento. Quanto à eficácia, é irrelevante se eles são expressos ou implícitos.

Nas regras ocorre a lógica do "tudo ou nada", ou seja: ou a regra é aplicável ou não. Não podem existir regras contraditórias. Neste caso, ocorrerá uma antinomia e uma delas será considerada inválida.

Ao contrário, a convivência dos princípios é necessariamente conflituosa, eles coexistem e, no conflito aparente entre eles, deve ser examinada a importância de cada bem jurídico posto em jogo para ser determinado até onde cada um irá ceder, sem descaracterizar totalmente o outro.

Destarte, a proporcionalidade aparece como um método para solucionar aparentes conflitos entre princípios. Em princípios não ocorrem antinomias. Não se discute a validade deles, mas seu peso no caso concreto. Alguns autores identificam a proporcionalidade como um princípio implícito no sistema jurídico. Porém, a entendê-la como princípio implicaria aceitar também sua relativização, pois não existem princípios absolutos. Destarte, melhor considerá-la como método de aplicação do direito. Assim, ela não sofrerá restrições.

¹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, p. 17.

Alguns autores pretendem diferenciar valores fundamentais e princípios gerais do direito. Sem embargo, Florez-Valdez, identifica ambas as expressões como sinônimas e as utiliza indistintamente.¹⁷

Isto porque, princípios são os valores superiores (meta, fim) e ponto de partida de onde se origina o ordenamento jurídico. Princípios gerais do direito são as idéias fundamentais em que este se baseia. No passado, com posicionamentos extremamente positivistas, defendia-se que os princípios gerais do direito eram fonte subsidiária do ordenamento jurídico e, por isto, havia razão em uma diferenciação. Porém, com uma visão intermediária entre o jusnaturalismo e positivismo, os princípios, mesmo nem sempre apresentando estrutura de normas jurídicas, ao mesmo tempo que identificam os valores fundamentais que a legislação deve se fundar e obedecer, também servem como instrumento e diretriz na interpretação e orientação dos casos duvidosos.

O que se busca, ao determinar os princípios gerais do direito, é localizar aquelas ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica. A respeito, tais valores, conforme já inferido, são: a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ocupa posição principal sendo os demais decorrência dela. A dignidade da pessoa humana não é mera consequência ou reflexo do ordenamento jurídico, tem uma existência prévia a ele.¹⁸

Frise-se: Todos os princípios e valores protegidos pelo direito, ao menos remotamente, derivam da dignidade da pessoa humana, que é a ideia principal e informadora de toda organização jurídica. Isto porque o direito só existe para o homem e em função dele, sendo que este o criou para possibilitar o convívio harmônico dos indivíduos em sociedade.

No Direito não existem valores absolutos e mesmo os mais importantes, às vezes, devem ceder para não atingir outros igualmente protegidos. Neste passo, em determinadas situações liberdade de uns deve ser restringida para que não afete 'a dos demais. Por sua vez, em certos casos, pessoas desiguais devem ser tratadas desigualmente para garantir maior equilíbrio. Assim sendo, a justiça pode ser considerada o meio termo, o ponto de equilíbrio entre a igualdade e a liberdade.

¹⁷ FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1990. p. 93 e ss.

¹⁸ *Ibidem*.

4. O princípio da dignidade da pessoa humana

Immanuel Kant já considerava o homem como um fim e si mesmo. Isto porque, o ser humano é dotado de racionalidade e "os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)".¹⁹

Assim, dignidade é uma "qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do Estado de Direito".²⁰

O princípio da dignidade da pessoa humana é difícil de ser definido, pois o conteúdo de sua noção é vago, aberto e reclama constante concretização. Embora todos tenham uma idéia implícita do que é considerado dignidade para uma pessoa, ainda assim, persiste a dificuldade de explicitar tal noção.²¹

Ana Paula de Barcelos desenvolve uma teoria que compreende o estabelecimento do "consenso mínimo" do conteúdo de tal princípio. Com efeito, o "mínimo existencial" de tal princípio "compreende quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça".²²

A dignidade da pessoa humana deve ser considerada atingida sempre que o homem for rebaixado a condição de objeto, tratado como uma coisa, sendo desconsiderado como sujeito de direitos.

É fato que, onde não houver respeito pela vida, integridade física, moral do ser humano e onde condições mínimas para a subsistência não forem garantidas a dignidade da pessoa humana não está sendo obedecida.

¹⁹ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.33.

²⁰ *Ibidem*, p. 27.

²¹ *Ibidem*, p. 40

²² BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258 e ss.

No Brasil, o princípio da dignidade humana é expressamente consagrado, previsto logo no artigo 1º, III da Constituição Federal, como um dos fundamentos do estado brasileiro.

5. A dignidade da pessoa humana e a autonomia privada

Pietro Perlingieri define autonomia privada como "o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento jurídico estatal a um indivíduo, de determinar vicissitudes jurídicas como conseqüências de comportamentos - em qualquer medida assumidos".²³

A autonomia privada é um poder normativo, enquanto o negócio jurídico (decorrente daquela) é uma fonte normativa. Neste contexto, Luigi Ferri²⁴ sustenta que o negócio jurídico é fonte normativa e que, por esta conseqüência, a autonomia privada é um poder de criar normas jurídicas, ou seja, quanto se estabelece um negócio jurídico está sendo criado direito. A autonomia privada é o poder (enquanto faculdade) do indivíduo em realizar, ou não, este negócio que acaba acarretando a criação desta norma.²⁵

Em uma sociedade juridicamente organizada não existem "espaços vazios" no direito, pois, para o particular, o que não está proibido, está permitido. Aliás, uma ação não pode ser lícita e não estar protegida pelo direito. Assim, a autonomia privada encontra posição de destaque, porque através dela os indivíduos estabelecem normas jurídicas a casos não regulados pela legislação.

Desse modo, a autonomia privada é um poder jurídico concedido ao indivíduo para expressar sua vontade; estabelecer regras e negócios jurídicos; agir livremente, desde que não ofenda a terceiros nem normas cogentes da legislação; bem como para o que particular escolha a forma de regular sua vida privada.

O que justifica esta liberdade conferida pelo Direito para os indivíduos determinarem-se livremente é, exatamente, o fato do Direito ter sido criado para possibilitar o convívio harmônico em sociedade e não existir sentido em criar regras desnecessárias, se não fosse atender aos interesses do próprio indivíduo.

²³ *Perfil do direito Civil*, p. 17.

²⁴ FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução para o espanhol de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Reviste de Derecho Privado. 1969. p. 105 e ss..

²⁵ *Ibidem*.

Conforme anota Luis Carlos dos Santos Gonçalves, a autonomia privada decorre de diversos direitos fundamentais. "Diante de sua importância na evolução do Estado, da conformação das relações deste para com a sociedade, na estrutura das liberdades públicas e na evolução da personalidade do homem, não é demais incluir a autonomia privada como um dos princípios de maior relevo na composição do respeito à dignidade do homem".²⁶

Em suma, a autonomia da vontade decorre do tratamento digno que o ser humano merece. Como afirmou Ingo W. Sarlet, citando Kant, "a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana."²⁷

Porém, se é a dignidade humana que fundamenta a autonomia da vontade, esta encontra como limite exatamente aquela, ou seja: não se pode usar a autonomia da vontade para violar a dignidade da pessoa humana.

6. Ordem econômica

Ordem econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas para regular a atividade produtiva. Em uma concepção liberal, nos séculos XVIII e XIX, defendia-se a ideia da ausência de intervenção do Estado na economia, com os indivíduos podendo exercer livremente qualquer atividade econômica. A organização e a atuação do setor produtivo seria totalmente orientadas pelas "forças do mercado". Os princípios básicos eram o da autonomia da vontade, a liberdade negocial, incluída a liberdade da empresa.²⁸

A incapacidade das leis da economia e do mercado em promover a distribuição da riqueza produzida para assegurar a todos uma existência minimamente digna, fez surgir a necessidade de o Estado intervir no setor econômico, limitando a liberdade para atingir maior igualdade. O Estado pode agir diretamente na economia (atuando no setor econômico) ou indiretamente (estabelecendo regras para determinada atividade, fiscalizando, fomentando ou

²⁶ O sigilo bancário e de dados financeiros e a tutela da privacidade e intimidade, in *Direito Civil Constitucional*, obra coletiva organizada por Renan LOTUFO, p. 219.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 32.

²⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*, 2. ed. ., Niterói: Impetus, 2008. p. 931.

planejando).

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 170, como princípios da ordem econômica: a soberania nacional, a livre iniciativa, a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as pequenas empresas brasileiras. Destarte, a orientação capitalista foi temperada com a necessária observância do cumprimento da função social.

Eros Roberto Grau²⁹ salienta que a Constituição Federal de 1988 consagra um regime de mercado organizado, “opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência”, mas a liberdade somente é permitida quando exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado. A ordem econômica tem por fim assegurar a dignidade da pessoa humana. Devido a isto, a propriedade e a empresa devem cumprir sua função social, ou seja: ser útil para a sociedade.

A expressão função social é vaga, imprecisa e de difícil inteligência. De qualquer forma, é certo que deve ser buscada a justiça social (superação das injustiças na distribuição da riqueza). Fábio Konder Comparato³⁰ afirma que o direito de propriedade sempre foi justificado “como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que na civilização contemporânea, a propriedade privada deixa de ser o único, senão o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia e emprego e salário justo e as prestações sociais devidas ou garantidas pelo Estado, como a previdência contra os riscos sociais, a educação e formação profissional, a habitação, transporte, e o lazer”.

Ora, não há como justificar a propriedade apenas por ela mesma. Em outras palavras, se a propriedade não contribuir, de algum modo, para a comunidade ela não se justifica. O que a fundamenta é, exatamente, a possibilidade de seu uso em proveito do bem comum. Nada contra o proprietário lucrar com ela, mas desde que ela seja útil e contribua para a sociedade de algum modo.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 212

³⁰ Apud GRAU, Eros Roberto Grau. Op. cit. p. 252

Assim, o princípio da função social é um pressuposto necessário para o fundamento da propriedade privada. Todo detentor de alguma riqueza tem a obrigação de empregá-la para acrescer a evolução social. Quem detém uma propriedade ou se beneficia dos bens de produção deve cumprir certo dever social, deve aumentar a riqueza geral (e não apenas a própria), fazendo valer o que ele detém. “Se faz, pois, socialmente obrigado a cumprir aquele dever, a realizar a tarefa que a ele incumbe em relação aos bens que detenha, e não pode ser socialmente protegido se não a cumpre.”³¹

Em suma, deve haver uma verdadeira “recompensa social” pelo fato de ser detentor de uma propriedade (ou de um meio de produção) e lucrar com ela. O que se pretende é um crescimento econômico e a produção de riquezas na forma de um bem estar coletivo.

Desse modo, o direito de propriedade é um direito fundamental de eficácia contida e, como tal, pode ser restringido nas hipóteses previstas na Constituição. Isto pode ocorrer para preservar outros direitos fundamentais, seja pelos sistemas de limitação da propriedade (servidões, limitações, desapropriação etc.) ou mesmo pela obrigação de cumprir a função social.

7. Função social da empresa

Para Fábio Ulhôa Coelho, empresa é a “atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços”. Assim, ela está ligada à organização dos meios de produção e abrange a produção e circulação de bens e serviços.

A empresa não possui personalidade jurídica, pois ela é a atividade econômica que se contrapõe ao titular dela, que é o empresário. “O empresário é o sujeito de direito, ele possui personalidade, pode ele tanto ser uma pessoa física na condição de empresário individual quanto uma pessoa jurídica na condição de sociedade empresária, de modo que as sociedades comerciais não são empresas, como afirmado na linguagem corrente, mas empresários”.³²

A noção inicial de empresa advém da economia, ligada à ideia central da organização

³¹ Cf. Leon Duguit apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 664.

³² TOMAZETTE, Marlon. A teoria da empresa: o novo Direito “Comercial”, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2899> Acesso em: 31 mar. 2010.

dos fatores da produção (capital, trabalho, natureza), para a realização de uma atividade econômica.

Ao organizar o sistema de produção e a circulação de bens aumenta a eficiência. Assim, conseqüentemente, a empresa é responsável pela geração de empregos, pelo recolhimento de tributos (que sustentam o Estado) e movimenta a economia.

Típica do sistema capitalista, a empresa, evidentemente, visa o lucro. Porém, não pode ser este seu único objetivo. Com efeito, devem também ser atendidos interesses socialmente relevantes. Até porque, quem exerce determinada atividade econômica, e lucra com ela, deve retornar algum proveito para a sociedade. O titular de um direito é também obrigado a cumprir com determinados deveres em relação a terceiros.

O princípio da função social não significa uma condição limitativa para o exercício da atividade empresarial, apenas visa proteger a sociedade da ganância patrimonial do mercado. Ela não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura, exigência para o exercício da propriedade privada. Impõe o dever da empresa de atuar em benefício da sociedade, não apenas em não atuar em prejuízo de outrem.

Ela é alcançada quando, além de cumprir sua finalidade (que é organizar o sistema de produção e circulação de bens), a empresa observa o dever de solidariedade, promova justiça social, favoreça o bem-estar dos trabalhadores, respeite a livre iniciativa, busque o pleno emprego e a redução das desigualdades sociais, observe as disposições que regulam o direito ao trabalho e normas anti-truste, respeite a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente, dentre outros direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, função social da empresa pode ser entendida como um conjunto de ações realizadas, não somente para assegurar e justificar a existência da empresa, mas para buscar melhorias para a coletividade e, com elas, impactar toda a sociedade. Tais atividades não podem ser consideradas mera caridade ou ato de filantropia. Trata-se de exigência implícita, pois não há razão racional para justificar o lucro e a empresa por si só, sem qualquer utilidade social.

8. Conclusão

Os valores morais da sociedade, em cada tempo, são transformadas em normas

jurídicas que procuram organizar o convívio do homem em sociedade. O Direito é este conjunto de princípios e regras organizado sistematicamente.

Os princípios são gerais e mais abstratos que as regras, sendo dotados de maior carga valorativa. As regras, por seu turno, são especificações dos princípios e são mais concretas, pois se aproximam mais do fato social, sendo identificadas mais facilmente sua aplicabilidade no caso concreto.

Porém, os princípios também são dotados de efetividade, sendo o parâmetro para o estabelecimento de novas regras, além de critério de interpretação e análise de validade das mesmas.

No conflito de regras antagônicas, uma será excluída do sistema, pois ocorrerá uma antinomia, sendo que não podem existir regras contraditórias entre si. Assim, a relação que se dá é em função da validade da regra.

No caso dos princípios, é analisada a validade e o peso destes, pois a existência dos princípios é conflituosa. Em um aparente conflito de princípios, deve ser examinado a importância do bem jurídico que cada um visa proteger e aplicar o método da proporcionalidade (balanceamento) destes para saber até que ponto cada um deve ceder sem atingir o núcleo inviolável do outro.

O princípio da autonomia privada não pode ser invocado para desrespeitar outros, em especial o da dignidade da pessoa humana, que é a verdadeira razão de existência do Direito.

Assim sendo, a autonomia privada encontra como limite o respeito pela dignidade humana.

A empresa visa o lucro, mas ela deve satisfazer um interesse público sem que, com isto, entenda-se que a livre iniciativa está sendo afetada. Até porque, o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento e pressuposto de todo o ordenamento jurídico. A empresa e o lucro são meios, o ser humano que é o fim.

A busca do bem comum não deve ser exclusividade do Estado, deve ser pressuposto da atuação de todos, em especial da empresa, que foi criada para melhor organizar os meios de produção. Assim, ela deve servir ao homem e não servir-se dele.

É necessária uma atuação responsável da empresa no processo de desenvolvimento, observando a preservação do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, a promoção dos direitos humanos e a construção de uma sociedade justa.

A função social da empresa deve respeitar autonomia privada do empresário, mas não se pode esquecer que o objetivo maior a ser buscado é a dignidade do ser humano.

Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANSIER-ANDIEU, Louis, *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed, Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, Germán J. Bidard. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

COSTA, José Manuel M Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Rezende

de; ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DALARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio Rezende de; ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

FACHIN, Luis Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução para o espanhol de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Reviste de Derecho Privado. 1969.

FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulacion constitucinal*. Madrid: Civitas, 1990.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

JEANNEAU, Benoit. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Dalloz, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

- LARENTZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução José Lamego. 3ª e., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução para o espanhol Alfredo G. Anabitarte, 2ª e., Barcelona: Ariel, 1983.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT.
- LOTUFO, Renan. *Curso avançado de Direito Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2002.
- MATHIEU, Bertrand. Reflexões sobre o papel dos Direitos Fundamentais na ordem jurídica constitucional. In: BARROS, Sérgio Rezende de & ZILVATI, Fernando Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 23ª ed. São Paulo: RT, 1995.
- _____, Cultura dos direitos humanos. In: *Direitos Humanos- legislação e jurisprudência*, v. I. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*, 2. ed. ., Niterói: Impetus, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Scientifiche Italiane.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*, 2. ed. Campinas: Russell, 2009.
- _____. *A suspensão condicional do processo na ação penal privada*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- _____. *Crimes de Imprensa*, São Paulo: BH, 2006.

_____. *O acesso à justiça penal no Estado Democrático de Direito*. In: *Revista Direito Escrito*, n. 1, jul/dez, 2002.

_____; BOTELHO, Julio César. (orgs.). *Temas Relevantes do Direito*, v. 2, São Paulo: Lúmem, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

ROUSSEAU, Dominique. *Les libertes individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2. ed. , Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito Constitucional Econômico*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. , Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da empresa: o novo Direito "Comercial", Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2899> Acesso em: 31 mar. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena & SUNFIELD, Carlos Ari (orgs.). *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999.

WEBER, Albrecht. Estado social, direitos fundamentais sociais e segurança social na República Federal da Alemanha. In: BARROS, Sérgio Rezende de; ZILVATI, Fernando



Aurélio. (org.) *Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999

WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Lisboa: Edições 79, 1997.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

*Claudemir Battalini*¹

Se você tem metas para um ano. Plante arroz. Se você tem metas para 10 anos. Plante uma árvore. Se você tem metas para 100 anos, então eduque uma criança. Se você tem metas para 1000 anos, então preserve o meio ambiente. (*Confúcio*)

1. Introdução

Falta de água nos reservatórios, risco de racionamento de água e até de energia elétrica, são reflexos da estiagem que se abate em determinadas regiões, agora também na região Sudeste, incluindo a Capital e também Jundiaí.

Além disso, temos vivenciado épocas com temperaturas acima da média, chuvas insuficientes, além de constantes notícias sobre aquecimento global, alteração dos regimes climáticos, aumento do nível dos oceanos com o derretimento das calotas polares, entre outras.

Assim, o meio ambiente é preocupação constante nos dias atuais. A intervenção inadequada sobre o ambiente tem demonstrado diversos efeitos nefastos, que atingem o próprio ser humano, em aspectos relacionados à vida, saúde, bem estar, patrimônio, entre outros.

Temos uma legislação ambiental importante para tentar manter o equilíbrio ecológico, mas as investidas para seu abrandamento são comuns e perigosas.

Surge então a necessidade de análise sobre os efeitos nefastos do retrocesso em normas de proteção ambiental, havendo princípio que veda esse retrocesso e deve ser observado pelos legisladores, órgãos de execução e operadores do Direito.

2. Considerações iniciais. Homem e natureza: identidade.

¹ Possui graduação em Direito e especialização em Direito Ambiental, ambos pelo Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta). É professor do UniAnchieta nas disciplinas de Direito Ambiental e Direito do Consumidor, e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

O ser humano é parte integrante de nosso planeta Terra. Depende para sobreviver do equilíbrio de Gaia, superorganismo vivo.

Há estreita ligação do homem com o próprio planeta:

Essa calibragem não é apenas interna ao sistema-Gaia, como se fora um sistema fechado. Ela se verifica no próprio ser humano, que em seu corpo possui mais ou menos a mesma proporção de água que o planeta Terra (71%) e a mesma taxa de salinização do sangue que o mar apresenta (3,4%). Esta dosagem fina se encontra no universo, pois se trata de um sistema aberto que inclui a harmonia da Terra.²

Há uma ligação cósmica existente, da qual o ser humano faz parte, reconhecendo-se a grandiosidade da inteligência criadora:

Assim como a célula constitui parte de um órgão e cada órgão, parte do corpo, assim cada ser vivo é parte de um ecossistema como cada ecossistema é parte do sistema global-Terra, que é parte do sistema-Sol, que é parte do sistema-Via Láctea, que é parte do sistema-Cosmos. O sistema-Gaia revela-se extremamente complexo e de profunda clarividência. Somente uma inteligência ordenadora seria capaz de calibrar todos estes fatores. Isso nos remete a uma Inteligência que excede em muito a nossa. Reconhecer tal fato é um ato de razão e não significa renúncia à nossa própria razão. Significa sim render-se humildemente a uma Inteligência mais sábia e soberana que a nossa.³

Somos, portanto, elementos da natureza, energia solar, “pó de estrela”, equilíbrio em quantidade água, salinização do sangue e outros elementos químicos.

Em outras palavras, o ser humano provém da própria Terra fértil, húmus fecundo, por isso se chama *homo* / *homem*; filhos e filhas de Adão, que significa filho da Terra.⁴

Essa percepção é fundamental para que o ser humano passe a respeitar, como deveria, o meio que o circunda e de onde retira todos os elementos necessários à sua vida com qualidade e dignidade.

² BOFF, Leonardo. *Ecologia Grito da Terra, Grito dos Pobres*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996, p. 38.

³ *Ibidem*, p. 39.

⁴ BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro Mundo Possível. Volume I - Hospitalidade: Direitos & Deveres de todos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 57-59.

Caso contrário, o próprio ser humano poderá vir a desaparecer, apoiado em informações científicas:

Atualmente pelo excesso de clorofluorcarboretos (CFC) e outros ingredientes poluidores, possivelmente o superorganismo-Terra se veja na iminência de inventar novas adaptações. Elas não precisam ser benevolentes para com a espécie humana. Podem irromper fomes crônicas, secas prolongadas e até grande mortandade de espécies. Segundo alguns analistas, não é descartável a hipótese de que a espécie *homo* possa, ela mesma, vir a desaparecer. Gaia a terá, com terrível dor, eliminado, para permitir que o equilíbrio global pudesse persistir e outras espécies pudessem viver e assim continuar a trajetória cósmica da evolução. Se Gaia teve que se liberar de milhares de espécies ao largo de sua biografia, quem nos garante que não se veja coagida a se livrar da nossa? Ela ameaça todas as demais espécies, é terrivelmente agressiva e está se mostrando geocida, ecocida e verdadeiro satã da Terra.”⁵

Vale lembrar que a ciência aponta que o risco maior será ao próprio ser humano, pois houve grandes extinções em massa de espécies anteriormente, após o que houve sempre uma nova gênese, ou seja, a vida nunca foi exterminada. A expectativa nesse caso é que surja outra espécie, melhor e principalmente mais consciente do que a nossa em relação aos cuidados com o planeta, nossa casa, superorganismo vivo.⁶

Em relação à água afirma-se que “a interligação existente entre a história do homem e da água, certamente originou-se no útero materno, indo até as necessidades mais banais dos seres humanos”.⁷

3. Tutela Constitucional

O art. 225 de nossa Carta Magna, é considerado como um dos textos mais evoluídos do mundo em termos de proteção ao meio ambiente, valendo transcrição do *caput*:

Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações.

⁵ Ibidem, p. 41-42.

⁶ Ibidem, p. 46-47.

⁷ SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua proteção*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 13.

Além desse dispositivo, os parágrafos do art. 225 e outras disposições constitucionais, procuram assegurar a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao “ piso vital mínimo”, constituído pelos direitos sociais do art. 6º de nossa Constituição Federal.

Também o art. 170 do Texto Maior, ao tratar da ordem econômica, procura enfatizar que a propriedade não se concebe mais como outrora, mas deve respeito à função ambiental e social.

A competência para legislar sobre meio ambiente, estabelecida pela Constituição Federal, é concorrente entre a União e os Estados e o Distrito Federal (art. 24 da CF), cabendo à União a competência para legislar sobre normas gerais (art. 24, § 1º), restando aos Estados e ao Distrito Federal a competência para suplementar aquelas normas gerais (art. 24, § 2º).

Há, entretanto, a previsão que reserva aos Municípios a competência para “ legislar sobre assuntos de interesse local”, bem como para “ suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, I e II, da CF).

Disso decorrem alguns posicionamentos divergentes quanto à possibilidade dos Estados e Municípios legislarem infringindo normas gerais de proteção instituídas pela União.

Apesar de posicionamentos em sentido contrário, tem prevalecido o entendimento de que as normas gerais da União não podem ser contrariadas pelas normas Estaduais e Municipais. Estes últimos, diante das peculiaridades regionais, podem estabelecer normas mais rígidas, não o contrário. Em caso de normas conflitantes, deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro natura*, com a eficácia da norma mais benéfica em relação à natureza, pois o Direito Ambiental protege valores essenciais à manutenção da própria vida.⁸

O tema sobre a competência legislativa é de fundamental importância, porque muitas vezes tem havido tentativas de normas estaduais e municipais restringirem normas ambientais de proteção, em evidente inconstitucionalidade, que deve ser reconhecida para a preservação das normas gerais da União mais protetivas. Como mencionado, apenas normas mais restritivas, diante das peculiaridades regionais e locais, é que podem ser admitidas.

⁸ FARIAS, Talden. *Aplicabilidade do Código Florestal em Zona Urbana: a questão das áreas de preservação permanente*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8804>>. Acesso em: 12.08.10.

Saindo da competência legislativa e ingressando na atuação administrativa, a Constituição Federal preconiza que a competência é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI). Assim, todos os entes federados têm o dever, em consonância também com o art. 225 da Carta Magna, de agir para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4. Princípios ambientais

Das normas de proteção ao meio ambiente, em especial as contidas na própria Constituição Federal, são extraídos princípios, que são as vigas mestras do nosso ordenamento jurídico, que auxiliam na interpretação das demais normas a favor do equilíbrio ambiental, necessário à sadia qualidade de vida. Os princípios também dão sustentação ao Direito Ambiental como novo ramo da ciência e de forma autônoma.

Pode-se destacar alguns desses princípios⁹: princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, princípio da natureza pública da proteção ambiental, princípio do controle do poluidor pelo Poder Público, princípio do poluidor-pagador, princípios da prevenção e precaução.

Outros princípios também podem ser indicados, havendo denominações diferentes pela doutrina, sendo dispensáveis comentários neste momento: princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento; princípio da participação comunitária; princípio da função socioambiental da propriedade; princípio do direito ao desenvolvimento sustentável; princípio da cooperação entre os povos.

Vale menção, ainda, o princípio da solidariedade intergeracional. Os recursos naturais são esgotáveis, havendo a necessidade de serem mantidos para a preservação da vida, da presente e futuras gerações. Esse princípio tem por objetivo ligar a presente geração às futuras. Está ligado à solidariedade, como valor natural, que é fonte para a ética e para o direito.

Importante igualmente o princípio *in dubio pro nature*, significando que na hipótese de duas normas em matéria ambiental estejam em conflito, deve prevalecer aquela mais

⁹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 94 e segs.

benéfica em relação à natureza. Esse princípio é manifestação do princípio da prevenção, já que é imperioso impedir que o dano ambiental ocorra, razão porque a legislação ambiental mais protetiva deve ser acolhida, evitando-se possíveis degradações. Se a finalidade do Direito é promover a vida com qualidade, a dignidade da pessoa humana e a paz social, dentro de um Estado Democrático de Direito, não se pode deixar de aplicar tal princípio para que a natureza continue a proporcionar os recursos necessários à consecução daquelas finalidades constitucionais.¹⁰

Como veremos em momento oportuno, o princípio da proibição de retrocesso ambiental tem sido cada vez mais estudado e aplicado para impedir que a legislação seja reformada de forma a diminuir as garantias de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como garantia de uma vida digna, tanto das presentes, como futuras gerações.

5. Reforma do Código Florestal

Como visto, o desrespeito ao meio ambiente traz inúmeras consequências nefastas ao próprio ser humano, implicando na necessidade imperiosa de aplicação da legislação protetiva.

O denominado atual Código Florestal (Lei Federal 12651/12), trouxe algumas inovações, prejudiciais à proteção ambiental, a saber, entre outras:

- as matas ciliares passaram a ser demarcadas a partir do leito menor e não do nível maior do curso d'água;
- os reservatórios artificiais de água deixaram de ter uma extensão mínima prevista em regra geral, passando a ser estabelecida casuisticamente em procedimento de licenciamento ambiental;
- manutenção de atividades econômicas em áreas de preservação permanente;
- possibilidade de cômputo das áreas de preservação permanente no percentual de Reserva Legal de cada imóvel rural;
- possibilidade de “recomposição” do percentual da Reserva Legal com plantio intercalado de vegetação exótica e frutífera.

¹⁰ FARIAS, Talden. Da edificação urbana à margem de rios e de outros reservatórios de água em face do Código Florestal. *Revista de Direitos Difusos*, v. 22, nov-dez 2003. Editora Esplanada-ADCOAS e Instituto Brasileiro de Advocacia Pública-IBAP, p. 3083-3098.

Verificando-se desastres ambientais recentes, muitos especialistas tem contribuído para apontar que as reformas realizadas no Código Florestal podem trazer prejuízos maiores à sociedade.

Manifesto de repúdio às então pretendidas alterações legislativas, elaborado por entidades representativas do Ministério Público, sob a liderança da ABRAMPA – Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente¹¹, indicou vários prejuízos com as reformas que àquela época eram pretendidas e concluiu que o “Novo Código Florestal implicará em inegável retrocesso na proteção ambiental, na contramão da evolução histórica do Direito Ambiental em todo o mundo” e ainda:

De fato, com a aprovação do Código Florestal nos moldes propostos pelo honrado Deputado Aldo Rebelo, o Brasil será o primeiro país democrático a promover alteração legislativa menos protetiva ao meio ambiente.¹²

Ainda, referido manifesto apontou que o Direito Ambiental brasileiro firma-se sobre três pilares: a Constituição Federal, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81) e o Código Florestal (Lei 4771/65), o que lhe dá uma fundação sólida, sendo considerado um dos mais avançados do mundo, até mesmo em razão da extensão geográfica, a biodiversidade e a importância ecológica do Brasil. Concluiu que “neste cenário, a violação a qualquer dos pilares de nosso arcabouço jurídico ambiental pode acarretar a ruína desta estrutura e ofensa à Constituição Federal”, sendo que o Projeto de Lei 1876/99 está em “clara ofensa ao Princípio Internacional de Proibição do Retrocesso Ecológico”.

Antes mesmo da aprovação do novo Código Florestal, já se indicava para a inconstitucionalidade das modificações propostas, menos restritivas, com diversos fundamentos, entre eles do princípio do não retrocesso em matéria ambiental.

6. Princípio da proibição de retrocesso ambiental

¹¹ Disponível em:

http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/legislacao/uma_legis_acompanhamento/MANIFESTO-ABRAMPA-NOVO-C%3%93DIGO-FLORESTAL_0.pdf. Acesso em: 09 set. 2010.

¹² Ibidem.

Esse princípio, com algumas denominações assemelhadas, está ligando também a outras normas e garantias fundamentais, com estreita ligação às “cláusulas pétreas” da Constituição Federal, que não podem ser alteradas por emendas.

No Direito Ambiental, que garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como garantia da vida com dignidade, esse princípio tem fundamental importância.

Esse princípio não é expresso, decorrendo do sistema jurídico-constitucional. Significa que se uma lei, regulamentando mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser arbitrariamente suprimido. Assim, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, sob pena de promover um retrocesso, abolindo direito fundado na Constituição.¹³

A vedação do retrocesso significa que se pode exigir do judiciário:

a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.¹⁴

Esse princípio está implícito no ordenamento constitucional,

extraído do princípio do Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF).¹⁵

Tal princípio tem aplicação em outros temas, com reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. No direito ambiental também deve ser reconhecido e respeitado, pois relacionado a um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida e à garantia da dignidade da pessoa humana, direito fundamental da pessoa humana e que constitui o piso vital mínimo:

¹³ BARROSO, Luís Roberto, apud FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 132.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de, apud FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit., p. 133.

¹⁵ SARLET, Ingo, apud FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit., p. 133.

Se uma norma infraconstitucional, ao estabelecer ou mesmo regulamentar um mandamento constitucional ambiental, instituir determinado direito, ele se incorporará ao patrimônio jurídico de brasileiros e estrangeiros residentes no País em face do que estabelecem os princípios fundamentais constitucionais que estruturam o direito ambiental constitucional brasileiro, a saber, os arts. 1º a 3º, bem como o art. 225 da Lei Maior.

Referidas normas não poderiam ser arbitrariamente suprimidas por ter sua gênese indicada de forma explícita nos princípios fundamentais da Carta Magna.

Trata-se de reconhecer que o fundamento do direito ambiental constitucional brasileiro, no atual Estado Democrático de Direito, guarda absoluta e explícita compatibilidade com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).¹⁶

Nessa esteira a doutrina de inúmeros e consagrados juristas, valendo nota para os ensinamentos de expoente do Superior Tribunal de Justiça:

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em *princípio geral do Direito Ambiental*, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou a beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.¹⁷

Conclui com ênfase peculiar o brilhante Ministro do STJ que o retrocesso legislativo em matéria ambiental “é a degradação da lei levando a degradação ambiental”.

7. Conclusão

O meio ambiente ecologicamente equilibrado e a dignidade do ser humano são assegurados pelo nosso texto constitucional. O Direito Ambiental visa garantir tais direitos.

¹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit., p. 136.

¹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA).; Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental (2012 : Brasília, DF). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 06 jun 2014.

A reforma do Código Florestal, motivada por interesses econômicos, constituíram em alguns pontos retrocesso na proteção do meio ambiente. Há diversos fundamentos para reconhecer a inconstitucionalidade das mudanças, incluindo desrespeito a tratados internacionais.

Essa interpretação deve ser dada para que a sociedade não sofra os efeitos nefastos naquilo em que houve evidente retrocesso.

É tempo de aprender, estudar, refletir, cuidar, respeitar, mas também de agir na proteção do meio ambiente, não se permitindo reformas que configurem prejuízo em relação às normas de proteção já obtidas e respaldadas pela nossa Carta Magna.

Referências:

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BOFF, Leonardo. *Ecologia Grito da Terra, Grito dos Pobres*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996.

_____. *Ecologia, Mundialização, Espiritualidade*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996.

_____. *O Despertar da Águia*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. *Virtudes para um outro Mundo Possível. Volume I - Hospitalidade: Direitos & Deveres de todos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA).; Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental (2012 : Brasília, DF). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

FARIAS, Talden. Da edificação urbana à margem de rios e de outros reservatórios de água em face do Código Florestal. *Revista de Direitos Difusos*. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Coord). V. 22, Ocupação Territorial e Meio Ambiente III - Editora Esplanada-ADCOAS e IBAP, nov-dez-2003. ADCOAS: São Paulo, p. 3083-3098.

_____. *Aplicabilidade do Código Florestal em Zona Urbana: a questão das áreas de preservação permanente.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8804>>. Acesso em 12 ago. 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua proteção*. Curitiba: Juruá, 2004.

<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente/legislacao/uma_legis_acompanhamento/MANIFESTO-ABRAMPA-NOVO-C%C3%93DIGO-FLORESTAL_0.pdf>. Acesso em 09.09.10.

CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN

*Claudinei Coletti*¹

1. Introdução

O objetivo mais geral do sociólogo alemão Niklas Luhmann (1927-1998) em sua obra é elaborar uma teoria geral da sociedade contemporânea. Para tanto, esse autor vai encaminhar-se para uma construção teórica que poderíamos definir, ao mesmo tempo, como complexa e instigante. Partindo do princípio de que a sociedade moderna possui um alto grau de complexidade, Luhmann propõe que a teoria deva exatamente contribuir para a redução dessa complexidade. Para isto fará um conjunto de proposições inovadoras, por vezes inspiradas nas próprias Ciências Sociais – no estruturalismo e no funcionalismo, sobretudo --, outras vezes inspiradas na cibernética, ou mesmo nos modelos construídos pelas ciências biológicas – por exemplo, pela neurociência. Conceitos como *sistemas autorreferentes* e *autopoiéticos*, *complexidade* e *diferenciação sistêmica*, *limites*, *diferenciação*, *observação*, *seleção*, *estrutura*, *processo*, *evolução temporal* etc. são, por assim dizer, a espinha dorsal da construção teórica desse autor.

Nosso objetivo neste artigo é discutir cada um desses conceitos, a fim fornecer uma visão geral sobre o universo do raciocínio luhmanniano, principalmente no que respeita ao seu conceito de “estrutura” e à posição que os “indivíduos” ocupam em sua teoria sistêmica.

2. Principais conceitos da teoria sistêmica de Luhmann

Em primeiro lugar, há que se dizer que a teoria dos sistemas, para Luhmann, deve ser uma teoria dos *sistemas autorreferentes* e *autopoiéticos*. Partindo do princípio de que o sistema pode ser decomposto em *elementos* e *relações* – esse processo de decomposição Luhmann denomina de *teoria da complexidade sistêmica* --, a autopoiese possibilita ao sistema elaborar, desde si mesmo, sua estrutura e os elementos de que se compõe. Isto

¹ Doutor em Ciências Sociais e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP e professor-titular do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiaí (SP).

significa que os elementos são elementos somente para os sistemas que os utilizam como unidade e o são unicamente através desses sistemas. Já o conceito de *sistemas autorreferentes* conduz imediatamente ao estabelecimento de uma diferença fundamental entre *sistema* e *ambiente*: o sistema define-se por sua relação com o ambiente, tal diferença sendo parte constitutiva do próprio sistema, que, por sua vez, só pode entender-se como tal a partir exatamente dessa diferença. Ou seja, a autorreferência faz com que o sistema inclua em si mesmo o conceito de (e a diferença em relação ao) ambiente. Diz Luhmann a esse respeito:

los sistemas no sólo se orientan ocasionalmente o por adaptación hacia su entorno, sino de manera estructural, y no podrían existir sin el entorno. Se constituyen y se mantienen a través de la producción y el mantenimiento de una *diferencia* con respecto al entorno, y utilizan sus *limites* para regular esta diferencia. *Sin la diferencia respecto al entorno ni siquiera existiría la autorreferencia, pues la diferencia es la premisa para la función de las operaciones autorreferenciales.*²

Nesse trecho aparecem dois conceitos importantíssimos na construção teórica de Luhmann. Um deles é o conceito de *limite*, sem o qual não poderia haver a delimitação e a diferenciação do sistema relativamente ao ambiente, já que o limite tem a dupla função de separação e união entre sistema/ambiente. Quando os limites estão bem definidos os elementos devem formar, ou parte do sistema ou parte do ambiente. Entretanto, se por um lado o limite separa elementos, não separa, necessariamente, *relações*. Daí que o sistema acaba estabelecendo não apenas um conjunto de relações internas entre seus próprios elementos, mas também relações com seu ambiente. Ou seja, os sistemas podem abrir e fechar-se, separando as interdependências internas das interdependências sistema/ambiente. O conceito de limite, afirma Luhmann, significa que os processos fronteiros – por exemplo, de intercâmbio de informação – ao cruzar o limite seguem funcionando, porém em outras condições.

O outro conceito fundamental que aparece na citação acima e que, de certa forma, está ligado ao conceito de limite, é o conceito de *diferenciação*. Poderíamos dizer, inclusive, que o

² LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona; Buenos Aires; México: Ediciones Paidós; I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990. p. 50. Grifos nossos. Nas citações referentes a essa obra, mantereí a tradução espanhola da obra de Luhmann.

ponto central da teoria luhmanniana é exatamente a *obsessão pela diferença*. Sem diferenciação entre sistema e ambiente, por exemplo, não poderia haver autorreferência. A própria sociedade contemporânea é concebida como um sistema social altamente complexo, sujeito a um contínuo processo de diferenciação, e que se compõe de *comunicações*. A comunicação, dessa forma, é o que define a especificidade dos sistemas sociais³, além de ser entendida por Luhmann como algo que está necessariamente ligado a um *processo de seleção*, isto em razão da existência de uma multiplicidade de possibilidades de comunicações no interior do próprio sistema e de seu ambiente. A *diferenciação sistêmica*, para Luhmann, é a constituição de subsistemas no interior do próprio sistema social. Ou seja, a sociedade, para esse autor, é entendida como um sistema autorreferente e autopoietico que se compõe de comunicações e que pode diferenciar-se em distintos subsistemas, cada um deles fechado e autorreferente, limitado a seu ambiente, e que possui, por sua vez, um âmbito determinado de comunicações e de operação. O direito, a economia, a política, a religião, a educação etc., por exemplo, seriam subsistemas sociais surgidos a partir da evolução temporal e da diferenciação progressiva do sistema social até chegar ao atual estágio da sociedade contemporânea.

Ligado aos conceitos de *sistemas autorreferentes* e de *diferenciação* há também o importante conceito de *observação*. O sistema autorreferente exercita sempre algum modo de *observação*, entendido como uma operação que consiste em manipular um determinado esquema de diferenças: “observación no quiere decir más que aplicación de distinciones”, afirma Luhmann.⁴

Diz Ignácio Izuzquiza, comentador da obra de Luhmann, acerca desse conceito:

la observación es una actividad fundamental de los sistemas autorreferentes mediante la cual se observan a sí mismos y observan cuanto se encuentra em su entorno, pudiendo, mediante esta operación, establecer determinados procedimientos de selección y reducir la complejidad del entorno que les rodea. Tan importante es el concepto de observación para Luhmann que constituye una verdadera subteoría dentro de todo su intento teórico y le lleva a afirmar que el conjunto de su teoría no es más que um instrumento

³ Luhmann distingue três tipos fundamentais de sistemas autorreferentes: os sistemas vivos, compostos de operações vitais, os sistemas psíquicos ou pessoais, que têm na consciência seu modo de operação e os sistemas sociais, cujo traço característico é exatamente a comunicação.

⁴ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 96.

que permite ejercer adecuadas observaciones de la sociedade contemporânea.⁵

Poderíamos retomar, a esta altura, a ideia já enunciada anteriormente de que a teoria de Luhmann tem como ponto de partida essencial a constatação de que a sociedade contemporânea é extremamente complexa devido a um contínuo processo de diferenciação e que, assim sendo, caberia à teoria criar condições para que tal complexidade fosse reduzida.

Ora, mas o que, exatamente, nosso autor entende por *complexidade*? Complexidade para Lhumann significa superabundância de relações, de possibilidades, de conexões entre os elementos de um sistema, de tal forma que significa obrigação à *seleção*, significando *contingência*, e contingência, por sua vez, significando *risco*. Diz Luhmann:

[...] para aumentar el número de elementos que deben englobar-se *em un sistema* o *para un sistema em tanto que su entorno*, muy pronto se alcanza un punto a partir del cual se hace imposible que cada elemento se relacione com todos los demás. Esta conclusión permite una determinación del concepto de complejidad: definiremos como complejo a um conjunto interrelacionado de elementos cuando ya nos es posible que cada elemento se relacione en cualquier momento com todos los demás, debido a limitaciones inmanentes a la capacidade de interconectarlos.⁶

Um sistema teria de permanecer muito pequeno se quisesse conservar todas as possibilidades combinatórias, ou se as quisesse realizar todas ao mesmo tempo. A obrigação à seleção e as condições de possibilidades das seleções – a estas últimas Luhmann designa de *condicionamento* – explica o fato de que se podem originar sistemas muito distintos a partir de um nível inferior de unidades muito parecidas. Há que se ressaltar que o princípio que de fato obriga à seleção é exatamente a diferença entre duas complexidades distintas. Além disso, o sistema complexo procurará reduzir autosseletivamente o excedente de possibilidades existentes em seu interior, utilizando para tal os processos comunicativos. Neste sentido, Luhmann afirma que *comunicar* significa, sobretudo, *limitar*:

⁵ IZUSQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nueva logica”. In: LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 20.

⁶ LUHMANN, Niklas. Op. cit., p. 68-69.

Culquiera que sea al equipamiento técnico del proceso, sólo se puede hablar de comunicación cuando el cambio del estado del complejo A se corresponda com um cambio em el estado del complejo B, aunque ambos complejos tuvieran otras posibilidades de determinar su estado.⁷

Na “introdução” de seu livro *Sociologia do Direito*, no qual tem como objetivo tratar de um subsistema do sistema social – o Direito --, Luhmann é mais preciso na definição de seu conceito de *complexidade*, subdividindo-o em *complexidade desestruturada* e *complexidade estruturada*, e relacionando este último à própria questão da evolução dos sistemas sociais. O trecho, embora um tanto longo, merece ser citado na íntegra, porque aparece nele uma primeira noção do papel atribuído por Luhmann às *estruturas*:

complexidade deve ser entendida aqui e no restante desse texto como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido – no caso do direito isso significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre que relacionadas ao direito de forma sensível, como, por exemplo, ao se ocultarem. A complexidade de um campo de possibilidades pode ser *grande* ou *pequena*, em termos quantitativos, de diversidade ou de interdependência. Além disso ela pode ser *desestruturada* ou *estruturada*. A complexidade totalmente desestruturada seria o caso limite da névoa original, do arbítrio e da igualdade de todas as possibilidades. A complexidade estruturada constitui-se na medida em que as possibilidades se excluam ou limitem reciprocamente. Na complexidade estruturada, portanto, surgem problemas de compatibilidade e compossibilidade. A ativação de uma determinada possibilidade bloqueia a da outra, mas permite, por outro lado, a construção de novas possibilidades que a pressupõem. [...] Com isso a estrutura pode aumentar a complexidade de um sistema social no sentido de que, apesar da limitação recíproca das possibilidades, no total dispõe-se de mais possibilidades para uma escolha sensata. É exatamente a exclusão estratégica de possibilidades que, vista em termos evolutivos, constitui o meio para a construção de ordenamentos mais elevados [...] ⁸

Segundo nosso autor, qualquer teoria dos sistemas deve necessariamente levar em conta que as coisas estão em constante mudança, o que implica uma especial atenção à questão da *temporalidade*. A relação entre complexidade e seleção, diz ele, implica já na questão do tempo: é o tempo que obriga à seleção nos sistemas complexos, pois se

⁷ Ibidem. p. 101-102.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 12-13. Grifos do autor.

dispuséssemos de um tempo infinito, tudo poderia concordar com tudo. Neste sentido, Luhmann afirma que a seleção deve ser tomada como o *aspecto dinâmico da complexidade*.

No trecho acima citado, podemos notar que Luhmann estabelece uma relação estreita entre *estrutura e evolução* temporal dos sistemas rumo a “ordenamentos mais elevados” – isto é, mais complexos. Ou seja, para ele a estrutura contém também uma temporalidade, não sendo correto identificá-la como algo estático e permanente – esta é, a nosso ver, uma diferença importante em relação à concepção de estrutura presente no estruturalismo. O que ocorre é que as estruturas detêm o tempo de maneira reversível⁹, à medida que deixam aberto um elenco restrito de possibilidades de seleção. Regulam, dessa forma, a complexidade de um sistema, por meio de uma seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação ao seu ambiente. Permitem, por assim dizer, que mudanças estruturais nos sistemas possam ser estabilizadas como conquistas evolutivas, gerando, dessa forma, sempre maior complexidade e contingência dos sistemas e seus ambientes. Diz Luhmann a esse respeito:

dessa forma a *evolução do sistema social* pressupõe uma superprodução de possibilidades inicialmente “casual”, mas daí por diante *cada vez mais dependente de estruturas*, ao ponto de chegar a ser planificável nos sistemas sociais atuais, permitindo a manutenção da seletividade dos sistemas através de estruturas, com o que ordenamentos improváveis tornam-se prováveis.¹⁰

E um pouco adiante, ainda pensando no Direito como subsistema do sistema social, Luhmann trata das incertezas que cercam o resultado do processo evolutivo:

a linha geral da mudança evolutiva da estrutura está clara: se as conquistas evolutivas devem ser estabilizadas, então as estruturas devem permitir mais ações, por seu lado mais variadas, ou seja, devem ser compatíveis com um número maior de situações no sistema social. [...] Por outro lado, tendo em vista a constante oferta superabundante de expectativas normativas, as estruturas devem possuir mais possibilidades de rejeitar expectativas; a possibilidade de dizer não tem que ser fortalecida. Nesse sentido geral e quase vazio pode-se falar de uma inevitabilidade da evolução. Mas isso não permite concluir quais são as estruturas e os mecanismos concretos apropriados para a solução desse problema de seleção, e muito menos quais soluções serão realmente escolhidas e realizadas em determinadas situações

⁹ Enquanto os *processos* enfatizam exatamente a irreversibilidade do tempo, ou seja, estão formados por acontecimentos singulares e irreversíveis, que se constroem sucessivamente no tempo.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 171-172. Grifos nossos.

do desenvolvimento social. *O desenvolvimento geral da evolução em direção à maior complexidade não permite inferir o processo concreto e o resultado correspondente do processo evolutivo.*¹¹

A importância dada ao elemento temporal – intimamente ligado ao processo de diferenciação interna do sistema --, na teoria de Luhmann, permite dotar os sistemas complexos de um grande dinamismo e conferir-lhes uma imprevisibilidade quase absoluta:

evolução pressupõe reprodução autorreferencial e muda a condição estrutural de reprodução mediante a diferenciação de mecanismo para variação, seleção e estabilização. Ela se nutre de desvios da reprodução normal. Tais desvios são no geral acidentais, mas no caso de sistemas sociais podem ser intencionalmente produzidos. *A evolução, contudo, opera sem um objetivo e sem nenhuma previsão.*¹²

O método utilizado por Luhmann poderia ser designado como um *estruturalismo funcional*, com ênfase radical no conceito dinâmico de *função*, permanecendo o conceito de *estrutura* subordinado àquele. Aí está, aliás, a nosso ver, uma diferença fundamental relativamente ao estruturalismo: enquanto este privilegia a estrutura em detrimento da função, Luhmann faz o contrário:

[...] la diferencia sistema/entorno, la complejidad, la autorreferencia, la combinación entre irreversibilidad y reversibilidad (proceso y estructura), se pueden pensar, desde puntos de vista metodológicos, como articulación del problema de la duración, como articulación con el objetivo de hallar mejores y más complejas posibilidades de análisis y de comparación. [...] Determinado como guía para la comparación, el *concepto de función* designa, sin embargo, un estado que va más allá del mero proceso de continuación de la reproducción autorreferente (“mantenimiento de la duración”). [...] Designa una intención de comparación, una ampliación de la contingencia, una perspectiva de observación.¹³

A sociedade moderna, por exemplo, só pôde estabelecer um processo de *diferenciação sistêmica* graças à necessidade de existência de subsistemas, cada qual desempenhando uma *função* específica. Diz Luhmann:

¹¹ Ibidem. p. 173. Grifos nossos.

¹² LUHMANN, Niklas. The word society as a social system. *Int. J. General Systems*, v. 8, 1982. Tradução livre. Grifos nossos.

¹³ Idem. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona; Buenos Aires; México: Ediciones Paidós; I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, p. 136-137. Grifos nossos.

isto significa que *função, não posição*, é o princípio dominante da construção do sistema. A moderna sociedade é diferenciada em subsistema político e seu ambiente, em subsistema econômico e seu ambiente, em subsistema científico e seu ambiente, em subsistema educacional e seu ambiente etc. *Cada subsistema aceita para seus próprios processos comunicativos a primazia de sua própria função*. Todos os outros subsistemas pertencem a seu ambiente e vice-versa.¹⁴

3. O “sujeito” na teoria luhmanniana

Dissemos que, segundo Luhmann, é a *diferença* que move os sistemas. Dissemos, também, que os sistemas sociais são sistemas *autorreferenciais* e *autopoiéticos* baseados em *comunicações*. Ora, a esta altura cabe fazer a seguinte pergunta: qual o lugar ocupado pelos “sujeitos” (indivíduos, seres humanos) na teoria social de nosso autor?

É aqui que Luhmann mais se aproxima do estruturalismo, ainda que de uma forma teórica bastante original. Para ele, a sociedade, enquanto sistema autorreferente *não é composta de seres humanos*. Os seres humanos, para a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, são sistemas autorreferentes específicos, que têm na consciência e na linguagem seu próprio modo de operação autopoiética, e que constituem o *ambiente* da sociedade, não constituindo parte integrante do sistema social.

Neste sentido, Luhmann – tanto quanto o estruturalismo de Claude Lévi-Strauss, de Louis Althusser etc. – rompe com o humanismo da tradição europeia da filosofia social, segundo a qual a sociedade era vista como associação de homens concretos, muitas vezes chamada de corpo social. Diz ele:

o sistema social, enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas *exclui o homem concreto*. O homem vive como um organismo comandado por um sistema psíquico (personalidade). As possibilidades estruturalmente permitidas para esse sistema psíquico-orgânico não são idênticas às da sociedade enquanto sistema social. Formulando de outra maneira: a relação de sentido que une as ações no sistema da sociedade é diferente da relação também de sentido, mas organicamente fundamentada, das ações reais e possíveis de um homem. [...] *Homem e sociedade são reciprocamente ambiente. Cada um é para outro demasiadamente complexo e contingente*. E ambos estão estruturados de tal forma que apesar disso possam sobreviver.¹⁵

¹⁴ LUHMANN, Niklas. The world society as a social system. Op. cit. Grifos nossos.

¹⁵ Idem. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 169. Grifos nossos.

Os indivíduos não têm influência alguma sobre a realidade social, pois não passam de personagens que traduzem as informações do sistema social. Este, por conseguinte, existe independentemente daqueles.

4. Conclusão

Procuramos neste artigo analisar, de forma sucinta, alguns dos principais conceitos da teoria sistêmica proposta pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. Pudemos notar que algumas premissas básicas compõem o pano de fundo dessa teoria: 1) a realidade é extremamente complexa e para compreendê-la temos de elaborar modelos com vistas a diminuir-lhe a complexidade e torná-la inteligível; 2) a evolução da sociedade rumo a complexidades crescentes ocorrer por *diferenciações múltiplas*, que podem ocorrer num ou noutro elemento do sistema e que imediatamente repercutem nos demais; 3) a imprevisibilidade, a contingência e o risco são elementos constitutivos da dinâmica da realidade social; 4) o que predomina no sistema social são articulações sistêmicas baseadas em comunicações – e não seres humanos com suas ações, no sentido antropológico do termo; 5) em sua análise Luhmann privilegia a *função* em detrimento da estrutura – esta aparece subordinada ao conceito de diferenciação e serve, principalmente, para estabilizar conquistas evolutivas.

A teoria luhmanniana, como já dissemos anteriormente, incorpora elementos do estruturalismo, do funcionalismo, da cibernética, da neurociência e mesmo da teoria dos sistemas elaborada por outros autores. No que respeita especificamente ao estruturalismo, utiliza o conceito de estrutura, mas lhe atribui uma tal função que pouco tem a ver com o conceito utilizado pelo método estruturalista. Aproxima-se dessa corrente quando menospreza e exclui os indivíduos dos sistemas sociais, mas realiza essa operação de uma maneira teórica muito original. Ao estabelecer como foco de sua teoria, não a identidade, mas a diferença, não o controle, mas a autonomia, não a imobilidade, mas a estabilidade dinâmica, não o planejamento, mas a evolução, não o homem no sentido antropológico, mas o sistema social autorreferente (anti-humanista por excelência), Luhmann, a nosso ver, ao mesmo tempo em que propõe uma maneira radicalmente nova de pensar a realidade social, leva mais problemas

do que talvez sejamos capazes de resolver. Entretanto, há que se reconhecer, por certo, que isto não deixa de ser importante e mesmo imprescindível para o desenvolvimento da teoria social.

Referências:

IZUSQUIZA, Ignácio. Introducción: la urgência de una nueva logica”. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona; Buenos Aires; México: Ediciones Paidós; I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona; Buenos Aires; México: Ediciones Paidós; I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.

_____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. The word society as a social system. *Int. J. General Systems*, v. 8, 1982.

UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO À SUSTENTABILIDADE: DIREITO TRANSNACIONAL

*Roberto Epifanio Tomaz*¹
*Tarcísio Germano de Lemos Filho*²

Resumo

O presente artigo tem como objeto a apresentação da proposta do Direito Transnacional como um novo paradigma jurídico à Sustentabilidade. O seu objetivo é avaliar, em breve síntese, a evolução do conceito de Sustentabilidade que passa pelo chamado Desenvolvimento Sustentável, bem como o de Direito Transnacional que se aponta como sendo a dimensão jurídica necessária a Sustentabilidade. Para tanto o trabalho foi dividido em dois momentos; no primeiro é avaliado o conceito de Sustentabilidade e, no segundo, a proposta do Direito Transnacional. Por fim, concluí que a dimensão jurídica é fundamental para um futuro planetário que se pretenda viável, como, entretanto, os modelos jurídicos atuais não atendem aos desafios propostos pela Sustentabilidade, é necessário uma mudança radical do modelo jurídico, arvorando-se o Direito Transnacional como possível resposta a este desafio. O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo; no tratamento dos dados, foi o cartesiano, e no relato dos resultados que se encontra no presente artigo, a base lógica é, também, indutiva, a abordagem é descritiva, com aportes analíticos e prescritivos. Como suporte à operação dos métodos foram empregadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e documental, esta última, pela via eletrônica.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável. Direito. Direito Transnacional. Sustentabilidade. Transnacionalidade.

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professor de Direito Empresarial dos cursos de graduação e pós-graduação (*lato sensu*) em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, onde também coordena os cursos de pós-graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e em Direito Previdenciário e do Trabalho, advogado, E-mail: tomaz@univali.br.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestre em Direito Processual Civil pela PUCCAMP, professor de Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito pela UniAnchieta, Jundiaí-SP, advogado, E-mail: tarcisio@germanodelemos.com.br.

Abstract

The object of this article is to present of the proposed Transnational Law as a new legal paradigm for Sustainability. The objective is to evaluate, in brief summary, the evolution of the concept of Sustainability as it passes by to Sustainable Development and the Transnational Law indicates that as the legal dimension needed to the Sustainability. For both the work was divided into two stages; the first is rated the concept of Sustainability and in the second, the proposal of Transnational Law. Finally as a conclusion that the legal dimension is fundamental to a planetary future that is to be viable, as the current models do not meet the legal challenges posed by Sustainability, is necessary a radical change of the legal form, flying up the Transnational Law as a possible answer to this challenge. The method used for the research was inductive; treatment data, was the Cartesian, and the reporting of results found in this article, the rationale is also inductive, approach is descriptive, analytical and with contributions prescriptive. In order to support the methods operation, the techniques employed were the referent, category, the operational concept and the research literature and documents, the latter, by electronic means.

1. Introdução

Grandes desafios se arvoraram ao Estado³ e a Sociedade⁴ após adoção do modelo neoliberal de livre regulação econômica que tem gerado como subproduto, dentre outros, a concentração de riquezas, a exploração excessiva e não gerenciada dos recursos naturais, a exclusão social, o aumento da pobreza, a crise econômica financeira. O maior desses desafios é, talvez, o de superação deste modelo centrado numa ética individualista e não interessada com o preço a ser pago para obtenção do “sucesso/desenvolvimento”.

Os reflexos desta ética individual e prática social são percebidos não apenas nas relações interpessoais, mas também naquelas estabelecidas com o meio ambiente, gerando

³ Trata-se do Estado Contemporâneo que na lição de Cesar Luiz Pasold, deve ser compreendido como sendo “[...] *um instrumento que deve ser utilizado para servir a sua mantenedora, ou seja, a própria Sociedade*”. PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003. p. 44. Grifos no original.

⁴ A categoria Sociedade é grafada, neste trabalho, com a inicial em maiúscula por ser criadora e mantenedora do Estado, conforme PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., 2003. p. 21.

mudanças ambientais que não puderam mais passar despercebidas e que chamou atenção da Organização das Nações Unidas⁵, principalmente, a partir da década de 70 do século passado, que passou a tomar algumas iniciativas e a promover reuniões e cúpulas dos Governos mundiais fazendo surgir, inicialmente, a ideia de um Desenvolvimento Sustentável e, mais recentemente, a de Sustentabilidade.

Ocorre que tanto a ideia de um possível Desenvolvimento Sustentável quanto à de Sustentabilidade ou, dito de outro modo, de um futuro viável do planeta, exigem por sua vez várias mudanças de paradigmas que envolvem as já conhecidas dimensões ambiental, econômica e social e que, por sua vez, exigem também mudanças radicais na esferas políticas e jurídicas para que promovam uma real alteração no cenário global, arrebatando a iniciativa dos desenfreados interesses econômicos que atualmente praticamente monopolizam os processos de transformação. Torna-se, por sua vez, cada vez mais urgente a adoção de medidas que possam garantir a gerência seja dos recursos naturais quanto financeiros, humanos e tecnológicos além dos políticos e jurídicos para garantia da subsistência das gerações atuais e futuras.

Desta forma, a presente pesquisa tem por objeto a apresentação da proposta de formação de um Direito Transnacional como o novo paradigma jurídico necessário à Sustentabilidade. Seu objetivo é avaliar, em breve síntese, a evolução do conceito de Sustentabilidade que perpassa pelo chamado Desenvolvimento Sustentável, bem como o conceito e a proposta do Direito Transnacional que se aponta como a resposta jurídica adequada ao desafio de um mundo viável para gerações presentes e futuras.

Para tanto a pesquisa é desenvolvida em dois momentos. Primeiramente se avalia o surgimento e a evolução conceitual do Desenvolvimento Sustentável e da Sustentabilidade e suas dimensões. A proposta conceitual de Direito Transnacional é estudada no segundo momento com vista à avaliação de uma resposta jurídica à Sustentabilidade. Por fim, nas considerações finais são apresentados alguns pontos conclusivos e os incentivos para maiores e mais aprofundados estudos que se inclinam a contribuir para a formação de uma dimensão jurídica à Sustentabilidade.

⁵ ONU – Organização das Nações Unidas, ou simplesmente Nações Unidas – NU – criada após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 24 de Outubro de 1945, com assinatura da Carta das Nações Unidas, na cidade de São Francisco (Califórnia, Estados Unidos). Atualmente com sede em Nova York (Estados Unidos) e em Genebra (Suíça).

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo⁶, no tratamento dos dados foi o cartesiano⁷, e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, a base lógica é também, indutiva.

As técnicas empregadas foram a do referente⁸, da categoria⁹, do conceito operacional¹⁰ e da pesquisa bibliográfica¹¹ e documental, esta última, pela via eletrônica.

2. Evolução do conceito de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade

A busca de um novo paradigma jurídico que atenda o objetivo estabelecido para um mundo (atual e futuro) sustentável passa, inicialmente, pela compreensão da evolução histórica que construiu os desafios estabelecidos por aquilo que atualmente se entende como Sustentabilidade.

Ainda que a história mais recente da Sustentabilidade esteja ligada as reuniões organizadas pela ONU a partir dos anos 70 do século XX, Boff¹² chama atenção que seu conceito possui “uma pré-história” de mais de 400 anos, surgindo inicialmente na Alemanha, em 1560, na Província da Saxônia, que irrompeu, pela primeira vez, a preocupação com o uso racional das florestas, de forma que elas pudessem se regenerar e manter permanentemente.

As potências coloniais e industriais europeias, leciona Boff¹³, desflorestaram vastamente seus territórios para alimentar com lenha a incipiente produção industrial e a construção de seus navios com os quais transportavam suas mercadorias e submetiam

⁶ O método indutivo consiste em “[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

⁷ O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras “[...] 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor.”. PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 204. Categorias grifadas em maiúscula no original.

⁸ Denomina-se referente “[...] *a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.*” PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 54. Grifos no original.

⁹ Entende-se por categoria a “[...] *palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.*” PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 25. Grifos no original.

¹⁰ Por conceito operacional entende-se a “[...] *definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas.*” PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 198.

¹¹ Pesquisa bibliográfica é a “[...] *Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.*” PASOLD, Cesar Luiz. Op. cit., p. 207.

¹² BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 31, 32, 33.

¹³ *Ibidem*. p. 33, 34.

militarmente grande parte dos povos da Terra. O uso foi tão intensivo, particularmente em Portugal e na Espanha, que as florestas começaram a escassez, fazendo surgir à questão: como administrar a escassez? Foi, então, que em 1713, o capital Carl Von Cartowitz, escreveu o tratado *Silvicultura Oeconomica*, utilizando a expressão *nachhattendes wirtschaften*, propondo o uso sustentável da madeira.

Mas foi somente a partir de 1972, com a “Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente”, promovida pela ONU – que criou em dezembro do mesmo ano o “Programa das Nações para o Meio Ambiente” (PNUMA), com objetivo de coordenar trabalhos em prol do meio ambiente global, ligado a aspectos ambientais das catástrofes e conflitos, a gestão dos ecossistemas, a governança ambiental, as substâncias nocivas, a eficiência dos recursos e as mudanças climáticas – que houve efetivamente a tomada de ações com repercussão de nível global que, em conjunto, vieram diretamente repercutir na evolução do conceito atual de Sustentabilidade.

Ações e estudos promovidos pelo PNUMA, provocaram o convite, em 1983 da médica Gro Harlem Brundtland, ex-Primeira Ministra da Noruega, a estabelecer e presidir a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, trabalho que gerou a publicação de relatório em abril de 1987, denominado *Our Common Future*¹⁴, conhecido também como Relatório de Brundtland¹⁵, que veio apresentar a definição reconhecida atualmente como clássica para Desenvolvimento Sustentável, definindo como “*Desenvolvimento Sustentável aquele desenvolvimento que satisfaz as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender as suas próprias necessidades*”¹⁶.

Entrementes, na Assembleia Geral da ONU em 1986, através da Resolução 41-128¹⁷, houve o reconhecimento do “Direito ao Desenvolvimento” como um Direito Humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a

¹⁴ UNITED NATIONS. *Our Common Future*. Report of the Commission on Environment and Development. New York: United Nations, 1987. Disponível em: <http://conspect.nl/pdf/Our_Common_Future-Brundtland_Report_1987.pdf>. Acesso em 11 de julho de 2014.

¹⁵ Os trabalhos da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento foram iniciados em 1984, com a presença de vários especialistas, que resultou na publicação, em 1987, do Relatório Nosso Futuro Comum, que passou a ser conhecido como Relatório Brundtland.

¹⁶ NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e o Meio Ambiente*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/>>. Acesso em: 15 de Julho de 2014.

¹⁷ UNITED NATIONS. *Declaration on the Right to Development*. 41/128. New York: United Nations, 1986. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em 19 de julho de 2014.

participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político e a ele contribuir, desfrutar e no qual todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Com o estabelecimento da definição para um Desenvolvimento Sustentável, bem como do Desenvolvimento como um Direito Humano inalienável, a associação, neste momento, foi inevitável, ainda que, como destaca Ferrer¹⁸, embora o conceito de Desenvolvimento Sustentável seja indubitavelmente útil e compreensível, na verdade resulta numa tarefa de difícil realização, seja por suas claras conotações econômicas, seja porque nada é dito sobre como gerir adequadamente os recursos para assegurar a justiça entre gerações (presentes e futuras), o que é essencial se realmente estiver presente o interesse de transferir para as gerações futuras um mundo mais habitável, o que aponta para uma, também, inevitável evolução do conceito, como se verá mais adiante.

Posteriormente, o Princípio 4 da Declaração obtida na ECO-92¹⁹ estabeleceu que para alcançar o Desenvolvimento Sustentável a “*proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento, não podendo ser considerada isoladamente deste*”, fazendo lembrar, mais uma vez as reflexões de Ferrer²⁰ ao dissertar que conceitualmente o termo Desenvolvimento Sustentável não supõe outra coisa senão aliar a noção de desenvolvimento ao adjetivo sustentável, ou seja, se trata de desenvolver-se de um modo que seja compatível com a manutenção da capacidade dos sistemas naturais de suportar a existência humana, tarefa que não será possível sem a necessária mudança de paradigmas.

Mas foi apenas com a Conferência de Johannesburgo²¹ em 2002 e o estabelecimento dos Objetivos do Milênio (OM²²) que a Sustentabilidade (nesta etapa ainda extremamente

¹⁸ FERRER, Gabriel Real. *Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho*. Universidad de Alicante e Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em: < <http://xa.yimg.com/kq/groups/18206209/1421855917/name/Sostenibilidad> >. Acesso em: 11 de julho de 2014, p. 3.

¹⁹ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> >. Acesso em: 19 de Julho de 2014.

²⁰ FERRER, Gabriel Real. Op. cit., p. 3.

²¹ UNITED NATIONS. *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*. 4 September 2002. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/jburgdec.htm> >. Acesso em 19 de julho de 2014.

²² São 8 os objetivos estabelecidos: 1. Erradicar a pobreza extrema e a fome; 2. Ensino básico universal; 3. Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde materna; 6. Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7. Garantir a sustentabilidade ambiental; 8. Desenvolver uma parceria global para o desenvolvimento. Cada meta tem seus respectivos objetivos específicos, bem como possui indicadores para avaliar a sua realização progressiva.

associada, como já visto, a ideia do Desenvolvimento Sustentável) se estabelece como meta global, além de consagrar sua tríplice dimensão (ambiental, social e econômica) como qualificadoras de qualquer projeto.

Cruz e Bodnar²³ destacam que só a partir de 2002, com a Cúpula de Johannesburgo (Rio+10), é que passa ser adequado utilizar a expressão “Sustentabilidade”. Isto porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ambiental, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor.

Em breves palavras, a dimensão ambiental representa aquela que garante a proteção do sistema planetário, para manter as condições que possibilitam a vida, em todas as suas formas, na Terra. Com os atuais padrões jurídicos, baseados na centralidade humana como único sujeito de Direito, como se verá adiante, não se pode imaginar a concretização da dimensão ambiental, motivo pelo qual se faz imperativo construir um novo modelo jurídico que possa promover a proteção e a manutenção em todo sistema planetário das condições necessárias a vida.

A dimensão social, por sua vez, trata do estabelecimento de uma Sociedade mais homogênea, melhor governada, com acesso à saúde e educação, e que combata à discriminação e a exclusão social. Estas metas somente serão alcançadas com uma dimensão jurídica que tutele não apenas os interesses econômicos de desenvolvimento, mas os interesses sociais como um todo que envolve o acesso a saúde e educação de qualidade, que combata a exclusão social e estabeleça meios de governança claros e democráticos para uma vida mais digna.

A dimensão econômica, destaca Freitas²⁴, corresponde com a conseqüente mudança de paradigma de consumo e produção que devem ser reestruturados completamente, numa inescapável mudança do estilo de vida. A natureza não pode ser vista como simples capital e a regulação jurídica se faz necessária para coibir o desvio comum dos adeptos do fundamentalismo voraz do mercado.

²³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Livro eletrônico disponível em: < <http://www.univali.br/ppcj/ebook> >. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 110. Acesso em: 19 de julho de 2014.

²⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65, 66.

Como se percebe, as dimensões anteriores somente alcançarão resultado efetivo na construção de um novo paradigma jurídico que contribua à concretização da Sustentabilidade.

Para Ferrer²⁵ esta tarefa só será alcançada se ampliarmos o âmbito espacial e temporal dos interesses que são protegidos. Para tanto, imperativo se faz a conversão das “gerações” (presente e futura) mencionadas no conceito dado pelo Relatório de Brundtland em sujeitos de direitos e obrigações, exigindo, por conseguinte, uma autêntica revolução jurídica, já que no mundo em que vivemos o indivíduo é o único sujeito de direito; outrossim, envolve a difícil universalização da noção a ser partilhada de “necessidade” (termo também utilizado no conceito de Desenvolvimento Sustentável no já mencionado Relatório) tendo em vista o fortíssimo componente cultural agregado.

Por todas estas razões o conceito de Sustentabilidade necessita(va) evoluir. Foi, então, com a Declaração fruto da Rio+20, lembra Ferrer²⁶, que se pôde observar uma visível distinção entre os termos Desenvolvimento Sustentável, indicado como sendo o “meio”, e Sustentabilidade que configuraria o “objetivo a ser atingido”, como se nota no texto contido no ponto I, item 1 da mencionada Declaração (*The Future we Want*²⁷) que assim dispõe:

I. A nossa visão comum

1. Nós, os Chefes de Estado e representantes de alto nível de Governo, reunidos no Rio de Janeiro, Brasil, de 20 a 22 junho de 2012, com a plena participação da sociedade civil, renovamos o nosso compromisso em prol do *desenvolvimento sustentável* e da promoção de um futuro economicamente, socialmente e ambientalmente *sustentável* para nosso planeta e para as gerações presentes e futuras.

A partir desta distinção, Ferrer²⁸ propõe um conceito próprio à Sustentabilidade que entende como sendo “*a capacidade de permanecer indefinidamente no tempo*”, conceito este que aplicado a uma sociedade que obedece nossos padrões culturais e civilizatórios atuais significa, além da capacidade de se adaptar ao ambiente natural em que está inserida, o alcance de níveis de justiça social e econômica que a dignidade humana requer.

²⁵ FERRER, Gabriel Real. Op. cit., p. 10.

²⁶ Ibidem, p. 8.

²⁷ UNITED NATIONS. *The Future we Want*. Resolution adopted by the General Assembly. Rio de Janeiro, 27 July 2012. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/10/PDF/N1147610.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 de julho de 2014.

²⁸ FERRER, Gabriel Real. Op. cit., p. 3.

Indubitavelmente a construção dos elementos que definem o “Desenvolvimento Sustentável” servem como base a percepção da Sustentabilidade, o que leva Cruz e Bodnar²⁹ a destacar que o fundamento histórico básico para a construção e consolidação do Desenvolvimento Sustentável, foi à necessidade de avanços econômicos para os países subdesenvolvidos, inclusive com a utilização das novas tecnologias dos países desenvolvidos, porém sem ultrapassar os limites necessários para manter um real equilíbrio ecológico.

A análise, entretanto, leva a ponderação das diferenças e convergência dos termos. Aponta-se, inicialmente que a Sustentabilidade como concebida só será efetiva com a presença de todos os elementos formadores das dimensões (ambiental, social e econômica) encarados hierarquicamente no mesmo patamar, complementares e dependentes, implementados sinergicamente para um efetivo mundo atual e futuro sustentável.

A essas dimensões, entretanto, deve se somar uma nova, a jurídica, como forma de garantia institucional, que deve estabelecer normas a serem respeitadas por todos os Estados, observadas globalmente, com poder sancionador, para a garantia de uma efetiva permanência indefinidamente no tempo.

Por outro lado, como já mencionado alhures, se coloca em cheque a associação direta de “Sustentabilidade” com o “Desenvolvimento” já que, lembrando as lições de Ferrer, nada se diz que este objetivo (permanecer indefinidamente) deva ser alcançado através do desenvolvimento, nem que há garantia de que teremos sucesso em alcançar referido objetivo através do desenvolvimento.

Por esta razão o autor espanhol esclarece que a Sustentabilidade deve ser vista como uma noção positiva e altamente proativa que supõe a introdução de mudanças necessárias para que a Sociedade Planetária, constituída pela humanidade, seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo. Na verdade, se poderia dizer que a sustentabilidade não é mais que a materialização do instinto de sobrevivência social, sem prejudicar, se deve ou não haver desenvolvimento, nem onde sim ou onde não. Não sabemos, ainda, qual será a noção útil de riqueza que devemos administrar no futuro, em qualquer caso, com certeza, será muito diferente da substancialmente quantitativa que usamos hoje. Por isso, a confusão entre o

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Op. cit.

Desenvolvimento Sustentável – desenvolvimento adjetivado – e Sustentabilidade, se não é interessado, é inconscientemente inconveniente³⁰.

Igualmente para Freitas³¹ é indispensável aperfeiçoar este conceito, com o fito de deixar nítido que as necessidades atendidas não podem ser aquelas artificiais, fabricadas ou hiperinflacionadas pelo consumismo em cascata. Em outras palavras, assevera o autor, considerar a satisfação das necessidades das gerações atuais e futuras foi e é relevante, mas diz muito pouco sobre o caráter valorativo da Sustentabilidade.

Por fim, não se pode olvidar que outras associações, como chama atenção Boff³², foram e são feitas à Sustentabilidade como sustentabilidade da terra, do universo, do ecossistema, da sociedade que somente terão a possibilidade de se conservarem se mantiverem seu equilíbrio interno e conseguirem se autorreproduzir, isto é subsistirem através do tempo, entretanto, tendo em vista o objeto e o caráter restrito da presente pesquisa, não são avaliadas neste trabalho.

Da mesma forma, não se olvide que o significado das categorias Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável, usadas frequentemente como sinônimas, tem muitas vezes se perdido pela aplicação indiscriminada e com significação aberta, geralmente vinculada a discursos “politicamente corretos”, servido, inclusive, como justificativa à tomada de decisões (econômicas, administrativas, empresariais, etc.) e para designar modelos de gestão que garantem a manutenção, principalmente no sentido econômico e financeiro, de corporações, departamentos, políticas a serem adotadas (públicas ou privadas), dentre muitas outras.

Adotando-se, entretanto, as ponderações acima, se configura o desafio à Sustentabilidade a busca de uma sociedade global, capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo e que permite a todos ter uma vida digna. Esta tarefa só será possível com a observação das dimensões ambiental, social e econômica, somadas, necessariamente, a uma quarta, a jurídica, que se destina a proteção e concretude da Sustentabilidade. Torna-se, portanto, imperativo a caracterização desta dimensão jurídica, análise que se dispõe a fazer no próximo item.

3. Direito transnacional: uma dimensão jurídica à sustentabilidade

³⁰ FERRER, Gabriel Real. Op. cit., p. 3-4.

³¹ FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 46-47.

³² BOFF, Leonardo. Op. cit., p. 32.

Apresentar uma proposta que configure um novo modelo jurídico que se destine a atender os objetivos/as dimensões traçadas pela/para Sustentabilidade, estudada anteriormente, traz consigo, também a tarefa de explicar, inicialmente, ainda que em breves linhas, o porquê não utilizar os modelos já existentes, ou seja, o Direito adotado institucionalmente para regular as relações internas dos Estados-nações³³, ou o Direito Internacional usado para regular as relações internacionais, ou ainda o Direito Comunitário adotado por alguns blocos de Estados para regular suas relações comunitárias.

Relativo ao Direito interno, destaca Stelzer³⁴ que com o avanço da tecnologia, das relações econômicas, comerciais e sociais, o Direito de natureza estatal viu-se questionado, fazendo com que sofresse dificuldades crescentes na edição de normas capazes de vincular e disciplinar relações progressivamente policêntricas.

Prova disso é o aumento da ineficiência do Estado Constitucional Moderno em tratar questões que vão muito além de sua base territorial, igualmente da sua assim considerada soberania, fruto da crescente complexidade das relações estabelecidas entre uma variedade de sujeitos de uma Sociedade cada vez mais complexa e globalizada, afetando diretamente a governança e a segurança política e jurídica. Servem como exemplos questões ligadas ao Direito Penal que não conseguem acompanhar os desafios de organizações criminosas globalizadas, questões de Direito Ambiental que não conseguem disciplinar atitudes de exploração e/ou contaminação do meio ambiente que ultrapassam em muito os limites territoriais do Estado, além de questões ligadas ao comércio, indústria, mão-de-obra, capital que envolvem dilemas de Direito Comercial, Trabalhista, Econômico e Tributário que há muito se demonstram insuficientes para tutelar localmente que dirá globalmente os interesses e conflitos que transcendem as fronteiras nacionais, isto para não citar outros campos do Direito que constitui o sistema jurídico padrão utilizado pelo Estado-nação.

³³ Estado-nação, Estado Constitucional Moderno ou Estado Contemporâneo são utilizados na pesquisa como sinônimos e entendidos, a luz dos ensinamentos de Cruz e Bodnar como “[...] *aquele tipo de organização política surgida das revoluções burguesa e norte-americana nos séculos XVIII e XIX que tiveram como principais características a soberania assentada sobre um território, à tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa.*”. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais*. Itajaí, 2009. p. 5.

³⁴ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). *Direito e transnacionalidade*. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 39.

Insipiente também a tutela do Direito Internacional onde as relações igualmente são encaradas na ideia de Estados, territoriais e soberanos, que através de acordos, convênios e tratados firmam e estabelecem relações ponto-a-ponto para regularem seus possíveis interesses, conflitos ou disputas comuns.

Neste sentido, imperioso lembrar as lições que Beck³⁵ ao dissertar que se faz necessário uma transição do Estado-nacional – baseado nas ideias do neoliberalismo – para a era transnacional que está fundada em: a) uma na nova configuração do sistema político (diga-se, por sua vez, também jurídico), e, b) na substituição da estrutura monocêntrica de poder dos Estados-nacionais por uma distribuição policêntrica de poder na qual uma grande diversidade de atores transnacionais e nacionais cooperem e concorram entre si – substituindo-se as relações de cunho “internacional” baseadas na ideia de regulamentação de conflitos e/ou disputas por relações “transnacionais” de solidariedade e cooperação.

Da mesma forma a análise do Direito Comunitário se mostra insuficiente para atender as demandas de um mundo sustentável, vez que sua referência paradigmática, não obstante se reconhecer neste ordenamento o transbordamento das fronteiras dos Estados membros³⁶, ainda continua ser um esforço conjugado dos Estados participantes, no intuito de gerar um espaço singular mais eficaz para competir globalmente.

Neste espaço comunitário, destaca Stelzer³⁷, o comércio, os fatores econômicos, assumem as vestes de comando do processo, sem ele não teria se ousado a sucumbência da Constituição para privilegiar a legislação comunitária. Neste processo o Direito vai a reboque da economia, motivo pelo qual sucumbiu às mutações que lhe foram exigidas (usando como exemplo o Direito Comunitário europeu), a ponto de não se identificar com o Direito Internacional ou nacional. O Direito Comunitário é, portanto, o falsete de uma transnacionalidade em espectro regional.

Percebe-se, portanto, ainda que em brevíssima análise, que para a concretude de um mundo sustentável, é necessário ir mais além. Não são apenas os aspectos econômicos, como já visto no primeiro item da presente pesquisa, que devem preponderar ou ser o mote da

³⁵ BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 72.

³⁶ Melhor exemplo de Direito Comunitário é aquela composição jurídica atualmente aplicada na União Europeia.

³⁷ STELZER, Joana. Op. cit., p. 47.

mudança de paradigmas para concretude da Sustentabilidade, este deve ser acompanhado pelos aspectos ambientais e sociais que exigem um novo paradigma político e jurídico que institucionalmente torne viável a sua execução. Modelo este que neste estudo se aponta como sendo o Direito Transnacional³⁸.

O que está perfeitamente claro a esta altura, destaca Ferrer³⁹, é que a Sustentabilidade se abre ao passo para um novo paradigma jurídico, na medida em que o processo global torna evidente a absoluta interdependência de indivíduos e povos. A Sustentabilidade é um paradigma de ação, mas também é jurídico que quebra a tensão dos contrapontos anteriores de liberdade e igualdade, próprios do Estado contemporâneo. É o paradigma próprio da sociedade pós-moderna, transnacional para qual caminhamos.

Para o professor espanhol, é necessário se evoluir para um Direito inclusivo que contemple os fenômenos atuais e que ordene a nova sociedade global. Um Direito esférico, já que a globalização (globo/esfera) pôs fim ao modelo de ordenamentos jurídicos autônomos inspirados na pirâmide de Kelsen, que nos leva a sistemas jurídicos que devem ser representados como esferas – concêntricas ou sistemas de esferas – em constante interdependência nas quais não há principio nem fim; nem bases, lados ou vértices, pois se trata de um direito líquido⁴⁰.

Como fenômeno a transnacionalização nasce no contexto da globalização⁴¹, valorizando características desta, mas dela se distinguindo como fenômeno reflexivo e limitador da hegemonia neoliberal. A transnacionalização do Direito é caracterizada, segundo Stelzer⁴², principalmente, pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.

O Direito Transnacional deve, por sua vez, no âmbito da produção do Direito, servir para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais, igualmente, permite a reflexão acerca da superação dos Estados-nacionais (Estado

³⁸ A primeira utilização do termo deu-se por Philip C. Jessup, na obra de com título original *Transnational Law*, publicado pela Yale University Press, em 1956. Há versão em português da obra, publicada pela Editora Fundo de Cultura S/A, primeira edição em maio de 1965.

³⁹ FERRER, Gabriel Real. Op. cit. p. 10.

⁴⁰ Ibidem, p. 10.

⁴¹ Sobre a distinção entre a Globalização e a Transnacionalidade ver TOMAZ, Roberto Epifanio. Transnacionalidade: uma proposta a globalização hegemônica. In: GRADOS, Guido C. A.; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio R. (orgs.). *Constitucionalismo em mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica*. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 211-228.

⁴² STELZER, Joana. Op. cit., p. 16.

Constitucional Moderno) para um Estado Transnacional⁴³ que passa a relacionar-se no âmbito externo, a partir de pressupostos de solidariedade e cooperação, com a preservação da capacidade de decisão interna, superando o sentido conflitivo e de disputa dos termos “internacional” e “supranacional”, destaca Stelzer⁴⁴.

Como ocorre no Estado Transnacional, dissertam Cruz e Bodnar⁴⁵, o Direito Transnacional seria matizado pela necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tronariam concretas e efetivas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção e direitos transnacionais baseados em pauta axiológica comum, em especial, neste estudo, a Sustentabilidade, impossível de ser alcançada pelos direitos nacional, internacional e comunitário hoje existentes.

Desta forma, assim como o Direito emanado do Estado Constitucional Moderno foi formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas, - de forma que cada uma delas tivesse sentido com relação às demais, também com o sistema, determinando a posição e o significado de cada um de seus elementos, - o Direito Transnacional poderia agregar essa mesma lógica para ser um ordenamento jurídico que transpasse vários Estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional⁴⁶.

Na gênese desta construção jurídica, com vistas a Sustentabilidade, chama atenção Souza⁴⁷, está à idéia de um modelo de desenvolvimento escolhido e reforçado para o mundo (o meio, o caminho), com o qual se objetiva compatibilizar a proteção do meio ambiente, o econômico e o social (objetivo a ser alcançado para manter-se indefinidamente no tempo), não obstante tal modelo encontrar oposição em setores que preferem as antigas práticas do lucro a qualquer custo, portanto, resistentes a idéia de um Direito Transnacional limitador.

Segundo Ferrer⁴⁸ o Direito só se converterá no instrumento que necessitamos para ordenação e transformação social, quando estabelecer como objetivo a Sustentabilidade. Um

⁴³ Sobre Estado Transnacional vide CRUZ, Paulo Márcio. *Da Soberania à Transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI*. 1. ed. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011. p. 21.

⁴⁴ STELZER, Joana. Op. cit., p. 16.

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). *Direito e transnacionalidade*. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

⁴⁶ Ibidem, p. 65.

⁴⁷ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. 20 Anos de Sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. Busque: *Revista da Unifebe*, ISSN 2177-742X, 11 dezembro de 2012. Disponível em: < <http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo023.pdf> >. Acesso em: 18 de julho de 2014, p. 242.

⁴⁸ FERRER, Gabriel Real. Op. cit., p. 12.

Direito Transnacional que, transcendendo ao Direito Internacional convencional, imponha regra a Estados, corporações e indivíduos que não podem obstar interesses individuais ou nacionais. Este novo Direito, próprio do espaço transnacional, caracteriza-se como um Direito esférico (global) e não estará mais baseado na clássica estrutura cartesiana de hierarquia normativa. As normas, materialmente válidas e efetivamente obrigatórias, estarão despojadas das exigências formais que estamos acostumados. Sua coercitividade não virá respaldada pelo império e pelo monopólio da força do Estado, mas se imporá aos mesmos pela impossibilidade de permanecer fora do sistema planetário.

Evidentemente que a implementação de um Direito Transnacional à Sustentabilidade requererá novas formas de participação política ainda não conhecidas e responderá a novos valores, modos de pensar e necessidades planetárias que serão apoiadas, sem dúvida em nossas crescentes capacidades tecnológicas⁴⁹.

O que se sabe atualmente é que a Sustentabilidade deve ser construída e consolidada a partir do aporte científico de diversos campos do saber e deve integrar a base formativa de todas as teorias políticas, sociais, econômicas e jurídicas na atualidade⁵⁰ e que a dimensão jurídica, como dissertam Cruz e Bodnar⁵¹, deve desempenhar um protagonismo de liderança nesta árdua tarefa no intuito de fornecer uma estrutura institucional e normativa para a consolidação da Sustentabilidade.

Nas palavras de Ferrer⁵², “*se trata, simplemente, de transformar el derecho para que deje de ser un instrumento de dominación de unos hombres sobre otros y ponerlo al servicio de la Humanidad. Es difícil, pero no imposible*”.

A obsolescência dos modelos jurídicos atuais, juntamente com cada vez maior ineficácia do Estado-nação de tornar real a concretude do objetivo traçado pela Sustentabilidade, apontam, por sua vez, para a urgente e necessária tarefa da mudança do paradigma jurídico que se persegue na presente pesquisa.

⁴⁹ Ibidem, p. 19.

⁵⁰ BODNAR, Zenildo. A Sustentabilidade por Meio do Direito e da Jurisdição. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado. V. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011 – ISSN 1677-6404. Disponível em: < <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1885> >. Acesso em: 28 de maio de 2014.

⁵¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Livro eletrônico acesso: < <http://www.univali.br/ppcj/ebook> >. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 108.

⁵² FERRER, Gabriel Real. Op. cit., p. 21.

E ainda que possam ou devam ser criadas e utilizadas melhores categorias para tanto, as poucas razões, pela restrição do presente trabalho, aqui apontadas, servem de incentivo para seu estudo e implementação, sob pena de comprometermos a subsistência da vida, em todas as suas esferas e formas, na terra.

4. Considerações finais

O presente trabalho se destinou a compreender, em breve análise, a evolução do conceito de Sustentabilidade que perpassa pelo conceito de Desenvolvimento Sustentável e que define suas dimensões, bem como a apresentação da proposta do Direito Transnacional que se aponta como sendo a dimensão jurídica necessária a concretização e efetividade da Sustentabilidade.

O primeiro item da pesquisa abordou questões acerca da evolução conceitual da categoria Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade, identificou às três dimensões necessárias à sua implementação (a ambiental, social e econômica), bem como constatou a necessidade de se somar a estas dimensões uma quarta, a dimensão jurídica, que sirva como uma garantia institucional para sua efetiva proteção e concretização.

No segundo item foi tratado, também em breves linhas, da obsolescência dos modelos jurídicos atuais para configurarem a dimensão jurídica requerida pela Sustentabilidade. A proposta de um Direito Transnacional foi apresentada como sendo a dimensão jurídica necessária a proteção e a concretização da Sustentabilidade.

Tomando por base as reflexões realizadas chega-se a consideração de a Sustentabilidade deve ser construída e consolidada a partir de vários aportes, científico, tecnológico, político, econômico, social e, evidentemente, o jurídico.

A dimensão jurídica deve desempenhar papel preponderante nesta tarefa de maneira a garantir uma estrutura institucional e normativa que contribua com a proteção e concretização de um futuro planetário que se pretenda viável e que possa perpetuar-se indefinidamente no tempo.

Como os modelos jurídicos atuais, não conseguem responder à Sustentabilidade, talvez em razão de estarem comprometidos com um Direito centralizado e baseado num

modelo econômico, se faz necessária uma mudança radical, arvorando-se o Direito Transnacional como possível resposta a este desafio.

Por fim, deve-se reconhecer que a dimensão jurídica não é a única a garantir esta efetividade, por esta e por outras razões a presente pesquisa não tem o condão de ser axauriente, assim como reconhece que possam ou devam ser criadas outras categorias que melhor se adéquem ao desafio de formar uma dimensão jurídica que atenda a Sustentabilidade.

Assim sendo, as poucas razões aqui apresentadas, seja pela restrição ou pelo objeto do presente trabalho, se dispõem a servir de provocação, de incentivo para maiores e melhores estudos que procurem a efetiva implementação da Sustentabilidade, sob pena de comprometermos a subsistência da vida, em todas as suas esferas e formas, na terra.

Referências:

BODNAR, Zenildo. A Sustentabilidade por Meio do Direito e da Jurisdição. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado. V. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011 – ISSN 1677-6404. Disponível em: < <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1885> >. Acesso em: 28 de maio de 2014.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. *A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais*. Itajaí, 2009.

_____; STELZER, Joana (orgs.). *Direito e transnacionalidade*. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. *Da Soberania à Transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI*. 1. ed. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011.

_____; BODNAR, Zenildo. *Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade*. [recurso eletrônico]. Participação especial Gabriel Real Ferrer. Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: < <http://www.univali.br/ppcj/ebook> >. Acesso em: 19 de julho de 2014.

FERRER, Gabriel Real. *Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho*. Universidad de Alicante e Universidade do Vale do Itajaí. Disponível em: < <http://xa.yimg.com/kq/groups/18206209/1421855917/name/Sostenibilidad> >. Acesso em: 11 de julho de 2014.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRADOS, Guido C. A.; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio R. (orgs.). *Constitucionalismo em mutação – reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica*. Blumenau: Nova Letra, 2013.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *A ONU e o Meio Ambiente*. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-meio-ambiente/> >. Acesso em: 15 de Julho de 2014.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> >. Acesso em: 19 de Julho de 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.

_____. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. 20 Anos de Sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. *Busque: Revista da Unifebe*, ISSN 2177-742X, 11 dezembro de 2012, p. 239-252. Disponível em: < <http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo023.pdf> >. Acesso em 18 de julho de 2014.

UNITED NATIONS. *Declaration on the Right to Development*. 41/128. New York: United Nations, 1986. Disponível em: < <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm> >. Acesso em 19 de julho de 2014.

UNITED NATIONS. *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*. 4 September 2002. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/jburgdec.htm> >. Acesso em 19 de julho de 2014.

UNITED NATIONS. *Our Common Future*. Report of the Commission on Environment and Development. New York: United Nations, 1987. Disponível em: < <http://conspect.nl/pdf/Our Common Future-Brundtland Report 1987.pdf> >. Acesso em 11 de julho de 2014.

UNITED NATIONS. *The Future we Want*. Resolution adopted by the General Assembly. Rio de Janeiro, 27 July 2012. Disponível em: < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/10/PDF/N1147610.pdf?OpenElement> >. Acesso em: 19 de julho de 2014.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS *SITES* DE COMPRA COLETIVA

*Regiane Scoco Laurádio*¹

1. Introdução

A compra coletiva é uma modalidade do comércio eletrônico, tendo por finalidade a divulgação e venda de oferta de produtos ou serviços com descontos atrativos, vinculadas por um prazo certo de duração e a um número mínimo de compradores para que ela seja efetivada.

A função do *site* de compra coletiva é de anunciar o produto, gerenciar as vendas com o recebimento dos valores das compras, emitir os cupons e repassar a parte que cabe aos fornecedores (anunciantes das ofertas), recebendo para tanto um percentual sobre as vendas.

Desta forma fica latente que o mesmo é um prestador de serviço, recebendo inclusive pelo serviço prestado, se enquadrando no conceito de fornecedor determinado pelo artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Serviço nos termos do diploma consumerista é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”²

Rizzato Nunes³ nos explica que “a lei é exemplificativa”, desta forma os *sites* de compra coletiva se enquadram na definição de prestador de serviço.

Claudia Lima Marques² definiu “serviço” de uma forma mais concisa e clara, permitindo uma interpretação mais aberta, mencionando ainda:

¹ Mestra em Direito das Relações Sociais, sub-área de Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Professora de Direito Civil no Centro Universitário Padre Anchieta e Professora-Tutora da Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

² Parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 141.

Segundo a doutrina brasileira, fornecer significa “promover, abastecer, garantir, dar, ministrar, facilitar, proporcionar” (assim ensina Cavalli, *Leasing – Um exercício de reconstrução tipológica*, p. 185 do original), uma atividade, portanto, independente de quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos. A expressão “atividades”, no *caput* do art. 3º, parece indicar a existência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo da aplicação do CDC, à dependência única de ser o contratante um consumidor.

O *site* de compra coletiva facilita e proporciona a oferta de produtos e serviços a preços promocionais, com habitualidade, sendo que o mesmo não é detentor destes, apenas intermedia a venda das ofertas.

O *caput* do 14 do Código de Defesa do Consumidor, determina que o fornecedor de serviço responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos ocasionados em decorrência do defeito do serviço prestado, bem como pela falta ou inadequação da informação sobre a sua fruição e riscos.

O artigo 20 do mesmo diploma legal também atribui ao fornecedor de serviços a responsabilidade pelos vícios de qualidade e de adequação.

Portanto, se o mesmo se enquadra na categoria de fornecedor, deve se sujeitar aos ditames do diploma consumerista, conforme será a seguir demonstrado.

2. Solidariedade entre o *site* de compra coletiva e o anunciante da oferta do produto ou do serviço

O Código de Defesa do Consumidor, estabelece no parágrafo único do artigo 7º, que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”

A ideia de solidariedade trazida pelo diploma consumerista “é o direito de ressarcimento da vítima-consumidor (art. 6º, VI, c/c art. 17 do CDC), uma vez que o microsistema do CDC, geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independente de culpa (arts. 12, 13, 14, 18, 20 do CDC).”⁴

⁴ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 314.

A Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 6.161, de 09 de janeiro de 2012, disciplina, em seu artigo 7º, a questão da solidariedade, determinando que: “o descumprimento do contrato, cuja compra tenha sido concluída com sucesso pelos consumidores, gerará obrigações para a empresa de compras coletivas ou para a empresa responsável pela oferta do produto ou do serviço”.

Analisando as condições estabelecidas por dois grandes sítios de compra coletiva no Brasil: o Groupon e o Peixe Urbano, constatamos que todos possuem cláusulas que preveem a exclusão de toda e qualquer responsabilidade sobre eventuais vícios ou defeitos que possam existir nos produtos ou na prestação dos serviços, repassando tal responsabilidade aos anunciantes da oferta, indo na contramão do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, referidas cláusulas, colocam o consumidor em situação de desvantagem frente ao *site* que faz a divulgação da oferta, uma vez que tenta se esquivar das responsabilidades impostas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ferem assim, o artigo 25⁵ do diploma consumerista, que veda a “estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar.”

Ofendem também o artigo 51, incisos I, II, III e XV e parágrafo primeiro⁶ do Código de Defesa do Consumidor, que trata das cláusulas abusivas, devendo, pois, ser consideradas “nulas de pleno direito” já que exoneram toda e qualquer responsabilidade por parte dos sites de compra coletiva.

⁵ Artigo 25 - É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

⁶ Artigo 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

Parágrafo 1º - Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Diferentemente do Código Civil que traz dois tipos de nulidade, a absoluta e a relativa, o Código de Defesa do Consumidor instituiu as cláusulas nulas de pleno direito. Aqui é importante salientar que embora possam constar dos contratos de consumo, elas são letras mortas, não geram nenhum tipo de efeito.

Como bem salientado pelo autor Rizzatto Nunes⁷, “não há que se falar em cláusula abusiva que se possa validar; ela sempre nasce nula, ou, melhor dizendo, foi escrita e posta no contrato, mas é nula desde sempre.”

O legislador ao incluir as hipóteses de cláusulas abusivas assegurou a proteção do consumidor através de “um efetivo controle judicial do conteúdo do contrato”⁸, tendo em vista o caráter protetivo do referido diploma legal.

Desta forma, por ser o *site* de venda coletiva considerado um fornecedor, já que é um prestador de serviço, ele é responsável solidário ao anunciante da oferta, respondendo assim de forma objetiva nos termos da lei consumerista, sendo que qualquer estipulação contratual que vede a sua responsabilidade fere frontalmente os ditames do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, considerada nula de pleno direito.

3. Responsabilidade em decorrência da falta ou insuficiência de informação

Todo o consumidor tem direito à informação de forma clara e precisa, nos exatos termos do artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal; artigo 4º, incisos IV e VIII; artigo 6º, inciso III e IV; artigo 30, 31 e 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Vale pontuar que os princípios da transparência e da informação precisam andar juntos. Assim, a informação prestada pelo *site* que anuncia a oferta da compra coletiva precisa respeitar os ditames do Código de Defesa do Consumidor e em especial aos princípios apontados.

Sobre tal necessidade, Bruno Miragem⁹ menciona que:

⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 712.

⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 942.

⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 344.

Em se tratando das relações de consumo por intermédio da Internet, o dever de informar do fornecedor decorre de uma positividade legal de um direito básico do consumidor à informação, desdobrado por uma série de disposições específicas relativas a informações de distintos aspectos da relação de consumo. [...] No caso das relações estabelecidas por intermédio da Internet, reconhece-se, desde logo, uma espécie de vulnerabilidade técnica do consumidor em relação ao meio.

Referido autor ainda complementa afirmando que a informação:

[...] permite a formação livre e racional do consumidor quanto às relações estabelecidas por intermédio da Internet, permitindo a reflexão sobre suas restrições e riscos, ao assegurar a equidade informacional das partes.

Diante do posicionamento mencionado, conclui-se que a informação é um direito básico do consumidor; sendo ele considerado vulnerável tecnicamente em relação ao meio. A informação precisa e exata permite uma análise sobre as restrições e riscos decorrentes da relação a ser entabulada.

A informação que antes era buscada pelo consumidor, hoje em dia precisa ser provida pelo fornecedor, sob pena dele incorrer na ofensa aos ditames consumeristas.

A informação prestada através da rede mundial de computadores configura “o instrumento mais eficaz na aproximação dos parceiros contratuais”, tem por objetivo demonstrar a idoneidade do fornecedor.¹⁰

A consequência da falta de informação ou até mesmo a informação ineficiente, acaba por gerar muitas vezes uma compra por impulso, levando o consumidor ao erro, a adquirir produtos ou serviços sem a menor necessidade.

Segundo informações da Fundação Procon São Paulo¹¹, de janeiro a setembro de 2011, foram atendidas 767 (setecentos e sessenta e sete) reclamações referentes aos *sites* de compra coletiva, sendo que a falta ou a inadequação da informação prestada foram as principais causas.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v. 18, n. 70, p. 76, 2009.

¹¹ Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon São Paulo. Notícias. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=2505>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

O dever de informar num primeiro momento tem um enfoque sobre “as características do produto ou do serviço ofertado no mercado”,¹² sendo que tal imposição legal foi se expandido, principalmente com a chegada da sociedade de massa, a qual passou a ter uma dupla função, qual seja: a de informar e de estimular o consumo através de técnicas de marketing e publicidade.

Através da internet, as informações ganham velocidade e atingem um número expressivo de consumidores e por isso, a mesma precisa passar confiança, veracidade e credibilidade aos consumidores, fato este que deve ocorrer na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

No comércio eletrônico, o prestador de serviços tem a obrigação de colocar à disposição dos destinatários, de forma permanente, informação “fácil e gratuita”¹³ que não leve o consumidor a erro.

Bruno Miragem,¹⁴ ao falar sobre a “sociedade da informação”, menciona que a mesma se expande de forma rápida, alertando assim, o fornecedor quanto ao dever de identificar se o seu destinatário está apto a receber e identificar as informações na mesma agilidade.

Diante do mundo globalizado em que vivemos, nós consumidores, somos bombardeados com informações que muitas vezes são incompreensíveis, por isso, é dever do fornecedor não apenas disponibilizar tais informações mas sim, verificar se as mesmas possibilitam a compreensão do consumidor.

4. Responsabilidade pelo não cumprimento da oferta

Na lição da autora Cláudia Lima Marques¹⁵ a oferta deve ser entendida como:

[...] declaração inicial da vontade direcionada à realização de um contrato (assim Beviláqua, Código Civil, p.244). Como o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, é necessário que um dos futuros contraentes tome a iniciativa de propor o negócio, dando início à formação do contrato; ele com

¹² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 771.

¹³ ZURILLA CARIÑANA, Maria de los Ángeles. Comercio electrónico y protección de los consumidores en España. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 1, n.2, p. 147, 2011.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 189.

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 651.

que solicita a manifestação da vontade, a concordância do outro contratante (aceitação) ao negócio que está propondo. A oferta é o elemento inicial do contrato.

A oferta deve ser realizada por uma das partes que deseja entabular o negócio, sendo que o Código Civil fala em “proposta” - artigo 427¹⁶ e o Código de Defesa do Consumidor em “oferta” – artigo 30¹⁷.

O termo “oferta” mencionado no Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado “pelo prisma da realidade massificada na sociedade de consumo”¹⁸, já que uma oferta de um produto ou serviço veiculada, por exemplo, no site de compra coletiva, atinge a coletividade, ficando latente que nesse caso ela atinge um número inimaginável de consumidores.

Desta forma, a veiculação da oferta acaba por gerar uma expectativa tanto para o consumidor estabelecido no caput do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, quanto para a coletividade de consumidores.

Referido dispositivo legal traz uma ampliação no conceito de oferta, uma vez que as informações veiculadas através dela integram o contrato que vier a ser celebrado, nascendo para o consumidor “o direito formativo de constituição do contrato, mediante aceitação.”¹⁹

Desta forma, o seu descumprimento gera um dever de indenização em virtude da não constituição do contrato.

O julgado extraído do processo 0014300-76.2011.8.19.0001²⁰, que tramitou no 5º Juizado Especial Cível da Comarca de Copacabana – Rio de Janeiro, condenou o Groupon (Clube Urbano Serviços Digitais Ltda. – Groupon Clube Urbano), nos danos materiais e morais sofridos pelo autor da ação, tendo em vista o descumprimento da oferta apresentada.

¹⁶ Artigo 427 - A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

¹⁷ Artigo 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

¹⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 266-267.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 192.

²⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.001.010511-0>> Acesso em: 16 mar. 2012.

Trata-se de quadro grave de inadimplência e má prestação de serviços da ré com o agravamento do quadro que revela a inexistência de qualquer serviço de pós venda, *fragilizando o consumidor em evidente demonstração de descontrole do volume de ofertas e do não cumprimento das mesmas* junto a milhares de consumidores que aderem as promoções do groupon, razão pela qual o autor faz jus ao ressarcimento de R\$ 30,00 com correção e juros desde o desembolso (17/09/2010). [grifo nosso]

Pelo exposto, julgo procedente em parte o pedido para condenar a reclamada a pagar ao reclamante a quantia R\$ 5.000,00, com correção e juros a partir da data da sentença; bem como condeno a ré a restituição do valor de R\$ 30,00 com correção e juros desde o desembolso, devendo tal quantia ser depositada em até 15 (quinze) dias a contar do trânsito em julgado desta, sob pena de multa de 10% do valor fixado na forma do art. 475-J do CPC. Sem custas e honorários. Publicada essa em audiência e dela intimadas os presentes, registre-se.

Data do julgamento: 06 de maio de 2011.

A informação e a publicidade estão ligadas à oferta e o seu descumprimento gera consequências ao *site* de compra coletiva bem como ao estabelecimento anunciante da oferta do produto ou serviço, isto nos termos da solidariedade estipulada no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Importante uma breve distinção entre a informação e a publicidade, sendo esta compreendida pelos “anúncios de televisão, rádio, jornal, revista, cinema e, também, os constantes nos rótulos, folhetos e materiais entregues nos pontos de vendas” e aquela compreendida “por tudo isso, mas é também a fala ou reposta do gerente do banco, do funcionário do atendimento telefônico, da administradora do cartão de crédito, o preço dado pelo feirante, “de boca”, para o consumidor, do agente emissor de passagens de qualquer tipo, do *maitrê* no restaurante, do recepcionista do hotel, são os dados técnicos apresentados nas embalagens e rótulos dos produtos, enfim é qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrita, verbal, gestual etc. que chegue ao consumidor.”²¹

Desta forma quando falamos em publicidade falamos em informação, mas quando falamos em informação nem sempre falamos em publicidade.

²¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 461.

Em decorrência do descumprimento da oferta, o consumidor terá algumas alternativas a seu favor, conforme estipulado no artigo 35²², incisos I, II e III do diploma consumerista, sendo elas: i) exigir o cumprimento forçado da obrigação; ii) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente e iii) requerer a rescisão do contrato com a devolução do valor pago além das perdas e danos.

5. Direito de arrependimento

O artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor disciplina o direito que o consumidor tem em se arrepender do contrato realizado, fora do estabelecimento comercial, caracterizando assim uma forma de proteção contratual.

Referido artigo traz a seguinte redação:

Artigo 49 – O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

O prazo assinalado no artigo supracitado é chamado de prazo de reflexão, onde o consumidor pode desistir da aquisição do produto ou serviço adquirido fora do estabelecimento comercial, sem a necessidade de fazer qualquer justificativa sobre as razões da sua desistência.

²² Artigo 35 - Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Segundo a lição do professor Nelson Nery Junior²³:

Quando o espírito do consumidor não está preparado para uma abordagem mais agressiva, derivada de práticas e técnicas de vendas mais incisivas, não terá discernimento suficiente para contratar ou deixar de contratar, dependendo do poder de convencimento empregado nessas práticas mais agressivas. Para essa situação é que o Código prevê o direito de arrependimento.

Os autores Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa²⁴ apontam as seguintes justificativas para o direito de arrependimento:

A justificativa do direito de arrependimento decorre tanto do fato de o consumidor não possuir condições de examinar “de perto” o produto (no máximo por fotos, catálogos, etc.), como da circunstância em relação às vendas em domicílio, de ser uma compra sem o necessário e saudável período de reflexão para amadurecimento sobre a real necessidade do bem. O objetivo é impedir compras por impulso.

Como bem salientado pelos autores supracitados, duas são as justificativas para o direito de arrependimento, sendo elas: a impossibilidade do contato físico ou visual e a possibilidade de reflexão sobre uma possível compra por impulso.

Ponto controvertido, porém, é saber se o direito de arrependimento é aplicável ou não nas vendas realizadas através da internet.

Dois pontos merecem atenção: o primeiro é saber se o rol elencado no artigo 49 é exemplificativo ou taxativo e o segundo é saber se o estabelecimento virtual se enquadra na proteção abarcada pelo artigo supracitado.

Embora a lei fale “especialmente por telefone ou a domicílio” devemos entender que tal rol é exemplificativo, portanto, sendo perfeitamente cabível a invocação de tal dispositivo

²³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 561.

²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 291

legal nos negócios entabulados no comércio eletrônico, em especial nos realizados via site de compra coletiva.²⁵

Quanto a segunda indagação, vejamos o posicionamento de Vinícius Simony Zwarg²⁶:

[...] o direito de arrependimento contratual surgiu na França imaginando a proteção de outros modelos de venda que não o comércio eletrônico. Até então se tentava proteger o consumidor das vendas agressivas feitas nos domicílios ou locais de trabalho dos consumidores. O comércio eletrônico se desenvolveu e expandiu-se quase que de modo concomitante com o momento em que o direito de arrependimento surgiu nos diplomas de proteção e defesa do consumidor que apareceram pelo mundo. No Brasil, o advento do CDC (1990) foi anterior ao surgimento do comércio eletrônico. Tal situação, sem sombra de dúvida, provocou uma questão árdua a ser tratada pelo Direito, visto que existe a necessidade de se saber se o arrependimento do CDC abarca ou não o comércio eletrônico.

De posse das alegações aqui mencionadas, conclui-se que o consumidor pode exercer o direito de arrependimento quando entabular uma negociação junto aos *sites* de compra coletiva, uma vez que ele estará impossibilitado de fazer um contato físico ou visual com o produto ou o serviço adquirido, bem como que nesta modalidade do comércio eletrônico o consumidor está exposto a técnicas de marketing agressivas, conforme já apontamos em nosso trabalho, seja através do envio de e-mails, divulgação das ofertas em redes sociais ou através do sitio de venda coletiva, que enseja muitas vezes uma compra por impulso.

Desta forma qualquer cláusula que impossibilite ou delimite o consumidor de exercer seu direito de arrependimento é considerada abusiva, sendo, portanto, como já estudamos, considerada nula de pleno direito.

6. Conclusão

²⁵ Este é o posicionamento dos autores Nelson Nery Junior e Rizzatto Nunes. ²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 562-563. RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 700.

²⁶ ZWARG, Vinícius Simony. *O direito de arrependimento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Dissertação [Mestrado em Direito]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p. 126-127.

Diante dos avanços tecnológicos e do surgimento de uma nova modalidade no comércio eletrônico, o presente trabalho procurou tratar dos principais assuntos atinentes à responsabilidade civil dos *sites* de compra coletiva.

É inquestionável a rapidez com que o comércio eletrônico vem se expandido, sendo que desde meados de 2010 o mercado consumidor brasileiro vem experimentando uma nova forma de negociação, qual seja: as realizadas através dos *sites* de compra coletiva.

Conclui-se que o sistema de compra coletiva é uma modalidade do comércio eletrônico que tem por objetivo a divulgação e venda de ofertas de produtos ou serviços, tendo a mesma um prazo de duração determinado e um número mínimo de compradores para que ela seja efetivada.

Sua função é a de promover a divulgação do produto ou do serviço, fazendo um trabalho de marketing para que a oferta chegue de forma eficaz ao conhecimento do maior número possível de consumidores, usando para isso a divulgação através do envio de e-mails, anúncios em redes sociais, além de contar com a exposição no próprio site de compra coletiva.

É ainda de sua responsabilidade, o gerenciamento das vendas das ofertas anunciadas, bem como o repasse do valor que cabe ao anunciante, recebendo para isso, um percentual sobre as ofertas vendidas.

Desta forma, ele é considerado um prestador de serviço que faz a intermediação entre o anunciante da oferta (do produto ou do serviço) e o consumidor, recebendo uma espécie de comissão pelo serviço prestado, não sendo ele o fornecedor da oferta anunciada.

Esta modalidade do comércio eletrônico precisa respeitar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, que prisma pela proteção da parte vulnerável na relação de consumo, qual seja, o consumidor.

Referências:

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.



FUNDAÇÃO de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON São Paulo. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=2505>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v. 70, p. 41-72, 2009.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Vara Cível. Processo nº 0014300-76.2011.8.19.0001. Autor: Alexandre de Freitas. Advogados: RJ105685 - Patrícia Marsico do Couto - RJ028105 - George Eduardo Ripper Vianna. Réu: Clube Urbano Serviços Digitais Ltda - Groupon Clube Urbano. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2011.001.010511-0>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZURILLA CARIÑANA, Maria de los Ángeles. Comercio electrónico y protección de los consumidores en España. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 1, n.2, p. 147-158, 2011.

ZWARG, Vinícius Simony. *O direito de arrependimento no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Dissertação [Mestrado em Direito]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p. 126-127.

EFEITO DEVOLUTIVO DOS RECURSOS E COGNIÇÃO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NOS TRIBUNAIS

*César Reinaldo Offa Basile*¹

1. O efeito devolutivo dos recursos

Considera-se *devolutivo* o efeito reconhecido a um determinado ato processual de transferir a um órgão jurisdicional de maior hierarquia o conhecimento da matéria submetida a julgamento por um órgão jurisdicional de competência funcional inferior.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, “deve-se considerar, atualmente, que o efeito devolutivo decorre da interposição de qualquer recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação do julgamento para outro ou para o mesmo órgão julgador”².

Nas lições de Barbosa Moreira “chama-se devolutivo ao efeito do recurso consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição”³.

Segundo Carlos Eduardo Stefen Elias, “a aptidão dos recursos em transferir o conhecimento da matéria impugnada recebe a designação de efeito devolutivo”⁴.

Consoante Ricardo Aprigliano, “o efeito devolutivo da apelação, segundo o entendimento dominante da doutrina, ocorre sempre que se verifica a transferência ao órgão *ad quem* do conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição, nos limites da impugnação”⁵.

¹ Juiz do Trabalho, bacharel em Direito e em Ciências Contábeis, pós-graduado MBA em Direito Econômico e Empresarial pela FGV, mestre e doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP).

² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil* – vol. 3. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*- vol. V. 12. ed. São Paulo: Forense, 12ª ed., 2005.

⁴ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Primeiramente, convém destacar que o efeito devolutivo não é exclusivo dos atos recursais, podendo ser também identificado, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, na remessa necessária, condição de eficácia da sentença judicial proferida em face da Fazenda Pública⁶, sem natureza recursal⁷.

Não obstante, consoante nos ensina José Carvalho Barbosa Moreira, a expressão *efeito devolutivo* possuiu raízes históricas em período anterior à tripartição dos poderes, época em que o governante concentrava o exercício de todos eles na sua pessoa. Assim, em razão de ser impossível exercê-los, fisicamente, ao mesmo tempo, o poder de julgar era delegado aos juízes da época. Exarada decisão a uma das partes, esta apresentava um apelo ao imperador, que, em função da delegação não mais dispunha do poder de julgar. Destarte, para que o governante pudesse examinar o apelo, o poder de julgar delegado era-lhe *devolvido*, razão pela qual se entende que o efeito devolutivo é exclusivo de ato processual que se dirige a um órgão jurisdicional hierarquicamente superior.

Dessa forma, no julgamento de embargos (inclusive os de declaração) e no exercício do juízo de retratação em sentenças sumárias de improcedência para casos idênticos (art. 285-A, §1º); no indeferimento da petição inicial (CPC, art.296, parágrafo único); e nos agravos (CPC, art. 523, §2ª e 557, §1º) não estaremos diante de um genuíno efeito devolutivo e sim de um *efeito regressivo*. Nas palavras de Mendonça Lima, “a causa volta às mãos do juiz de que saíra, e este, se assim entender justo, poderá modificar a sua sentença”⁸. Ovídio Baptista da Silva vai mais além ao afirmar que quando o juiz não reconsidera a decisão e o recurso é enviado a outro órgão diz-se, nesta hipótese, que o efeito devolutivo ficou diferido⁹.

O entendimento contrário é capitaneado por Frederico Marques, que associa o efeito devolutivo a todos os recursos, pelo simples fato de que o recurso “entrega e leva o conhecimento da questão decidida”. Completa Ricardo Aprigliano: “se a própria lei determina que esse novo exame seja feito, em determinados casos, pela mesma autoridade judiciária,

⁶ Consoante atual redação do art. 475, §2º do CPC, somente cabível nas condenações superiores a 60 (sessenta) salários mínimos e desde que a sentença não esteja fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

⁷ Muito embora, uma parte minoritária da doutrina ainda a denomine de *recurso ex officio*.

⁸ MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – vol. 1*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

não parece correto excluir a devolução apenas porque essa transferência foi feita para o mesmo órgão”¹⁰

Também não se pode considerar que o efeito devolutivo transfere o conhecimento de matéria julgada, mas sim submetida a julgamento. Isso porque prevalece atualmente em nosso ordenamento jurídico a “teria da causa madura”, consubstanciada no art. 515, §3º do CPC, que permite o julgamento *prima facie* pelo tribunal, de causas que versem questão exclusivamente de direito e que estiverem em condições de imediato julgamento, malgrado tenham sido extintas sem julgamento de mérito em primeiro grau de jurisdição.

Por fim, convém destacar que apesar do ordenamento jurídico brasileiro adotar (assim como a grande maioria dos países ocidentais) o sistema *revisio prioris instantiae*, segundo o qual o órgão jurisdicional de hierarquia superior está limitado ao controle sobre eventuais erros (*in procedendo* ou *in iudicando*) cometidos pela jurisdição inferior, algumas nações ainda observam o sistema *novum iudicium*, que no Brasil, somente será admitido em hipótese de absoluta exceção.

No *novum iudicium*, a cognição será permanente. A interposição de peça recursal em face da sentença proferida garante a continuidade da atividade jurisdicional perante o Tribunal, de tal sorte que o primeiro grau passa a representar apenas uma etapa cognitiva preliminar¹¹. Trata-se da decorrência lógica do *ius novorum* (ínsito ao sistema analisado), ou seja, do direito das partes das partes apresentarem novos fatos, novas provas e novas exceções perante o juízo *ad quem* antes de seu pronunciamento. Não será permitido, contudo, o oferecimento de nova demanda (alteração do pedido, tanto o imediato – o próprio provimento jurisdicional – como o mediato – bem da vida perseguido).

A experiência italiana é muito rica nesse tema:

- O art. 940 do *Codice di Procedura Civile* de 1865 (*Legge 2 aprile 1865, n. 2215*) permitia que fossem agregadas ao recurso novas alegações de defesa – inclusive de compensação – não formuladas em primeiro grau, ou que provas não produzidas neste juízo o fossem em sede recursal, orientação que encontrava suporte na ideia de que o procedimento recursal configurava a plena renovação do processo em instância superior (*novum iudicium*).

¹⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹ Em verdade, a apelação inaugura uma nova fase probatória, não sendo necessário que a parte apresente todas as provas de que dispõe logo no primeiro grau de jurisdição, podendo reservar uma espécie de “prova-trunfo” para o derradeiro grau jurisdicional.

- O art. 345 do *Codice di Procedura Civile* de 1940 (*Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443*), por sua vez, com suporte na ideia de que o órgão recursal apenas deveria rever e avaliar a correção da sentença proferida na instância inferior (*revisio prioris instantiae*), alterou radicalmente essa característica do *apelo*, proibindo expressamente a apresentação de novas alegações de defesa, independentemente da importância que podiam ter para a correta solução do litígio, bem como impediu a produção de qualquer nova prova em segundo grau.

- Com a reforma do *Codice* em 1950 (*Legge 14 luglio 1950, n. 581*), mais uma vez foram admitidas novas alegações de defesa e a produção de novas provas em grau de apelação (embora com a penalização pecuniária do litigante desidioso).

- Por fim, a redação do art. 345 do *Codice* foi consolidada em 1990 (*Legge 26 novembre 1990, n. 353*), proibindo definitivamente a apresentação de novas defesas e permitindo a produção de novas provas em sede recursal apenas na hipótese em que o apresentante demonstrar a impossibilidade de tê-las produzido anteriormente; ou (b) o juízo recursal – investido de poderes discricionários nesta hipótese – considerar a prova indispensável ao julgamento da causa, independentemente da oportunidade anterior de sua produção:

Art. 345 (Domande ed eccezioni nuove). Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.

Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio.

Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile¹².

Consoante já estudado, o ordenamento jurídico brasileiro (à semelhança do exemplo austríaco) adotou o sistema *revisio prioris instantiae*. Entretanto, há duas únicas hipóteses de

¹² Tradução livre: Art. 345 (Demanda e exceção nova). No juízo de apelação não se pode propor demanda nova e, se proposta, deverá ser considerada inadmissível *ex officio*. É possível, todavia, pretender os interesses, fruto e os acessórios ocorridos depois da sentença impugnada, bem como a ressarcimento de danos sofridos depois da mesma sentença. Não se pode propor nova exceção, que também não serão relevantes *ex officio*. Não são admitidos novos meios de prova e não se pode produzir novos documentos, salvo aqueles que o colegiado considere indispensáveis para a decisão final da causa ou que a parte demonstre não ter podido produzir no juízo de primeiro grau por impossibilidade.

coincidência do direito processual pátrio com o sistema *novum iudicium* (e, conseqüentemente, *ius novorum*), expressa nos termos do art. 517 e 397 do Código de Processo Civil, a seguir transcritos:

Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Assim, no caso de força maior, novas questões de fato poderão ser suscitadas (e comprovadas) na peça recursal e no caso de fatos ocorridos após proferida a sentença, também novos documentos comprobatórios poderão ser trazidos à colação via apelação.

Convém destacar, no entanto, que o modelo austríaco do sistema *revisio prioris instantiae*, revela uma peculiaridade muito interessante: a veracidade de um fato declarada no julgamento de uma ação judicial, quando não objeto de recurso, torna-se vinculante para toda e qualquer outra decisão judicial envolvendo o mesmo fato e as mesmas partes, o que não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, posto que não fazem coisa julgada a verdade dos fatos estabelecida como fundamento de sentença (CPC, art. 469, II).

2. O efeito devolutivo em extensão e em profundidade

Nas lições de Barbosa Moreira, “a exata configuração do efeito devolutivo é problema que se desdobra em dois: o primeiro concerne à *extensão* do efeito, o segundo à sua *profundidade*. Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”¹³.

O citado mestre ainda ensina que a decisão apelada tem o seu *objeto* e os seus *fundamentos*. No tocante ao objeto, é necessário se verificar se a decisão do Tribunal cobrirá ou não área igual à coberta pela do juízo *a quo* (perspectiva horizontal). No que tange aos

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. V. 12.* ed. São Paulo: Editora Forense, 2005.

fundamentos, cumpre averiguar se todas as questões (pontos duvidosos de fato e de direito) suscitadas pelas partes ou apreciadas *ex officio* no órgão de primeiro grau deverão também ser reexaminadas pelo Tribunal e, também, porventura, se há alguma questão a ser examinada *prima facie* que poderia ou deveria ser apreciada no órgão *a quo*, mas não foi (perspectiva vertical).

O art. 515 do Código de Processo Civil, assim disciplina:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

Trata-se, portanto do tratamento legal dado à extensão do efeito devolutivo dos recursos - *lato sensu* - no ordenamento jurídico brasileiro: *tantum devolutum quantum appellatum*.

Ocorre, contudo, que a chamada “matéria impugnada” pode envolver apenas um pedido, alguns pedidos, uma questão prejudicial, uma preliminar etc.

Assim, torna-se necessário um estudo prévio sobre a possibilidade de fracionamento da estrutura lógico-jurídica da sentença em capítulos¹⁴.

Segundo Chiovenda¹⁵, a sentença pode ser dividida em capítulos equivalentes às parcelas do ato jurisdicional que, isoladas, seriam aptas a declarar uma vontade concreta da lei (*accertamento di una singola volontà di legge*) e a constituir o objeto isolado de uma relação processual.

Dinamarco¹⁶ discorda, apontando que os trechos da sentença nos quais são decididos temas relativos à admissibilidade do julgamento do mérito (coisa julgada, carência de ação etc.) não podem ser considerados capítulos pela teoria de Chiovenda, posto que não são aptos, por si, a suportar uma demanda com declaração de vontade de lei sobre um bem da vida e a constituir o objeto isolado de um processo. Nessa linha, apenas as unidades de decisão sobre o mérito seriam ser classificadas como capítulos (únicas passíveis de serem revestidas da força de coisa julgada). As decisões sobre questões de fato e de direito, simples premissas para a solução do conflito (fundamentação), não, o que se revela inadmissível para aludido doutrinador.

¹⁴ ELIAS, Carlos Eduardo Stufen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Contudo, a *teoria chiovendiana* também desperta interesse quando rompe a equivalência entre capítulo de demanda e capítulo de sentença nos pedidos cujo objeto admite fracionamento quantitativo (tais como coisas divisíveis ou fungíveis). Nesse caso, a sentença poderia ser fracionada em tantos capítulos quantas fossem as unidades que compõem tal objeto. Com isso, seria possível, por exemplo, que um pedido de 1.000, resultasse em uma sentença condenatória no pagamento de 500, passível de ser desafiada parcialmente via apelação, por apenas 300.

Carnelutti substituiu os pedidos pela lide como foco central de fracionamento da estrutura lógico-jurídica da sentença. O autor identificou que o contraste entre as alegações de fato e de direito formuladas na petição inicial e na contestação dão origem a pontos controvertidos ou *questões* que o juiz deve resolver para verificar se a pretensão resistida é fundada ou infundada (está ou não de acordo com o direito) e assim proferir a solução da lide¹⁷. Para o referido jurista italiano, capítulo de sentença é “*la risoluzione di una questione rispetto a una lite*”¹⁸. Assim, atribui relevância não apenas ao dispositivo da sentença, mas também à sua fundamentação. Cada resolução de questão dá origem a um capítulo, o que vale dizer que se várias questões são resolvidas para o julgamento de um único pedido, cada uma das questões encerra um capítulo distinto.

A teoria *carnellutiana* recebe crítica na própria doutrina italiana, com o maciço apoio dos juristas nacionais. Emilio Betti, aponta que a identificação de capítulos de sentença com as questões decididas não explica como o órgão recursal pode decidir uma controvérsia com base em questões não alegadas no recurso: “*non può non creare nel giudice di secondo grado il potere di conoscere anche delle questioni concernenti la fondatezza dell’eccezione di prescrizione, e di reformare anche su questo punto la sentenza impugnata*”¹⁹.

Liebman²⁰ descreveu a sentença como ato de conteúdo duplice, composto por uma pronúncia imperativa e por uma atividade lógica desenvolvida pelo juiz para chegar à decisão. Embora estes dois conteúdos formem uma unidade incindível e indissolúvelmente ligada, é possível distribuí-los analiticamente em duas perspectivas ou dois planos diversos: o plano

¹⁷ ELIAS, Carlos Eduardo Stéfen. *Apelação – Os limites objetivos do efeito devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Capo di sentenza*. In: *Studi di diritto processuale – v. III*, Padova: CEDAM, 1939

¹⁹ BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile italiano*, Roma: Foro Italiano, 2ª ed., 1936.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. “*Parte*” o “*capo*” di sentenza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, ano XIX, II serie, 1964.

horizontal, no qual fica disposto o conteúdo imperativo; e o plano vertical, no qual fica registrada a sua formação lógica.

O plano horizontal separa os diversos provimentos autônomos que eventualmente estejam cumulados na pronúncia imperativa. A liberação dos comandos pela decomposição do conteúdo imperativo da sentença revela objetos processuais distintos e autônomos, que poderiam ter sido deduzidos em ações independentes. Em princípio a pluralidade de demandas gera cúmulo de objetos distintos e autônomos no processo e, assim, pluralidade de capítulos. Contudo, é possível que a correspondência não seja exata, pois um único pedido pode ensejar uma decisão divisível nos aspectos *quantitativo* ou *jurídico*.

No aspecto quantitativo, o pedido de condenação do réu no valor de R\$ 1.000,00 pode ser acolhido parcialmente, gerando dois capítulos (comandos imperativos) distintos: um pela decisão de procedência de R\$ 600,00 e outro pela improcedência de R\$ 400,00. No aspecto jurídico, o pedido poderia ser julgado improcedente pela inexistência do débito e pela prescrição da dívida, cada qual ensejando um capítulo distinto da sentença.

Na teoria de Liebman, também são dotadas de imperatividade as porções da sentença nas quais se decidem matérias processuais preliminares ao exame do mérito. Dentro da sentença, esses capítulos são autônomos em relação aos demais, e ainda que não correspondam a qualquer capítulo da demanda, encerram juízo próprio e completo sobre o objeto do processo – relativo à admissibilidade e não à procedência.

O plano vertical, por sua vez, permite que seja observada toda a série de questões de fato e de direito enfrentadas e resolvidas pelo magistrado, desenhando o caminho lógico percorrido para a solução final da controvérsia. Apesar de o conteúdo lógico ser passível também de fracionamento em questões a serem resolvidas, somente o conteúdo *imperativo* poder causar gravame e sucumbência.

O jurista italiano, por fim, conceitua capítulo de sentença como *a decisão sobre um objeto autônomo do processo, tanto relativa à sua admissibilidade quanto à sua procedência*. E conclui que o capítulo contra a qual a apelação se volta é identificado na *extensão* da sentença, *no seu plano horizontal*. No entanto, as questões solucionadas no plano vertical permitem que o apelante identifique o raciocínio lógico-jurídico percorrido pelo juiz para a decisão, configurando o elemento que permite a crítica do litigante insatisfeito.

Além da exata configuração dos capítulos de sentença, a extensão do efeito devolutivo exige uma análise complementar no que se refere à independência dos mesmos.

Dessa forma, se o autor ajuizar uma ação judicial pleiteando indenização por danos materiais e morais sofridos e obtiver a procedência total de ambos, dois capítulos podem ser basicamente identificados: a) o primeiro relativo aos danos materiais; e b) o segundo, concernente aos danos morais.

Logo, havendo interposição de apelação impugnando apenas o capítulo relativo aos danos materiais, operar-se-á a preclusão e o trânsito em julgado do capítulo referente aos danos morais.

Em contrapartida, existirão capítulos de sentença absolutamente dependentes de um outro, razão pela qual haverá implicação jurídica. Tomemos como exemplo a condenação do réu no pagamento de honorários advocatícios incidentes sobre o valor do pedido principal. Reformada a sentença, julgando improcedente o aludido pedido, sucumbirá conseqüentemente a obrigação de pagar honorários. O mesmo ocorrerá no tocante às custas processuais. Ainda que não exista na apelação pedido expresso no sentido de eximir o recorrente do dever de pagar despesas processuais, a simples reforma do julgado, de forma a gerar a improcedência da ação, afetará o capítulo que condenou o apelante no pagamento de custas processuais.

Os capítulos de sentença oriundos e dependentes da procedência um determinado pedido são chamados de capítulos acessórios, prevalecendo a mesma regra consubstanciada na máxima “*o acessório segue o principal*”. Assim, as condenações em multa, *astreintes*, despesas processuais, honorários, reflexos em outras verbas etc., ainda que constituam capítulos próprios da sentença, estarão automaticamente inseridos na matéria impugnada quando o capítulo principal for objeto de apelação. O mesmo não ocorre, no entanto, em sentido inverso, visto que a impugnação do capítulo acessório da sentença não acarretará o conhecimento pelo órgão *ad quem* do capítulo principal. Revisitando os mesmos exemplos citados: uma apelação que impugna tão somente a condenação no pagamento de honorários advocatícios ou de custas processuais não ensejará, em hipótese alguma, a improcedência do pedido principal da ação.

Contudo, importante divergência deve ser salientada, no tocante à eventual possibilidade de se reduzir a verba honorária como capítulo acessório, sem que tenha havido pedido expresso pelo apelante nesse sentido.

Entendemos que o efeito devolutivo sempre abrangerá, na extensão, os capítulos considerados acessórios. Assim, havendo ou não alteração da condenação contida no capítulo principal, poder-se-á reduzir o importe condenatório no tocante ao pedido acessório.

O entendimento contrário, se baseia na ofensa a dois princípios fundamentais: a) dispositivo – por não haver pedido expresso de redução da condenação honorária; b) contraditório – em razão da parte não ter a oportunidade de defender o importe condenatório naquele patamar.

De outro lado, temos os denominados capítulos subordinados.

Segundo Ricardo Aprigliano, em casos assim, têm-se a ação principal e a ação subordinada, esta última proposta sob a condição de rejeição da ação principal. Como exemplo, uma ação de nulidade de casamento, cumulada com separação judicial. A segunda ação somente poderá ser analisada pelo juiz da causa se este rejeitar a ação de nulidade. Acolhendo a primeira, fica prejudicado o exame da separação judicial²¹.

A subordinação dos capítulos de sentença decorre da cumulação sucessiva de ações na petição inicial. O pedido de uma ação integra a causa de pedir da outra, denominada prejudicada, de forma que, se a ação prejudicial é rejeitada, a ação prejudicada ou subordinada é absorvida. Na verdade, com a improcedência da ação principal, o juiz *a quo* não chega a analisar a segunda ação, uma vez que o acolhimento da primeira é requisito para a análise da segunda. Temos como exemplo a ação de investigação de paternidade cumulada com o pagamento de alimentos.

Rejeitada a ação principal, com a absorção da subordinada, o recurso a ele referente devolverá ao órgão *ad quem* todo o capítulo relativo à ação principal e de todas as questões a ele relativas (CPC, art. 515, §1º). Todavia, a ação dependente (alimentos), absorvida pela rejeição da ação principal, não será compreendida na ampla devolução do art. 515, pois não se trata de mera questão suscitada e discutida na ação, mas sim de ação autônoma, exigindo menção específica no recurso de apelação, para que a matéria não transite em julgado.

²¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

No caso da ação absorvida ter sido expressamente mencionada na apelação, estaremos diante da controvérsia que envolve a possibilidade de o Tribunal julgar uma demanda que não chegou a ser decidida em primeiro grau e a suposta ofensa ao duplo grau de jurisdição, que será melhor analisada no capítulo relativo à “teoria da causa madura”.

No que tange à profundidade, os §§ 2º e 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, assim dispõe:

Art. 515 [...]

§1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

§2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Diferente da extensão, que é limitada pelas próprias partes mediante o exercício do seu poder dispositivo, a profundidade é definida em lei.

Consoante disposto, o efeito devolutivo no ordenamento jurídico brasileiro atual, permite ao órgão *ad quem* a profundidade de conhecer e julgar todas as questões suscitadas e discutidas no processo, bem como todos os fundamentos que autor e réu tiverem apresentado.

3. A teoria da causa madura

A Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 515 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Art. 515 [...]

§3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desse logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Nessa linha, a doutrina consolidou a denominada “teoria da causa madura”, segundo a qual o órgão *ad quem* estará apto a julgar *prima facie* causas que envolvam questões exclusivamente de direito e em condições de imediato julgamento, sempre que afastado o

motivo que ensejou a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267 do CPC.

Nas palavras de Cruz e Tucci, “dando ênfase à ‘instrumentalidade’ em detrimento da boa técnica processual, essa novidade amplia de modo substancial a extensão do efeito devolutivo da apelação, permitindo que o juízo recursal extrava-se o âmbito do dispositivo da sentença de primeiro grau e, por via de consequência, o objeto da impugnação. Com isso, a apelação deixa de ter natureza de *revisio prioris instantiae* e passa a ser concebida com um *novum iudicium*, no qual ao órgão jurisdicional superior é lícito o mais amplo reexame da causa, em todos os seus aspectos de fato e de direito”²².

A crítica, contudo, teve início com base na suposta ofensa ao duplo grau de jurisdição perpetrada pela inovação legislativa.

No entanto, os argumentos contrários ao avanço da legislação processual não se sustentam, como bem salientou o jurista Nelson Nery Jr.: “o art. 515, §3º, do CPC confere, na verdade, competência originária ao tribunal de apelação, no caso que especifica. Isto quer significar que o tribunal pode julgar, pela primeira vez, matéria não apreciada pelo juízo *a quo*, de onde proveio o recurso de apelação. Pela via do ‘recurso’ o tribunal pode conhecer ‘originariamente’ do mérito. A solução da lei é heterodoxa, mas visa à economia processual. Não há inconstitucionalidade por ofensa ao duplo grau de jurisdição porque a lei processual pode conferir competência originária ao tribunal”²³.

A expressão “pode” contida no citado dispositivo legal, claramente se consubstancia em um poder-dever jurisdicional, não havendo sequer em se falar no direito da parte ter o seu processo devolvido ao órgão *a quo* para a realização do julgamento. Afinal, se assim não fosse, um autor que formulasse uma pretensão expressa no sentido de ter o seu pedido (juridicamente possível) julgado pelo juiz fulano de tal, ficaria desprovido do pronunciamento jurisdicional pelo juiz natural sob pena ofensa ao princípio dispositivo da parte.

Todavia, grandes nomes da doutrina processual, se pronunciam de forma diametralmente oposta. Segundo Fredie Didier Jr.: “cabe ao apelante fixar a extensão do efeito devolutivo de sua apelação, diferentemente da profundidade que é estabelecida em lei. Em relação à apelação, a profundidade de seu efeito devolutivo é ampla, em virtude da regra

²² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

²³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. d. São Paulo: RT, 2004.

contida nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. Já a extensão é, repita-se, fixada pelo recorrente, nas razões de apelo. Então, o tribunal, concordando ser caso de análise do mérito, somente poderá dele conhecer, após dar provimento ao apelo na parte que impugna a sentença terminativa, na hipótese de o apelante requerê-lo expressamente em suas razões recursais. Em outras palavras, para que reste aplicada a regra do §3º do art. 515 do CPC é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, por ignorância da nova regra ou por lhe ser mais conveniente, não poderá o tribunal, valendo-se do § 3º do art. 515 do CPC, adentrar no exame do mérito, sob pena de estar julgando *extra* ou *ultra petita*²⁴.

4. O efeito devolutivo e efeito translativo na jurisdição trabalhista

A legislação processual trabalhista não prevê a apelação como instrumento recursal, mas sim um substituto equivalente denominado “recurso ordinário, que pode ser manejado tanto para a correção dos *errores in iudicando* quanto dos *errores in procedendo*, ou seja, sua finalidade pode ser a de *reformat* (função rescisória do recurso), corrigindo as injustiças ou reexaminando as provas, ou a de *anular* (função rescidente) a sentença, respectivamente”²⁵.

Nas lições do eterno mestre Valentim Carrion, “o recurso ordinário devolve ao tribunal de segunda instância todas as questões recorridas, de direito e de fato; é o princípio do duplo grau de jurisdição, que não é absoluto nem constitucional; por isso felizmente há leis que determinam a instância única. Ao apreciar o apelo interposto, o tribunal deve reconhecer, mesmo sem provocação, pressupostos e prejudiciais que independem de requerimento da parte (CPC, art. 301, §4º), como é o caso da competência absoluta, das condições da ação, da coisa julgada e da litispendência, além dos pressupostos do recurso. Tampouco se exige, pelo duplo grau de jurisdição, que todos e qualquer um dos pedidos tenham sido julgados integralmente pela primeira instância; é suficiente que o juiz que adentrou no mérito tivesse condições de julgar determinada questão que não apreciou, ou seja, que as provas que tinham

²⁴ DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil – volume 3*. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. d. São Paulo: LTR, 2009.

de ser oferecidas o foram e que a questão foi debatida; é o que autoriza o CPC, art. 515, §1º: ‘Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro’. Chega-se ao extremo de, tendo sido apreciado o mérito apenas para acolher a prescrição (CPC, art. 269, IV), o tribunal, rejeitando a prescrição, julgar todo o mérito restante, se a causa já estava madura para ser decidida²⁶’.

No tocante à teoria da causa madura, a doutrina trabalhista também se flexibiliza, no sentido de incluir as questões fáticas, objeto de exaustiva instrução probatória .

Entende Mauro Schiavi que “a interpretação do termo ‘questão exclusivamente de direito’ deva ser feita de forma ampliativa para abranger também matéria fática, pois se a causa já estiver devidamente instruída, o Tribunal deve apreciar o mérito, pois a finalidade teleológica do §3º do art. 515 do CPC foi no sentido de imprimir mais celeridade processual. Além disso, se o Tribunal, sendo matéria de fato, baixar os autos ao primeiro grau para julgamento, o processo retornará ao segundo grau que dará a palavra final sobre a matéria fática²⁷’.

No mesmo sentido, o entendimento de Estevão Mallet: “mesmo havendo controvérsia sobre direito e também sobre fatos, se já foram realizadas todas as diligências pertinentes ao esclarecimento desses fatos, após larga instrução processual, sem, todavia, decisão de mérito – pronunciando-se, por exemplo, a carência de ação, o que sabidamente pode ocorrer a qualquer tempo (CPC, art. 267, §3º) -, o acórdão que reformar a sentença poderá desde logo reconhecer a procedência do pedido²⁸’.

E também de Sérgio Pinto Martins, defendendo que “o exame do mérito pode estar ligado a algum fato. O fato, porém, deverá independer de prova, como: (a) ser notório; (b) ser incontroverso; (c) ter sido confessado; (d) haver presunção legal de existência ou de veracidade (art. 334 do CPC), para que haja a possibilidade do exame da questão de direito. O mesmo ocorre em relação a fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu (art. 302 do CPC), hipótese que ocorre na revelia. Entretanto, se a matéria é de fato, ainda que contenha parte de direito, ou só de fato, não se pode julgar o mérito, pois estaria havendo supressão de instância. Pode haver prejuízo processual para a parte e, portanto, nulidade, pois no recurso de

²⁶ CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁷ SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.

²⁸ MALLET, Estêvão. *Revista LTr* n. 67-02/142.

revista não se admite reexame de fatos e provas pela turma do TST (S. 126 do TST). A pretensão de simples reexame de prova também não enseja recurso especial (S. 7 do STJ)²⁹”.

Contudo, a tendência doutrinária extensiva, não encontra ressonância na jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, que assim se manifesta:

O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença, salvo a hipótese contida no § 3º do art. 515 do CPC (Súmula 393 do TST).

No tocante ao efeito translativo e a cognição das matérias de ordem pública perante o Tribunal Superior do Trabalho, sem prequestionamento, a doutrina e a jurisprudência estão plenamente concordes, de modo a afastá-la em absoluto.

Segundo Manoel Antonio Teixeira Filho “o efeito translativo se manifesta, especificamente, nos recursos ordinários, em virtude da amplitude cognitiva, dos tribunais, que ele enseja. A sua incidência nos demais recurso é algo rara, em decorrência do prequestionamento. Visando a formular uma regra pragmática, acerca da incidência deste efeito, podemos dizer que ele se traduz na possibilidade de o tribunal apreciar, por sua iniciativa exclusiva, não apenas matérias de ordem pública, como as enumeradas nos arts. 267, §3º, e 301, §4º, do CPC, mas, também, questões que tenham sido suscitadas e debatidas nos autos, ainda que a sentença impugnada não as tenha apreciado por inteiro (CPC, art. 515, §1º) e aquelas que, sendo anteriores à sentença recorrida, não tenham sido por esta apreciadas (CPC, art. 516)³⁰”.

Através de orientação jurisprudencial, o tema se pacificou na mais alta Corte em matéria trabalhista do país:

É necessário o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade em recurso de natureza extraordinária, ainda que se trate de incompetência absoluta (OJ 62 da SBDI-1 do TST).

²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho – doutrina e prática forense*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

³⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho - vol. II – Processo de Conhecimento* – 2. São Paulo: LTR, 2009.

Convém destacar, no entanto, que inexistindo manifestação específica pelo regional, bastará a simples oposição dos embargos de declaração, para que a matéria seja considerada prequestionada, diferente da Justiça Comum, que exige o efetivo pronunciamento da corte, ensejando sucessivos embargos de declaração e eventual recurso especial com objeto de negativa de prestação jurisdicional.

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração” (Súmula 297 do TST).

Conclusão

Podemos concluir que a extensão do efeito devolutivo é conferido às partes pelo art. 515, caput do CPC, mas a sua profundidade decorre de lei (no Brasil, em função dos parágrafos 1º e 2º do citado artigo).

No mesmo sentido o efeito translativo dos recursos, inafectado ao poder dispositivo das partes, na medida em que envolve matéria de ordem estritamente pública, comportando análise em qualquer momento e grau de jurisdição.

Embora existente significativa divergência doutrinária e jurisprudencial, aberto o acesso à instância extraordinária, nem sequer a ausência de prequestionamento poderia impedir o exame das matérias elencadas nos arts. 267, §3º e 301, §4º do CPC. Trata-se do conflito envolvendo de um lado a ordem pública e de outra a suposta segurança jurídica e celeridade, visto que certamente não ocorrerá estabilização das relações sociais, existente comando legal obstativo capaz de desconstituir ou revestir de inexigibilidade um título executivo judicial.

Na análise comparativa entre a Justiça Comum e a Justiça Especializada Trabalhista, encontramos uma substancial diferença no que tange à uniformização da jurisprudência quando o assunto é profundidade e extensão do efeito devolutivo dos recursos, bem como a

cognição das matérias de ordem pública (efeito translativo) perante o Tribunal Superior do Trabalho. Enquanto a jurisprudência se uniformiza de diferentes formas nos diversos Tribunais de Justiça existentes no território nacional e o Superior Tribunal de Justiça de revela incapaz de estabelecer um entendimento coerente e único no tocante ao efeito translativo sem prequestionamento, a Súmula 393 e a Orientação Jurisprudencial 62 da SBDI-1, ambos do TST, orientam há muito todos os vinte e quatro regionais e a própria relatoria monocrática da Casa, de sorte que a grande maioria dos recursos de revista (equivalentes ao recurso especial na Justiça Comum) acabam analisados com maior celeridade. Isso não quer dizer compartilhamos do citado entendimento externado pela mais alta corte em matéria trabalhista, mas apenas uma constatação em meio à verdadeira “jurisprudência lotérica” que permeia o Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, convém apenas destacar que não há que se falar em *reformatio in pejus* quando o assunto é profundidade do efeito devolutivo, instituto afeto apenas ao citado efeito em sua extensão.

Referências:

- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo, Atlas, 2003.
- _____. *A ordem pública no direito processual civil*, Tese de doutorado defendida na FADUSP, 2010.
- BERMUDES, Sérgio. Efeito devolutivo da apelação. *Estudos de direito processual civil*. Coordenação: Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- BETTI, Emilio, *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.
- CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. *Capo di sentenza*. In: *Studi di diritto processuale – v. III*, Padova: CEDAM, 1939.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil – volume 3*. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, v. II.

_____. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Apelação – Os Limites Objetivos do Efeito Devolutivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Nova dimensão para o recurso especial*, Tribuna do Direito, out./2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Recurso especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal?. *Revista Dialética*, v. 22, jan./05, p. 58/64.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel & CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Parte” o “capo” di sentenza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, ano XIX, II serie, 1964.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Recurso especial: ordem pública e prequestionamento”, *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo, DPJ Editora, 2005.

MALLET, Estêvão. In: *Revista LTr* n. 67-02/142.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho – doutrina e prática forense*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recurso especial e matéria de ordem pública: desnecessidade de prequestionamento. *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. Coordenação: Rogério Licastro Torres de Mello, São Paulo, Método, out./2007.

MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2. ed., 1976.

MONTORO, Marcos André Franco. *Requisitos de admissibilidade do recurso especial*, Dissertação de mestrado defendida na FADUSP, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. V*. 12. ed. São Paulo: Editora Forense, 12ª ed., 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 10. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____. “Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinários e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257)”. *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais, estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque, Os recursos e as matérias de ordem pública. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coordenação: NELSON NERY JÚNIOR E TERESSA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, 2003.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

ROSA, Pérsio Thomaz Ferreira. *O efeito translativo no âmbito dos recursos extraordinários*. Disponível em <http://www.frosa.com.br/artigos.asp>.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.



SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – vol. 1*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho - vol. II – Processo de Conhecimento – 2*. São Paulo: LTR, 2009.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. *Admissibilidade do recurso extraordinário: o novo entendimento do STF*. Revista Dialética, v. 13, abr./04, p. 35/42.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

A IMPLANTAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO

*Simone Zanotello de Oliveira*¹

Resumo

O objetivo deste artigo será tratar de algumas questões jurídicas que envolvem a implantação do governo eletrônico, trazendo aspectos relativos à inclusão digital, ao papel das empresas nessa relação de negócios, à importância da mudança de postura dos servidores diante dessa nova realidade, promovendo o rompimento de paradigmas da Administração Pública, à relevância da atuação da sociedade no acompanhamento desse processo, como forma de exercício da cidadania, e, por fim, à necessidade da presença de ética nessas relações, visto o panorama de desmandos com o dinheiro público que tem sido noticiado com frequência.

Palavras-chaves: Governo eletrônico. Pregão eletrônico. Ética. Inclusão digital.

Abstract

The goal of this article will discuss some legal issues involving the deployment of e-Government, bringing aspects of digital inclusion, the role of the companies in this business relationship, the importance of the change of attitude of the servers on this new reality, promoting the breaking of paradigms of public administration, the relevance of the work of the society in the monitoring of this process as a form of exercise of citizenship, and, finally, the need for the presence of ethics in these relations, as the panorama of disobedience with public money that has been reported frequently.

¹ Advogada e consultora jurídica na área de licitações, contratos administrativos e concursos públicos. Mestre em Direito da Sociedade da Informação e Especialista em Administração Pública e em Direito Administrativo. Autora de diversas obras técnicas e literárias. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta). Presidente da Academia Jundiaense de Letras Jurídicas e Integrante da Academia Jundiaense de Letras.

Key-words: Electronic government. Electronic reverse auction. Ethic. Digital inclusion

1. O pregão eletrônico e a inclusão digital

Para tratarmos da “inclusão” digital, vamos primeiramente falar em “exclusão” digital, também conhecida como *apartheid* digital, *tecnoapartheid*, *digital divide* ou abismo tecnológico, entre outros.²

Não restam dúvidas de que essa situação existe e necessita de ações imediatas. Segundo Edilson Cazeloto:

Em comum, a percepção de que, se não forem tomadas medidas corretivas, a concentração de acesso aos equipamentos informáticos tenderá a ampliar a distância entre os ricos e os pobres, provocando uma cisão irrecuperável na já combalida justiça social. A visão consensual que se estabeleceu nas sociedades tecnologicamente desenvolvidas é que a exclusão digital veio, portanto, somar-se ao arcabouço de misérias e humilhações sofridas por aqueles que não possuem os elementos necessários para participar da sociedade de consumo.³

No âmbito das compras governamentais via processo eletrônico, o fato é que a existência de exclusão digital poderá se constituir num empecilho para o aperfeiçoamento e o avanço desse instrumental.

De que adianta um processo de compras realizado via internet, se os agentes do processo (servidores, fornecedores e cidadãos) não estiverem inseridos no ambiente eletrônico?

Embora a revolução tecnológica apresente dimensões globais, ela não atinge o mundo de igual forma, pois há grupos específicos, com reações específicas. O Brasil possui realidades muito distintas. Principalmente para pequenos municípios, entendemos que a

² Expressões trazidas por CAZELOTO, Edilson. *Inclusão digital: uma visão crítica*. São Paulo : Editora Senac São Paulo, 2008, p. 17.

³ *Ibidem*. p. 17.

concretização das compras governamentais via internet ainda é algo que carece de ações para ser atingida.

Nesse aspecto, as iniciativas de inclusão digital são estritamente necessárias, para se tentar garantir o sucesso da operação. Nesse diapasão, trazemos à baila afirmação contida no documento “Propostas para uma Política Nacional de Tecnologia da Informação e Comércio Eletrônico”, elaborado pela Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico, que embora adstrita à questão do comércio eletrônico de forma geral, é bem pertinente à seara dos negócios na esfera governamental:

A sociedade deve receber atenção especial para que se garanta a inclusão de forma mais ampla e intensa possível no ambiente de comércio eletrônico, não se limitando àqueles que têm acesso e poder aquisitivo específicos, tanto para viver como para trabalhar e se desenvolver. Esta inclusão significa infra-estrutura, formação, emprego, informações, serviços, etc., uma vez que o comércio eletrônico é realizado utilizando-se a camada digital.⁴

Locais públicos de acesso ao computador (telecentros ou infocentros), subsídios para a aquisição de equipamentos, cursos para a operacionalização dos equipamentos (pois não basta tê-los; é preciso operá-los⁵), *softwares* de baixo custo, todas essas são ações muito bem-vindas para que a realidade das compras governamentais materialize-se por completo, especialmente atingindo empresas e cidadãos.

No entanto, é importante trazer a lição de Ali Chahin e outros autores:

Em um país com alto contingente de pessoas em situação radical de exclusão social ou econômica, cidadãos de idade muito avançadas e analfabetos adultos – como o Brasil – seria equivocado adotar como cenário de curto prazo o da totalidade dos indivíduos utilizando pessoalmente os serviços e as facilidades do governo eletrônico a partir de terminais domésticos ou de telecentros. Mesmo em países em que a situação socioeconômica é extremamente mais favorável que a nossa, instituições que auxiliam aqueles que têm dificuldades para utilizar eles próprios, diretamente, os serviços e as

⁴ CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. *Propostas para uma política nacional de tecnologia da informação e comércio eletrônico*, p 40.

⁵ Há pessoas que aprendem na escola, outras com a ajuda de familiares e amigos, mas os programas de alfabetização digital são de suma importância.

facilidades de governo eletrônico existem em grande número, e mais estão sendo criadas continuamente.⁶

Para elucidarmos as questões envolvidas neste artigo, utilizamos como fonte de pesquisa o sistema de compras eletrônicas desenvolvido pelo município de Jundiaí, denominado “Compra Aberta”. Esse município, por ocasião da implantação das aquisições via internet, promoveu aos fornecedores interessados um programa de treinamento para o uso do sistema. Verificou-se uma procura, principalmente, por parte dos fornecedores locais, pois esses, a princípio, sentiram-se excluídos do processo de compras, com a alegação de não poder competir com empresas da capital e de outros estados, com melhor estrutura tecnológica.

Na mesma época, o município criou o “Acessa Jundiaí”, programa que disponibilizou equipamento e infraestrutura (microcomputadores, impressoras, acesso à internet e monitores vindos da rede de ensino universitário de Jundiaí, como exemplo a Faculdade Estadual de Tecnologia – FATEC, capacitados pela Companhia de Informática de Jundiaí) para uso público, tanto no Paço Municipal quanto em terminais de ônibus, bibliotecas, entre outros espaços públicos. O objetivo foi disponibilizar os serviços para munícipes e empresas, visando a atender necessidades específicas, como procura de vagas de empregos, elaboração de currículos, informações sobre concursos públicos, serviços de utilidade pública e serviços governamentais.

A ação também foi acompanhada pela alocação de um computador para cada funcionário atuante no setor de compras, com o devido treinamento para uso do sistema. Além disso, campanhas foram realizadas com o objetivo de divulgar o programa, inclusive com o apelo ao cidadão para que acompanhasse todo o desenvolvimento das compras via internet, demonstrando a transparência do sistema.

Em termos estatísticos, para a verificação de participação de empresas nos processos licitatórios efetuados pela modalidade pregão, analisamos de forma aleatória dez pregões

⁶ CHAHIN, Ali et al. *E-gov.br: a próxima revolução brasileira: eficiência, qualidade e democracia: o governo eletrônico no Brasil e no mundo*. São Paulo : Prentice Hall, 2004. p. 318.



realizados pelo município de Jundiaí no primeiro quadrimestre de 2009, abrangendo diversos ramos de atividade, resultando no seguinte quadro:

PREGÃO	OBJETO	EMPRESAS PARTICIPANTES	DISTRIBUIÇÃO Cidade-Estado	Nº	%	OBS.:
20091403	Aquisição de filé de peito de frango, coxão mole e outras carnes destinadas à merenda escolar	2	Jundiaí-SP	2	100%	100% do Est. SP
20091407	Aquisição de medicamentos destinados às unidades de saúde	20	Leme – SP Rio Claro – SP Santos – SP Sorocaba – SP Jundiaí-SP Itapira – SP São Paulo – SP Botucatu – SP Campinas – SP Vinhedo – SP Mogi-Guaçu – SP Rio de Janeiro - RJ Pouso Alegre – MG Belo Horizonte – MG Curitiba – PR Cambe – PR Getúlio Vargas – RS Catalão – GO	1 1 1 1 1 1 2 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1 1	5% 5% 5% 5% 5% 5% 10% 5% 5% 5% 5% 5% 5% 5% 5% 10% 5% 5% 5% 5%	60% do Est. SP 5% do Est. RJ 10% do Est. MG 15% do Est. PR 5% do Est. RS 5% do Est. GO
20091425	Aquisição de mistura para preparo de polenta e de arroz, e vitamina de mamão, destinados à merenda escolar	3	Louveira – SP Embu – SP São Paulo - SP	1 1 1	33,33% 33,33% 33,33%	100% do Est. SP
20091428	Aquisição de materiais médicos destinados às unidades de saúde	3	São Paulo – SP Osasco – SP Bauru – SP	1 1 1	33,33% 33,33% 33,33%	100% do Est. SP
20091434	Aquisição de películas refletivas destinadas para o setor de trânsito	7	S. Caetano do Sul – SP Sumaré – SP Vinhedo – SP Pompéia – SP São Paulo – SP Palhoça – SC	1 1 1 1 2 1	14,28% 14,28% 14,28% 14,28% 28,58% 14,28%	85,72 do Est. SP 14,28% do Est. SC
20091435	Prestação de serviços de locação de máquinas escavadeiras hidráulicas	4	Jundiaí – SP Ribeirão Preto – SP	3 1	75% 25%	100% do Est. SP

20091436	Aquisição de hortifrutigranjeiros destinados à merenda escolar	6	Cpo. Lpo. Paulista – SP Sorocaba – SP Campinas – SP Jundiaí – SP São Paulo – SP	1 2 1 1 1	16,66% 33,33% 16,66% 16,66% 16,66%	100% do Est. SP
20091441	Aquisição de ferro chato e ferro mecânico redondo, destinados à manutenção da cidade	7	São Paulo - SP Jundiaí – SP Hortolândia – SP Vinhedo – SP	4 1 1 1	57,12% 14,29% 14,29% 14,29%	100% do Est. SP
20091444	Aquisição de cadeiras e carteiras escolares	4	Araçatuba – SP S. José Rio Preto – SP Várzea Paulista – SP Jundiaí – SP	1 1 1 1	25% 25% 25% 25%	100% do Est. SP
20091448	Prestação de serviços de reparos em pavimentos asfálticos	5	Jundiaí – SP Osasco – SP Álvares Florence – SP	3 1 1	60% 20% 20%	100% do Est. SP

Da análise do referido quadro, podemos tecer as seguintes considerações:

- a) que de dez pregões realizados, em sete deles houve a participação de empresas do próprio município de Jundiaí, embora num percentual ainda pequeno; nesse caso, entendemos que há possibilidade de ampliação desse montante se houver outras ações de inclusão no município, implementadas pelo governo local, para o incentivo da participação dessas empresas;
- b) que a participação de empresas do município de Jundiaí ocorreu efetivamente em pregões para prestação de serviços (locação de máquinas e reparos em pavimentos) e para fornecimento de carnes, sendo que nos outros ramos de atividades, notadamente no fornecimento de bens, houve a predominância da participação de empresas de outros municípios, especialmente do estado de São Paulo;
- c) que o pregão propiciou a participação de empresas de diversos municípios, principalmente do estado de São Paulo, que atingiu os maiores percentuais, mas também contou com a inclusão de empresas de municípios de outros estados como Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Goiás, demonstrando a amplitude do sistema.

Sendo assim, podemos concluir que o pregão eletrônico realmente democratiza a participação de empresas nos procedimentos, visto que elas podem enviar suas propostas de qualquer lugar do país. No entanto, por ocasião da implantação do governo eletrônico num determinado ente federado, principalmente nos municípios, é preciso não se esquecer da inclusão do comércio local, pois esse também deve participar dos pregões, visto que é um efetivo gerador de renda para o município.

Por fim, permitimo-nos concordar com Edilson Cazeloto, no sentido de que a inclusão digital realmente se trata de uma política pública.⁷ O ente federativo que decidir por implementar o pregão eletrônico, deverá, num primeiro plano, ter uma preocupação com a inclusão digital de todos os agentes do processo (servidores, fornecedores (inclusive locais) e cidadãos). Do contrário, a experiência restará frustrada, pois não atingirá seus reais objetivos.

2. O pregão eletrônico e o relacionamento com as empresas

O Brasil é composto de 5.564 municípios, 27 estados e o Distrito Federal, compostos por órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, Autárquica e Fundacional, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, sendo que todos eles realizam aquisições significativas de materiais e serviços. Portanto, os governos são grandes compradores. Diante disso, não restam dúvidas de que as compras governamentais representam uma oportunidade de negócios para as empresas, sendo atualmente as transações financeiras muito mais seguras, notadamente em questões de pagamento, em virtude da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A implantação do governo eletrônico também traz impactos para as empresas. Elas precisam estar adequadas a essa nova realidade, do contrário estarão fadadas a não firmar negócios com os governos que atuam nesse segmento.

No que tange às microempresas (MEs) e as empresas de pequeno porte (EPPs), essas possuem benefícios nas licitações (o que inclui o pregão), por conta do disposto nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar 123/2006, como forma de fomentar seu crescimento e sua participação nesse mercado público consumidor.

⁷ CAZELOTO, Edilson. Op. cit., p. 179.

Sendo assim, temos um incentivo para as MEs e EPPs participarem dos processos de pregão eletrônico, embora essa participação ainda não esteja tão efetiva. No município de Jundiaí, numa realidade de cinquenta pregões realizados no primeiro quadrimestre de 2009, verificou a participação de MEs e EPPs em apenas 18 deles, o que representa o montante de 36%.

O pregão eletrônico também propiciou às empresas uma facilitação na ciência e retirada de editais, e na entrega de propostas. Antes, essas empresas dependiam somente da consulta ao diário oficial para ciência das licitações, e necessitavam dirigir-se até o órgão para a retirada do edital e para o envio de suas propostas. Atualmente, todas essas ações são feitas pela internet. Isso, inclusive, poderá resultar numa condicionante para a redução dos preços ofertados pelos licitantes, pois eles não precisam embutir nesses preços esse custo de deslocamento.

A autora deste artigo relatou no livro “Manual de redação, análise e interpretação de editais de licitação”, como as empresas devem se preparar para a tecnologia da informação nas licitações: 1) atualizar o parque de informática da empresa, instalando computadores mais modernos e procurando acessos de Internet mais rápidos e seguros; 2) providenciar um endereço eletrônico; 3) treinar funcionários da empresa para utilizar essa ferramenta – dar preferência a profissionais ágeis, dinâmicos, que tenham conhecimento de informática e possuam autonomia para decisões rápidas (o ritmo das compras eletrônicas é muito intenso); 4) efetuar cadastros via internet nos órgãos que já disponibilizam esse serviço, pois assim, certamente a empresa terá conhecimento das licitações promovidas por esses órgãos por meio do recebimento de *e-mails*; 5) visitar diariamente os sítios dos órgãos que possuem compras eletrônicas, com o objetivo de não se perder nenhuma oportunidade.⁸

A questão da universalização do acesso das empresas no âmbito da tecnologia, também depende de ações envolvendo não só a iniciativa pública, mas também a esfera privada. Documento da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico propõe alguns mecanismos viabilizadores:

⁸ ZANOTELLO, Simone. *Manual de redação, análise e interpretação de editais de licitação*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 189-90.

1. Criar linhas de financiamento para pequenas e médias empresas para aquisição de infra-estrutura de tecnologia, treinamento, 'softwares', telefonia, conteúdo, etc.
2. Incentivar os programas privados de colaboração ou potencialização da cadeia de suprimentos, principalmente para pequenas e médias empresas, a partir da ação pró-ativa das grandes empresas e do governo.
3. Fomentar e estruturar o processo de universalização a partir dos organismos de classe, associações setoriais e meta-setoriais e organismos do governo.⁹

Outra ação que também pode auxiliar para o fomento da atividade empresarial, especialmente nas ações de comércio eletrônico, inclusive com a esfera governamental, são as incubadoras empresariais.¹⁰

Mas todas essas ações carecem de cuidados especiais. Na visão de Adalberto Simão Filho:

A empresarialidade que emerge nesta ótica deverá estar preparada para a administração dos eventuais conflitos advindos desta fase, já que o implemento da Sociedade da Informação (TIs) que redundarão na melhor reorganização da atividade empresarial e melhoria da comunicação global da empresa com os diversos setores e segmentos de seu mercado específico, poderá se refletir na má utilização das redes de conectividade por parte de alguns, gerando ruídos nos resultados trafegados pela mesma, de tal sorte que o fato repercutirá negativamente no campo material, afastando-se do virtual. A Sociedade da Informação não é, em absoluto, livre de críticas, haja vista a forma como estruturou. Assim é que conflitos poderão ser sentidos nas mais diversas esferas do direito.¹¹

Outro problema que permeia a participação das empresas nos pregões eletrônicos, juntamente com a exclusão digital, é a questão da pluralidade de legislação sobre o tema.

⁹ CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. Op. cit.

¹⁰ A incubadora é um ambiente determinado por módulos, em que as empresas desenvolvem suas atividades industriais e são auxiliadas em seu gerenciamento através de consultorias nos setores de *marketing*, finanças, informática, comercial, jurídica, recursos humanos, além de treinamentos técnicos e de negócios, utilizando ferramentas e diversos parceiros. A missão é capacitar o empreendedor a gerenciar seu próprio negócio na fase inicial da empresa, visando fortalecer seu conhecimento, auto-confiança, criatividade, integridade, liderança, perseverança, planejamento, entre outros; ou seja, torná-lo empresário. O objetivo com isso, é reduzir a mortalidade principalmente de pequenas empresas (segundo o SEBRAE, mais da metade das micros, pequenas e médias empresas – 56%, fecham as portas até o terceiro ano de vida, período máximo de permanência nas incubadoras). Dados obtidos em <http://www.jundiai.sp.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2009.

¹¹ SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Lílina Minardi (coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 22.

Há diferenças normativas sobre o tema, bem como de interpretação delas. Verificamos, também, diferenças de sistema. Isso faz com que empresas que trabalhem com diversos órgãos tenham dificuldade em compreender a totalidade das questões que envolvem o processamento do pregão eletrônico em todas as suas fases, induzindo-as, muitas vezes, a erros.

Portando, essa é uma questão que também precisa ser enfrentada pelos legisladores. Há necessidade do estabelecimento de uma normatização única para o pregão eletrônico, o estabelecimento de um padrão, sem prejuízo da autonomia dos entes. Tal ação facilitaria (e muito) a atuação das empresas nos pregões eletrônicos.

Entendemos que a elevação do nível de informatização das empresas nacionais, principalmente as micros, pequenas e médias, fará com que elas alcancem um novo patamar operacional e tornem-se mais competitivas, podendo se inserir nos ambientes de negócios via rede, notadamente na esfera governamental.

3. O pregão eletrônico e os servidores

O pregão eletrônico tem exercido outro papel: o de promover a quebra de paradigmas da Administração Pública, notadamente com relação aos servidores, em sua forma de trabalhar.

Na atuação do processo de compras, a tarefa do servidor sempre apresentou um cunho mais operacional, e envolto no aspecto formal, ou seja, promover a montagem do processo de compras dentro dos conceitos legais. Aliás, essa é uma tarefa que consome grande parte do tempo deles. Com isso, a preocupação com outros aspectos da contratação (real verificação de mercado, planejamento das compras, entre outros) fica à margem dessa atuação.

Com o advindo do pregão eletrônico, muitas atividades operacionais, notadamente aquelas realizadas para a formação do processo (chamamento de empresas participantes, elaboração de atas de sessão, montagem de quadros comparativos de preços e atos de adjudicação e de homologação, por exemplo) passaram a ser realizadas com apenas um “clique”.

Com esse ganho de tempo, é possível aos servidores exercerem um trabalho mais gerencial, visando a uma melhoria do processo de compras, com estratégias melhores delineadas.

Segundo Arídio Silva e outros autores:

Assim, podemos ver o servidor público, também sendo beneficiado pela aplicação da tecnologia da informação – melhorando o nível de qualidade do contexto de trabalho e da eficiência interna. É mais ou menos parecido com a premissa de que o organismo precisa primeiro estar bem consigo mesmo para então poder externar e interagir com qualidade com o seu ambiente e no relacionamento com as outras entidades externas – fornecedores, contribuintes, cidadãos, órgãos públicos, etc. O “organismo” aqui por ser visto como a máquina administrativa pública e os servidores públicos.¹²

No entanto, não podemos afirmar que essa mudança de postura já atingiu a Administração Pública como um todo. Temos conhecimento de servidores, principalmente aqueles que atuam como pregoeiros, que efetivamente já assimilaram seu novo papel na gestão do processo de compras. Esses estão em constante busca de aperfeiçoamento, acompanham as mudanças da legislação, participam de cursos e congressos, enfim, promovem um desenvolvimento profissional. Aliás, para João Lins e Olga Colpo, a transformação da gestão no setor público, dentre outros fatores, depende de um desenvolvimento contínuo dos profissionais, tendo em vista as competências necessárias para fazer frente aos desafios atuais e futuros da administração pública.¹³ De acordo com Ali Chahin e outros autores:

A qualificação do perfil do servidor público foi impulsionado pela retomada dos concursos públicos, além do esforço mais sistemático empreendido pelas escolas de governo, voltado para o treinamento do pessoal. A despeito dos números e das realizações expressivas já alcançadas, as iniciativas de qualificação do servidor deveriam perseguir a plena inserção na transformação da gestão como um todo. Esforços de treinamento, a custos menores e possivelmente com melhores resultados, são uma das principais promessas da comunicação eletrônica, com a utilização de novos formatos e

¹² SILVA, Arídio *et al.* *Desvendando o pregão eletrônico*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 198-199.

¹³ LINS, João; COLPO, Olga. *Gestão de pessoas e transformação no setor público*. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo : Quartier Latin, 2009. p. 217.

mecanismos de ensino e de aprendizado, particularmente o ensino à distância pela Internet.¹⁴

No entanto, não se trata de tarefa fácil, pois ainda temos outros servidores que agem como se a tecnologia da informação não estivesse ao seu serviço; atuam no processo hoje como dantes. Muitas vezes, possuem até receio de que a informática possa “roubar” sua função. Portanto, trata-se de mais uma fase de transição e um desafio para a implementação do governo eletrônico.

Nesse aspecto, verifica-se uma tendência dos governos de propor que a atuação dos servidores também seja medida por resultados. O estado de Minas Gerais foi pioneiro na questão de remuneração variável, e conseguiu resultados melhores do que os dos impulsionadores dessa política – Estados Unidos e Inglaterra. Economizou 1,17 bilhão de reais por ano com a implementação de planos de carreira, extinguiu 30% das estruturas da alta direção, cortou três mil funções remuneradas, estabeleceu remunerações variáveis de acordo com o desempenho e resultados, e conseguiu diminuir o déficit em 2,4 bilhões de reais em 2004.¹⁵

Com esses dados, percebe-se claramente uma tendência para a mudança de postura do servidor em face do governo eletrônico, fazendo com que ele fique mais atuante no processo e condicionado a apresentar resultados.

4. O pregão eletrônico e a sociedade

O pregão eletrônico também surgiu como uma nova forma de interação entre Administração Pública e sociedade.

Essa ferramenta de fiscalização possui um grau de transparência que permite que o cidadão, em tempo real, consiga visualizar o que o órgão está comprando e quanto está pagando, por meio de uma zona de acesso livre no respectivo portal. Além disso, ainda são disponibilizados os relatórios das compras já realizadas.

¹⁴ CHAHIN, Ali et al. Op. cit., p. 107.

¹⁵ Dados obtidos em FERRER, Florencia. Tempestade de inovações. *B2B Magazine*. São Paulo, nov. 2007, p. 50.

Trata-se de um avanço, pois num passado não muito distante, o cidadão que quisesse acompanhar uma compra necessitava ir ao local de sua realização, sem contar as dificuldades para analisar o processo.

Neste tópico também reforçamos a necessidade de se estabelecer a questão da inclusão digital do cidadão, para que efetivamente ele possa exercer esse papel no controle da administração pública. Muito embora tenhamos uma impressão de que a realidade da população brasileira, em sua grande maioria, não acompanha as ações governamentais, convém trazer para este trabalho um estudo realizado por um grupo de mestrado em Administração da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), no final de 2002, no qual foram ouvidos 297 participantes de um programa de inclusão digital governamental nos municípios de Mandaguari, Mandaguaçu e Sarandi, que nunca haviam tido contato com o computador. O resultado foi: 44,3% esperam ações que os capacitem para o mercado de trabalho; 15,7% esperam que a tecnologia melhore as ações do governo, principalmente na área da saúde; 11,6% esperam que a tecnologia ajude na diminuição da miséria; 10,5% esperam ações na área da educação. Com relação aos serviços ao cidadão, governança e “e-democracia”, apurou-se que: para 50% a governança é prioritária, a fim de que o governo seja mais eficiente internamente e eficaz na formulação e implementação de políticas públicas; e 47,8% entendem que é prioridade usar a tecnologia para melhorar a prestação de serviços ao cidadão.¹⁶

Em suma, entendemos que a participação do cidadão nesse processo é importante, até mesmo pelo poder de fiscalização que ele pode exercer. Pelos percentuais trazidos, embora ainda reduzidos, é possível perceber que o cidadão está demonstrando os primeiros sinais de interesse. Não obstante aparentar haver na realidade brasileira um traço no sentido de um distanciamento entre cidadão e governo, o fato é que a cada dia mais informações estão sendo disponibilizadas nos portais e, quem sabe, num futuro, tenhamos uma mudança da postura por parte dos cidadãos, no sentido de que esses, efetivamente, acompanhem as ações governamentais, como um exercício de cidadania.

5. O pregão eletrônico e a ética

¹⁶ Dados obtidos em CHAHIN, Ali et al. Op. cit., p. 67.

A condução do pregão eletrônico, assim como de qualquer outra modalidade de licitação, deve ser pautada pela ética.

Segundo José Renato Nalini a ética, tida como uma ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, tem como objeto uma moralidade positiva, estabelecida por um conjunto de regras de comportamento e formas de vida por meios das quais o homem tende a realizar o valor do bem; logo, a ética mostra às pessoas os valores e princípios que devem nortear sua existência, influenciando sua conduta.¹⁷

Com base nesse conceito, podemos depreender que o pregão exige de seus atores condutas de boa-fé, visando à concretização do objetivo de se buscar nas contratações públicas a proposta mais vantajosa para o interesse público primário, com respeito aos princípios que norteiam a Administração Pública, notadamente as licitações.

Para Gilberto Dupas, as sociedades pós-modernas vivem um claro paradoxo: “Ao mesmo tempo que elas se libertam das amarras dos valores de referência, a demanda por ética e preceitos morais parece crescer indefinidamente. A cada momento um novo setor da vida se abre à questão do dever.”¹⁸

No entanto, são frequentes as notícias de fraudes e corrupção no campo das licitações. Dificilmente passamos uma semana sem verificar nos jornais escândalos envolvendo essa temática.

E essa situação é preocupante. O Brasil encontrava-se na posição de número 70 no Índice de Percepções de Corrupção 2006, produzido pela organização não-governamental “Transparency International” juntamente com a China, Egito, Gana, Índia, México, Peru, Arábia Saudita e Senegal, num *ranking* de 163 países. Em primeiro lugar tivemos Finlândia, Islândia e Nova Zelândia.¹⁹

Esse indicador não representa propriamente um “índice de corrupção”, mas é formado de opiniões sobre corrupção coletadas entre pessoas ligadas direta ou indiretamente a negócios internacionais, até porque parece não existirem modos de medir diretamente a corrupção.

¹⁷ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 36-37.

¹⁸ DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora UNESP, 2001, p. 76.

¹⁹ Dados obtidos na REVISTA NEGÓCIOS PÚBLICOS. Curitiba, Ano III, Abril 2007, p. 5-7.

Não obstante o índice tratar do tema “corrupção” de maneira genérica, e não especificamente nas contratações públicas, não restam dúvidas de que todos os escândalos envolvendo verbas públicas em licitações eivadas de vícios acabam por influenciar, mesmo que de forma sutil, a opinião das pessoas num julgamento sobre o governo.

Isso porque, a pesquisa também detectou que quanto mais um governo é ativo no combate ou na cumplicidade em relação à corrupção, ao menos, em tese, tais atitudes refletem-se nas opiniões expressas.

No Brasil, temos a Lei 8.429/92 – a Lei de Improbidade Administrativa, que somada à atuação do Ministério Público brasileiro, resulta em algumas ações visando a modificar esse panorama frente às questões da corrupção. Segundo Emerson Garcia, essa Lei possui papel importante no ordenamento jurídico, pelos aspectos que a norteiam:

A denominada Lei de Improbidade pode ser considerada um diploma de inegável singularidade sob múltiplos aspectos: (1) foi proposta e sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Mello, primeiro e único Chefe de Estado brasileiro a ser afastado do cargo num processo de ‘impeachment’; (2) alcança todo agente que mantenha contato com o dinheiro público, ainda que sua atividade seja estritamente privada, bem como os detentores de mandato eletivo, classe política tradicionalmente imune a qualquer sancionamento (art. 2º.); e (3) coexiste com as demais esferas de responsabilidade (penal, administrativa e política), permitindo que um juiz com competência cível aplique as severas penalidades que comina.²⁰

Portanto, a Lei de Improbidade Administrativa pode ser considerada como um dos instrumentos bastante eficientes para tratar dos desmandos com o dinheiro público, atuando, inclusive nas situações de fraude ou falhas nos processos licitatórios.

É importante destacar que frustrar ou fraudar a competitividade em licitações trata-se de um tipo penal presente na Lei de Licitações:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

²⁰ GARCIA, Emerson. O combate à corrupção no Brasil: responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação. *Revista Negócios Públicos*. Curitiba, Ano III, Abril 2007, p. 8.

Vejamos as definições de “frustrar” e “fraudar”, segundo Diogenes Gasparini:

Frustrar significa enganar, baldar, tornar inútil, no caso, a competitividade da licitação. É conduta comissiva. Há que haver uma ação. Frustra-se o caráter competitivo da licitação, por exemplo, quando o servidor, em razão do ajuste efetivado com um certo concorrente, prevê, no edital, exigência que poucos podem satisfazer, ou fixa no instrumento convocatório prazo legal para a apresentação das propostas de técnica e preço incompatível com a sua complexidade de elaboração.

Fraudar quer dizer enganar, burlar, iludir, no caso, o caráter competitivo da licitação. Sua prática exige uma ação. É conduta criminosa comissiva. Frauda-se, por exemplo, a competitividade da licitação publicando em veículo inadequado ao atingimento dos eventuais interessados a mudança do endereço para a entrega dos envelopes de habilitação e proposta.²¹

Sendo assim, há inúmeras ações que podem configurar o crime previsto na Lei 8.666/93, devendo haver uma atenção especial por parte dos administradores que atuam nas licitações. Inclusive, há entendimento no sentido de que esse crime é independente em relação aos crimes de corrupção ativa e passiva, previstos no Código Penal. Segundo Sandro Luiz Nunes:

Para nós, em se tratando de licitação pública, onde milhares de reais estão em jogo todos os dias, o particular procura fraudar a licitação para obter proveito deste fato, o que irá, via de regra, beneficiá-lo. Para fraudar, ele pode até corromper o agente público, mas esta corrupção não é meio necessário para se obter o resultado do tipo penal, qual seja fraude ou frustração ao caráter competitivo do certame para que se beneficie com a adjudicação do objeto da licitação. Ninguém fraudar para corromper, mas sim, corrompe para fraudar. Portanto, entendo que não há a absorção dos crimes de corrupção ativa e passiva com o crime de fraude à licitação previsto no art. 90 da Lei 8.666/93.²²

A participação em fraude a processo licitatório caracteriza grave infração da norma legal e enseja a inabilitação dos agentes públicos para o exercício de cargo em comissão ou

²¹ GASPARINI, Diogenes. *Crimes na licitação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora NDJ, 2001, p. 101-102.

²² NUNES, Sandro Luiz. Fraudar a competitividade em licitações: aspectos destacados do art. 90 da Lei 8.666/93. *Revista Negócios Públicos*. Curitiba, Ano V, Agosto 2009, p. 32.

função de confiança no âmbito da Administração Pública. Quanto ao licitante, a participação de empresa em fraude à licitação que resulte dano ao erário constitui razão suficiente para a condenação dele com a aplicação de multa e a decretação da inidoneidade da empresa.²³

A formação de cartéis também é outra ação que resulta em grave lesão à concorrência e que fere os preceitos de ética. Segundo consta do caderno “Combate a cartéis em licitações – Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação”, elaborado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça,²⁴ o cartel caracteriza-se como um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção e divisão de clientes e de mercados de atuação. As licitações são um ambiente propício à atuação dos cartéis, que podem agir por fixação prévia de preços, direcionamento privado da licitação com definição prévia de ganhador, divisão de mercado e respectivo rodízio de ganhadores, supressão de propostas para favorecer determinado licitante, apresentação de proposta “pro forma” apenas para “cobrir” propostas de outros concorrentes e subcontratação de concorrentes que não participam ou desistem de suas propostas.

Sem dúvida, o resultado disso é o dano para a Administração, com o aumento dos preços pagos e uma conseqüente transferência ilegítima de recursos para aqueles que fazem parte do cartel.

O referido Guia apresenta de forma bastante didática, alguns sinais que podem caracterizar a formação de um cartel, os quais elencamos: 1) as propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras; 2) certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação; 3) há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumam apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro; 4) existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações; 5) existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas; 6) alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações que participam, apesar de o objeto e as características desses certames serem parecidos; 7) o valor das propostas reduz-se significativamente quando um novo concorrente entra no processo

²³ TCU, Acórdão 1.910/2008, Plenário. Processo TC 008.102/2004-0. Rel. Min. Aroldo Cedraz.

²⁴ DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. Secretaria de Direito Econômico. Ministério da Justiça. *Combate a cartéis em licitações – guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*, 2008. p. 8-10.

(provavelmente por não integrar o cartel); 8) um determinado concorrente vence muitas licitações que possuem a mesma característica ou referem-se a um tipo especial de contratação; 9) existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações; 10) licitantes vencedoras subcontratam concorrentes que participaram do certame; 11) licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio.²⁵

A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, expediu, numa tentativa de evitar fraudes e conluíus nas licitações, a Instrução Normativa nº 2, de 16 de setembro de 2009. A referida instrução estabelece a obrigatoriedade de apresentação de “Declaração de Elaboração Independente de Proposta”, que no pregão eletrônico deverá ser apresentada no momento da habilitação, enquanto o sistema informatizado não disponibilizar a referida declaração aos licitantes no momento do envio das propostas, assim como faz com as demais declarações. O teor do documento resume-se em que o licitante deve declarar que: a intenção de apresentar proposta ou o conteúdo dela não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato; que não tentou influir na decisão de qualquer outro participante; e que o conteúdo da proposta não será comunicado e discutido com qualquer outro participante até a adjudicação. Trata-se de uma exigência recente, para a qual ainda não tivemos ocorrências de ordem prática para verificar sua real eficácia.

Nesse contexto, entendemos que o pregão, notadamente na forma eletrônica, por meio da inversão de fases, do processamento via web e da ausência de identificação dos licitantes até o término da sessão, deixa muito menos espaço para que os licitantes façam um acordo durante a licitação, não obstante não haver o impedimento de que esse acordo seja feito antes do certame. Mas registre-se que é um passo importante no combate às ações criminosas que cercam alguns procedimentos licitatórios, tentando, com isso, primar pela ética.

Conclusão

A implementação do governo eletrônico carece de uma atenção especial, pois ainda temos uma realidade bastante diversificada em nosso país. Há que se ter cautela a fim de que

²⁵ Ibidem. p. 11-12.

essa ferramenta de auxílio para uma boa gestão não se transforme em mais um instrumento de exclusão social. É preciso um trabalho de inserção dos atores que participam do processo, pois o governo eletrônico é uma via de mão dupla.

Para a eficácia do pregão eletrônico, especificamente, depende-se da atuação de algumas figuras. Inicialmente, os servidores exercem um papel importante, pois serão eles que irão trabalhar com essa ferramenta e, para isso, necessitam estar capacitados para lidar com essa nova realidade, mudando conceitos enraizados e aceitando a tecnologia da informação como algo a mais que auxiliará na realização de seu trabalho. Os fornecedores que querem travar negócios com a Administração Pública também necessitam estar preparados, investindo em seu parque tecnológico e treinando seus colaboradores para atuarem em ambiente de rede. Por fim, os cidadãos também podem exercer um papel de destaque, principalmente na fiscalização das atividades governamentais, e a partir do governo eletrônico eles, teoricamente, têm mais mecanismos de verificação, em tese com maior facilidade, sendo possível supor o exercício de cidadania, com maiores meios.

Outro ponto, talvez o mais importante, refere-se à premissa de que a atuação de todos esses atores deverá ser pautada pela ética, em relações que estabeleçam boa-fé entre eles e tendo em vista o interesse público primário, em primeiro lugar. É preciso reverter o quadro de corrupção, fraude, desmandos com o dinheiro público, ineficiência, que ainda assola nossa realidade em alguns entes. E, sem dúvida, o pregão eletrônico pode auxiliar muito nesse processo. Não que ele seja a solução para todos os males, mas os seus aspectos de processamento, principalmente a questão da transparência, bem como a ausência de identificação dos participantes até o final da sessão, podem ser mecanismos importantes para a consecução desse objetivo.

E uma das questões cruciais refere-se ao fenômeno da inclusão digital para o sucesso desse projeto. Isso porque nessa temática lidamos com um paradoxo: ao passo que o Brasil é destaque mundial em acesso à internet, o país ainda possui uma gama de pessoas que se quer tem acesso ao computador, os chamados “excluídos digitais”. Qualquer projeto de *e-gov*, o que inclui o pregão eletrônico, somente terá sucesso se houver uma interação de todas as pessoas envolvidas no processo. Para que a letra da lei transforme-se em realidade, deverá haver uma disponibilização de tecnologia também para municípios pequenos e mais afastados, e para pessoas com pouco poder aquisitivo. Portanto, na implementação do pregão

eletrônico, será preciso proporcionar mecanismos que propiciem uma inclusão digital: implantação de telecentros, treinamentos para usuários, entre outras ações. Somente assim as compras eletrônicas poderão ser consideradas um projeto de inclusão, e não um aparato tecnológico sem nenhuma aplicação prática.

Por fim, parece ser fato que o uso do pregão eletrônico nas compras governamentais seja um caminho sem volta na realidade brasileira. Cada vez mais os órgãos estão primando pela sua utilização. A legislação está sendo moldada para primar o uso do pregão eletrônico onde for possível. Se houver a aprovação do projeto de mudanças da Lei de Licitações, em trâmite no Congresso, o pregão, notadamente na forma eletrônica, bem como o uso da tecnologia da informação nas demais modalidades de licitação, será uma realidade para os administradores, que deverão estar preparados para isso.

Em suma, o pregão eletrônico surgiu para imprimir nova dinâmica ao processo de compras governamentais, sempre criticado em virtude de sua demora na concretização e por nem sempre resultar em aquisições vantajosas para o interesse público primário. Com a economia obtida nessas aquisições, certamente sobrarão mais recursos, e tendo em vista a ética, o governo terá que aplicá-los em outras políticas de interesse da população. Nesse contexto, finalizamos com as palavras de Mário Covas, que vão ao encontro dos objetivos que devem nortear o pregão eletrônico: *“Chega de desperdício com o dinheiro do contribuinte. O recurso arrecadado com imposto precisa voltar às suas origens, através de políticas sociais”*.

Referências:

CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. *Propostas para uma política nacional de tecnologia da informação e comércio eletrônico*.

CAZELOTO, Edilson. *Inclusão digital: uma visão crítica*. São Paulo : Editora Senac, 2008.

CHAHIN, Ali et al. *E-gov.br : a próxima revolução brasileira : eficiência, qualidade e democracia : o governo eletrônico no Brasil e no mundo*. São Paulo : Prentice Hall, 2004.

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA. Secretaria de Direito Econômico. Ministério da Justiça. *Combate a cartéis em licitações – guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*, 2008.

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

_____. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

FERRER, Florencia. Tempestade de inovações. *B2B Magazine*. São Paulo, nov. 2007.

GARCIA, Emerson. O combate à corrupção no Brasil : responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua desarticulação. *Revista Negócios Públicos*. Curitiba: Editora Negócios Públicos, Ano III, Abril 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Crimes na licitação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora NDJ, 2001.

LINS, João; COLPO, Olga. Gestão de pessoas e transformação no setor público. In: LINS, João; MIRON, Paulo (coord.). *Gestão pública: melhores práticas*. São Paulo : Quartier Latin, 2009.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Sandro Luiz. Fraudar a competitividade em licitações: aspectos destacados do art. 90 da Lei 8.666/93. *Revista Negócios Públicos*. Curitiba, Ano V, ago. 2009.

SILVA, Arídio *et al.* *Desvendando o pregão eletrônico*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do site ou da rede : inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito ou forma maior. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.) *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). *Direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

ZANOTELLO, Simone. *Manual de redação, análise e interpretação de editais de licitação*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Sítios visitados:

<http://compraaberta.jundiai.sp.gov.br>

<http://www.bec.sp.gov.br>

<http://www.comprasnet.gov.br>

<http://www.jundiai.sp.gov.br>

<http://www.planalto.gov.br>



<http://www.stj.gov.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.tce.sp.gov.br>

<http://www.tcu.gov.br>

ASPECTOS PROCESSUAIS DO RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel¹

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, prevê que “a família é a base da sociedade, possuindo especial proteção do Estado”. Mais adiante, o parágrafo 3º deste dispositivo legal assim dispõe: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Desta forma, ao garantir a proteção do Estado à união estável formada entre o homem e a mulher, determinando que esta deve ser entendida como entidade familiar, o legislador constituinte visou reconhecer efeitos jurídicos à família natural não constituída pelo matrimônio.

Cuidou-se, outrossim, de se garantir proteção constitucional a esta espécie de união, conforme já vinha sendo largamente defendido pela doutrina e pela jurisprudência, a par da realidade social e dos costumes vigentes na atual sociedade, principalmente se considerarmos o grande número de famílias constituídas com base na união estável formada entre o homem e a mulher.

É certo que a referida proteção se dá não somente em relação ao homem e à mulher, integrantes da união estável, mas também aos filhos e demais componentes da entidade familiar, tendo em vista a definição ampla do conceito de família.

Em vista do modo como dispôs a Constituição Federal, podemos concluir pela natureza de ordem pública da proteção dada à união estável, fazendo surgir o princípio da igualdade entre as instituições familiares para efeito da proteção do Estado.

¹ Sócia do Escritório VML Advogados. Bacharel em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Professora de Direito Civil e Processo Civil do Centro Universitário Padre Anchieta e da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora convidada nos cursos de pós graduação da FAAP e da Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Contudo, não obstante o reconhecimento jurídico-legal, não discorreu a Constituição Federal sobre a conceituação, requisitos e efeitos da união estável, deixando esta tarefa a cargo do legislador infraconstitucional.

Para este mister, foram editadas, em curto espaço de tempo, duas leis específicas: A Lei nº 8.971 de 29.12.94, que dispõe sobre os direitos de companheiros a alimentos, sucessão e meação e a Lei nº 9.278 de 10.05.96, que dá nova definição de união estável, reafirma os direitos de alimentos e meação, e acrescenta o direito de habitação no plano da sucessão hereditária.²

No tocante à definição da união estável, a lei 8.971/94, define como “companheiros” o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole.

De outra parte, a lei 9.278/96, derogando a anterior, alterou este conceito, omitindo os pressupostos de natureza pessoal e afastando referências a tempo de convivência e prole. Conceitua esta lei a união estável como sendo “aquela estabelecida em decorrência da convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, formada com o objetivo de constituição de família”.

Partindo de tais precedentes legais, a orientação doutrinária, com fundamento no requisito da constituição de família, passou a denominar a união estável, amparada constitucionalmente, de “concubinato puro”, o que impede que exista para fins de proteção o “concubinato impuro” (contra casamento preexistente de um dos companheiros ou em situação incestuosa) e o “concubinato desleal” (em concorrência com outro concubinato puro).³

O Código Civil de 2002, no *caput* do art. 1.723, manteve o conceito estabelecido na lei 9.278/96: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O parágrafo 1º do artigo supracitado menciona que “a união estável não se constituirá se estiverem presentes os impedimentos do art. 1.521 do Código Civil”, ressaltando, porém,

² OLIVEIRA, Euclides Benedito. *União Estável, Comentários às Leis 8.971/94 e 9.278/96, Direitos e Ações dos Companheiros*, p. 16.

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 435.

que não haverá óbice para a sua formação a hipótese de um ou ambos os conviventes serem casados, mas separados de fato ou judicialmente.

Desta feita, a lei passou a admitir expressamente a formação da união estável entre pessoas separadas judicialmente ou de fato, o que se justifica pela circunstância de não manterem estas pessoas qualquer relacionamento familiar com seu ex-cônjuge.

Observa-se, ainda, que o art. 1.724 do Código Civil de 2002 em correspondência ao art. 2º da lei nº 9.278/96, dispõe que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos” e o art. 1.725, outrossim, disciplina a aplicação às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, salvo na hipótese de existência de contrato escrito entre os companheiros.

Vislumbra-se, pois, que o sistema jurídico, fundado em todos os diplomas legais mencionados, não apenas estabeleceu os requisitos identificadores da união estável, mas também, previu, para esta espécie de entidade familiar, os respectivos direitos, consubstanciados em efeitos pessoais e patrimoniais.

Mais especificamente, a proteção jurídica material criou um complexo de direitos de cunho pessoal (respeito e consideração, mútua assistência, criação e educação dos filhos) e de cunho patrimonial (alimentos, comunhão dos bens havidos durante o tempo de convivência e sua transmissão por sucessão hereditária).

Por outro lado, resta claro que o direito material, formado pelo conjunto das normas gerais e positivas disciplinadoras da vida social, necessita, para a sua efetivação e proteção, das regras do direito processual.

Diante de situações litigiosas, o Estado dá a solução aos conflitos de interesses, tendo como objetivo imediato a aplicação da lei ao caso concreto, e como missão mediata “restabelecer a paz entre os particulares” e, com isso, manter a paz da sociedade.⁴

Portanto, para a concretização dos direitos advindos da união estável torna-se indispensável o estudo e caracterização processual das ações relativas à união estável, por servirem de instrumento para a atuação da vontade concreta da lei.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 5.

Feitas tais premissas, a seguir encontram-se delineados os principais aspectos processuais do reconhecimento e dissolução da união estável, abordando-se, inclusive, os temas relacionados à cumulação de outros pedidos amplamente difundidos na prática forense e reconhecidos na jurisprudência, no intuito de efetivar o direito material existente e, desta feita, tornar possível a real concretização da proteção do Estado a esta espécie de união garantida pelo art. 226, parágrafo 3º da Constituição Federal.

2. Natureza jurídica e as principais ações relacionadas à união estável

De rigor, normalmente, para cuidarmos da natureza jurídica das ações em geral, e em especial, das ações relativas ao reconhecimento e dissolução da união estável, as quais se caracterizam como ações de conhecimento, que tracemos breve esboço dos tipos de provimentos jurisdicionais pleiteados.

Neste aspecto, ao tratarmos da classificação das ações segundo a tutela pleiteada no processo de conhecimento, vale trazer à baila a brilhante classificação de PONTES DE MIRANDA, reconhecendo como subclasses das chamadas “ações de cognição”, a ação declaratória, a ação de condenação, a ação constitutiva e a ação de mandamento.⁵

As ações (e as sentenças) declaratórias, ou meramente declaratórias, já que todas têm certa dose de “declaratividade”, são aquelas em que o interesse do autor se limita à obtenção de uma declaração judicial acerca da existência ou inexistência de determinada relação jurídica ou a respeito da autenticidade ou da falsidade de um documento (art. 4º do CPC).⁶

Já as ações constitutivas, segundo VICENTE GRECO, são aquelas em que se pleiteia a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas.⁷

Nos dizeres de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a ação constitutiva além de declarar o direito da parte, cria, modifica ou extingue um estado ou relação jurídica material.⁸

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I, arts. 1º-45. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 141.

⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de.; TALAMINI, Eduardo. *Curso de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 139

⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Questões de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 24.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 54.

Com isso, podemos dizer que as ações constitutivas fazem surgir relações jurídicas até então inexistentes ou dissolvem aquelas já existentes e, por isso, podem também ser classificadas como desconstitutivas ou constitutivas negativas.

Em seguida, temos as ações condenatórias, nas quais visa o autor uma condenação do réu ao cumprimento de obrigação ativa ou omissiva, ou seja, se pleiteia a imposição de cumprimento coativo de uma obrigação e imposição de sanção preexistente.

Finalmente, as ações mandamentais, têm por objetivo a obtenção de sentença em que o juiz emite uma ordem cujo descumprimento por quem a receba caracteriza *desobediência à autoridade estatal* passível de sanções, inclusive de caráter penal.⁹

Segundo PONTES DE MIRANDA, o conteúdo da ação de mandamento é obter mandado do juiz, que se não confunde com o efeito executivo da sentença de condenação.¹⁰

Tecidas estas linhas preliminares, passemos a analisar a natureza jurídica e classificação das ações de conhecimento que versam sobre o reconhecimento e dissolução da união estável.

Como já ressaltamos, a natureza jurídica de uma ação varia de acordo com o pedido formulado.

Encontramos na jurisprudência uma diversidade de ações versando sobre os direitos e efeitos da união estável, sendo admissível e habitual a cumulação de dois ou mais pedidos.

Para tanto, a definição da natureza jurídica das ações em estudo se mostra uma questão a ser tratada com cautela, principalmente diante das possíveis cumulações realizadas, cujas principais hipóteses serão tratadas a seguir.

2.1. Ação meramente declaratória de reconhecimento e de dissolução da união estável

A doutrina e jurisprudência costumam chamar de *ação meramente declaratória* ou *ação declaratória pura* a ação cuja única pretensão do autor é reconhecer a existência ou inexistência de relação jurídica de direito material.

No âmbito das ações sobre as quais versa este trabalho, são aquelas em que o autor visa unicamente declarar a existência da união estável e sua dissolução, sem que haja a

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). Op. cit. p. 140.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. Op. cit. p. 145.

formulação de qualquer pedido relacionado aos efeitos pessoais e patrimoniais gerados. Ou seja, o autor tem por objetivo simplesmente o reconhecimento judicial de uma situação de fato.

Contudo, parte da doutrina e da jurisprudência não admite a existência desta espécie de ação sob o argumento da falta de interesse de agir para a sua propositura. Vejamos.

Para EUCLIDES DE OLIVEIRA, “a intervenção do Poder Judiciário somente se justifica quando haja legítimo interesse processual (art. 3º do CPC), consistente em determinado pedido de cunho pessoal ou patrimonial. Na falta de comprovado interesse, decairá a pretensão que se restrinja à mera declaração da existência da união estável, uma vez que o fato subsiste por si, sem que necessária a atuação jurisdicional declaratória.”¹¹

Em conformidade com tal entendimento, a união estável é um fato que se materializa e produz efeitos independentemente do reconhecimento judicial, e, portanto, desnecessária a mera declaração desta situação fática.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul menciona que o mero pedido consubstanciado na declaração de existência da união estável não é apto a ensejar a presença de uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual, caracterizado pelo binômio *necessidade-utilidade* do provimento jurisdicional pleiteado.¹²

A melhor solução, todavia, é adotada por grande parte da doutrina e da jurisprudência, admitindo a ação meramente declaratória da união estável, por se tratar de um fato jurígeno, ou seja, um fato apto a gerar efeitos jurídicos. Este fato jurídico, em razão de ser formado por um conjunto de relações jurídicas, é o próprio objeto da ação declaratória da união estável, revelando, por si só, a presença do interesse processual.

Segundo FRANCISCO JOSÉ CAHALI, a união estável nada mais é do que um fato no mundo empírico com consequências jurídicas pela sua existência.¹³

¹¹ OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável – Do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2003. p. 244.

¹² A ementa do acórdão dispõe: “Embargos infringentes. Ação declaratória de União Estável. O interesse de agir importa na necessidade e utilidade do provimento judicial. Isso não se vislumbra no mero pedido de declarar a existência da união estável, que se caracteriza por sua informalidade. É despicando para sua existência, qualquer ato formal. Ante o empate nos votos, declara-se a prevalência da decisão embargada, conforme o art. 196, V, do Regimento Interno. (fls. 6) (Embargos infringentes nº 70002656353, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 10/08/01)”. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>.

¹³ CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.p. 52.

A seu turno, o reconhecimento deste fato é feito através da ação declaratória da união estável e de sua dissolução, na medida em que, como a união estável caracteriza-se por ser uma situação fática pré-definida, deve o juiz analisar a presença dos requisitos exigidos pela lei para a sua formação, para, então, declarar a sua existência e dissolução.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu existir o legítimo interesse do companheiro em promover a ação declaratória da união estável, com fundamento no art. 3º do Código de Processo Civil, independentemente da existência de bens a partilhar.¹⁴

Não pairam dúvidas, portanto, que nas ações meramente declaratórias da união estável, por não haver pedido de cunho pessoal, v.g. a alteração do nome do companheiro, ou o pedido de efeito patrimonial, v.g. o pedido de meação do patrimônio e a condenação no pagamento de alimentos, evidencia-se a natureza declaratória do pedido e do provimento jurisdicional, para se reconhecer judicialmente a existência e a dissolução da união estável e, em especial, para fixar o seu termo inicial e final.

Ademais, vale ressaltar que haverá interesse processual, mesmo na situação em que não se pleiteia o reconhecimento da dissolução da união estável, mas sim, se requer tão somente a declaração de sua existência. Eis, por exemplo, o caso da convivente, que no intuito de integrar o quadro de dependentes do clube em que o seu convivente é sócio, necessita do reconhecimento judicial da união estável, por se tratar de exigência de ingresso constante do estatuto social daquela instituição. Ou, ainda, o convivente que requer a declaração para fins previdenciários.

Poderá o convivente, da mesma forma, buscar a mera declaração da união estável como uma maneira de se acautelar em caso de uma eventual e futura dissolução. Tem-se que a

¹⁴ Segue a ementa do Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida em 06.02.2001, cujo Relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar: “União estável. Ação declaratória. Alimentos. Legítimo interesse. O companheiro tem legítimo interesse de promover ação declaratória (art. 3º do CPC) da existência da relação jurídica resultante da convivência durante quase dois anos, ainda que inexistam bens a partilhar”. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>. No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravo de instrumento n. 176.993-4, Santos, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Elliot Akel, 20.02.01 – V. U.). Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudência>. Na esfera previdenciária, a Justiça Federal tem admitido a ação declaratória da união estável para fins previdenciários, em conformidade com a ementa a seguir: “Previdenciário. Ação Declaratória. União estável entre homem e mulher. Prova testemunhal baseada em início de prova documental. 1. Comprovada a união estável com ex-segurado da previdência social, por prova documental, nos termos do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, a suplicante tem direito a um provimento jurisdicional declaratório, para fins previdenciários. 2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento (Tribunal Regional Federal da Primeira Região, AC 2000.01.00.068109-4/GO, Relator: Juiz Antonio Savio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ 10.04.2002). Disponível em <http://www.trf1.gov.br/jurisprudência>.”

prova pré-constituída da existência da união estável faculta a adoção do rito especial da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68) e a concessão dos alimentos provisórios nela previstos.

É necessário frisar, por fim, que o pedido poderá ser formulado também para declarar a inexistência da relação jurídica, em conformidade com o melhor posicionamento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que já reconheceu o interesse processual da viúva em requerer a declaração da inexistência da união estável entre o seu marido falecido e terceira pessoa.¹⁵

Sob o mesmo aspecto, no que concerne à natureza jurídica da dissolução da união estável algumas considerações merecem destaque.

Como já ressaltado, a união estável é um fato jurídico. Por tal razão, tanto para a sua formação, quanto para a sua desconstituição, desnecessária a realização de qualquer ato jurídico formal ou solene, seja de natureza extrajudicial ou judicial, assim como ocorre no casamento.

Poderão as partes, todavia, realizar contrato de convivência, dispondo sobre os efeitos patrimoniais gerados daquela união, nascendo a presunção relativa da efetiva existência da união estável nos moldes do atual sistema jurídico. Frise-se, tratar de presunção relativa, porquanto ser admitida a prova em contrário, mediante outros meios que comprovem a inexistência da união estável.

É o contrato de convivência, de fato, um meio de prova da união estável e não, como se poderia imaginar, seu ato constitutivo.

¹⁵ Conforme decisão do STJ: “União Estável. Ação declaratória. Legitimidade. A viúva tem legitimidade para promover ação declaratória de inexistência de união estável do seu falecido marido com a ré. A convivência entre duas pessoa é um fato; a união estável é conceito jurídico que pode ou não definir essa relação. Cabe ação declaratória para reconhecer a inexistência da relação jurídica que se conceitua legalmente como união estável. Recurso não conhecido (REsp. 328297, Ministro Relator Ruy Rosado Aguiar, 18.02.2002). Obtido no site: <http://www.stj.gov.br>. Também admitindo a possibilidade da ação declaratória de inexistência da união estável, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Concubinato - Ação declaratória de inexistência de direitos, proposta por irmã do falecido companheiro contra a companheira - Irrelevância do fato de ser casada a mulher - Prova satisfatória de união estável e duradoura no período de 1976 a 1997, quando se deu a morte do varão - Ausência, ademais, de ascendentes e descendentes, cabendo à concubina, antes já admitida como inventariante do espólio, a exclusividade do direito à herança - Artigo 2º, inciso III, da Lei nº 8.971, de 29.12.94 - Improcedência da ação e procedência da reconvenção - Confirmação - Agravo retido e apelação da autora não providos. (Apelação Cível n. 223.364-4 - São Paulo - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator: J. Roberto Bedran - 05.11.02 - V.U.) Obtido no site: <http://www.tj.sp.gov.br>.

Por outro lado, o art. 7º da Lei 9.278/96, ao tratar da dissolução da união estável, utiliza a expressão rescisão, sendo esta, segundo ORLANDO SOARES, o ato judiciário consistente em declarar nulo, desfeito ou desconstituído – desde o momento da sua conclusão – o negócio jurídico, em que se verificou o vício ou defeito, o qual o tornou nulo ou suscetível de anulabilidade, ou por infração de cláusula contratual, bem como no caso de inadimplemento de obrigação.¹⁶

Configura hipótese de rescisão, por exemplo, o descumprimento, por um dos companheiros, do dever de lealdade estabelecido no art. 1.724 do Código Civil.

Ensina-nos ORLANDO SOARES, outrossim, que a dissolução da união estável pode se dar por resilição, configurando esta a deliberação, solução, resolução, dissolução ou distrato do contrato em razão do acordo de vontades ou resultante de condição ou cláusula contratual.¹⁷

Conforme as lições de FRANCISCO JOSÉ CAHALI, pela sua natureza e essência, o contrato de convivência é sempre condicional e dependente do fato jurídico cujos efeitos nele se contém. Está subordinado à união estável. É acessório do concubinato, e não sobrevive à extinção da relação (ressalvados os efeitos já produzidos cuja execução pode ser reclamada pelas partes, mesmo após o fim da relação). Este vínculo de dependência, subordinação, acessoriedade não vincula a validade do ato, mas a sua própria eficácia a partir do exato instante em que se verificou o rompimento.¹⁸

Com esta visão, podemos dizer que os efeitos da união estável deixam de ser produzidos no exato instante em que não é mais possível, no plano fático, identificar os requisitos legais exigidos para a sua constituição.

O reconhecimento da dissolução da convivência poderá ser feito através da via extrajudicial, não se exigindo, como no casamento, o ato judicial de dissolução da sociedade conjugal, mesmo quando existente contrato de convivência reconhecendo a relação concubinária e determinando seus efeitos.

Tratando-se de dissolução judicial, realizada através da ação de dissolução da união estável proposta por um dos conviventes ou ambos, a sentença não terá o caráter desconstitutivo, ou seja, a união estável não será desconstituída pela sentença.

¹⁶ SOARES, Orlando. *União Estável*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 178.

¹⁷ *Ibidem*. p. 178.

¹⁸ CAHALI, Francisco José. *Contrato de Convivência na União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66.

Repita-se, em sendo um fato jurídico, a união estável termina e se dissolve por si só, independentemente de pronunciamento judicial. Assim sendo, a sentença terá o condão unicamente de declarar a existência da união estável, se preenchidos os requisitos ensejadores, e declarar a sua dissolução, bem como fixar o período de convivência e estabelecer os efeitos pessoais e patrimoniais.

Mesmo entendimento deve ser feito em havendo o contrato de convivência reconhecendo a existência da união estável e regulando a irradiação de seus efeitos.

Veja-se, pois, que o contrato terá sua eficácia condicionada à permanência da união. Uma vez rompido, no plano fático, o vínculo existente entre o casal, dissolvida estará a união estável, deixando o contrato, a partir daquele momento, de produzir efeitos jurídicos.

Portanto, não possui a sentença de dissolução da união estável o efeito de desconstituir uma relação jurídica, mas sim, de declarar uma dissolução pré-existente.

Em resumo, a sentença de procedência de uma ação de declaração e dissolução da união estável declara um fato jurídico, estabelece seus efeitos, delimita, pois, o período de sua ocorrência. Não há, de outra parte, a constituição ou desconstituição de relação jurídica.

2.2. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável e partilha de bens

Com o rompimento da vida em comum e, quando não realizada a divisão patrimonial de forma amigável, com acerto financeiro entre as partes, deverá ser feito o pedido de meação sobre os bens adquiridos durante a convivência.

Com efeito, nestas situações, a ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável será cumulada com o pedido de meação sobre os bens adquiridos durante a convivência.

Antes de adentrarmos na discussão acerca da natureza jurídica do pedido de meação sob o aspecto puramente processual, válido destacar a existência de complexa discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da natureza jurídica material da divisão do patrimônio adquirido na constância da união estável.

Inicialmente, devemos ressaltar, ao longo do tempo, a tentativa de solucionar a questão patrimonial nos casos em que eram estabelecidas uniões estáveis, posteriormente rompidas por vontade de um ou ambos os conviventes, ou, ainda, pela morte de um deles.

Em geral, o patrimônio, durante largo período, era amealhado pelo casal e via de regra, ficava só no nome do varão. Com o rompimento da união, ficava a mulher em situação de extrema necessidade, não tendo direito ao patrimônio adquirido durante a convivência.

Foi para contornar ou atenuar esta ocorrência clássica de enriquecimento sem causa, em detrimento, quase sempre, da mulher, que a jurisprudência, ao longo de décadas, desenvolveu o instituto da sociedade de fato entre concubinos, consagrado na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal: “*Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”.¹⁹

Em um primeiro momento, entendia-se que só o concubino que prestasse auxílio econômico, que contribuísse com dinheiro para a formação ou aumento do patrimônio do outro, faria *jus* à partilha destes bens. Assim, a mulher que só contribuía com a realização de afazeres domésticos não recebia qualquer parte do patrimônio.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a especial proteção dada à família em qualquer de suas modalidades, alterou-se, profundamente, a orientação da Jurisprudência e a interpretação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

Segundo ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, percebeu-se a partir da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal considerável evolução jurisprudencial, na medida em que se passou a admitir a contribuição indireta para a formação do patrimônio dos concubinos.²⁰

Assim, deixou-se de exigir a participação direta na formação do patrimônio, necessitando tão somente da prova da convivência. A participação dos conviventes passou a ser considerada indireta ou presumida, admitindo-se sua presença na hipótese da mulher que realiza trabalhos domésticos.

No que concerne à legislação atinente à união estável, note-se que a Lei 8.971/94 é omissa a respeito da dissolução da sociedade de fato em vida, com a consequente partilha dos bens, na forma prevista pela Súmula 380 do STF, somente se referindo, em seu art. 3º, à *meação post mortem*.

A Lei 9.278/96, contudo, em seu art. 5º, *caput*, previu expressamente o direito de *meação* dos conviventes: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os

¹⁹ CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 131.

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.* p. 412.

conviventes, na constância da união estável a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

Decorre, portanto, que a legislação vigente admite a colaboração indireta na formação do patrimônio comum, na medida em que não se exige a efetiva participação econômica na aquisição do patrimônio para que este seja considerado fruto do trabalho e da colaboração, estabelecendo uma presunção de participação de ambos os conviventes na aquisição dos bens.

Registre-se, porém, que a presunção estabelecida nesse artigo é *iuris tantum*, pois admite prova em contrário. Realmente, a união pode ser conturbada, de tal sorte que reste comprovada, por um dos concubinos, a completa ausência de colaboração do outro, como por exemplo, a vida irresponsável, de má conduta ou de prodigalidade; a de mero companheirismo, na relação aberta; a pautada por vícios de embriaguez, de jogo etc...²¹

Partindo de tais premissas, passou-se então a se discutir a respeito da natureza jurídica do condomínio estabelecido no, já citado, *caput*, do art. 5º da Lei 9.278/96.

E, neste contexto, DÉBORA GOZZO entende que se trata da figura típica de condomínio. Em conformidade com seus ensinamentos, os conviventes serão comproprietários dos bens, sendo que cada um deles terá o poder jurídico sobre o todo, podendo, inclusive, independentemente um do outro, defender o seu direito de propriedade perante terceiros.²²

Vale dizer que o condomínio se verifica quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma das partes.²³

Em contrapartida, parte da doutrina entende haver no aludido *caput* do art. 5º, um desvio de terminologia. Sustenta esta corrente doutrinária que o patrimônio adquirido durante a união estável passa a ser comum, de ambos, à semelhança do que ocorre no casamento, não em partes iguais, mas em titularidade dupla. Ou seja, forma-se uma comunhão de bens em que

²¹ *Ibidem*. p. 355.

²² GOZZO, Débora. O patrimônio dos Conviventes na União Estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4, p. 107.

²³ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 112.

os dois sujeitos são proprietários do bem e não como ocorre no condomínio em que cada um é titular de sua cota parte.²⁴

Sob outro ângulo, divergindo da natureza condominial e da natureza de comunhão de bens defendida pelas correntes doutrinárias acima referidas, afirma FRANCISCO JOSÉ CAHALI: “Em nosso sentir, quis o legislador, de modo geral, reconhecer o direito entre os conviventes à participação recíproca no patrimônio amealhado a título oneroso durante a convivência, não adotando uma ou outra forma existente em nosso ordenamento, mas criando nova sistemática”. Em trecho mais adiante, prossegue: “Excluída a identidade com o condomínio e com a comunhão na amplitude de caracterização e efeitos previstos no ordenamento jurídico, melhor entender ter-se criado, agora por lei, o que antes vinha reconhecido pela doutrina e jurisprudência um direito pessoal entre os conviventes, a reclamar, um do outro a participação sobre os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência”.²⁵

Compartilhamos com este último posicionamento doutrinário, considerando a natureza pessoal do direito de meação do patrimônio amealhado durante o período de convivência. Isto porque, não foi expresso o legislador em tornar a união estável um fato jurídico capaz de gerar automaticamente o direito de propriedade, independentemente de reconhecimento judicial, como ocorre, por exemplo, na usucapião. Por outro lado, também não há previsão legal para a transcrição da sentença declaratória da união estável, com o consequente reconhecimento da meação, no Cartório de Registro de Imóveis, como ocorre, também na usucapião. (art. 1.238 e seguintes do Código Civil de 2002 e art. 945 do Código de Processo Civil).

O direito de propriedade, como direito real, é constituído a partir do registro do título aquisitivo no Cartório de Registro de Imóveis. Na declaração da união estável não há título hábil, previsto em lei, para a realização da transcrição, o que nos faz concluir pela natureza pessoal do direito de meação advindo da união estável.

De mais a mais, são inerentes aos direitos reais, os poderes de usar, gozar, dispor e de reaver a coisa das mãos de quem indevidamente a detenha (direito de sequela). Quanto a este último, é certo que se o companheiro, em cujo nome esteja titulado o bem adquirido durante a convivência, vender o bem, não poderá o companheiro prejudicado reivindicar este bem em

²⁴ Posição sustentada por ZENO VELOSO, citado por CAHALI, Francisco José. *Contrato de Convivência na União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 163.

²⁵ CAHALI, Francisco José. *Contrato de Convivência na União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

face do terceiro adquirente. Restará a ele, tão somente, o direito de ser indenizado pela meação a que faz jus, circunstância que enfatiza, ainda mais, a natureza pessoal de tal direito.

Podemos dizer, portanto, que a união estável caracteriza-se por ser um fato jurídico. Porém, não há na lei, para a união estável, nenhuma previsão específica no sentido de gerar o direito real de propriedade e de que a declaração obtida na ação judicial constitui título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

De sua parte, dispensável para a união estável, por inexistência de previsão legal específica, a outorga uxória ou a autorização marital para atos de alienação ou que importem em ônus real sobre imóvel. Daí resulta, a não ocorrência de um regime de comunhão ou compropriedade similar ao casamento, da mesma forma que não se verifica um condomínio clássico, nos moldes da legislação civil.

Em suma, o convivente titular do domínio de um bem adquirido durante a união estável poderá livremente dele dispor, tendo o outro convivente, o direito à indenização correspondente ao valor da meação.²⁶

Diante deste quadro, sob a ótica processual, podemos concluir que a sentença da ação de reconhecimento e de dissolução da união estável declara um direito pessoal de meação, o qual foi constituído no plano fático. Com efeito, vislumbra-se também no que tange ao efeito patrimonial consistente na meação, a natureza jurídica declaratória do pedido e da sentença. Nesse particular, afastada, outra vez, a natureza constitutiva das ações relativas à união estável.²⁷

2.2.1. Efetividade da sentença que reconhece o direito de meação do patrimônio advindo da união estável

²⁶ Diversamente, escreve CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 148: “O novo Código, que ressaltando a hipótese de convenção excludente, estabelece na união estável o regime da comunhão parcial, indiretamente exige a outorga. De fato, assim dispõe quanto à matéria: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (art. 1.725). A expressão “no que couber” remete a questão da outorga para o art. 1.647 do mesmo Código, que a exige para a prática de diversos atos”.

²⁷ RAINER CZAJKOWSKI, em obra citada anteriormente, p. 199, confirma este entedimento: “A decisão judicial reconhecendo a união estável e do condomínio tem natureza declaratória e não constitutiva. Não é a sentença do juiz que constitui o condomínio, é a Lei que o cria na família surgida da união estável. O juiz só reconhece, só declara tal circunstância”.

Concluindo-se pela natureza de direito pessoal de meação, o qual foi consagrado no *caput* do art. 5º da Lei 9.278/96, e pela natureza declaratória da sentença que reconhece tal direito, questão a ser analisada com a devida cautela diz respeito à efetividade de tal decisão, com o escopo de se concretizar o direito patrimonial decorrente da união estável.

Em se tratando de bem adquirido conjuntamente por ambos companheiros, sendo realizada tal aquisição em quotas iguais, a sentença declaratória da união estável em nada irá alterar a situação já existente, uma vez que cada um dos conviventes já é proprietário da sua quota parte.

Maior complexidade, todavia, há na análise da efetividade das decisões declaratórias do reconhecimento e da dissolução da união estável, nas quais também se declara o direito de meação, quando houver patrimônio adquirido durante o período da união estável, em nome de apenas um dos conviventes.

Em rigor, uma vez declarado o direito pessoal de meação, havendo bens em nome de um só dos companheiros, remanesce ao outro, como já visto, o direito pessoal de reclamar a sua quota no patrimônio adquirido.

Viu-se, neste passo, que o direito de meação declarado na sentença não possui natureza jurídica de direito real e que não há qualquer previsão legal que autoriza considerarmos referida decisão como título hábil de registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Aliás, ensina WALTER CENEVIVA, que pode ser objeto de assento imobiliário apenas o título que, por lei, seja obrigado a esse registro. Inexistente a previsão legal, o registro não pode ser feito.²⁸

Portanto, a sentença declaratória do direito de meação não poderá ser levada a registro, permanecendo inalterada a titularidade do bem, e fazendo-se necessária a utilização de outros meios processuais para efetividade da sentença.²⁹

²⁸ CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 318.

²⁹ Diverge, contudo, RAINER CZAJKOWSKI, em obra citada, p. 198/199, ao entender que a sentença declaratória possui um efeito mandamental acessório, qual seja, a determinação ao Registro de Imóveis para que acrescente à matrícula de determinado bem o nome do ex.-companheiro como condômino do mesmo, por metade. Segundo o autor, a pretensão do convivente na dissolução da união estável deve ser formalizada através de uma ação declaratória da união estável e da existência do condomínio sobre certos bens.

Não obstante possuir o direito de meação natureza de direito pessoal, ressaltamos, mais uma vez, que o pedido se limitará à declaração da meação sobre o patrimônio identificado como sendo aquele amealhado na constância da convivência.

Tendo por pressuposto a legislação vigente, após a sentença declaratória, válido destacar a possibilidade de utilização do procedimento especial de partilha, o qual se encontra previsto nos artigos 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil, com emprego de analogia em relação ao parágrafo único do artigo 1.121 do mesmo diploma legal, o qual admite a possibilidade da adoção deste procedimento na hipótese de separação consensual em que não há consenso entre os cônjuges sobre a divisão do patrimônio.

É certo que nesta situação, devido à diversidade de procedimentos, fator que impede a cumulação de pedidos nos termos do artigo 292, inciso III, do Código de Processo Civil, a parte ingressará primeiramente com a ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável com pedido de reconhecimento do direito de meação e, posteriormente, formula pretensão referente à partilha.

De outra parte, a jurisprudência vêm admitindo a cumulação dos pedidos de reconhecimento e dissolução da união estável e de partilha de bens, desde que adotado o procedimento ordinário: "União Estável - Concentração de pedidos com ação declaratória de reconhecimento de sociedade de fato, partilha de bens, guarda de filho e direito a alimentos - Admissibilidade, ainda que se processem por ritos diferentes - Hipótese em que as ações prosseguirão pelo rito ordinário".³⁰

Neste contexto, merecem destaque as lições de PONTES DE MIRANDA acerca da natureza jurídica da sentença de partilha. Ensina-nos o ilustre doutrinador, que a ação de partilha, além do caráter declaratório presente em todas as espécies de ações, possui, ainda, caráter constitutivo e executivo. Demais, a partilha é ação executiva, *lato sensu*, ação que discrimina quinhões, procedendo, ou não, a divisões materiais, ou a divisões pelas linhas dos bens indivisíveis.³¹

Para tanto, podemos afirmar que o direito pessoal consistente no reconhecimento do direito de meação é transformado, através da sentença da partilha, em direito real de

³⁰ Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 767/236. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/pesquisa/2ªinstância/ementas>.

³¹ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., tomo XIV. p. 191.

propriedade, passível de registro no Cartório de Registro de Imóveis, inclusive, com oponibilidade *erga omnes*.

Em síntese, o direito de meação constitui um direito pessoal com vistas à aquisição de um direito real, o qual se formará através da partilha de bens.

Na prática, apesar de não se caracterizar propriamente como partilha, têm-se admitido a destinação de bens por inteiro a cada um dos conviventes, desde que haja uma equivalência de valores, tratando-se, na verdade, de uma permuta.

Em contrapartida, não se pode buscar a efetividade da sentença declaratória do direito de meação através do procedimento judicial de alienação de coisa comum ou de quinhão em coisa comum, previsto no art. 1.112, incisos IV e V, do Código de Processo Civil. A legitimidade para a propositura da ação de alienação de bem comum decorre do condomínio, ou seja, o interessado possui o ônus da prova da sua compropriedade, sendo pressuposto subjetivo a sua qualidade de condômino.

Também aqui, nos compete mais uma vez ressaltar, que o direito de meação é direito pessoal, o qual se constitui no momento em que se verifica, no plano fático, a união estável e desde que o bem tenha sido adquirido a título oneroso durante a sua constância. Em assim sendo, a parte que pleiteia a meação não é titular do direito real de propriedade, não podendo requerer a alienação de um bem, que na verdade, não é comum.³²

Em se tratando de direito pessoal, outra possibilidade se coloca para a garantia da efetividade do direito de meação a ser declarado. Trata-se da cumulação do pedido declaratório de reconhecimento e dissolução da união estável com o pedido indenizatório.

Cumprido ao autor, neste caso, pedir a indenização, tendo por base o valor da metade do patrimônio adquirido a título oneroso durante a união estável. Assim, a ação será de natureza declaratória, na medida em que se requer a declaração da convivência e da sua dissolução, bem como do direito de meação e, também, de natureza condenatória, de sorte que se pleiteia a condenação do convivente em cujo nome foi adquirido o patrimônio, a indenizar o outro convivente no valor correspondente à metade dos bens.

Observe-se que a indenização visa evitar o enriquecimento sem causa, podendo o autor, através de uma ação cautelar, pedir o recebimento, enquanto durar o processo principal,

³² Euclides de Oliveira, em obra já citada, p. 246, entende de maneira contrária: “Símile à partilha de bens dos descasados, a pretensão patrimonial do companheiros decorre da extinção da co-propriedade naqueles bens comuns, ainda que titulados em nome do outro.”

de metade dos frutos provenientes dos bens adquiridos durante a convivência, como por exemplo, eventuais aluguéis.

Sendo assim, admissível a utilização da via cautelar pelo convivente que não se encontra com a administração dos bens adquiridos durante a união estável, para pedir, durante o curso do processo, a metade da renda auferida com o patrimônio.

2.3. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável e direito de herança

O art. 1.790 do Código Civil de 2002, modificou significativamente a posição sucessória do companheiro, passando este a ter direitos concorrentes com os herdeiros sucessíveis (descendentes, ascendentes e colaterais), tão somente no que se refere aos bens adquiridos durante a união estável.

O reconhecimento da união estável e os direitos sucessórios decorrentes poderão ser efetivados, sob o aspecto processual, de duas formas: através do pedido de partilha subsequente ao reconhecimento da união estável e declaração da qualidade de herdeiro ou diretamente no processo de inventário, mediante pedido de habilitação do companheiro sobrevivente.

Na primeira hipótese, deverá o companheiro ajuizar a ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável, objetivando a declaração de convivência, inclusive com a determinação do seu período, bem como o reconhecimento da qualidade de herdeiro, em caso de se constatar que foi amealhado patrimônio a título oneroso durante o período do concubinato.

Assume a ação, neste caso, nítida natureza declaratória, tendo em vista que narra a existência do direito sucessório.

Nesta ação declaratória, poderá o companheiro, outrossim, visando garantir o seu quinhão da herança, realizar o pedido de reserva de bens no inventário, nos termos do art. 1.001 do Código de Processo Civil ou, verificados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ajuizar medida cautelar correspondente.

Sobre esta possibilidade, diz RAINER CZAJKOWSKI que, em face da verossimilhança da pretensão externada pelo parceiro sobrevivente, agora respaldada em texto expresso em lei, é

imperiosa, no mínimo, a reserva de bens, resguardando a eficácia do futuro provimento em seu favor.³³

Desta forma, não se admite a suspensão do processo de inventário durante a ação declaratória, devendo o companheiro se acautelar através do pedido de reserva de bens.³⁴

Posteriormente, de posse da sentença de procedência da ação declaratória reconhecendo a sua qualidade de herdeiro, o companheiro requer a sua habilitação do juízo do inventário.

Tenha-se, pois, que a distribuição da ação declaratória será livre por não haver conexão com a ação de inventário dos bens deixado pelo *de cujos*.

Por outro lado, não é aplicável a esta ação declaratória o art. 96 do Código de Processo Civil, que determina ser o foro do domicílio do autor da herança o competente para o inventário, partilha, arrecadação, cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu. A melhor interpretação que se faz a este dispositivo legal é no sentido de ser ele aplicável tão somente às questões ligadas ao procedimento próprio do inventário ou da partilha, e não às questões de maior complexidade que demandem o seu conhecimento através do procedimento ordinário.³⁵

A segunda forma de reconhecimento da união estável para a produção de efeitos sucessórios se dá incidentalmente no processo de inventário, mediante pedido de habilitação do companheiro sobrevivente.

³³ CZAJKOWSKI, Rainer. Op. cit. p. 180.

³⁴ Neste sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Ementa: Agravo de Instrumento. Sucessões. Inventário. Suspensão do feito. Reserva de bens. Companheira. União Estável. A reserva de quinhão e não a suspensão do inventário é a medida adequada para acautelar interesses, diante da tramitação de ação declaratória de união estável. Proveram o agravo”.(Agravo de instrumento nº 70005364955, Sétima Câmara Cível, Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11.12.02). Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>.

³⁵ Nesse sentido, a ementa a seguir: “Ação declaratória de reconhecimento de união estável cumulada com outros pedidos, precedida de medida cautelar de caução e arrolamento - Pretensão à remessa desses feitos ao Juízo por onde se processa o inventário do Espólio co-réu - Insurgência contra decisão manda distribuir livremente a ação por último referida - Artigo 96 do Código de Processo Civil instituidor de competência de foro, e não de Juízo - Inexistência, ademais, de conexão entre as demandas e de risco de decisões conflitantes, a sugerir prevenção - Vis atrativa do juízo do inventário que se limita às questões estreitamente ligadas ao procedimento próprio, e assim mesmo àquelas passíveis de solução sem remessa das partes às vias ordinárias, pela complexidade no aspecto fático - Agravo não provido.” (Agravo de Instrumento n. 120.828-4 - São Paulo - 1ª Câmara de Direito Privado - Relator: Erbeta Filho - 09.11.99 - V.U.). Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudência/ementas>.

A ressalva que se faz, nesta hipótese, é de que haja suficiente e robusta prova documental acerca da existência e do período de convivência ou prévio reconhecimento da união estável.

Com acerto, NEWTON TEIXEIRA CARVALHO confirma esta possibilidade: “Evidentemente que, aberto o inventário, o companheiro sobrevivente comparecerá nos autos do processo e, existindo as provas escritas anteriormente referidas, o reconhecimento da sociedade, mesmo que de maneira implícita, poderá ser concretizado nos próprios autos do inventário, sem necessidade de, primeiro, haver ação declaratória de reconhecimento de união estável, no juízo familiar”.³⁶

Significativa jurisprudência vem ao encontro deste entendimento doutrinário, admitindo a habilitação do convivente no inventário sem a anterior propositura de ação declaratória, desde que desnecessária dilação probatória acerca da convivência.³⁷

Uma vez realizado o pedido de habilitação incidentalmente no processo de inventário, deverão os herdeiros ser chamados a se manifestar. Havendo impugnação, o juiz decidirá com base nas provas constantes dos autos, deferindo a habilitação ou determinando a remessa da questão às vias ordinárias.

O indeferimento da habilitação e a remessa da questão relativa ao reconhecimento da união estável para ser solucionada em ação própria se justificam por conter o inventário um procedimento especial, não admitindo, assim, discussão de alta indagação, conforme o art. 1.000 do Código de Processo Civil.

Também nesta situação, como observado anteriormente, é facultado ao companheiro o requerimento de reserva de bens em inventário. Sustenta EUCLIDES DE OLIVEIRA, que tendo sido comprovada a união estável, ainda que pendente de reconhecimento em ação própria, o

³⁶ CARVALHO, Newton Teixeira. *Tutelas antecipadas e provas pré-constituídas na União Estável*. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania – O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 575.

³⁷ “Inventário. Múnus de inventariante. Companheira. Inexistência de ação declaratória de união estável. Renúncia translativa por termo nos autos. Alvará. 1. Desnecessário o julgamento de ação declaratória de união estável. Quando todos os herdeiros admitem a agravante como companheira do *de cujos* nos autos do inventário, podendo a companheira exercer a inventariança. O processo é meio e não um fim em si mesmo. Aplicação dos art. 1.603 e 1.611 do Código Civil e art. 988, inciso I (por analogia) e V do CPC...(Agravado de Instrumento nº 599084084, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 31.03.99”. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>. No mesmo sentido: “União Estável - Reconhecimento em autos de inventário - Possibilidade desde que independa da procura de provas fora do processo ou se maiores, capazes e concordes os interessados - Desnecessidade da propositura de ação declaratória - Exigência afastada”. (JTJ 221/179)

companheiro supérstite ostenta a qualidade de herdeiro, nos termos da legislação própria, de modo que lhe assiste inegável direito de pleitear reserva de bens, com fundamento no citado art. 1.001 do Código de Processo Civil.³⁸

2.4. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável e alimentos

Desde a vigência das Leis 8.971/94 e 9.278/96 já estava estabelecida a obrigação alimentar na união estável. O Código Civil de 2002, nos artigos 1.694 e 1.724, manteve a obrigação alimentar entre os companheiros, impondo-os o dever de assistência em caso de necessidade, mesmo quando tenha havido culpa na dissolução, hipótese em que serão destinados os alimentos à subsistência do infrator, condicionada referida obrigação ao não estabelecimento de nova união.

No âmbito processual, notamos que o direito de alimentos do companheiro poderá ser instrumentalizado de diferentes formas, dependendo da existência ou não da prova preexistente da obrigação alimentar como se mostrará adiante.

Analisemos, primeiramente, a situação em que inexistente o reconhecimento prévio do dever de assistência, quando deverá ser adotado o procedimento ordinário em prejuízo ao procedimento especial previsto na Lei de alimentos, o qual exige a prova pré-constituída da obrigação alimentar (art. 2º da Lei 5.478/68).

Neste caso, a primeira faculdade processual dada ao companheiro necessitado é a de ingressar com a ação declaratória de reconhecimento e de dissolução da união estável cumulada com a ação de alimentos.

E, para tanto, destaca-se que a cumulação de pedidos exige a compatibilidade de procedimentos, resultando, também daí, a necessidade da ação de alimentos ser processada sob o rito ordinário.³⁹

³⁸ OLIVEIRA, Euclides de. Op. cit. p. 255.

³⁹ Neste sentido, decisão do TJ/SP: “União Estável. Concentração de pedidos com ação declaratória de reconhecimento de sociedade de fato, partilha de bens, guarda de filho e direito a alimentos - Admissibilidade, ainda que se processem por ritos diferentes - Hipótese em que as ações prosseguirão pelo rito ordinário”. (RT 767/236)

Vislumbramos, outrossim, uma segunda situação processual: o companheiro ingressa, tão somente, com a ação de alimentos, e por não haver prova pré-constituída da obrigação alimentar, adota o rito ordinário.

Não havendo contestação do réu quanto à condição de companheira ou de companheiro do autor, a instrução processual prosseguirá para a verificação dos requisitos da necessidade e possibilidade inerentes à obrigação.

De outra parte, na hipótese de ser contestada a qualidade de companheiro, a instrução amplia-se a este aspecto, tornando mais complexa a prova a ser produzida, hipótese em que se admite, inclusive, a ação declaratória incidental para a demonstração da existência da união estável (art.5º do Código de Processo Civil), por provocação de qualquer das partes, evitando, dessa forma, o posterior questionamento da relação concubinária.⁴⁰

Por conseguinte, admissível a ação incidental visando a declaração da união estável e a consequente declaração da obrigação alimentar. Verifica-se, pois, a natureza declaratória destas ações, a ensejar a declaração do reconhecimento e da dissolução da união estável, bem como, da obrigação alimentar do companheiro em favor do outro.

Assim, o reconhecimento da união estável produz simplesmente o efeito de declarar a obrigação alimentar ou dever de assistência, podendo ou não haver a condenação ao pagamento da prestação alimentícia, que fica condicionada à verificação de outros requisitos, quais sejam, a necessidade e a possibilidade.

Presentes os requisitos da necessidade e da possibilidade, previstos no art. 1.694 do Código Civil, assume a sentença a natureza condenatória, impondo ao alimentando o dever de cumprimento da obrigação alimentícia.

Importa advertir, em caso de necessidade premente do autor e desde que preenchidos os requisitos legais, que poderá ser deferida a medida cautelar de alimentos provisionais (art. 852 do Código de Processo Civil). Admite-se a concessão de alimentos provisionais anteriormente ao ajuizamento da ação ou incidentalmente no curso da demanda.

Ao contrário, existindo a prova pré-constituída do reconhecimento da união estável, poderá a ação de alimentos ser processada sob o rito especial, como mencionado anteriormente, admitindo-se, neste caso, inclusive, a concessão de alimentos provisórios, nos termos do artigo 4º da Lei 5.478/68.

⁴⁰ CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 147.

Também, como restou salientado, na falta da prova pré-constituída, o procedimento adotado para a ação de alimentos deverá ser o ordinário. Porém, ajuizada ação sob o procedimento especial, admite-se a conversão para a adoção do procedimento ordinário, sem a necessidade de ajuizamento de nova ação.⁴¹

3. Legitimidade

A questão da legitimidade deve ser analisada em relação a um sujeito e a um objeto, ou seja, a legitimidade da parte para pleitear o reconhecimento de uma relação jurídica. A legitimidade, portanto, não pode ser aferida em abstrato, mas única e exclusivamente em função de um contexto concreto. Hipótese diversa ocorre com a capacidade: o juiz, sem nem mesmo conhecer da lide, tem condições de aferir se a parte tem capacidade ou não. No entanto, desconhecendo o pedido, não há como saber se a parte tem ou não legitimidade.⁴²

Nesse contexto, a legitimidade no âmbito do direito processual advém do direito material. Em outros termos, a legitimidade decorre de um direito ou de um interesse juridicamente protegido advindo de uma relação jurídica de direito material.⁴³

Em especial, nas ações relativas à união estável, a legitimidade, advém da caracterização, no plano fático, da relação jurídica de direito material, que neste caso, é a própria união estável, e no direito conferido pela lei a determinadas pessoas de pleitear os efeitos decorrentes da convivência, como a meação, o direito sucessório e a obrigação alimentar.

3.1. Legitimidade ativa

Partindo de tais considerações, podemos dizer que terão legitimidade para figurar no pólo ativo e no pólo passivo de uma ação de reconhecimento e dissolução da união estável

⁴¹ Nesse sentido: “União estável – Alimentos provisórios denegados à agravante, que os pleiteou com arrimo na Lei 5.478/69 – Falta de prova pré-constituída da entidade familiar – Conversão em procedimento ordinário – Orientação acertada – Desprovemento do agravo”. (TJSP – 3º Cam. de Direito Privado; AI nº 18.267-4-SP; rel. Des. Ney Almada; j. 19.11.1996). Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia/ementas>.

⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMI, Eduardo *Curso Avançado de Processo Civil*, Vol. 1., Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.

⁴³ RESP 257880/RJ, Min.Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 10/07/2002. Disponível em <http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>.

cumulada com outro pedido, ou não, todos aqueles que possuem legítimo interesse, em função de terem a sua esfera jurídica atingida pelos efeitos da ação.

Nessa linha, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, citando acórdão proferido pela 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo relator o Desembargador Jorge Tannus, reconheceu que a ex-concubina de divorciando pode impedir o prosseguimento da partilha dos bens deste e de sua esposa, habilitando-se no processo de divórcio, como terceira interessada.⁴⁴

Ainda, no que concerne à legitimidade ativa da ação de dissolução e reconhecimento da união estável, confere-se ao herdeiro, nos termos do art. 1.791 do Novo Código Civil, poderes para, sozinho, ajuizar demanda visando a defesa da herança até a efetivação da partilha.⁴⁵

Ademais, o parágrafo único do art. 1.791 do Novo Código Civil estabelece que até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Para tanto, não é do espólio a legitimidade ativa para ingressar com a ação de reconhecimento e dissolução da união estável, conclusão que se justifica, ainda mais, pela possibilidade de existir interesses contrários entre os herdeiros. Ou seja, caso admitíssemos como possível a legitimidade ativa do espólio, representado na figura do inventariante, um eventual herdeiro, que em relação a este último tivesse interesses contrários, ficaria prejudicado no seu direito de ação.

De outra parte, não há impedimento legal para que o homem e a mulher casados ingressem com o pedido de reconhecimento e dissolução da união estável.⁴⁶

3.2. Legitimidade passiva

⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit. p. 416.

⁴⁵ Nesse sentido: “Ação declaratória da União Estável cumulada com anulação de partilha. Legitimidade. A filha tem legitimidade para buscar a meação da mãe contra os herdeiros de seu companheiro, já aquinhoados em razão de inventário. Apelo provido.” (Apelação Cível nº 70002331106, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Maria Berenice Dias, Julgado em 30.05.01). Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>. No mesmo sentido: “...IV – Na ação de dissolução de sociedade de fato em que se pleiteia a meação dos bens de concubino falecido, detém legitimidade para figurar no pólo passivo da causa os herdeiros, tendo em vista que a sentença a ser proferida pode, indubitavelmente, atingir o quinhão de cada herdeiro...” (Resp. 36700/SP, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Disponível em <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>.

⁴⁶ Nesse sentido: “Sociedade de fato - Dissolução - Cumulação com partilha de bens - Ajuizamento por homem casado - Admissibilidade - Negativa de vigência à Lei Federal n. 8.971, de 1994 - Inocorrência - Nulidade afastada - Recurso não provido”. (JTJ 191/192)

Em princípio, terá legitimidade passiva na ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável o companheiro ou companheira.

Na hipótese de seu falecimento, acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial se formou a respeito, atribuindo a legitimidade, em parte aos herdeiros, em outra, ao espólio.

Entende ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO que são interessados todos os herdeiros, em litisconsórcio necessário pois cada qual deve defender seus próprios interesses, para que a decisão possa ser plenamente eficaz. Não admite, outrossim, a legitimidade passiva do espólio, já que o inventariante pode ter entendimento defensivo diverso.⁴⁷

Corroborando este posicionamento, EUCLIDES DE OLIVEIRA: “A ação de reconhecimento da união estável *post mortem* deve ser proposta contra os herdeiros do falecido e não contra seu espólio, pois o interesse na preservação da herança é de todos os sucessores habilitados. Contra eles, pois, é que se dirige a ação do ex-companheiro do autor da herança, e daí a necessidade de que todos sejam chamados a integrar a lide, não bastando a simples presença do espólio representado pelo inventariante, que nem sempre tem o mesmo procurador de todos os herdeiros.”⁴⁸

Parte da jurisprudência, com a qual compartilhamos, segue a orientação do posicionamento doutrinário acima exposto, entendendo ser dos herdeiros a legitimidade passiva das ações ora em análise.⁴⁹

Com efeito, os herdeiros possuem legitimidade para figurar no pólo passivo das ações de reconhecimento e dissolução da união estável, aplicando-se, o já citado art. 1.791 do Código Civil de 2002 e seu parágrafo único.

Entretanto, encontramos posicionamento jurisprudencial contrário, conferindo ao espólio a legitimidade passiva para a demanda, aplicando-se, desta feita, o art. 12, inciso V, do Código de Processo Civil.⁵⁰

⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Op. p. 418.

⁴⁸ OLIVEIRA, Euclides de. Op. cit. p. 248.

⁴⁹ Segue decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Reconhecimento de União Estável – Cautelar Inominada – Ilegitimidade passiva do espólio configurada – Extinção do processo sem exame do mérito. Os herdeiros são parte legítima para figurar no pólo passiva da ação de reconhecimento de união estável pois a precedência do pedido atingirá seus respectivos quinhões. Acolhida a prefacial suscitada pela Procuradoria de Justiça, extinguem-se os feitos sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam*.”(Des. Rel. Kildare Carvalho, julgado em 06.03.2003). Disponível em <http://www.tj.mg.gov.br/jurisprudência>.

4. Procedimento da ação de declaração e dissolução da união estável

Em conformidade com o que já se observou, a união estável é fato jurígeno e, para tanto, a sua existência independe do reconhecimento judicial, da mesma forma que para a sua dissolução é dispensável o procedimento judicial.

Sobre o assunto, ensina-nos TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “No plano processual, não se aplicam à união estável as ações de separação, de divórcio, de anulação ou nulidade de casamento, pois essas ações pressupõem o liame formal do casamento, não um casamento de fato”.⁵¹

Vejam, pois, que o procedimento de declaração e de dissolução da união estável pode assumir a natureza extrajudicial ou judicial. Assim, não se exige a intervenção judicial, por inexistir o vínculo formal do casamento.

4.1. Procedimento extrajudicial de declaração e dissolução da união estável

Sendo a união estável uma relação de fato, se os companheiros desejarem encerrar a vida em comum de forma consensual e amigável, sem a intervenção do Poder Judiciário, nada impede que o façam. A dissolução da união se opera de pleno direito no mundo fático, sendo desnecessário o pronunciamento judicial de desconstituição do vínculo, como ocorre na separação consensual.

A dissolução extrajudicial se opera através da intenção dos conviventes de não permanecer unidos para os fins estabelecidos na Constituição Federal.

Insta esclarecer, de mais a mais, que o reconhecimento e a dissolução da união estável não é hipótese legalmente prevista para a adoção do procedimento de jurisdição voluntária, e,

⁵⁰ “Embargos infringentes. Preliminar de nulidade do acórdão por falta de fundamentação quanto à preliminar de ilegitimidade passiva. Matéria superada. Em nome do princípio da instrumentalidade do processo. Ação declaratória de união estável. Legitimidade passiva do espólio. Representado por sua inventariante. Enquanto não partilhados os bens da herança é o espólio que se legitima como parte passiva e ativa para estar em juízo. Quem o representa é a inventariante. Rejeitadas a preliminar de nulidade do acórdão, desacolheram os embargos.” (Embargos infringentes nº 70003647658, Quarto grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 08.03.02). Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>.

⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos processuais da União Estável. Repertório de Doutrina e Jurisprudência sobre Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais*, Vol. 2, p. 254.

portanto, a administração dos interesses privados dos conviventes não obrigatoriamente deve ser feita perante o poder estatal.

Desta maneira, poderão os conviventes estabelecer o reconhecimento e a dissolução da união estável através de contrato de convivência. Ressalte-se, nesta hipótese, que a eficácia do instrumento estará sempre condicionada à existência da situação fática.

Como se verifica, a eficácia do contrato de convivência cessa a partir do rompimento da união estável. Daí decorre dispensa de rescisão judicial ou amigável ou resilição do contrato, sendo automática a extinção das obrigações nele contidas a partir da dissolução da relação.⁵²

Nada impede, entretanto, que as partes, visando uma maior segurança das relações jurídicas, pactuem a dissolução extrajudicial através de contrato escrito, público ou particular, dispondo sobre partilha de bens, pensão alimentícia, dentre outros aspectos.

Poderá, ainda, ser o referido instrumento levado a registro perante o Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Por seu turno, pelo próprio registro, torna-se público o conhecimento do seu conteúdo, mas sem eficácia *erga omnes*, no sentido de ser oponível a união estável contra terceiros.⁵³

Isto, pois, a lei não conferiu à união estável a oponibilidade *erga omnes*, gerando, inclusive, como já se salientou, um direito pessoal no que se refere à meação do patrimônio adquirido durante a convivência.

4.2. Procedimento judicial de declaração e dissolução da união estável

Realizada em juízo, a declaração e a dissolução da união estável poderão assumir feição consensual ou litigiosa, similar à ação de separação judicial, a despeito de inexistir previsão legal específica sobre o procedimento a ser seguido.

4.2.1. Dissolução consensual judicial da união estável

⁵² CAHALI, Francisco José. Op. cit. p. 67. Merece registro a respeito, os dizeres de Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, obra citada, p. 45: “A propósito não se deve esquecer que uma eventual elaboração de contrato escrito sobre os efeitos patrimoniais, não é suficiente para garantir o êxito da respectiva união; assim, ainda que elaborado previamente, o contrato está longe de ser ato constitutivo da união estável. Exige-se, para caracterizá-la, uma comunhão de vida constantemente renovada”.

⁵³ CAHALI, Francisco José. Op. cit. p. 133.

De comum acordo, poderão as partes requerer a homologação judicial da dissolução da união estável, da mesma forma como ocorre na separação consensual em que o juiz homologa acordo realizado entre as partes.

Em geral, a jurisprudência admite a homologação da dissolução judicial da união estável, adotado o rito do procedimento de jurisdição voluntária, por não haver previsão expressa no Código de Processo Civil sobre esta espécie de homologação.⁵⁴

No entanto, devido o caráter informal da união estável, a qual se constitui e se dissolve no plano meramente fático, parte da jurisprudência julga não haver interesse de agir na homologação judicial de dissolução da união estável.⁵⁵

Vimos, a par da controvérsia instaurada, a existência de interesse de agir na homologação judicial da dissolução da união estável. Basta mencionar que é de interesse das partes, até por uma questão de segurança das relações jurídicas, a declaração judicial da existência da convivência, a sua duração e o estabelecimento de seus efeitos, os quais foram consensualmente ajustados.

4.2.2. Dissolução litigiosa da união estável

A dissolução litigiosa da união estável pressupõe a ocorrência de discordância entre os companheiros ou sucessores, seja quanto à própria dissolução, quando se impõe a ação meramente declaratória, seja quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes da convivência, hipótese em que se admite a cumulação de outros pedidos, tais como a partilha, os alimentos, o reconhecimento dos direitos sucessórios e a guarda de filhos.

⁵⁴ Nesse sentido: “Sociedade de fato entre concubinos. Dissolução amigável. Homologação. Efeitos. Admitido que as partes anteriormente fizeram transação, e que o acordo judicialmente homologado, embora em procedimento de jurisdição voluntária, também dispusera acerca dos bens, não é lícito que se intente ação ordinária de dissolução de tal sociedade, a vista dos arts. 1.030 do Código Civil e 486 do CPC. Caso de extinção do processo, a teor do art. 267, V, do CPC. Recurso Especial conhecido e provido.” (Resp 84806/RS, Min. Rel. Nilson Naves, Julgado em 19.03.1996). Disponível em <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>.

⁵⁵ De conformidade com este entendimento, a ementa a seguir: “União Estável. Dissolução Consensual. Homologação Judicial Denegada. Falta de interesse de agir. A equiparação da união estável à entidade familiar, regida pelo Direito de Família, não retirou o caráter informal de sua constituição, daí a eficácia de o pacto separatório entre os concubinos não necessitar de homologação judicial. A validade de declaração de vontade só dependerá de forma determinada quando a lei expressamente o exigir. Negaram provimento Unânime.” (8ª CC do TJ-RS, AC nº 594093395, Rel. Des. Léo Afonso Einloft Pereira, j. em 06.10.1994, in *RJTJRS* 172/269)

Verifica-se, em tais situações, a necessidade da lei estabelecer critérios objetivos para a solução do conflito de interesses apresentado.

A despeito desta necessidade, não há na Lei 8.971/94, na Lei 9.278/96, no Código Civil de 2002, ou na legislação processual, qualquer critério ou regra procedimental pré-determinada.

Nesta esteira, aplicando-se o art. 271, 272 e 275 do Código de Processo Civil, o procedimento a ser adotado nestas ações é o procedimento comum ordinário. Cuida-se de considerar esta espécie procedimental sob a ótica residual, de forma que não sendo previsto um procedimento especial ou não estando dentre as hipóteses em que a lei faculta a adoção do procedimento sumário, adotar-se-á o procedimento comum ordinário.

Além do mais, diante da omissão do legislador, a tendência da doutrina e da jurisprudência é considerar, também na dissolução litigiosa da união estável, a culpa no rompimento como o elemento a ser utilizado pelo juiz para decidir sobre alguns dos efeitos da união estável. Analogicamente, se aplicam as regras atinentes ao casamento, como, por exemplo, quando na separação judicial, é reservada, ao cônjuge inocente e desprovido de recursos, a pensão alimentícia prestada pelo cônjuge culpado (art. 1.702 do Código Civil de 2002).⁵⁶

Sendo desta forma, apesar da falta de previsão legal específica para a união estável, não poderá ser outro o entendimento, senão, consagrar a culpa como o critério para a fixação de pensão entre companheiros, sob pena de se criar para o companheiro uma situação privilegiada em relação aos cônjuges.⁵⁷

5. Aspectos processuais relevantes

⁵⁶ Sobre a culpa como elemento utilizado para a solução das ações de dissolução da sociedade conjugal, destaca-se o julgado a seguir: "Sociedade de fato - Dissolução - Alimentos - Partilha - Sentença reconhecendo a sociedade de fato e determinando a partilha dos bens, a par de entender inviável a declaração da dissolução - União que se dissolve pela só vontade das partes, independentemente de declaração judicial - União, contudo, bem reconhecida, deferida a partilha do patrimônio - Alimentos devidos, sem se cogitar da culpa deste ou daquele - Reconhecimento da culpa que impediria, quando muito, pleito de alimentos por um dos companheiros em face do outro - Hipótese, de resto, de falta de prova de culpa - Alimentos devidos - Inteligência da Lei n. 9.278/96 - Apelo provido, em parte, apenas para decretar a condenação do réu no pagamento da verba alimentar." (Apelação Cível n. 64.922-4 - Limeira - 10ª Câmara de Direito Privado - Relator: G. Pinheiro Franco - 11.11.97 - V.U.). Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia/ementas>.

⁵⁷ CAHALI, Franciso José. Op. cit. p. 100.

A par da existência de diversas peculiaridades acerca das ações de reconhecimento e dissolução da união estável no plano estritamente processual, tratemos neste tópico daquelas de maior relevância, por comportar uma maior aplicabilidade prática e por ter maior representatividade nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

5.1. Competência

5.1.1. Competência material

Trata-se a competência material de espécie de competência absoluta, estabelecida no art. 91 do Código de Processo Civil.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, as sociedades de fato, como eram conhecidas todas as uniões não advindas do matrimônio, eram tratadas no âmbito do direito obrigacional.

Com a Constituição Federal de 1988, a família, base da sociedade, passou a ter especial proteção do Estado, mesmo quando formada através da união estável. Ou seja, observa-se a ampliação do conceito de família para a inclusão da entidade familiar formada pela união estável.

Contudo, mesmo após a Constituição Federal, a jurisprudência ainda se mostrou relutante em considerar a competência das Varas da Família para o julgamento das ações advindas da união estável, sob o argumento de que não existia um estado civil de companheiro ou concubino, e de que esta situação não poderia ser equiparada ao casamento.⁵⁸

Definitivamente foi pacificado o entendimento com a edição da Lei 9.278/96, que em seu art. 9º estabeleceu: “Toda a matéria relativa à união estável é de competência da Vara da Família, assegurado o segredo de Justiça”.⁵⁹

5.1.2. Competência territorial

⁵⁸ OLIVEIRA, Euclides de. Op. cit. p. 270.

⁵⁹ Nesse sentido: “União Estável – Competência – Julgamento afeto à Vara de Família – Inteligência da Lei nº 9.278/96. Preceitua o novo diploma legal, Lei nº 9.278/96, que toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça, pois é reconhecida como entidade familiar. (TJSP - Câm. Esp.; Confl. de Comp. nº 31.817-0/0-SP; Rel. Des. Lair Loureiro; j.04.07.1996; v.u.;ementa.). Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia/ementa>.

Determina o art. 100, I, do Código de Processo Civil: “É competente o foro: I – da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento”.

Trata-se de competência territorial, portanto relativa, podendo haver a prorrogação em caso de não propositura da exceção de competência, presumindo-se a renúncia da mulher ao benefício concedido pela lei.

A questão que se coloca é saber se esta regra é extensiva às companheiras na propositura da ação declaratória e de dissolução da união estável.

A melhor posição é de que a regra do art.100, I, do Código de Processo Civil não é extensiva às companheiras, devendo a ação ser ajuizada sob a regra geral do art. 94, que estabelece a competência do foro do domicílio do réu, uma vez que não há previsão específica concedendo referido benefício.⁶⁰

Mesmo diante da proteção constitucional conferida à união estável, não é certo dizer que houve uma total equiparação em relação ao casamento, de forma que se possa estender todo e qualquer benefício atribuído aos cônjuges.

Porém, sendo a ação de reconhecimento e dissolução cumulada com pedido de alimentos em favor do filho ou do próprio convivente, a competência será determinada pelo domicílio do alimentando, conforme a regra do art. 100, inciso II, do Código de Processo Civil.⁶¹

5.2. Cumulação de pedidos

⁶⁰ De conformidade com esta posição, julgado do STJ: “Civil e Processual Civil. Competência. Ação de dissolução de União Estável. Art. 100, I, CPC. Constituição de 1988. Incompatibilidade. Igualdade entre cônjuges. Precedente. Inaplicabilidade à União Estável. Ausência de regra específica. Recurso Provido. I - No plano infraconstitucional, conquanto haja divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da prevalência do art. 100, I, CPC, e da extensão de sua incidência, a dificultar a uniformização interpretativa na matéria, esta Corte tem adotado a interpretação restritiva desse artigo. II - Em face dessa interpretação restritiva, descabe invocar sua aplicação às ações de dissolução de união estável, até porque sequer há norma equivalente, a seu respeito, tornando aplicável, em consequência, o art. 94, CPC. III - Embargos declaratórios opostos com o intuito de atender ao requisito do prequestionamento não são protelatórios, a teor do enunciado nº 98 da súmula/STJ”. (Min.Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 02.12.2002). Disponível em <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>.

⁶¹ Nesse sentido, decisão do STJ: “Competência. Conflito. União Estável. Dissolução. Partilha. Alimentos. Ações Cumuladas. No caso de ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens e alimentos em favor da filha comum do casal, tem-se por competente o foro do domicílio ou residência do alimentando. (Min. Rel. Nancy Andrighi, j. em 23.10.2002). Disponível em <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>.

O art. 292 do Código de Processo Civil admite a cumulação de pedidos, na mesma ação, mas em face do mesmo réu, ainda que entre eles não haja conexão. Neste caso, não havendo conexão, se dá o que se denomina de cumulação simples, por não haver relação de interdependência entre os pedidos.⁶²

Note-se, contudo, que para ser possível a cumulação, é necessária a presença dos seguintes requisitos: compatibilidade entre os pedidos, competência e procedimento adequado.

Deve-se ter em mente, não obstante, o parágrafo 2º, do art. 292 do Código de Processo Civil, o qual determina a adoção do procedimento ordinário quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento.

De outra parte, o art. 289 do Estatuto Processual em vigor admite o que se chama de pedidos sucessivos. É também denominada de cumulação eventual, onde o autor expressa uma sequência de pedidos, em uma verdadeira escala de interesses.⁶³ Em outras palavras, existe uma ordem decrescente de interesses, sendo que o atendimento do segundo pedido depende da improcedência do primeiro.

Traçadas estas linhas gerais, vislumbramos que as ações de concubinato em geral envolvem situações de cumulação de pedidos.

Primeiramente, temos a cumulação de dois pedidos: o pedido de reconhecimento da existência da relação concubinária e o pedido de declaração do seu término. Neste caso, configura a hipótese de cumulação sucessiva prevista no art. 289 do Código de Processo Civil. Ou seja, formula-se um segundo pedido que só será analisado se acolhido o primeiro.⁶⁴

Deveras, uma vez declarada a existência e o término da união estável, passa-se às outras cumulações possíveis e amplamente difundidas na jurisprudência.

Os pedidos referentes ao direito de meação, alimentos e herança serão sucessivos em relação ao pedido declaratório, uma vez que somente serão apreciados em caso de procedência do pedido declaratório de convivência.

⁶² LAZZARINI, Alexandre Alves. *A cumulação de pedidos, a litispendência e a coisa julgada nas ações de dissolução de união extrapatrimonial in* Repertório de Doutrina e Jurisprudência sobre Direito de Família, Aspectos constitucionais, civis e processuais, Vol. 4, p.14 . A respeito, Nery & Nery, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor, 2002, p. 643: “Assim, o pedido sucessivo só é examinado pelo juiz se não puder ser deferido, no mérito, o pedido principal”.

⁶³ WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 2002, p. 300.

⁶⁴ LAZZARINI, Alexandre Alves. Op. cit. p. 14.

Diferente quanto aos pedidos relacionados aos filhos, como por exemplo, o pedido de regulamentação de guarda e visitas, bem como de fixação de alimentos. Em tais casos, denota-se também possível a cumulação de pedidos, porém, haverá situação de cumulação simples, pois não há relação de interdependência com o pedido de declaração de convivência.

Tanto é assim que mesmo não sendo reconhecida a existência da união estável, diante da não verificação dos requisitos legais e constitucionais para tanto, o juiz obrigatoriamente decidirá sobre a guarda, visitas e alimentos dos filhos, uma vez que tais questões independem da constatação da convivência.

Ademais, parte da jurisprudência entende ser inadmissível a cumulação do pedido de dissolução da união estável, do pedido de meação sobre os bens adquiridos durante a convivência e sucessivamente, do pedido de indenização por serviços prestados, no caso de não ser verificada a existência da união estável. Consubstancia-se em não admitir que se possa formular um pedido subsidiário de indenização por serviços prestados com fundamento na sociedade fato, também chamada de concubinato impuro, quando não estiverem presentes os requisitos para a união estável.

Daí, válido destacar ementa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Sociedade fato - Concubinato - Dissolução - Cumulação com indenização por serviços prestados - não cabimento - Qualidade de sócio que é incompatível com a do prestador pessoal de serviços na mesma relação jurídica - Ação procedente em parte - Recurso não provido - Cumulação de pedidos de meação de bens adquiridos em sociedade concubinária e de indenização por serviços domésticos, não é cabível; não exatamente porque a sociedade absorve a indenização, senão porque qualidade de sócio é incompatível com a qualidade do prestador de serviços na mesma relação jurídica: uma exclui a outra. (Relator: Walter Moraes - Apelação Cível n. 205.444-1 - Lins - 26.09.94) ⁶⁵

Corroborando este entendimento jurisprudencial, ALEXANDRE ALVES LAZZARINI, sustenta que os fundamentos jurídicos dos pedidos são diversos e por isso, ou se reconhece a relação como de família, ou como de sociedade de fato ou de prestação de serviço. Sustenta, ainda, que não haverá cumulação porque se descumpriu os requisitos do art. 292, I (os

⁶⁵ Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia/ementas>.

pedidos não são compatíveis) e II (a competência é de juízes diferentes: Cível e Família) do Código de Processo Civil.⁶⁶

Destarte, não acreditamos que se tratam de pedidos incompatíveis entre si, justamente por ser hipótese de cumulação eventual, admitida pela lei processual. Ou seja, o não reconhecimento da união estável enseja a conhecimento do pedido de indenização com fundamento na sociedade de fato, por ser pretensão subsidiária deduzida pelo autor.

Quanto à competência, assiste razão ao autor mencionado, uma vez que o juízo da causa tem de ser competente materialmente para processar e julgar todos os pedidos que se pretende cumular.⁶⁷

Como já se observou, somente às questões concernentes à união estável será competente o Juízo da Vara da Família. Assim, ao se reconhecer a inexistência da união estável, a fixação de eventual indenização por serviços prestados não poderá ser feita por esta vara especializada, mas sim, pelo Juízo Cível. Aliás, cuida-se de critério material de competência e, portanto, de caráter absoluto, o que impede prorrogação da competência.

5.3. Tutela antecipada

Em princípio, poderá haver a tutela antecipada na ação declaratória e de dissolução da união estável cumulada com outros provimentos pleiteados, como, por exemplo, a guarda e visita de filhos, desde que presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil.

A respeito, merecem destaque as lições de RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS: “Interessam então ao Direito de Família tanto os sentimentos e valores de cunho pessoal ou material, próprios da família matrimonializada, quanto os das entidades familiares originadas na união estável, no fato natural da procriação ou no parentesco civil. Nessa ordem de ideias, considerando a peculiaridade dessas relações e os graves reflexos emocionais que os conflitos familiares podem gerar, para que seja prestada uma tutela jurisdicional efetiva, exige-se, no

⁶⁶ LAZZARINI, Alexandre Alves. Op. cit. p. 15.

⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação civil extravagante em vigor*: atualizado até 15.03.2002. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 645.

plano processual, uma rápida solução do litígio instaurado e, conseqüentemente, uma pronta resposta às pretensões formuladas, adequada e tempestiva”.⁶⁸

De toda sorte, em se tratando de ação declaratória, o que se busca é justamente declarar uma relação jurídica. Assim, partindo da dificuldade de se provar, de plano, os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, já que no mais das vezes, tal relação não se encontra manifestamente declarada ou documentada, são muito mais utilizadas as medidas cautelares, posto que os fatos poderão ser provados na audiência prévia de justificação, própria do procedimento cautelar.

Infere-se, portanto, que havendo prova pré-constituída da existência da união estável, nada impede que seja concedida a tutela antecipada nas ações declaratórias de união estável cumuladas com outros pedidos, porquanto ser indispensável tal prova para a caracterização do requisito da verossimilhança da alegação do provimento pleiteado.

Com efeito, podemos citar como exemplo, o pedido de tutela antecipada em uma ação de dissolução da união estável cumulada com o pedido de meação de bens, em que a parte requer a antecipação dos efeitos da tutela para receber, no curso do processo, os frutos do patrimônio que será objeto de futura partilha, cuja administração se encontra em poder da outra parte.

Não se está afirmando, com isso, que será exigida a prova pré-constituída da união estável para a tutela antecipada de pedidos concernentes aos filhos, como guarda, visitas ou alimentos, visto que para tais, indiferente a comprovação da união estável.

5.4. Prova pré-constituída da união estável

A união estável pode ser provada através de testamento, escritura pública ou instrumento particular, bem como através de contrato escrito, regulando a convivência, ou de casamento religioso, bem como através do reconhecimento judicial incidental em anterior demanda judicial.⁶⁹

Veja-se, pois, que serão provas pré-constituídas da união estável: casamento religioso e casamento no exterior, indicação como dependente no imposto de renda, documento público

⁶⁸ VASCONCELOS, Rita de Cássia C. de. *Tutela de Urgência nas Uniões Estáveis*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 90.

⁶⁹ CARVALHO, Newton Teixeira. Op. cit. p. 568.

ou particular reconhecendo a constância da relação concubinária, averbação do patronímico do companheiro no Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 57 da Lei de Registros Públicos), acordo extrajudicial estabelecendo a pensão alimentícia.⁷⁰

Nada impede, ainda, que seja utilizado o procedimento cautelar de justificação previsto no art. 861 do Código de Processo Civil, no intuito de fazer prova da existência do fato jurídico e requerer a tutela antecipada no processo principal. Porém, deve-se ter em mente, que o resultado da sentença acolhendo a justificação não será declaratório da existência da união estável, mas sim, servirá como simples prova para a constatação da verossimilhança do direito e concessão da tutela antecipada na ação declaratória.

A seu turno, havendo cumulação com o pedido de alimentos, a prova pré-constituída da existência da união estável autoriza a adoção do procedimento especial da Lei de Alimentos, e concessão dos alimentos provisórios nela previstos, tendo em vista a existência prévia de prova da obrigação alimentar exigida para tanto.

5.5. Intervenção do Ministério Público.

Em ações propostas por companheiros, visando ao reconhecimento da situação para enquadramento nos direitos de família, não há como negar o interesse público justificador da presença do Ministério Público como *custos legis*.⁷¹

Nessa perspectiva, após o reconhecimento constitucional das uniões estáveis como entidades familiares, é indiscutível a presença do interesse público nas ações que aqui tratamos.

Por conseguinte, a despeito de não existir previsão legal específica determinando a intervenção do órgão ministerial nestas ações, é certo que o art. 82 do Código de Processo Civil, o qual determina as hipóteses de intervenção, não contém norma de encerramento, de tal forma que deverá o Ministério Público intervir em todas as ações que contenham questões de interesse público, sob pena de nulidade.

Todavia, oportuno mencionar que existem posicionamentos contrários, vindos principalmente de membros no Ministério Público, sustentando uma nova interpretação do

⁷⁰ CAHALI, Francisco José. Op. cit. p. 132.

⁷¹ OLIVEIRA, Euclides de. Op. cit. p. 277.

conceito de interesse público tendente a racionalizar a intervenção como *custos legis* deste órgão nas ações cíveis. Quanto às ações declaratórias de união estável, segundo esta corrente, por não se tratar de ação de estado de pessoa, como são as relativas à filiação ou casamento, não há que se falar em intervenção obrigatória do Ministério Público.⁷²

De outra parte, a intervenção do Ministério Público se faz obrigatória quando a ação versar sobre interesses de incapazes (art. 82, I, do Código de Processo Civil) e quando houver cumulação com pedido de alimentos (art. 9º e 11 da Lei 5.478/68).

6. Medidas cautelares

A família, hoje, pode nascer do casamento civil, do casamento religioso e da união estável entre homem e mulher. Logo, não há como negar aos conviventes o direito de usar de medidas com vistas a garantir a eficácia do provimento jurisdicional pleiteado.

É de se convir que, eventualmente, ações propostas pelos conviventes correm o risco de se tornarem inúteis, se não for concedida a proteção de natureza cautelar para garantia da eficácia do processo principal.

Neste contexto, muito se discutiu a respeito da utilização das cautelares nominadas, previstas especificamente para proteção dos direitos dos cônjuges, pelos conviventes, visando preservar a eficácia da ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável e seus pedidos cumulados.

Entendiam alguns, por não haver expressa determinação legal, que não poderiam os conviventes fazer *jus* à utilização das medidas cautelares típicas referentes às ações de dissolução da sociedade conjugal. Poderiam, contrariamente, utilizar-se das medidas cautelares inominadas, fundadas no poder geral de cautela do juiz (art. 798 do Código de Processo Civil).

Melhor é a solução trazida pela maioria da doutrina e da jurisprudência, sustentando ser cabível a utilização pelos conviventes das denominadas cautelares típicas, pois o bem jurídico a que se visa proteger é o mesmo. Ou seja, não há razão para que as medidas

⁷² Proposição realizada pelos Membros dos Ministérios Públicos Estaduais das Regiões Sul e Sudeste e do Estado de Pernambuco, reunidos em Foz do Iguaçu, Paraná, nos dias 11, 12 e 13 de julho de 2001 encaminhada à douta presidência do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil – CNPGJB.

cautelares nominadas, cuja matéria é própria do Direito de Família, não sejam aplicadas às uniões estáveis, pois as questões de ordem familiar que merecem uma resposta eficaz e tempestiva do Judiciário são comuns às entidades familiares em geral, independentemente de sua origem no casamento civil.⁷³

Desta feita, poderão os conviventes se valer das medidas cautelares de seqüestro, arresto, separação de corpos, arrolamento de bens, produção antecipada de prova e de justificação, bem como aquelas concernentes à guarda e educação dos filhos (busca e apreensão).⁷⁴

7. Embargos de terceiro

De conformidade com a previsão genérica do art. 1.046 do Código de Processo Civil, quem sofre esbulho ou turbacão na posse poderá fazer pedido de manutenção ou restituição por via dos embargos de terceiro.

Assim sendo, comprovada que a aquisição do bem se deu durante o tempo de convivência em união estável, estará legitimado o companheiro a proteger-se da apreensão incidente sobre a sua meação mediante embargos de terceiro.⁷⁵

Devemos observar, outrossim, que os embargos de terceiro oferecidos pelo companheiro, quando o bem adquirido durante a convivência se encontra titulado apenas em nome do outro companheiro, se funda no direito possessório, e não, no direito de propriedade, tendo em vista que, como já se observou, a meação, antes de realizada a partilha, se

⁷³ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. Op. cit., p. 94. No mesmo sentido, Euclides de Oliveira, obra citada, p. 262: “Aplicam-se às situações de união estável, quando em vias de dissolução, as mesmas medidas previstas no Código de Processo Civil para os casos de separação judicial de pessoas casadas. Embora a tipificação legal se refira à cautela visando à extinção da sociedade conjugal, igual proteção jurídica se estende à entidade familiar sem a roupagem do casamento, em benefício das partes envolvidas, que são os companheiros ou os filhos havidos dessa união”.

⁷⁴ Sobre a medida cautelar de separação de corpos, já entendeu do Superior Tribunal de Justiça: “Separação de Corpos – União Estável – Medida Cautelar. A companheira tem o direito de requerer o afastamento do companheiro do lar, pois os valores éticos que a medida visa proteger estão presentes no casamento e fora dele. Recurso conhecido e provido”. (STJ - 4ª T.; Rec. Esp. nº 93.582-RJ; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; j. 06.08.1996; v.u.; ementa.)

⁷⁵ Nesse sentido: “União estável - embargos de terceiro - Imóvel - Direitos possessórios adquiridos na constância da convivência, que ainda perdura - Cessão feita apenas pelo convivente - Ineficácia em relação à companheira - Apelação provida para proteger a respectiva meação”. (Apelação Cível n. 57.653-4 - Botucatu - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: Franciulli Netto - 23.02.99.)

caracteriza por ser direito pessoal. Aliás, a posse, direta ou indireta, pode ser objeto da tutela por embargos de terceiro.⁷⁶

Ainda, admite-se a propositura de embargos pelo companheiro objetivando a exclusão de bem imóvel utilizado como residência da entidade familiar, diante da impenhorabilidade do bem de família preconizada da Lei 8.009/90.⁷⁷

7. Conversão da união estável em casamento

Diz o art. 8º da Lei 9.278/96: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial de Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

Revogando o aludido art. 8º, dispõe o art. 1.726 do Código Civil de 2002: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedidos dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”.

Na vigência do art. 8º, não se poderia, segundo a orientação dos Tribunais, do Ministério Público e da doutrina, fazer a conversão perante o Cartório de Registro de Civil sem a prévia habilitação para o casamento civil. Para tanto, esta deve ser também a interpretação do art. 1.726 do Código Civil.

Assim sendo, para a conversão da união estável em casamento, estabelecida no art. 1.726 do Código Civil de 2002, é necessário o requerimento conjunto dos conviventes ao juiz, a observância das formalidades da habilitação e a não ocorrência dos impedimentos matrimoniais. Neste aspecto, notamos que o intuito do legislador em tentar facilitar a

⁷⁶ NERY JÚNIOR; NERY. Op. Cit. p. 1189.

⁷⁷ Nesse sentido: “Embargos de terceiro - Reconhecimento da união estável - Lei 9.278/96 - Impenhorabilidade - Lei 8.009/90 - Apreciação possível diante da regra insculpida no artigo 515, § 1º, do Código de Processo Civil - Televisor, conversor de transmissão e relógio eletrônico de mesa, guarnecendo a casa não sendo qualificados como obras de arte ou adornos suntuosos, são impenhoráveis - Veículos tipo Pick-Up, inclui-se na comunhão - Executado que é comerciante individual - Meação da embargante, protegida - Presunção de que a dívida tributária reverteu em favor da família - Inocorrência - Ônus da prova a cargo da exequente - Provido, em parte, o recurso da embargante”. (Apelação Cível n. 35.927-5 - Jales - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Rubens Elias - 26.11.97 - V.U.). Euclides de Oliveira, em obra citada, p. 238, entende da mesma forma: “Assim, onde a Lei 8.009/90 menciona a exclusão por dívidas contraídas por “cônjuges”, leia-se, também, dívidas contraídas por “companheiros”, possibilitando a proteção de bem de família por via normal de defesa ou até mesmo por embargos de terceiro”.

conversão da união estável em casamento se mostrou ineficaz na prática, uma vez que a lei impôs à conversão todas as exigências procedimentais previstas para o casamento.

Solução não tão pacífica se mostra na inovação trazida pelo art. 1.726 do Código Civil de 2002 ao estabelecer que o pedido de conversão será realizado perante o juiz, não distinguindo se a referência se faz à autoridade judiciária ou ao juiz responsável pela celebração do casamento, os denominados “juízes de paz”.

Entendemos que o legislador do atual Código Civil, ao se referir, de forma genérica, ao termo “juiz”, quis identificar a autoridade judiciária detentora do poder jurisdicional. Isto, pois, quando se referiu aos denominados “juízes de paz”, o novel legislador os classificou como “autoridade celebrante”. Basta ressaltar, exemplificativamente, o art. 1.534 do Código Civil de 2002, que ao tratar da solenidade do casamento, se referiu ao consentimento da “autoridade celebrante”.⁷⁸

Quanto aos efeitos, não há como estabelecer efeitos retroativos ao casamento convertido, em razão da omissão do legislador. Assim, durante a união estável haveria uma espécie de efeito e durante o casamento outra.⁷⁹

Por fim, resta ressaltar, que o Projeto de Lei 1.053/03 visa a alteração do art. 1.726 do Código Civil de 2002 nos seguintes termos: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento de ambos os companheiros ao oficial do Registro Civil de seu domicílio, processo de habilitação com manifestação favorável do Ministério Público e respectivo assento”.

7. Conclusão

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, em especial, do seu art. 226, parágrafo 3º, surgiu na ordem jurídica brasileira o princípio da igualdade entre as entidades familiares para fins de proteção do Estado.

⁷⁸ Este também foi o posicionamento do Corregedor Geral de Justiça do Estado de São Paulo no processo de consulta nº 28/2003, disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/corregedoria/decisões>.

⁷⁹ Segundo Luiz Felipe Brasil dos Santos, in *A união estável no direito civil brasileiro*, artigo publicado no site do IBDFAM (<http://www.ibdfam.com.br>) em 31.03.2003: “Como esses efeitos são praticamente os mesmos do casamento, é irrelevante, na prática, a atribuição do efeito retroativo”.

A legislação infraconstitucional (Lei nº 8.971/94, Lei nº 9.278/96 e o Código Civil de 2002) veio regulamentar a proteção constitucional da entidade familiar formada pela união estável, contendo, porém, normas estritamente de caráter material, omitindo-se, por completo, a respeito do procedimento, da natureza jurídica, e de outras peculiaridades processuais concernentes às ações de reconhecimento e dissolução da união estável. Note-se, da mesma forma, que o Código de Processo Civil não contém qualquer norma procedimental específica para tais ações.

A omissão legislativa se contrapõe substancialmente à realidade da sociedade brasileira, tendo em vista o grande número de uniões estáveis estabelecidas na atualidade e o surgimento de conflitos de interesses gerados a partir destas relações jurídicas, os quais, indubitavelmente, devem ser solucionados pelo Poder Judiciário.

Com efeito, o escopo deste trabalho foi mostrar que não obstante a ausência de normas específicas regulando os direitos dos conviventes em juízo, deve-se buscar a sua concretização e instrumentalização a partir do estudo da natureza jurídica do provimento jurisdicional pleiteado, considerando, para tal mister, os efeitos pessoais e patrimoniais previstos na lei material, além da análise da doutrina e da jurisprudência, e da utilização coerente da analogia às faculdades processuais concedidas aos cônjuges pela lei.

Caso contrário, corremos o risco cometer arbitrariedades no plano processual, uma vez que devem ser respeitadas as regras da teoria geral do processo, de forma a adequá-las, prudentemente, às ações relativas à união estável.

Para tanto, verificamos que a união estável é um fato jurídico, que se concretiza no plano meramente fático. Diante disso, a ação de reconhecimento e dissolução da união estável não constitui esta relação jurídica preexistente, vindo, ao contrário, a declará-la. Portanto, mesmo quando houver pedidos cumulados, como o de meação, de herança ou de alimentos, resta consignada a natureza declaratória das ações de reconhecimento e dissolução da união estável.

Por outro lado, no que concerne ao patrimônio adquirido durante a convivência, deixamos clara a nossa posição de que a meação prevista na lei se caracteriza pela natureza de direito pessoal, com vistas à constituição posterior de um direito real. Assim sendo, a sentença da ação de reconhecimento da união estável cumulada com o pedido de meação declara a existência do direito patrimonial, o qual será efetivado posteriormente, através da partilha ou,

ainda, do pedido indenizatório correspondente à metade do valor dos bens adquiridos no período de união estável.

Note-se, outrossim, partindo dos direitos sucessórios conferidos aos conviventes, que estes poderão pleitear seu quinhão hereditário habilitando-se no próprio inventário, quando existente prova pré-constituída da união estável ou não houver discordância dos demais herdeiros. Em contrapartida, não havendo tal prova, os conviventes farão *jus* à ação declaratória de reconhecimento e dissolução da união estável para posterior habilitação nos autos do inventário.

Ademais, a lei disciplinou a existência da obrigação alimentar em favor do convivente necessitado. A efetivação deste direito poderá se dar através de uma ação ordinária comprovando o vínculo jurídico (quando não houver prova pré-constituída da obrigação alimentar) ou, ainda, através de uma ação processada sob o rito especial estabelecido na Lei de Alimentos, inclusive com a concessão dos alimentos provisórios (quando existente a prova pré-constituída da obrigação alimentar).

Quanto ao procedimento de dissolução da união estável, é certo que poderá ele assumir feição extrajudicial ou judicial, sendo que esta última poderá ter caráter consensual ou litigioso. Em caso de consenso entre as partes, a dissolução judicial é regida pelas regras do procedimento de jurisdição voluntária. Diferentemente, sob a modalidade litigiosa, a culpa é elemento imprescindível para o estabelecimento dos efeitos da união estável, adotando-se, neste caso, o procedimento comum ordinário.

Por seu turno, verificamos a necessidade da utilização em tais ações dos mecanismos de urgência, tais quais as medidas cautelares e a tutela antecipada, para garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional pleiteado e resguardar, de imediato, os direitos previstos para os conviventes.

Por fim, podemos dizer que a par da proteção constitucional dada à união estável, não se pode falar, quanto aos seus efeitos, em uma total equiparação em relação ao casamento. Tanto é, que o legislador infraconstitucional previu regras para a conversão da união estável em casamento, deixando clara a sua tentativa em fazer com que a família seja resguardada, no mais das vezes, pela instituição do matrimônio.

Referências:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de Convivência na União Estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Newton Teixeira. *Tutelas antecipadas e provas pré-constituídas na União Estável*. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família – Família e Cidadania – O novo CCB e a *Vacatio Legis*. Coordenação Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável: a inconstitucionalidade de sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CENEVIVA, Walter. *Lei de Registros Públicos Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União Livre à luz da Lei 8.971/94 e da Lei 9.278/96*. 2. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2003.

FELIPE, J. Franklin Alves. *Adoção, Guarda, Investigação da Paternidade e Concubinato*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOZZO, Débora. O patrimônio dos Conviventes na União Estável. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

GRECO FILHO, Vicente. *Questões de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A Causa Petendi nas Ações de Separação Judicial e de Dissolução da União Estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A cumulação de pedidos, a litispendência e a coisa julgada nas ações de dissolução de união extrapatrimonial in Repertório de Doutrina e Jurisprudência sobre Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I, arts. 1º-45. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação civil extravagante em vigor: atualizado até 15.03.2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável – Do concubinato ao casamento: antes e depois do novo Código Civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2003.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires, PIZZOLANTE, Albuquerque. *União Estável no Sistema Jurídico Brasileiro*: São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A união estável no direito civil brasileiro in site do IBDFAM* Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2003.

SOARES, Orlando. *União Estável*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VASCONCELOS, Rita de Cássia C. de. *Tutela de Urgência nas Uniões Estáveis*. Curitiba: Juruá, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de.; TALAMINI, Eduardo. *Curso de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre o Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais v.I, II, III e IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Apontamentos sobre Alguns Aspectos Processuais do Direito de Família. In: _____ (coord.). *Direito de Família – Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais* (coordenadora). v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Proteção de Natureza Cautelar aos Direitos dos Conviventes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Direito de Família – Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais* . v. 4, p. 402. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

**ESTUDO SOBRE TEORIA SOCIAL, RELAÇÕES DE PRODUÇÃO E LIBERDADE.
(NOTAS PARA UMA ONTOLOGIA DA LIBERDADE EM MARX - I) 1**

*Wanderley Todai Júnior*²

Resumo

O presente texto tem a finalidade de discutir a relação existente entre a construção teórica do conhecimento social e uma teoria da liberdade. Procura-se, especificamente, analisar a construção de uma teoria da liberdade presente nos trabalhos de Marx, orientadas pela determinação “histórico-ontológica”, que estabelece a liberdade como processo de autodesenvolvimento e produção cultural, o que Marx chama de relação estrita entre o *reino da necessidade* e o *reino da liberdade*.

Abstract

The present paper intends to discuss the relationship between the theoretical construction and a theory of freedom. Seeks to analyze the construction of a theory of freedom present in the works of Marx, guided by a determination understood as "historical-ontological" that understands freedom as development process and cultural production, and what Marx calls of the strict relationship between the kingdom of necessity and freedom.

1. Introdução

Porque deveria um artigo destinado a uma revista jurídica, ao universo do Direito, dobrar-se sobre problemas relacionados a métodos de apropriação da realidade social e

¹ O texto presente é o primeiro de um conjunto de quatro textos que, publicados, devem colocar os problemas gerais e fundamentais do desenvolvimento de uma teoria da liberdade presente em Marx que, como indica Lukács, está fundada numa matriz histórico-ontológica, e que proporcione, inclusive, a possibilidade de orientar uma revisão teórica da História do Direito, entre outros problemas.

² Especialista e Mestre em Teoria Sociológica pela PUC-SP, professor do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), pesquisador e professor de História do Direito, Sociologia Jurídica e Teoria do Estado. Atualmente, conduz pesquisa de Doutorado sobre relações entre Capitalismo e Democracia no Brasil, de 1960 a 1964.

construção teórica? Em segundo lugar, qual a relação existente entre a forma de apropriação da realidade e a possibilidade de construção duma teoria da liberdade, que deva, portanto, interessar ao jurista? No que toca a primeira questão, problemas tidos como de trato especificamente jurídico, como relativos a Direito Civil e Penal, por exemplo, não são de modo algum objetos “específicos”, a não ser para a ampla tradição jurídica que traduz o que são formas particulares do Direito, confundindo-as com formas “isoladas”; como normalmente se silencia sobre a relação entre Direito Penal e a redução de Direitos Sociais ou entre Direito Civil e relações de classe no Brasil. Neste caso, trata-se de construir dentro do universo teórico jurídico uma tradição, hoje, em geral, estranha a ele, que tenha o Direito como uma forma político-jurídica que emana do conjunto de relações sociais específicas, no caso, as relações sociais de produção capitalistas. Ou seja, a forma jurídica que se atribui ao Direito não é a ele próprio inerente, no sentido de ser portador duma essência do “justo” que atravessa a história, mantendo um conteúdo próprio onde se altera apenas a forma. O Direito, pelo contrário, é a forma político-jurídica específica e resultante do desenvolvimento e estabelecimento definitivo das relações sociais de produção contemporâneas. (MIAILLE, 2005, p.111)

Se esta afirmação sobre a realidade do universo jurídico está correta, os problemas que se seguem sobre teoria e método devem funcionar, também neste universo, como uma espécie de mirante crítico sobre as diversas formas existentes de apropriação do real e, obviamente, servir de base referencial teórica. Não se trata, então, neste caso, de fazer teoria social acerca do Direito, seja pela História do Direito ou Sociologia Jurídica, mas de estabelecer, primeiro, o funcionamento de uma determinada teoria social e, segundo, os problemas relativos ao seu método e, por fim, as determinações postas pelas relações sociais de produção como base orgânica da própria teoria do Direito e seus objetos “específicos”. De fato, isto já ocorre quando do tecido destas relações decorrem teorias que estão a todo instante intervindo nos processos de interpretação da realidade e influenciando o âmbito jurídico, cujo exemplo clássico é o positivismo. Das teorias sociais contemporâneas, por exemplo, pode-se citar duas que exercem bastante influência no Direito, como as matrizes teóricas fundadas no racionalismo formal ou no relativismo.

No primeiro caso, percebe-se em certa teoria social uma ação racional hipostasiada, autossustentada, de matriz interpretativa e discursiva, que pode ser expressa, conceitual e

logicamente, independente da totalidade das relações sociais de produção capitalistas. Nesta perspectiva, Habermas, por exemplo, busca, pela construção lógico-cognitiva, elaborar um sistema teórico que substitua a mediação determinante dada nas relações sociais de produção por relações fundadas numa atividade de ação comunicativa. Ou seja, substituem-se as relações de produção, os vínculos e determinações sociais, econômicas e políticas postas por elas por um exercício racional comunicativo, de traço iluminista, inclusive, cujo fim é a produção da emancipação. (HABERMAS, 2000, p.473) No caso do Direito, esta teoria social racionalista tem encontrado diversos espaços de veiculação, pois o seu traçado subjetivista unido ao aspecto formal que tal relação emancipatória de comunicação deve construir junto as formas jurídicas estabelecidas se complementam como a mão e a luva.

No segundo caso, vigora o ecletismo teórico-metodológico de cunho relativista. Trata-se da expansão contemporânea das diversas tendências pós-modernas que buscam relativizar qualquer objetividade da ciência em face da realidade. (SANTOS, 2009, p.83)³ Aqui, o acento racional recai sob a negação da própria razão como parâmetro de análise, subsumindo a realidade ao complexo subjetivo, simbólico, dos diversos grupos sociais, tidos por “fragmentados”. Esta teoria social tem encontrado bastante respaldo no universo jurídico, isto para fazer referência apenas a proposições de inclinação política progressista, na medida em que, ela, a seu modo, endossa o Direito como mecanismo formal emancipatório de uma sociabilidade tida por “fragmentada”. Se, neste caso, os seus princípios teórico-metodológicos, em início, divergem bastante do racionalismo formal de Habermas, seus resultados e aplicações podem se encontrar em campos bastante comuns. Isto porque, como explica José Paulo Netto, ocorre que “a dissolução da idéia de verdade, convertida em artefactualidade discursiva, dela não resta a menor relação com a realidade existente e independente da consciência dos homens e mulheres”, tornando-se a verdade resultando de um consenso intersubjetivo. (NETTO, 2010, p.267) O que interessa aqui é o fato de que, tanto num caso, quanto noutro, a inversão do problema da realidade como algo discursivo, a realidade como produto de “discursos”, encontra no Direito uma espécie de espelho refletor que endossa estas teorias, na medida em que o próprio Direito é endossado por elas, sendo um

³ “A ciência moderna não é a única explicação possível da realidade e não há sequer qualquer razão científica para a considerar melhor que as explicações alternativas da metafísica, da astrologia, da religião, da arte ou da poesia”. (SANTOS, 2009, p.83). Neste caso, uma dose de morfina ou uma poesia detém a mesma determinação na realidade posta de uma cirurgia.

garante do funcionamento de suas expectativas emancipatórias. E o problema nevrálgico é justamente este; é o fato de que ao substituírem, como parâmetro de realidade, as relações sociais de produção cotidianas, os complexos e as contradições que dela emanam, por matrizes subjetivistas, sejam elas racionalistas ou relativistas, o Direito não pode aparecer na sua concretude e tem necessariamente que retomar a sua velha aparência, conservadora inclusive, de uma espécie de fantasma, portador de uma alma e uma essência eterna, transhistórica, cujos problemas podem até residir nas formas que assume, mas não no próprio conteúdo, tratando-se então apenas de mudar estas formas jurídicas.

As duas matrizes citadas acima constroem suas teorias emancipatórias, ou seja, teorias de liberdade, a partir duma determinada compreensão da realidade social; ou seja, é a construção teórica, seu método, as formas de apropriação do real que determinam as formas de compreensão da liberdade, para apenas depois serem transferidas e se adequarem as formas jurídicas. Problemas de método e problemas de liberdade são fundamentalmente complementares. Com o descarte contemporâneo das relações de produção – e com estas, também, da categoria do trabalho – como determinação orgânica da sociedade contemporânea, a realização da liberdade torna-se um resultado da construção racional de sentidos determinados. A liberdade, deste modo, afasta-se de seus vínculos práticos, da sua atividade de realização sob o *reino da necessidade*, mediada pela determinação decisiva posta pelas relações de produção – bem como dos problemas de classe social –, para aparecer como um constructo racional de indivíduos ou grupos, subsumida a dimensão subjetiva e formalizada pela forma jurídica. (MÉSZÁROS, 2009, p.30) ⁴

De modo contrário, o desenvolvimento da análise dos problemas de método propostos por Marx, produz uma conclusão completamente diferente na relação entre conhecimento e liberdade, pois, aqui, a liberdade não advém da construção subjetiva, seja dos sujeitos ou do próprio método, mas da dinâmica das relações entre o ser social com o ambiente que são, ao mesmo tempo, sempre relações sociais de produção, e que o método deve apenas capturar em sua processualidade. No que tange ao interesse dos juristas, será possível perceber, inclusive, que a própria determinação do Direito, posto como forma jurídica condicionante de liberdade, pode aparecer num segundo plano quando a liberdade, tomada historicamente em sua

⁴ É possível encontrar em teses doutorais que o “ethos” do trabalho – repare-se que o trabalho não é uma atividade, mas um “ethos” – se perdeu e foi substituído por uma nova razão pautada na geração de novos sentidos e interpretações. (BENDASSOLLI, 2006).

“autoprocessualidade”, advém não da dinâmica histórica da forma jurídica, mas da dinâmica do desenvolvimento das relações sociais de produção.⁵ Novamente, reaparece o problema posto pela teoria social como base orgânica da própria teoria do Direito.

Desta forma, o texto tem a pretensão de demonstrar que Marx fornece tanto uma “metodologia” de apropriação da realidade mais rigorosa por se ancorar numa matriz teórica tida por “histórico-ontológica”, e que é, ao mesmo tempo, o fundamento para uma teoria da liberdade entendida sempre como processo e relação, que Marx descreveu no livro III, volume VI, de sua obra *O Capital* como a relação entre o *reino da necessidade* e *reino da liberdade*. (MARX, 1991, p.942) É possível inferir que esta preocupação com o traçado teórico-metodológico denominado aqui como “ontológico” atravessa o pensamento de Marx desde a sua *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*, quando afirma que para buscar conhecer o ser social e suas relações a primazia deve estar voltada a “raiz” do homem. (MARX, 2005, p.151) Aqui, Marx supera o moralismo burguês abstrato, subjetivista, ao voltar sua atenção para uma antropologia que fornecesse as bases reais do desenvolvimento do ser social. Procurando subsumir o idealismo alemão a atividade “sensível”, por influência de Feuerbach, Marx inicia a construção de uma teoria que, apoiada em Hegel, substituirá o idealismo pela atividade do trabalho, ao mesmo tempo em que supera, também, a abstração antropológica sensível de Feuerbach. Esta é, gradativamente, substituída pelo complexo de relações geradas pela atividade produtiva do trabalho, dando lugar a primazia da forma ontológica do ser social, ou seja, as relações sociais de produção, cujo único *locus* privilegiado de análise será a sua própria historicidade, como exposto em *A Ideologia Alemã*. (MARX, 2007) Neste sentido, Marx procurará enfatizar constantemente a necessidade de buscar naquela “raiz” histórica os processos de desenvolvimento da atividade do trabalho e que são, ao mesmo tempo, processos de desenvolvimento de relações sociais de produção, de necessidade e liberdade. Verifica-se que, por diversas vezes, Marx se refere a necessidade de verificar o surgimento da “constituição física do homem” e sua “relação com o ambiente”, e ainda lamenta as condições

⁵ Isto fica mais claro quando se percebe que a forma jurídica, a forma do “ius”, a idéia de justiça e sua distribuição entre os diversos grupos sociais, aparecem num momento da história humana onde a liberdade, ou seja, o conjunto de possibilidades concretas de fruição construídas com o desenvolvimento social, está sendo suprimido, gradativamente, da maior parte do conjunto social, com o desenvolvimento das relações de classe. Ou seja, as formas do que se chama de “Direito” aparecem na história paralelamente a supressão da liberdade. Mas estes problemas serão desenvolvidos num artigo dirigido, particularmente, para os problemas de História do Direito.

limitadas de acúmulo científico sobre o problema. (MARX, 2007, p.10) Na sequência de seus estudos, ele enfatiza que, no seu processo de desenvolvimento, o ser social aprimora sua constituição física, sua própria “pele”, “sentidos”, supera suas necessidades e realiza sua liberdade. (MARX, 2006, p.78)

Na sua grande obra, *O Capital*, Marx demonstra as mesmas considerações acerca da importância do fundamento histórico-ontológico e pergunta de modo claro sobre a necessidade de estudar “a formação dos órgãos produtivos do homem, que constituem a base de toda organização social”, da mesma forma que Darwin se debruçou sobre a “tecnologia natural” (MARX, 2008a, 428) – o que não deve nos levar ao equívoco de identificar Marx e Darwin na mesma matriz teórica. Vê-se que o problema da “raiz do homem”, o problema ontológico de Marx, não apenas não é abandonado, mas atravessa seu pensamento até a maturidade. O próprio esforço de seu companheiro Engels, em elaborar uma teoria para dar conta destes problemas fundantes da relação entre necessidade e liberdade, na obra *O papel do trabalho na transformação do macaco em homem* (ENGELS, s.d., p.269), mesmo após a morte de Marx, demonstra a prioridade do tema que se originou e continuou em face do combate ao subjetivismo idealista burguês, que Marx chamava de “ponto de vista da economia política”. A pretensão do texto em analisar a relação entre problemas de método e liberdade implica em demonstrar o momento histórico em que a compreensão do trabalho como atividade universal e “categoria mediadora” (ANTUNES, 2007, p.139) da liberdade surge como uma possibilidade teórica. É esta reconstrução teórica em face dos problemas narrados que procura fornecer ao universo do Direito uma virada da tradição formalista e subjetivista para outra fundada em bases histórico-processuais, onde as formas teóricas do Direito, e particularmente os problemas da liberdade, apenas tomam sentido quando amarradas ao desenvolvimento das relações sociais de produção.

Deste modo, a processualidade histórica fornece ao estudo um conjunto de determinações postos pela prática humana, onde a crítica lógico-racional da análise é, como explica Engels, em primeira e última instância, uma “imagem reflexa” construída e corrigida “de acordo com as leis fornecidas pela própria trajetória histórica”. (ENGELS, s.d., p.310) Neste sentido, Marx explica que as questões levantadas reduzem-se, em última instância, a questão de “como operam as relações históricas gerais no interior da produção e qual sua relação com o movimento histórico geral”. (MARX, 2011, p.51) A análise destas categorias

está submetida a realidade histórica verificada, o que implica, como lembra Engels, “ilustrar-se”, constantemente, de exemplos pautados na história, a fim de manter o constante contato com a realidade e, “por isso, esses exemplos são aduzidos em grande variedade”. (MARX, 2011, p.312) A finalidade do texto é apontar problemas gerais sobre as relações entre teoria e realidade e teoria e liberdade, e como um teoria substantiva da liberdade só pode ser conseguida nestes moldes; no mais, nossa concepção de liberdade teria que redundar nos antigos preconceitos do que Marx chamava de “o ponto de vista da economia política”, carregada de subjetivismo, excessivamente formalista, amplamente a-histórica e tendencialmente relativista. Se os problemas colocados no texto obtiverem sucesso em realizar a tarefa exposta acima, a atividade do trabalho se mostrará, nos textos seguintes, como “momento predominante” das relações sociais de produção (MARX, 2011, p.49), localizando o ser social como existindo entre o *reino da necessidade* e o *reino da liberdade*. Assim, diz Marx, “se isto se consegue, ficará espelhada, no plano ideal, a vida da realidade pesquisada, o que pode dar a impressão de uma construção *a priori*”. (MARX, 2008a, p.28) E, ainda que a força dos argumentos insista em motivar para o contrário, deixa-se, por fim, a bela frase de Engels (2005, p. 18): “Antes de argumentar, os homens haviam atuado. E a ação humana havia resolvido a dificuldade, muito antes de os sofismas humanos a inventarem”.

2. Relações de produção e categoria ontológica

As categorias exprimem formas de modos de ser, determinações da existência (...) e que, por conseguinte, esta sociedade de maneira alguma se inicia, inclusive do ponto de vista científico, somente a partir do momento em que se trata dela como tal”. (MARX, 1978, p.121)

Ao se tratar dos problemas de método em Marx ou, mais especificamente, o modo como as categorias expressam as formas do ser em questão, tem-se como pressuposto fundamental o seu materialismo, ou seja, o argumento de que nada pode existir na mente humana, que não tenha se passado e existido de alguma forma antes e fora dela. Apenas quando um objeto ou evento advém numa formação sócio-histórica particular é que o homem pode incorporá-lo em sua mente como uma realidade passível de reflexão. Os processos reais, objetos da pesquisa, são produtos do encadeamento entre a totalidade da reprodução social e a

atividade mental do pensador. MARX, 2008^a, p. 29). Como diz Henri Lefebvre, “o ser humano não pode se separar destes relacionamentos: sua própria existência depende deles, assim como a natureza de suas atividades, de seus limites e de suas possibilidades”. E continua: “isso quer dizer que não é a sua consciência que cria estes relacionamentos, mas que ela é, ao contrário, encadeada a eles, e, portanto, por eles determinada”. (LEFEBVRE, 2009, p.63) O pesquisador, para Marx, assim como o trabalhador, “nada pode criar [...] sem o mundo exterior sensível” e, ainda que possa insistir nesta peripécia, Marx lembra que “seu estômago profano faz com que ele recorde, diariamente, que o mundo fora dele não é um mundo vazio (...)”. (MARX, 2009, p.139)⁶ O pensamento só pode ser um reflexo pensado do universo que ele próprio habita, bem como os seus objetos são, também, objetos dos processos da realidade social e não elaborações ideais ou generalizações arbitrárias, as quais se procura conformar a realidade e que acabam, como explica José Paulo Netto, em “limitações problemáticas do campo de análise da práxis”. (NETTO, 1978, p.67)

A subjetividade não se identifica prontamente com “a particularidade imediata de cada sujeito”, nem, no que tange ao universo jurídico, com as representações dos grupos sociais passíveis de serem revistas e formalizadas em leis emancipatórias, mas passa pela mediação social, pelo que está dado como condição econômica ou política no conjunto particular de relações sociais de produção. Como explica György Lukács, “é um equívoco a presença de (...) uma tendência a identificar inteiramente a subjetividade – e, sobretudo, a artística” ou a jurídica – “com a particularidade mais imediata de cada sujeito”. (LUKÁCS, 1978, p.193) Por isso, Marx explicita que o seu materialismo consiste no “real transposto para a mente e por ela interpretado”. (MARX, 2008a, p.28) Como Marx já havia exposto em sua obra *A Ideologia Alemã*, “a consciência nunca pode ser mais que o ser consciente; e o ser dos homens é seu processo de vida real”. (MARX, 2007, p.19) Deste modo, trata-se de “descobrir, partindo das relações da vida real, as formas celestiais correspondentes a estas relações”. Como ele diz, “este é o único método materialista e, portanto, científico” (MARX, 2008a, p.429) Não se trata de elaborar conceitos e categorias para ajustar a eles a realidade, não basta apenas que o pesquisador esteja inclinado para conhecer a realidade social ou que elabore ornamentos

⁶ “Na verdade eles são seres completamente diferentes de átomos, mas apenas homens egoístas”. (MARX, 2009, p.139).

teórico-metodológicos, a realidade social do pesquisador, como diz Marx, “deve compelir ao pensamento”. (MARX, 2005, p.152)

Marx lembra que Aristóteles disse ser o dinheiro “apenas uma forma ulteriormente desenvolvida da forma simples do valor, isto é, da expressão do valor de uma mercadoria em outra qualquer [...]. A troca, diz ele, não poderia existir sem a igualdade, nem a igualdade sem a comensurabilidade”. (MARX, 2008a, p.81) Apesar de tal avanço na crítica da riqueza social, Aristóteles não poderia chegar a origem daquele valor, superar ainda mais mediações que as do dinheiro e chegar a determinação mais pura e simples do valor, ou seja, a atividade do trabalho. (MARX, 2008a, p.81) Para que a atividade do trabalho fosse compreendida na totalidade de suas determinações sociais foi necessário que as relações sociais de produção fornecessem a ele um tratamento genérico, abstrato ou universal, ou seja, “o trabalho”, entendido em termos gerais como atividade produtora da riqueza. Uma abstração correspondente apenas pode ocorrer numa forma social onde aquela atividade alcançou alto grau de desenvolvimento e integração das suas capacidades, permitindo que seus elementos constitutivos possam ser conhecidos como comuns. Como explica Marx, “as abstrações mais gerais só nascem, em resumo, com o desenvolvimento concreto mais rico, em que um caráter aparece como comum a muitos, como comum a todos”. (MARX, 2003, p.252)

Por exemplo, a idéia de identidade entre os homens como gênero humano, adveio da universalização das relações sociais pelo comércio mundial. As relações sociais se desenvolveram de tal modo que os elementos constitutivos do humano puderam ser compreendidos como comuns a todos. O ser humano não é mais aquele ser particular de uma tribo ou cidade, pelo qual o outro é estranho ou pária, mas se torna “o homem”, carregado duma universalização abstrata, permitindo que suas qualidades sejam reconhecidas como universais. É por isso que Dante podia dizer, “minha pátria é o mundo todo. [...] Não sou capaz de ver a luz do sol e dos astros em toda parte?”. (BURCKHARDT, 2009, p.149) O “homem”, em sua forma universalizada abstrata, é um produto do desenvolvimento particular “concreto, mais rico”, das relações sociais de produção. É este processo de universalização que se dá com a atividade do trabalho, no desenvolvimento das relações de produção capitalistas. O processo de desenvolvimento industrial, como explica Carlos Nelson Coutinho, “traz consigo uma intensa generalização da socialização do trabalho, em vez do trabalho individual, artesanal e autárquico, a nova organização requer uma (...) integração orgânica dos

vários ramos da produção [...]”. Com isso, continua Coutinho, “torna-se muito mais evidente a natureza da sociedade como totalidade orgânica”. (COUTINHO, 2010, p.32) Em uma forma de relação social onde o trabalho particular de pequenos produtores é, gradualmente, substituído pela força de trabalho de massas humanas, a abstração generalizante do trabalho e sua qualidade de atividade universal produtora aparece, pela primeira vez, como determinação decisiva da produção e reprodução social. Como narra Konder (1965, p. 95):

um quadro dinâmico representado por uma realidade social em acentuado ritmo de transformação; em que as transformações não se faziam com inteira independência no que se refere a iniciativa dos homens; no qual os homens apareciam como elementos ativos, criadores, onde a atividade humana aparecia como atividade coletiva, de indivíduos organicamente articulados.

Esta concepção social da universalidade do trabalho não pode ocorrer na distribuição do trabalho servil e feudal. Apesar de o trabalho aparecer para o artesão em seu caráter de inteireza, de totalidade, ao mesmo tempo, não encontra espaço social para sua generalização e abstração, permanecendo isolado nas atividades específicas do artesão ou do servo, daí a impossibilidade de que o trabalho seja elevado a atividade fundante de toda riqueza e como categoria teórica. O que é específico do trabalho como atividade no capitalismo não é sua quantidade, em profissões diversas, mas a sua qualidade, o que, como diz Marx, “pressupõe a existência de uma totalidade muito desenvolvida de gêneros de trabalho, dos quais nenhum deles é absolutamente determinante” (MARX, 2003, p.252), mas que se integram numa atividade universal para a produção social. O que é determinante para que o pensamento possa abstrair da atividade do trabalho nestes termos, e que se desenrolarão sobre a relação entre necessidade e liberdade, é que haja um “desenvolvimento concreto mais rico, onde, diz Marx, um aspecto aparece como comum a muitos, comum a todos, que esta indiferença em relação ao trabalho determinado corresponde a uma forma de sociedade em que os indivíduos passam com facilidade de um trabalho ao outro, em que o tipo determinado do trabalho é para eles contingente e, por conseguinte, indiferente”. (MARX, 2011, p.57) Como a concepção de “o homem” é atribuída não de quantidades particulares, mas de qualidade universal, com o trabalho ocorre o mesmo.

Como explica José Paulo Netto, “tais estruturas [...] só se tornariam acessíveis a pesquisa na medida em que o estatuto da legalidade do processo do trabalho se concretizasse

como mediação necessária no intercâmbio sociedade/natureza [...]”. (NETTO, 1978, p.67) Como lembra Marx, “um enorme progresso se deve a Adam Smith, que rejeitou toda determinação particular da atividade criadora de riqueza, considerando apenas o trabalho puro e simples, nem o trabalho industrial, nem o trabalho comercial, nem o agrícola, mas todas as formas de trabalho no seu caráter comum”. (MARX, 2003, p.252) O trabalho como relação social fundante, explica Marx, ainda que exista como uma “relação muito mais antiga e válida para todas as formas de sociedade”, como categoria científica social “tal abstração só aparece verdadeira na prática como categoria da sociedade *mais* moderna”. (MARX, 2011, p.58). Aqui se apresenta uma “contradição”, onde o trabalho é tanto uma categoria moderna como uma categoria válida para toda a sociabilidade humana. Por um lado, se a sociedade burguesa “é a organização histórica mais desenvolvida, mais diferenciada da produção” (MARX, 1978, p.120) e a única onde o trabalho pode ser identificado e assumir sua qualidade constitutiva social, ela contém em si as formas inerentes da qualidade de atividade produtiva fundamental das formações sociais anteriores ao capitalismo. Por isso ele aparece como uma categoria universal, com validade para todas as formas históricas humanas. Neste sentido, Marx pode dizer que “a anatomia do homem é a chave para a anatomia do macaco” (MARX, 1978, p.120), assim como a anatomia da sociedade mais desenvolvida é a chave para compreensão da “anatomia” de sociedades anteriores.⁷ O trabalho apenas pode ser compreendido e experienciado em todas suas determinações decisivas, quando se atinge esta “forma superior”, se ela for atingida.

Por outro lado, as categorias desenvolvidas na “forma superior” de relação social, ainda que se encontrem nas formas menos desenvolvidas, não devem levar ao equívoco o pesquisador. Identificar e equiparar formações econômico-culturais diferentes, baseando-as nestas categorias universais é perder a particularidade de cada formação social, uniformizando a história humana, transformando-a num prenúncio da ordem vigente, conforme, por exemplo, a classe dos juristas costuma fazer ou, como diz Marx, “conforme o método dos economistas, que fazem desaparecer todas as diferenças históricas e vêem a forma burguesa em todas as formas de sociedade”. (MARX 2011, p.58) Explica Marx que, “se é verdade que

⁷ “O que nas espécies animais inferiores indica uma forma superior não pode ser compreendido senão quando se conhece esta forma superior”. MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política*; In: MARX, Karl. *Os Pensadores*. São Paulo. Abril, p.120.

as categorias da economia burguesa têm uma verdade para todas as formas de sociedade, isto deve ser tomado *cum grano salis*". (MARX, 2011, p.59)

Entre a atividade do trabalho carregada de qualidade universal e válida para todas as formações históricas e a atividade do trabalho sob o jugo do capitalismo, há uma afirmação da forma universal e uma negação desta forma pela sua particularidade histórica. Assim, Marx deve encontrar na categoria do trabalho, uma forma de ser que corresponda ao trabalho em todas as épocas sem, com isso, perder aquilo que a história tem de mais rico, ou seja, suas diferenças. O que advém é uma negação da negação destas duas formas de trabalho, numa nova forma que corresponda e explique a necessária relação e diferença entre as forma universal e a particular. O trabalho aparece, então, para Marx, como uma "forma de ser" própria, "ontológica", resultado da relação entre o desenvolvimento da práxis social e a atividade do pensamento que apreende e analisa esta práxis. (MÉSZÁROS, 1983, p.176).

Este desenvolvimento do pensamento de Marx para uma "ontologia" das relações sociais de produção é o resultado – já anunciado nas suas primeiras críticas a Hegel e, sequencialmente, a Feuerbach – da tentativa constante de desenvolver uma crítica da história que colocasse a dialética "de cabeça para cima, a fim de descobrir a substância racional dentro do invólucro místico". (MARX, 2008a, p.29) Como resultado, a atividade do trabalho adquire, em Marx, uma "forma de ser" própria, carregada de valor "ontológico", numa síntese de qualidade nova, que realiza aquela inversão necessária. Assim, o trabalho corta ou atravessa a dinâmica de todas as formações históricas, sem uniformizá-las. Marx só pode fazer isto a partir de uma "ciência da história",⁸ que, como defende György Lukács, revela uma *Ontologia do ser social*. (LUKÁCS, 2004)⁹ Aqui, o ser categorial da realidade que se quer conhecer constitui o ser da própria coisa, enquanto no pensamento irracionalista pós-moderno ou racionalista formal habermasiano – assim como nas "velhas filosofias", como diz Lukács – o ser categorial é a categoria fundamental. A crítica histórico-social encontra uma

⁸ "Marx nos diz que só há uma única ciência, a história". (LUKÁCS, 1999, p.145).

⁹ Como explica Lukács (1978a, p. 22), "a elaboração da ontologia do marxismo me parece ser uma tarefa filosófica básica para nós. O desenvolvimento de um sistema de categorias capaz de dar conta da *realidade do real* (se me permitem a expressão) é imprescindível para que os marxistas enfrentem, de maneira justa, os equívocos difundidos em torno do caráter *mecanicista* do marxismo e é imprescindível para que os marxistas aprofundem a crítica das posições existencialistas e das posições neopositivistas".

categoria mediadora que não é um produto da criação lógico-epistêmica do pensador, mas a descoberta de uma mediação histórica efetiva. (MARX, 1978, p.121)¹⁰

Da elaboração do seu materialismo submetido a história, exposto no texto da *A Ideologia Alemã*, de 1847 (MARX, 2007), a grande síntese exposta nos *Grundrisse* é o marco da maturidade do seu pensamento, o que não imprime qualquer ruptura epistêmica, mas um ponto de chegada e, também, de partida, daquela crítica “ontológica” fundamentada na ciência da história, iniciada pouco antes de 1844.¹¹ A partir de 1857-58, o fundamento antropológico é dissolvido na totalidade ontológica das determinações histórico-sociais, que passam a fornecer, como diz José Paulo Netto, “os fundamentos para a elaboração de um referencial antropológico”. (NETTO, 1981, p.61)¹² Por isso é que Gyorgy Marcus esclarece que é mais correto utilizar, “en vez de nuestra expresión, ‘concepción filosófico-antropológica’ del ser humano”, a expressão construída por Lukács “ontologia del ser social”. (MARKUS, 1974, p.05) Se, porém, a antropologia subsume o fundamento ontológico, neste caso, diz Mészáros, “princípios antropológicos apreendidos unilateralmente, que deveriam ser explicados historicamente, tornam-se axiomas autossustentados do sistema em questão, e solapam a historicidade”, empreendendo processos de naturalização da realidade histórica. (MÉSZÁROS, 2006, p.45) Deste modo, a atividade do trabalho e suas relações de produção, como categoria social, aparecem para Marx como “formas de modos de ser” da realidade que põem, no plano do método, as “determinações da existência” as quais ele vai buscar reproduzir com fidelidade. (MARX, 2003, p.255) Desta teoria de valor “ontológico”, Marx procurará desenvolver todas as consequências de que o humano se tornou o que é, sobre o

¹⁰ “O que mais lamento é a perda de notas que tomei na noite em que Marx, com abundância de provas e considerações tão típicas dele, explanou sua brilhante teoria da evolução da sociedade humana”. (LAFARGUE, 1979, p.196).

¹¹ Isso não implica nenhum humanismo vago e genérico como o humanismo burguês – como denunciava Althusser (ALTHUSSER, 1967, p. 20 -21). Supor, como faz Althusser, a existência de categorias “científicas” da economia política de Marx, como “forças produtivas, superestrutura, ideologias” etc, não caracteriza o trabalho como agente de criação de valor, nem estabelece a primazia da “única ciência, a da história”, mas apenas faz perder a processualidade histórica do pensamento totalizante que permite a constatação complexa destas realidades sociais, enquanto afirma, como diz Perry Anderson, na “subscrição estruturalista”, a existência empirista lógico-cognitiva destas determinações sociais – sistema metodológico que Marx denunciava. (ANDERSON, 1983, p.42).

¹² “O que distingue a impostação marxiana no enfoque da alienação, em 1844, da tematização ulterior do fetichismo é a concretização histórico social a que Marx submete o objeto de sua investigação”. (NETTO, 1981, p.61).

reino da necessidade, não a partir de uma liberdade hipostasiada, qualquer que seja seu modelo, mas por “uma atividade prática vital”. (KONDER, 2009, p.36 e 37) ¹³

3. Capacidade produtiva e determinação objetiva da liberdade

Darwin interessou-nos na história da tecnologia natural, na formação dos órgãos das plantas e dos animais como instrumentos de produção necessários a vida das plantas e dos animais. Não merece igual atenção a formação dos órgãos produtivos do homem social, que constituem a base material de toda organização social?” (MARX, 2008a, p.428)

Os vínculos diretos existentes entre problemas de método e liberdade nos levam a estabelecer esta última sempre como uma relação, como propôs Marx, uma relação entre *o reino da necessidade e da liberdade*. De modo algum, a realidade desta relação está dada apenas em sua dimensão interpretativa, simbólica ou discursiva, mas na totalidade de determinações que as incluem, mas que vão muito além delas. ¹⁴ Deste modo, aquela totalidade formada pela relação concreta entre os dois “reinos” retornará como totalidade mediada “de interação de contradições”. (NETTO; CARVALHO, 2000, p.81) Para Marx, ao pesquisador cabe a tarefa de reproduzir, nas instâncias do pensamento e da teoria, o movimento constitutivo destes processos reais, tomando o objeto em sua minuciosa processualidade constitutiva, “apoderar-se da matéria, em seus pormenores, analisar suas diferentes formas de desenvolvimento e de perquirir a conexão íntima que há entre elas”. (MARX, 2008a, p.26). Implica, inicialmente, reconstruir os minuciosos processos históricos constituintes da relação entre necessidade e liberdade, a fim de se desenvolver a conexão íntima que há entre a forma ontológica do próprio ser social e a forma histórica particular.

Toda capacidade produtiva parte de uma relação objetiva, que o ser humano, mediado pelas relações sociais de produção, realiza com o mundo exterior. Nesta dinâmica complexa entre homem e natureza, a realidade objetiva contém a primazia das possibilidades

¹³ Diz Herbert Marcuse que “os primeiros trabalhos de Marx não são filosóficos, eles expressam a negação da filosofia, ainda que o façam em linguagem filosófica”. MARCUSE, 2004, p. 225.

¹⁴ “o privilégio (quase monopólio) concedido as dimensões simbólicas na vida social acaba por reduzi-la, no limite, ou a pura discursividade (‘tudo é discurso’) ou ao domínio do signo e/ou a instauração abusiva de hiper-realidades. (...) a completa dissolução da idéia clássica de verdade, que os pós-modernos levam ao limite, seja ao converter a ciência num jogo de linguagem, seja ao pensar a ciência como *artefactualidade* discursiva”. NETTO, 2010, p. 262.

particulares do ser social. Ela é uma necessidade, que não é mero espelho do ser social, reflexo de si mesmo, mas uma determinação exterior condicionante. (LEFEBVRE, 2008, p.25) Trata-se de verificar que não apenas o ser social cria os objetos como reflexos espelhados dele, mas que, antes, e de modo não menos decisivo, a realidade e seus objetos criam um sujeito para si – do mesmo modo que a sociedade capitalista cria para ela um ser social, uma forma jurídica, uma forma artística específicas. Marx diz que “o próprio consumo enquanto impulso é mediado pelo objeto. A necessidade que se sente do objeto é criada pela percepção do mesmo”. E continua, “o objeto da arte cria um público capaz de compreender a arte e apreciar a beleza”. (MARX, 1978, p.110) A necessidade do ser social, com a qual se defronta é resultado da relação que ele mantém com a objetividade exterior, efeito da afirmação e confirmação dos seus sentidos no “mundo objetivo”. Diz-se que, “com todos os sentidos o homem é afirmado no mundo objetivo”. (MARX, 2008, p.110) Diz Marx que “um ser não objetivo, é um não ser”. (Id, Ibid, p.127) Pode-se dizer que um “ser em sentido estrito não existe” (LUKÁCS apud HOLZ; KOFLER, 1969, p.19) Para Marx é, antes, esta condição que cria uma necessidade para o ser social, assim como a música cria uma determinada necessidade musical ou como a sujeira cria para ela um determinado olfato, como a desumanização objetiva das relações de produção cria diversos outros universos culturais desumanizantes. Disto decorrem as bases ontológicas do desenvolvimento da relação entre o *reino da necessidade e da liberdade* e, como explica Marx, essas relações objetivas são “as primeiras situações a constatar”, como a “constituição corporal destes indivíduos e as relações que ela gera entre eles e o restante da natureza. (...) Toda historiografia deve partir destas bases naturais e de sua transformação pela ação dos homens no curso da história”. (MARX, 2007, p.10)¹⁵

Aqui, é a atividade do trabalho que, historicamente, emerge como veículo fundante da prática humana – porque “protoforma” de toda sua ação posterior – e atividade de transformação efetiva da ordem corporal humana e da sua existência objetiva exterior. Esta atividade, explica Marx, depende tanto de sua “organização corporal”, quanto dos “meios de existência já encontrados”, (MARX, 2007, p.11) deste modo, as mãos e o cérebro são, eles próprios, produtos das determinações objetivas, ou seja, dos meios de existência. No

¹⁵ “Não podemos fazer aqui um estudo mais profundo da própria constituição física do homem, nem das condições naturais, que os homens encontraram prontas”. MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*. São Paulo. Martins Fontes, 2007, p.10.

surgimento da atividade humana, a organização fisiológica favorável lhe precede, de modo que as patas de alguns seres foram dispensadas de carregar o corpo e puderam se transformar em “instrumentos”, ainda que fisiológicos, de apropriação dos objetos naturais, abrindo caminho para o que viriam a ser nossas mãos atuais. (CHILDE, 1977, p.11) A forma, peso e tamanho dos objetos com as quais a futura mão podia se relacionar determinou um modo de desenvolvimento dos dedos, uma determinada variedade de movimentos, uma habilidade do manejo, uma precisão e delicadeza característica para alguns objetos específicos, uma força maior ou menor para outros etc. (CHILDE, 1977, p.11) Na relação com sua existência objetiva, o ser social apurou as qualidades da mão – sensível, perspicaz, rude ou dócil – e, neste sentido, pode-se dizer que os objetos criaram para eles a mão humana. Entretanto, o objeto não criou apenas a mão para si, mas criou, também, um cérebro. Explica Alberto Merani que, “tendo assumido as mãos as funções antes reservadas as mandíbulas – agarrar, afastar –, veio a se dar o enfraquecimento dos músculos temporais, possibilitando um desenvolvimento maior da cavidade craniana”. Através da mão foi que o ser social pôs o cérebro em “contato direto com o mundo”, encadeando-o aos objetos sob os quais ela o submetia, ao mesmo tempo em que desenvolvia a ela própria, ainda mais. (MERANI, 1972, p.17 e 42) Merani explica que,

a mão é o guia de nossas experiências (...) visto que todas as imagens são tiradas da realidade. (...) levou ao cérebro estímulos que diferentemente dos demais sentidos, não eram passivos, recebidos tal qual se produziam, mas provocados, modificados, e o órgão central nervoso reagiu a essas excitações, localizando-as na própria área onde se produziam. (MERANI, 1972, p. 20).

Deste modo, a mão que atua desenvolve o cérebro, enquanto ele “retroalimenta” a própria mão ou, como diz Leakey, “a evolução de nossas mãos tem sido fator importante no desenvolvimento de nosso cérebro e vice-versa”. (LEAKEY, 1982, p.42 e 43)¹⁶ Explica Gordon Childe que, “há decerto uma base fisiológica corporal para o equipamento do homem, e que pode ser resumida em duas palavras, mão e cérebro”. (CHILDE, 1977, p.11) A decorrência gerada neste *reino de necessidade* originário encontrado nas condições objetivas e

¹⁶ “O desenvolvimento da preensão de força, precedeu o de preensão de precisão”. (LEAKEY, 1982, p.42-43).

que proporcionou a condição básica para a liberdade não é a mão ou o cérebro, mas a sua síntese: a atividade do trabalho.¹⁷ A atividade do homínido, baseada na mão desenvolvida e num cérebro capaz de propor uma vontade, contém a gênese da atividade do trabalho e o “salto” do ser biológico ao ser social.¹⁸ Diz György Lukács que, “[...] entre uma forma mais simples de ser (...) e o nascimento real de uma forma mais complexa, verifica-se, de qualquer modo, um salto; essa forma complexa é algo qualitativamente novo [...]”. (LUKÁCS, 2007, p.227) Neste salto ontológico do “ser orgânico” ao “ser social” vigoram processos explicitamente casuais, ou seja, que decorrem de mudanças involuntárias nos fundamentos do ser orgânico. Entretanto, este momento tão tênue só toma sentido histórico se a sua continuidade processual for acompanhada de uma atividade “transicional”. O trabalho, por apresentar tal característica, assume uma posição determinante neste processo, constituindo-se em “protoforma de atividade” humana, porque carregado de qualidade prático-objetiva capaz de fazer efetiva uma vontade. Na atividade do trabalho, diz György Lukács, já existem as determinações fundamentais que constituem “la esencia de lo nuevo dentro del ser social”. (LUKÁCS, 2004, p.59):

hay que tener siempre en claro que se trata de una transición – ontologicamente necesaria – a manera de salto desde un nivel del ser a otro cualitativamente distinto. (...) La ciencia actual comienza a rastrear concretamente la génesis de lo orgánico a partir de lo inorgánico. (...) Para el ser social, ese papel lo desempeña lo orgánico”.

“(...) de todo este complejo, destacamos precisamente el trabajo, y le atribuimos una posición tan privilegiada en el proceso y en lo que respecta al salto de la génesis. (...) La respuesta, considerada ontologicamente, es más simple de lo que parece ser a primera vista. Solo el trabajo posee, de acuerdo con su esencia ontológica, un carácter expresamente transicional. (LUKÁCS, 2004, p. 56-58)

É importante notar a advertência de Engels de que esta situação, ainda muito primitiva de trabalho, “não era trabalho, no verdadeiro sentido da palavra”. O trabalho começa, na

¹⁷ Há, ainda, alguns seres sociais, que habitam, principalmente, as universidades, que não têm necessidades nem de objetos, nem de trabalho, mas apenas de símbolos, nomes, imagens, desejos etc. A estes senhores, tão especiais, deixa-se a simpática citação de Diderot: “Houve um *momento de delírio* em que o cravo sensível pensou que era o único cravo que havia no mundo, e que toda harmonia do universo estava nele”. (LENIN, 1971, p.31).

¹⁸ Outra determinação ontológica deste salto para o trabalho, a atividade cerebral de proposição teleológica, será tratada no momento seguinte. Trata-se, agora, de expor suas determinações objetivas.

verdade, “com a elaboração de instrumentos”. (ENGELS, 2004, p.18) ¹⁹ Engels afirma o papel histórico-processual do método marxiano de apreensão da realidade e destaca a relação entre existência objetiva e a atividade do trabalho, como determinação ontogenética de toda relação entre *necessidade e liberdade*. Deste modo, o salto ontológico se dá antes do desenvolvimento de instrumentos, ainda que fosse assaz determinado por fatores biológicos. Por isso, Engels pode dizer que a mão é produto do trabalho e que este “criou o próprio homem”, ainda que não seja trabalho, propriamente dito. (ENGELS, [s.d.], p. 269-270) Assim, pode-se dizer que, para o ser social, “no princípio era a ação”. (GOETHE, [s.d.], p. 65).

Marx explica que “o relacionamento do trabalhador com as condições objetivas de seu trabalho é o de propriedade. Esta constitui a unidade natural do trabalho com seus pressupostos materiais. Por isto, o trabalhador tem uma existência objetiva”. (MARX, 2006, p.65) A ação sobre o reino da necessidade se inicia com a determinação objetiva da “apropriação”. Diz Marx que o ser social “põe em movimento as forças naturais do corpo – braços, pernas, cabeça e mãos – a fim de apropriar-se dos recursos da natureza”. (MARX, 2006, p. 211) Toda atividade do trabalho– bem como todas outras atividades das quais ele é a protoforma (LUKÁCS, 2004, p.59) – parte desta faculdade. Como diz Marx, “o trabalho, com sua chama, apropria-se das coisas e materiais como se fossem partes de seu organismo [...]”. (MARX, 2008a, p.217) Mészáros lembra que este é um problema “vital” em Marx, que “levantou o problema da universalidade e da sua realização também em outro aspecto vital, ou seja, a apropriação”. (MÉSZÁROS, 1983, p.163) Por exemplo, o ser social – numa situação primitiva – relaciona-se objetivamente com uma pedra, tomando-a como propriedade, tornando-a sua. Ao fazer isso, apropria-se das suas qualidades objetivas e das possibilidades nela dadas. O ser social se depara com as condições de existência exteriores e, ao mesmo tempo, depara-se consigo próprio, ²⁰ encontrando-se em face da necessidade, mas, também, em face da liberdade. ²¹ Esta “unidade” entre apropriação e existência objetiva não se

¹⁹ Isto será tratado na análise do desenvolvimento dos instrumentos, em artigo posterior.

²⁰ Ainda que o ser social seja caracterizado pela atividade consciente – como se verá –, a consciência é sempre consciência de alguma coisa; sempre consciência desta relação objetiva, ainda que seja de uma objetividade abstrata, como as ideias.

²¹ O que é determinante no movimento destas categorias, explica Mészáros (1983, p. 163), é a “dialética objetiva da existência do real”, e não qualquer “solução conceitual” arbitrária ou sublimada. E, continua: “em

caracteriza por uma identidade entre ser social e condições objetivas de vida, mas por “uma tensão permanente entre o sujeito e o objeto [...]” (ZAIDAN, 1989, p. 81-82). A resistência que o objeto oferece como necessidade não é uma barreira inultrapassável, mas o próprio ponto de partida da liberdade. Como explica João Evangelista, esta “tensão” “exerce as pressões determinantes sobre a experiência dos homens e sobre o processo histórico”, precede a formação da intencionalidade de cada ação humana, de cada atividade de trabalho. (EVANGELISTA, 1992, p.28)

Determinações objetivas e atividade de trabalho são seres de natureza “heterônoma” – de qualidades distintas –, enquanto na apropriação do mundo externo, objetivo, o trabalho produz objetos para si, o próprio objeto produz para ele um trabalho. Por exemplo, a pedra é uma determinação objetiva necessária ao trabalho. É a pedra, imediatamente dada, que possibilita uma forma de trabalho, conforme seu tamanho, peso, formato, se lisa ou rústica, o ser social a toma nas mãos, manipula, derruba no pé, corta-se etc. O trabalho, a partir destas condições particulares é obrigado a desenvolver um “processo de trabalho” de acordo com as necessidades e possibilidades dadas na pedra. Neste sentido, o trabalho não cria apenas uma nova pedra, um novo objeto, mas a pedra cria para ela um processo de trabalho. Como diz Marx, “a produção não cria somente um objeto para o sujeito, mas também um sujeito para o objeto”. (MARX, 1978, p.110) O produto desta relação objetiva de seres “heterogêneos” é um resultado “homogêneo”: o “processo de trabalho” e o “produto do trabalho”. (LUKÁCS, 2004, p.71) O resultado desta relação é a síntese, a negação dos dois seres heterogêneos numa forma nova, antes não existente: por um lado, o *processo de trabalho* como resultado da capacidade objetiva aplicada sobre uma necessidade objetiva, aparece, agora, carregado de capacidades e possibilidades ampliadas, que encontra sua forma mais simples naquele ato produtivo de colher e talhar. Por outro lado, a atividade do trabalho, também, põe um ser novo, antes não existente, uma pedra carregada de características e qualidades novas, um *produto do trabalho*. Como diz Marx, “o trabalho é atividade positiva, criadora”. (MARX, 2011, p.511) Este processo comporta um conjunto novo de necessidades e possibilidades dadas no objeto, mas também um conjunto novo de necessidades e possibilidades dadas no ser social. A superação de necessidades fundamentais amplia as possibilidades do ser social,

contraposição a uma projeção filosófica especulativa grandiosa da ideia, o quadro esboçado correspondia a crua realidade e a libertação potencial do desenvolvimento histórico real”.

ao mesmo tempo em que se ampliam as próprias necessidades. A mudança de qualidade das possibilidades inaugura uma necessidade mais recente, mais mediada, mais complexa, e esta “superação de obstáculos” é, como diz Marx, “uma atividade de liberdade”. (MARX, 2011, p.509)

Como explica Lukács, ao trabalhar, o ser social faz da liberdade “resultado da própria atividade” (LUKÁCS, 2007, p.241), não porque ele seja livre quando está trabalhando, mas porque só pode construir sua liberdade ao trabalhar, ao superar e ampliar o reino da necessidade.

A causalidade é a necessidade objetiva generalizada da qual parte a atividade do trabalho, dos processos de trabalho, dos seus produtos, bem como de qualquer atividade humana. A causalidade, em geral, assim como os objetos causais, explica Erich Fromm, “abre um novo órgão dentro de nós próprios”. (FROMM, 1971, p.66) A necessidade posta pela causalidade implica, como diz Lukács, “una coexistencia concreta, real y necesaria” com o trabalho. (LUKÁCS, 2004, p.69) Por exemplo, o ambiente natural em torno do ser humano é uma relação de causalidade que favorece ou desfavorece o desenvolvimento dos processos de trabalho, dos seus produtos e, assim, das necessidades e possibilidades. Já dizia Marx que “uma natureza excessivamente pródiga mantém o homem preso a ela como uma criança em andadeiras. Ela não lhe impõe a *necessidade* de se desenvolver. Não é a fertilidade do solo, mas sua diversidade e variedade, que incitam o homem a multiplicar suas necessidades [...]”. (MARX, 2008a, p.582) Sobre isto, Childe (1977, p. 94-95) fornece um interessante exemplo histórico: “Os vales aluviais dos grandes rios ofereciam um ambiente mais difícil, mas, também, ofereciam recompensas maiores. Neles, as aldeias da idade do cobre transformaram-se nas cidades da idade do Bronze [...]. Se as enchentes pudessem ser canalizadas, os pântanos drenados e os áridos bancos regados ela se poderia transformar num jardim do Éden”. Desta forma, para Marx, a liberdade do ser social não é apenas uma determinada situação política ou jurídica, num dado momento histórico-social – que em sociedades de classes é sempre, também, ausência de liberdade –, mas é um produto do próprio desenvolvimento histórico das necessidades e possibilidades do ser humano em seu auto-processo de “devenir” ou, como diz Marx, um resultado do “tornar-se” do ser social. (MARX, 2006, p.81)

4. Capacidade produtiva e determinação subjetiva da liberdade

Considera-se meros símbolos os caracteres sociais adquiridos pelas coisas ou os caracteres materiais assumidos pelas qualificações sociais do trabalho na base de um determinado modo de produção e, ao mesmo tempo, sustenta-se que eles são ficções arbitrárias sancionadas pelo consentimento universal. (MARX, 2008a, p.115)

As transformações tratadas têm como elemento fundamental “o conhecimento adequado” das diversas causalidades dadas, (LUKÁCS, 2004, p.71) ou seja, o momento em que se dá o “salto” ontológico do ser biológico para o ser social, explica Lukács, “é constituído pelo papel da consciência, a qual deixa, precisamente aqui, de ser mero fenômeno de reprodução biológica”, instintivo, (LUKÁCS, 2007, p.228), para dar caráter volitivo a sua atividade. Na verdade, a formiga não trabalha, a abelha não trabalha e o castor não trabalha. Logo de saída, Marx explica que “pressupomos o trabalho como atividade exclusivamente humana”. (MARX, 2008a, p.211) O trabalho é uma atividade que pressupõe, não apenas a ação de realizar algo, mas a possibilidade de pensar – abstrair e criticar, mentalmente – antes de fazer. Esta capacidade é exclusivamente humana e elemento fundamental do “salto” ontológico do ser orgânico ao ser social.²² Na relação estabelecida entre o ser social e a natureza, apenas aquele é capaz de abstraí-la em sua consciência e conceituá-las. O objeto, como diz György Lukács, é “compreendido intelectualmente”, o que não se dá nos seres biológicos. (HOLZ; KOFLER, 1969, p.24)

Ainda que a consciência da aranha pareça um fator “inegável”, ela é apenas parcial e sua ação é, fundamentalmente, instintiva, pois em “circunstâncias diferentes” a aranha perderia toda capacidade de atuação (LUKÁCS, 2010, p.83) – se a mosca apenas passar voando sobre a teia, por exemplo. Como explica Lukács, “quando uma ave ao avistar uma ave

²² Esta qualidade particular do ser social aparece na literatura como o “fogo”, a possibilidade da razão, narrada no belo mito de *Prometeu*: “Dei-lhes o fogo de presente. [...] Com ele aprenderão a praticar as mais belas artes. [...] Fiz das crianças que eles eram, seres lúcidos, dotados de razão, capazes de pensar. [...] Em seus primórdios, tinham olhos mais não viam, tinham seus ouvidos, mas não escutavam [...] viam o acaso em plena confusão. (...) como formigas ágeis levavam uma vida no fundo da caverna [...]”. ÉSQUILO. *Prometeu acorrentado*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2009, p.26 e 35. Ainda, “[...] a chave para o melhor entendimento da tragédia é o nome de seu personagem principal: o progresso da humanidade se deveu a capacidade dos homens de ‘pensar antes de fazer (literalmente, Prometeu significa aquele que pensa antes). Esta chave torna mais compreensível o longo discurso de Prometeu sobre o bem que ele fez a humanidade, em seus primórdios”. (KURY, 2009, p.11).

de rapina no ar reage com determinados sinais acontece apenas uma reação eficaz a determinado perigo concreto de vida no meio ambiente. [...] De tais reações, porém, não se deriva, em absoluto, que a ave em questão seja capaz de constatar esse inimigo como o ‘mesmo’ em circunstâncias totalmente diferentes”. (LUKÁCS, 2010, p. 83) Neste caso, há completa identidade entre a “aranha” e a “mosca” e a aranha é sempre dependente das circunstâncias naturais dadas. Qualquer mudança do comportamento da aranha, diz Lukács, “não é mais que uma forma particular de adaptação de um animal ao seu entorno”. (LUKÁCS, 2004, p.61) A ação é sempre “fundida” entre objeto e finalidade, como explica Newton Duarte, “o objeto não se distingue das necessidades do ser que age sobre este objeto”. (DUARTE, 2004, p.52)

O ser social é capaz de estabelecer, a partir da abstração, um conceito crítico da mosca, da aranha, da pedra etc. Ao se deparar com este conceito, ele separa o objeto de sua imediaticidade dada, bem como se separa dela. Deste modo, as necessidades do ser social em face dos meios de existência se tornam “autônomas”, como explica Lukács, ao mesmo tempo em que se desenvolvem os “conceitos”. (LUKÁCS apud HOLZ; KOFLER, 1969, p.26) A relação entre ser social e o mundo fora dele é sempre mediada pelo “conceito” ou, como explica Sérgio Lessa, “não há em Marx (...) qualquer espaço para a identidade entre sujeito e objeto”. (LESSA, 2007, p.48) Diz Gordon Childe que: “o que distingue o raciocínio humano é poder se distanciar, incomensuravelmente, mais da situação real presente, do que o raciocínio de qualquer outro animal parece se distanciar”. (CHILDE, 1947, p.35)²³ É justamente esta distância entre o ser humano e a sua existência objetiva “a condição da presença” do ser social. (FIORI, 1987, p.15) Estabelecendo conceitos, o ser social “descodifica” o objeto em sua constituição própria, suas relações internas, verificando as diversas possibilidades existentes e identificando suas próprias necessidades. A descodificação permite a reflexão sobre o problema encontrado, “surpreendendo-se” o ser social “em sua subjetividade”. Faz-se “reflexo e reflexão; torna-se sujeito lúcido”. Esta dinâmica subjetiva da atividade do trabalho

²³ É esta não identidade ontológica entre sujeito e objeto que fez com que Lukács tenha rompido tão fortemente com seu livro *História e Consciência de Classe*. Lá, a identidade entre sujeito e objeto, entre proletariado, razão e revolução “sempre foi posta a conta de um hegelianismo excessivo”. (NETTO, 1978, p.70). Como explica o próprio Lukács, “o que falta em História e Consciência de Classe é esta universalidade do marxismo, segundo a qual (...) a sociedade provém, por intermédio do trabalho, da natureza orgânica”. (LUKÁCS, Georg, 1999, p.78). Por isso o movimento histórico em *História e Consciência de Classe* é hegeliano e não marxiano. “Não apenas Marx demonstrou a função apologética da identidade sujeito-objeto no esquema hegeliano – precisamente a dissolução e restauração filosófica do mundo, tal como ele é [...]”. (MÉSZÁROS, 1983, p.188).

é, em si, “crítica e animadora de novos projetos existenciais”. (FIORI, 1987, p.11) Enquanto na natureza o que é determinante são as causas imediatas, espontâneas e casuais que organizam e determinam as formas de seu ser para o ser social a consciência permite que a ação seja realizada mediante uma vontade, por isto, o ser social inicia uma atividade que é livre, em face do reino da necessidade.²⁴

Como diz Lukács, “os conceitos sobre as coisas surgem pela primeira vez, de modo necessário, no processo de trabalho”. (LUKÁCS apud HOLZ; KOFLER, 1969, p.25) É a mão primitiva ao trabalhar que, primeiramente, recolhe o alimento do chão e das árvores, que toma a pedra, sente-a, lasca, dá a ela uma utilidade e que fornece, por isso, o “guia” necessário para que a consciência e a linguagem sejam consciência e linguagem da pedra, da terra, da mata, da água, do fogo, da madeira etc. Como explica Alberto Merani, o trabalho mais primitivo fornece a consciência um sentido de apropriação do real que não é passivo, mas um sentido que é de ação. (MERANI, 1972, p.20) E continua: “é o trabalho que põe o homem em contato direto com o mundo que o circunda, através da mão. Trabalhar significa estabelecer uma interação com objetos concretos, modificar e ser modificado pelas novas circunstâncias criadas, que exigem, por sua vez, adaptação”. (MERANI, 1972, p.42) Esta ação material, na base de uma reflexão crítica das condições da existência objetiva, que produz o instrumento da linguagem. É ela que comunica a necessidade identificada, bem como a possibilidade de satisfazê-la. Como explica Marx, “a linguagem é tão velha quanto a consciência; a linguagem é a verdadeira consciência prática [...]. A linguagem nasce, como a consciência, somente da precisão, da necessidade da relação com outras pessoas”. (MARX apud LUKÁCS, 2010, p.83) Sobre isto, Merani (1972, p. 41-42) fornece uma narrativa histórica muito interessante, sobre a qual vale a pena se alongar:

Na medida em que a mão adquiriu capacidade instrumental o desenvolvimento da mente ganhou em hierarquia. A matemática, ciência que constitui os alicerces do saber, não surgiu da filosofia alguma. Antes que nossos antepassados descobrissem a relação que existe entre duas lagoas e dois patos, o número, na prática a necessidade de realizar medições, aparece como a primeira consequência na simplíssima tarefa de erguer a tenda do nômade, ao comparar as estacas que as sustentam e o tamanho dos couros com o espaço a cobrir. A astrofísica que nos permite hoje projetar o

²⁴ Esta ausência de identidade demonstra que os processos que fazem a história natural são de natureza inversa aos processos que atravessam a história do ser social.

pensamento a regiões infinitas, que junto com a física nos habilita a lançar satélites artificiais, nasceu das necessidades práticas do agricultor egípcio que semeava o Nilo e devia coordenar as fases da lua e de germinação das sementes, do pastor caldeu e do navegante fenício que buscavam na noite um ponto de referência, na uniformidade do deserto e na imensidão do mar.

A linguagem não nasce ou se estabelece por convenção entre seres que exigem, previamente, uma determinada comunicação como “criação mental”, mas, como explica Merani, é produto sempre da prática que “engendra o mental e se expressa de maneira simbólica e abstrata com a palavra”. (MERANI, 1972, p.49) Inicialmente, por mera questão de sobrevivência, a consciência não pode descodificar as estruturas de si própria, e, apenas mais tarde, sanados aqueles problemas vitais, pode o ser social estender a fala ao nível de problemas filosóficos, na base da relação entre o reino da necessidade e da liberdade. Como explica István Mészáros, “o trabalho produtivo é a mediação fundamental – ainda que nem sempre imediata – pela qual o ser social toma consciência do mundo necessário a sua reprodução. A tarefa prática necessária ao suprimento mais fundamental e a reprodução social material é o lugar primeiro de onde o problema da liberdade emerge e apenas depois de sanada esta necessidade é que podem os filósofos elevá-lo ao nível da abstração”. (MÉSZÁROS, 2006a, p. 149). A linguagem não é uma estrutura mental autossustentada, com a qual o ser social funda as condições de sua existência. Estas interpretações apenas se sustentam na base teórica de uma suposta integração normativa realizada pela linguagem que descobre racionalmente o mundo, acabando por fundamentar, pela fala comunicada, toda a relação social. Ao fazê-lo eliminam a processualidade material, a relação sujeito-objeto, pela qual a consciência se faz linguagem, hipostasiando-a.²⁵ Por exemplo, diz Joan Robinson (1971, p. 24-25) que:

a ação recíproca entre consciência e o ambiente, entre liberdade e necessidade, que constitui a característica da vida humana, foi consequência da aquisição da linguagem. (...) Os métodos costumeiros de produção proviam as necessidades costumeiras; estas se destinavam apenas

²⁵ A adoção deste ponto de vista é o que diferencia, substancialmente, a abordagem paleontológica de Richard Leakey da visão histórico totalizante de Gordon Childe.

indiretamente a subsistência; diretamente eram regidas por um sistema de deveres religiosos e familiares.²⁶

Neste caso, a “aquisição da linguagem” é o fundamento da existência objetiva do ser social. Para estes autores, a vida social está dada na reprodução da consciência expressa na linguagem, no caso a religiosa. Elimina-se a tenuidade histórico-processual das inter-relações entre a consciência e sua existência objetiva consciente, reduzindo a teoria social ao dualismo abstrato lógico-empirista que identifica consciência e linguagem, de um lado, e existência objetiva, de outro. É o saber expresso numa linguagem religiosa ou costumeira o veículo e que detém a força da reprodução social das necessidades tidas como “indiretas” e “diretas”.

Esta teoria não pode perceber que a necessidade mais desenvolvida é, também, liberdade dada na existência objetiva do ser social – processos de trabalho e produto do trabalho – e base fundante da nova descodificação e do novo, comunicado pela linguagem. Marx já havia dito que, “o nome de uma coisa é extrínseco as suas propriedades. Nada sei de um homem por saber que se chama Jacó”. (MARX, 2008a, p.128) O que Marx diz é que o nome pelo qual se expressa uma realidade deriva de um conhecimento verdadeiro necessário acerca da coisa nomeada, por imposição da necessidade. Sobre este problema, Marx já demonstrara que “a consciência nunca pode ser mais do que o ser consciente; e o ser consciente dos homens é o seu processo de vida real. E se, em toda a ideologia os homens e suas relações aparecem de cabeça para baixo, como numa câmara escura, esse fenômeno decorre de seu processo de vida histórico”. (MARX, 2007, p.19) Neste caso, a atividade do trabalho, na história humana, é a fonte viva movente e movida das necessidades e das liberdades do ser social e, por isso, também, do seu corpo, da sua consciência e da sua linguagem.

Na atividade do trabalho, a consciência encontra a forma privilegiada que expressa toda a dinâmica particular que caracteriza o ser social em todas suas atividades. Marx explica que, dadas as condições objetivadas da existência do social, o trabalho “cria a necessidade de uma nova produção, o fundamento ideal que move internamente a produção [...]” (MARX, 2003, p.109) Lukács dirá que o trabalho, por conter em si todas as determinações

²⁶ A autora se espanta com o fato de que diversas sociedades não relacionam suas histórias ao que ela chama de “assuntos econômicos”, o que, para ela, demonstra a produção da vida social como algo secundário e orientado pelas necessidades postas pela linguagem. Fato sobre o qual já se tratou no primeiro momento deste capítulo.

características que ensejam o novo é “el modelo del ser social”, porque é atividade que faz efetivo o fundamento ideal. (LUKÁCS, 2004, p.59) Sua particularidade é a capacidade “teleológica”, qualidade constituinte do “salto ontológico” para o ser social. A teleologia é a qualidade determinante da consciência que abstrai, descodifica e põe o novo movido pelo trabalho. Como explica György Lukács, “todo proceso teleológico implica la posición de un fin y, con ello, una conciencia que pone fines”. (Id. Ibid., p.63) ²⁷ Trata-se da atividade mental que constrói a necessidade final no cérebro, na imaginação, antes de concretizá-los, permitindo a possibilidade de realizar na mente o fim proposto, antes de executá-lo. A teleologia implica antecipação mental e, por isso, seu produto final, diz Marx, implica na “vontade” do ser social que trabalha. (MARX, 2008a, p.212) Na clássica explicação de Marx, o arquiteto pode, e o faz, “figurar na mente a construção antes de transformá-la em realidade. No fim do processo de trabalho, aparece um resultado que já existia, antes, idealmente na imaginação do trabalhador”. (Id. Ibid. p.212) A atividade consciente distingue a atividade do homem de outros animais, por isso, apenas para o ser social “a sua vida lhe é objeto. (...) Eis porque sua atividade é atividade livre”. (MARX, 2008, p.84)

A antecipação mental põe a possibilidade da escolha entre as diversas alternativas imaginadas, por isso diz Lukács, seguindo Marx, que esta capacidade é, também, o “núcleo ontológico de la libertad”. (LUKÁCS, 2004, p.96) Para isso, o ser social tem de fazer perguntas ao objeto e, em seguida, oferecer respostas entre as possíveis e mais adequadas. Lukács explica que “el proceso social real (...) determina el ámbito del juego concretamente delimitado para las preguntas y respuestas posibles, para las alternativas que pueden ser realmente realizadas”. (Id. Ibid. p.96) Este processo de escolhas entre alternativas supõe o conhecimento adequado das possibilidades dadas no objeto – ainda que “jamais perfeito” –, uma apreensão que seja correta na medida das necessidades e possibilidades a serem supridas. (KONDER, 2007. p.233) Esse conhecimento é determinante para o sucesso das respostas e, conseqüentemente, para a sobrevivência e desenvolvimento humano. Lukács expõe que “o homem que trabalha, mesmo que se trate de um homem da idade da pedra, pergunta se o

²⁷ Esta ação teleológica assume, em Marx, uma qualidade diversa daquela entendida por Hegel, ainda que dela se origine. Leandro Konder explica este processo em que pôr teleológico e condições de existência permitem ao ser social a superação da necessidade e a liberdade. Diz ele, “o que há de correto na idéia de Hegel, significa, ontologicamente, que um processo causal, cuja lei nós chegamos realmente a conhecer, pode perder para nós aquela incontornabilidade que Hegel pretendeu indicar com a expressão cega”. (KONDER, 1980. p.202).

instrumento que utiliza é apropriado ou não ao fim que se propõe. [...] em uma época na qual o homem primitivo, para satisfazer a certas funções, limitava-se a recolher a pedra mais adequada. [...] com esta escolha da pedra inicial, começa a ciência”. HOLZ; KOFLER, 1969)

Para Lukács, assim como para Marx, liberdade é a “possibilidade de escolhas concretas entre possibilidades concretas”. Liberdade, explica Lukács, significa “um uso social, baseado em conhecimento praticamente correto das causalidades naturais, para a realização de determinados objetivos sociais”. (LUKÁCS, 2010, p.53) Desta forma, explica Coutinho que o ser social aumenta “a faixa de objetividade apropriada pela razão”. (COUTINHO, 2010, p.96) Ao prever as alternativas e escolher entre elas a mais adequada a necessidade, ele supera a imediaticidade imposta, dada na natureza ou noutras condições de existência, impondo sobre ela uma forma que é um produto seu, de sua vontade, como diz Ernani Fiori, um “projeto humano”. (FIORI, 1987, p.17)²⁸ Como lembra Engels, “a liberdade da vontade não significava mais do que a faculdade de decidir com conhecimento de causa. Logo, quanto mais a opinião de um homem é livre sobre determinada questão, tanto maior é a necessidade que determina o teor desta questão”. (ENGELS, 1975, p.213)

O inverso desta liberdade é aquela liberdade de “Alice”. Nela, a escolha tornada impossível é o núcleo central da uma liberdade capenga, porque sem alternativa concreta leva, na verdade, a impossibilidade da escolha.²⁹ Esta liberdade frágil compartilha do ponto de vista da economia política e supõe uma sociabilidade de “robinsons”.³⁰ Ela aparece em declarações como de Pierre Levi, quando diz, por exemplo, que “a liberdade é angustiante”.³¹ O exemplo mais didático dessa liberdade de “Alice” é a do naufrago perdido em alto mar. O naufrago tem na sua frente uma infinidade de alternativas as quais pode escolher, sem ter, no entanto, a mínima possibilidade de, entre todas elas, tomar qualquer decisão concreta. Sem esta decisão concreta, as aparentes alternativas múltiplas perdem o sentido de “alternativas”,

²⁸ É neste sentido que, insiste Lukács, toda atividade do ser social, além do trabalho, por ser sempre uma atividade teleológica, “contém, como parte constitutiva necessária, também um momento de liberdade”. (LUKÁCS, 2007).

²⁹ O modelo da liberdade de “Alice” é o seguinte: ela pergunta ao gato: - “Que caminho eu devo tomar para sair daqui?” Ele responde: - “Depende bastante de onde você quer ir. Ela: - “Não me importa muito, contanto que eu chegue em algum lugar”. E ele responde, novamente: - “Oh, isso você certamente vai conseguir”. (CARROL, 2010, p.76).

³⁰ “A economia política adora imaginar experimentos robinsonianos”. (MARX, 2008a, p.98).

³¹ Comentando sobre as tecnologias de informação e os espaços virtuais de comunicação, Levi se refere a estes espaços como espaços de liberdade. Ao ser questionado sobre as possibilidades de escolhas e decisões concretas dentro deste espaço virtual, ele declara: “a liberdade é angustiante”. A discussão pode ser encontrada no programa “Roda Viva”, da TV Cultura, de Janeiro de 2001.

simplesmente, porque não pode diferenciá-las umas das outras. Sem diferenciá-las não pode antecipar os resultados diversos entre as alternativas diversas e elas se tornam apenas alternativas indiferentes ou não alternativas. A “escolha livre” do naufrago é, na verdade, uma não escolha. A “liberdade” do naufrago, fundada na impossibilidade de escolher, é uma não liberdade; daí sua angústia. A angústia, na história do desenvolvimento do ser social, é justamente a incerteza do sucesso da decisão e, isto, ontologicamente, implica na impossibilidade da reprodução do ser social e sua morte – como no caso do naufrago. A liberdade, explica Lukács, é a possibilidade de “decidir con conocimiento de causa”. (Id. Ibid. p.178) Para o ser social, a liberdade não é angustiante, mas é estimulante. Angustiante é a ausência de liberdade.

Assim, a atividade consciente teleológica e a realidade externa a ela, o conjunto de causalidades, não estão em contraposição, uma a outra, mas são fundamentalmente complementares. O núcleo ontológico da escolha não encerra nela a liberdade e o novo gerado pela escolha livre é, também, carregado de necessidade e de liberdade, porque é a existência objetiva e objetivada do ser social. O “por teleológico” faz do mundo um produto seu e o resultado desta atividade e da constituição do novo é uma *objetivação* do ser social. Por isso, o trabalho como atividade transitiva, ontológica, da relação entre necessidade e liberdade é, nas palavras de Marx, “manifestação externa, objetiva, desta força”. (MARX, 2008a, p.214)³² E continua: “dá a sua existência uma “expressão material, tornando-a objetiva”. (MARX. 2006, p.66) A consciência, mediada pela atividade prática, faz do mundo exterior imagem e expressão de si mesma, de suas necessidades e possibilidades.

Pela objetivação o ser social “acresce”, elevando os objetos e a si mesmo no conjunto de suas necessidades e possibilidades. Como diz Marx, “acresce, desenvolvendo o reino do imprescindível”, (MARX, 1991, p.942) no final do processo, nem o produto, nem o ser social são mais os mesmos. O resultado é uma expressão material exteriorizada das necessidades e forças humanas, onde aparecem suas capacidades, habilidades, vontades, emoções etc. A *objetivação* é a realização concreta do ser social no mundo concreto. Disto, explica Lukács, “resulta que, ao se constituir, o trabalho gera produtos sociais de ordem mais elevada”. (LUKÁCS, 2007, p.233) A pedra lascada já não é a mesma pedra que foi colhida, inicialmente. Ela carrega consigo um conjunto de objetivações novas, de qualidades e

³² Diz Marx, no mesmo sentido: “[...], pois o que é a vida, senão atividade?”. (MARX, 2008, p.83).

possibilidades. O produto destas objetivações realizadas pelo trabalho expande os conjuntos de “séries causais”. (LUKÁCS, 2007, p.239) O objeto de trabalho apresenta novos problemas e alternativas, mas o processo de trabalho desenvolvido permite maior capacidade de oferecer respostas concretas. Deste modo, aumentaram as necessidades do ser social, mas, junto destas, sua liberdade. Como explica Lukács, permanece a limitação dialética de que o homem, ainda que ponha o fim, permanece submetido a ele. (LUKÁCS. 2004, p.75)

É em face desta determinação posta pela objetivação ao exercício da atividade livre que Erich Fromm faz uma bela interpretação do “Fausto”, de Goethe: “nem a posse, nem o poder, nem a satisfação sensual, ensina Fausto, podem preencher o desejo de significado que o homem tem. [...] Só ao ser produtivamente ativo pode o homem encontrar sentido para sua existência”. (FROMM, 1979, p.38) Esta determinação histórico-ontológica da liberdade aparece numa bela passagem da Odisseia, por exemplo. Ao ser questionado sobre suas capacidades, o “industrioso Ulisses” não argumenta seus títulos de nobreza ou o seu ser existente, mas o conjunto de suas “objetivações”, entre elas o trabalho:

Eurímaco, quanto eu quisera rivalizar contigo em ceifar a erva, tendo eu uma foice bem recurva e tu outra igual, trabalhando sem trégua e em jejum até a noite, num prado de rica e densa vegetação! Quando quisera eu ainda guiar uma parelha de anafados bois, de pelo ruivo, corpulentos, regurgitados de erva, da mesma idade, e lavrar com eles quatro jeiras, cujos torrões cedessem ao peso do arado! Havias de ver como sou capaz de rasgar um sulco muito direito, de ponta a ponta do campo. Se eu tivesse um escudo, duas lanças e um cacete todo de bronze, então me veria combatendo com os guerreiros de primeira linha [...]. (HOMERO, 1978, p. 161).

5. Conclusão

O que se fez, até aqui, senão indicar a supremacia da realidade e seus processos sobre qualquer pretensão de autonomia metodológica? A dimensão particular do real antecede qualquer método porque, fatalmente, existe independente dele e, neste sentido, “esta realidade é sempre ontológica e, historicamente, uma totalidade”. (NETTO; CARVALHO, 2000, p.80) Necessidade, liberdade e suas determinações existem independentemente de que se faça ou não alguma pesquisa sobre eles. Como diz Lukács, “o automóvel andaria ainda que não se fizesse qualquer sociologia sobre ele”. Por isso, as determinações que os fazem existir não são

atribuíveis ao exercício da pesquisa ou a invenção de categorias explicativas, mas estão dadas na própria existência destas formas de ser. (LUKÁCS, apud HOLZ; KOFLER, 1969, p.12) No caso das experiências do campo jurídico, a realidade, assim como a liberdade, não deriva da criação normativa, da legislação que põe uma realidade nova, mas das condições as quais cabe a criação de normas legais ou não e em quais condições a criação destas normas pode ser completamente obstada pela realidade. É neste ponto que a discussão sobre construção teórica e método interessa diretamente porque antecede o próprio método aplicado pelo Direito, eliminando a pretensão do isolamento característico deste universo. Ao se submeter a realidade e, no caso, a liberdade ao conjunto de relações de produção históricas, vai ficando patente que a liberdade não é um produto do Direito, mas das formas de ser do próprio humano. Os textos seguintes, que pretendem desenvolver o que foi tratado até aqui, apenas inicialmente, vão desenvolver esta teoria que coloca a liberdade como produto das necessidades e possibilidades construídas pelo ser social, sempre sobre relações sociais de produção e dentro das quais o Direito terá um papel muito particular, e não universal como geralmente se faz querer no mundo jurídico.

Diz György Lukács que, o processo científico induz ao envolvimento em torno desta realidade aproximada, “a mais estreita possível”. (LUKÁCS, 1978, p.195) Neste sentido, o processo de conhecimento científico, “aponta para além de sua própria parcialidade e pede para ser inserido em contextos cada vez maiores [...]”, (MÉSZÁROS, 2008, p.93) o que no caso do Direito implica, não apenas ampliar, o que poderia sugerir apenas alguma “transdisciplinaridade” incapaz de romper com aquele isolamento, mas reestruturar a própria lógica da análise histórica e o lugar do Direito dentro dela. Neste caso, o produto do conhecimento, a teoria da *liberdade*, parece se aproximar com maior correção dos objetos reais, porque é o resultado síntese dos processos de conhecimento que “avançam na forma de totalizações parciais”, reunidas em torno de uma “síntese totalizadora dos níveis de conhecimento disponíveis”. (MÉSZÁROS, 1982, p.171) ³³ Por um lado, os limites do conhecimento disponível – o caráter relativo do conhecimento ³⁴ – não implicam em

³³ Trata-se da “‘superação-conservação’ de um estado anterior em uma complexidade crescentemente maior”. (NETTO, 1978, p.67).

³⁴ Lukács diz que “o melhor saber só pode ser um conhecimento relativo e aproximativo”. (HOLZ; KOFLER, 1969, p.17).

relativismo epistêmico em face da realidade.³⁵ Na verdade, é possível “um longo funcionamento de teorias incompletas” (MÉSZÁROS, 1982, p.46) e, em grande, parte equivocadas, em face do real.³⁶ Por outro lado, o avanço do tempo histórico e dos problemas práticos que ele põe para serem resolvidos acaba por demonstrar o grau de realidade ou de falsidade das teorias. Engels expõe este problema:

desde o momento que aplicamos estas coisas, ao nosso uso próprio, submetemos a exatidão de nossos sentidos a uma prova infalível no que se refere a sua exatidão ou falsidade (...) e nossa tentativa de empregá-las teria forçosamente que fracassar. Mas se conseguimos o fim desejado, teremos a prova positiva de que, dentro destes limites, nossa percepção acerca das coisas e de suas propriedades coincidem com a realidade existente fora de nós. (ENGELS, 2005, p. 18).

O desenvolvimento inicial destas relações mais simples parece representar o processo denominado por Lukács como “onto-genéticos”, que vão do particular histórico ao universal e voltam ao particular, no que tange a cada relação social de produção. Destas relações e contradições iniciais emergem novas relações a serem incorporadas e desenvolvidas na análise, da mesma forma que as anteriores e, assim, sucessivamente. Pelo exposto, deve-se tornar claro que as categorias constituintes das *formas de ser* da *necessidade* e da *liberdade*, de forma alguma, reduzem-se a uma derivação mecânica e empobrecida do trabalho. A própria insistência no termo “atividade de trabalho”, como “protoforma” da ação humana implica no desejo de fazer distinção nítida entre o trabalho e outras atividades, como a pintura, a música, a reflexão, etc. (NETTO, 1997, p.45) A atividade de trabalho é a mediação que pode ser localizada no processo histórico como integrante originária do vínculo que estabelece o *reino da necessidade* e o *reino da liberdade* como relação processual e contraditória. Aqui, pode-se dizer que uma teoria do Direito que pretenda tratar da liberdade, nos termos expostos, não pode resumir as relações de produção ao universo do trabalho, assim

³⁵ Como explica José Paulo Netto, “de fato, capitula frente a realidade, aceitando a sua *imediatez* (isto é, sua aparência reificada) e assumindo, como se fosse implicação necessária do caráter relativo de todo conhecimento, um relativismo que redundava no agnosticismo: trata-se das correntes positivistas e neopositivistas, nas quais o capitulacionismo frente a realidade quase sempre se assegura a base do epistemologismo”. (NETTO, 2010, p.244).

³⁶ Diz Lukács: “em Homero e Sófocles, podem ser encontrados contínuos lamentos elegíacos sobre esta potência mística (o dinheiro) que persegue a sociedade e que pretende dominar os homens, mesmo sendo matéria morta”. (HOLZ; KOFLER, 1969, p.18).

como não pode ignorar suas determinações, porque constituintes da própria relação entre os *reinos* que se quer discutir.

Referências:

- ALTHUSSER, Louis. *A Polêmica sobre o Humanismo*. Lisboa. Editorial Presença, 1967.
- ANDERSON, Perry. *A Crise da Crise do Marxismo*. São Paulo. Brasiliense, 1983.
- ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. São Paulo. Boitempo, 2007.
- BENDASSOLLI, Pedro Fernando. *O Ethos do trabalho: Sobre a Insegurança Ontológica na Experiência atual com o trabalho*. Tese de Doutorado. São Paulo. USP, 2006.
- BERNAL, John D. *Historia Social de la Ciencia, VI: La Ciencia en la Historia*. Barcelona. Península, 1964.
- CARROL, Lewis. *Alice no País das Maravilhas*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2010.
- CHILDE, Gordon. *O que Aconteceu na História*. Rio de Janeiro. Zahar, 1977.
- ENGELS, Friedrich. *Do Socialismo Utópico ao Socialismo Científico*. São Paulo. Centauro, 2005.
- _____. *Sobre o Papel do Trabalho na Transformação do Macaco em Homem*. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas 2*. São Paulo. Editora Alfa-Ômega, [s.d.].
- FREDERICO, Celso. *O Jovem Marx: as origens da Ontologia do ser social*. São Paulo. Expressão Popular, 2009.
- FROMM, Erich. *Contribuição de Marx para o conhecimento do homem*; In: FROMM, Erich. *A Crise da Psicanálise*. Rio de Janeiro. Zahar, 1971.
- GOETHE, J. W. *Fausto*. São Paulo. Círculo do Livro, V1, [s.d.].
- HOLZ, Hans H; KOFLER, Leo. *Conversando com Lukács*. São Paulo. Paz e Terra, 1969.
- HOMERO. *Odisséia*. São Paulo. Abril, 1978.
- KONDER, Leandro. *Marxismo e Alienação*. Rio de Janeiro. Zahar, 1965.
- _____. *Derrota da Dialética*. São Paulo. Expressão Popular, 2009.
- _____. *Lukács*. Porto Alegre. L&PM, 1980.

KURY, Mário da Gama. *Introdução*; In: ÉSQUILO. *Prometeu acorrentado*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2009.

LAFARGUE, Paul. *Reminiscências de Marx*. In: FROMM, Erich. *Conceito Marxista de Homem*. São Paulo. Zahar, 1979.

LEAKEY, Richard. *Origens*. São Paulo. Melhoramentos, 1982.

LENIN. *Materialismo e Empirocriticismo*. Estampa. Lisboa, 1971.

LESSA, Sérgio. *Para Compreender a Ontologia de Lukács*. Ijuí. Editora Unijui, 2007.

LEWIS, John. *O Homem e a Evolução*. São Paulo. Paz a Terra, 1972.

LUKÁCS, Georg. *A autocrítica do marxismo*. Temas de ciências humanas 4. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978a.

_____. *As Bases Ontológicas do Pensamento e da Atividade do Homem*. Rio de Janeiro. Editora UFRJ, 2007.

_____. *Introdução a uma Estética Marxista*. São Paulo. Civilização Brasileira, 1978.

_____. *O Jovem Marx e outros escritos*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007a.

_____. *O Jovem Hegel*. In: *O Jovem Marx e outros escritos*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007b.

_____. *Ontologia del Ser Social: El Trabajo*. Buenos Aires. Herramienta, 2004.

_____. *Pensamento Vivido: Autobiografia em Diálogo*. Viçosa: Editora UFV, 1999.

_____. *Prolegômenos para uma Ontologia do Ser Social*. São Paulo. Boitempo, 2010.

MARCUSE, Herbert. *Razão e Revolução*. São Paulo. Paz e Terra, 2004.

MARKUS, Gyorgy. *Marxismo y Antropologia*. Barcelona. Grijalbo, 1974.

MARX, Karl. *18 Brumário de Luis Bonaparte*. São Paulo. Paz e Terra, 2002.

_____. *A Ideologia Alemã*. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

_____. *A Sagrada Família*. São Paulo. Boitempo, 2009.

_____. *Crítica do Programa de Gotha*. São Paulo. Alfa-Ômega, s/Data.

_____. *Grundrisse*. London. Penguin Books, 2005a.

_____. *Manifesto Comunista*. São Paulo. Boitempo, 2007.

-
- _____. *Manuscritos Econômicos Filosóficos*. São Paulo. Boitempo, 2008.
- _____. *Miséria da Filosofia*. São Paulo. Centauro, 2006a.
- _____. *O Capital, L1, V1 e V2*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2008a.
- _____. *O Capital, L3, V4*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1974.
- _____. *O Capital, L3, V6*. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 1991.
- _____. *Para a Crítica da Economia Política*; In: MARX, Karl. *Os Pensadores*. São Paulo. Abril, 1978.
- _____. *Sobre Proudhon*; In: MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas, VI*. Alfa-Ômega, S/Data.
- _____. *Trabalho Produtivo e Improdutivo*; In: ANTUNES, Ricardo. *A Dialética do Trabalho: escritos de Marx e Engels*. São Paulo. Expressão Popular, 2004.
- _____. *Troca, Igualdade e Liberdade*. Temas de ciências humanas 3. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978b.
- MERANI, Alberto. *A Conquista da Razão*. São Paulo. Paz e Terra, 1972.
- MÉSZÁROS, Istvan. Marx “Filósofo”. In: HOBSBAWM, Erich. *História do Marxismo*. São Paulo. Paz e Terra, 1983.
- MÉSZÁROS, István. *Teoria da Alienação em Marx*. São Paulo. Boitempo, 2006^a.
- NAVES, Márcio Brilharinho. *Marxismo e Direito*. São Paulo. Boitempo, 2008.
- NETTO, José Paulo. *Possibilidades Estéticas em História e Consciência de Classe*. São Paulo. Temas de Ciências humanas 3. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978.
- _____. *Capitalismo e Reificação*. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1981.
- _____. *Posfácio*; In: COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. São Paulo. Expressão Popular, 2010.
- ROBINSON, Joan. *Liberdade e Necessidade: Uma introdução ao estudo da sociedade*. Rio de Janeiro. Zahar, 1971.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Um Discurso sobre as Ciências*. Cortez. São Paulo, 2009.
- ZAIDAN, Michel. *Crise da Razão Histórica*. Campinas. Papyrus, 1989.

CONFISSÃO: COLABORAÇÃO DO RÉU NO PROCESSO PENAL

MarciaCACeres Dias Yokoyama¹

1. A confissão

A forma por excelência de colaboração do investigado na fase policial ou do réu no processo penal é a confissão, manifestação “consistente em toda declaração, ou admissão espontâneas do acusado, acerca de fatos concernentes à acusação e desfavoráveis a ele” (ESPÍNOLA FILHO, 2000, v. 3, p. 85). O conteúdo da confissão é primordialmente a admissão da autoria de crime, mas também inclui a afirmação de circunstância exasperadora da pena ou uma justificante.

Para Mittermaier (1871, p. 280), a confissão deriva de uma luta no seio do culpado gerado pelo crime, através do qual descarrega o fardo do remorso. Mas vários são os motivos que levam o imputado a assumir a prática de um crime e colaborar para a apuração da infração penal: o espírito altruísta de proteger o verdadeiro autor do fato; a fruição dos benefícios penais da confissão; a procrastinação para possibilitar a fuga do real culpado; para a ocultação de crime mais grave; por enfermidade mental; desejo deliberado de colaborar com a apuração para que outras pessoas não sejam prejudicadas; por motivos religiosos; pela necessidade de se justificar ou alegar uma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade; por exibição etc.²

É da natureza humana cerrar os lábios para evitar o que possa prejudicá-la. Por isso, a confissão deve ser voluntária, livre de qualquer coação de ordem física ou moral para que seja válida, bem como sem a utilização de meios fraudulentos para a extração da verdade como a hipnose e o uso de substâncias excitantes ou estupefacientes. Aquela extraída sob violência

¹ Advogada. Especialista em Direito Processual Penal. Mestre em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Universitária do Centro Acadêmico Padre Anchieta (UniAnchieta) na disciplina Direito Penal, e em outras instituições.

² Ao explicar as razões que tornam pouco precisas ou demasiadamente exatas as recordações de um culpado, Altavilla (1982, p. 19) sustenta que o mais sereno de todos é o réu confesso, que já aceitou a parte substancial da acusação e tem interesse em justificar ou atenuar o crime, mas relativiza o dogma tradicional da psicologia judiciária segundo o qual tudo o que o acusado fala contra si deve-se considerar verdadeiro.

ou ameaça pode não corresponder à verdade, prevalecendo o medo e a dor sobre a vontade de declarar. A confissão deve ainda ser clara, expressa e feita pelo próprio imputado, sendo inadmissível a presunção da confissão através do comportamento processual do réu.

O momento ordinário da realização da confissão é o interrogatório, seja ele judicial ou extrajudicial (inquérito policial, administrativo e Comissão Parlamentar de Inquérito). Em juízo, poderá ser realizada fora do interrogatório, caso em que o juiz tomará a termo o depoimento do réu que queira confessar em outro momento (art. 199 do Código de Processo Penal).

É parte integrante da definição da confissão a sua produção perante uma autoridade competente, em ato solene e público, ou seja, perante alguém que tenha capacidade legal para ouvir, é dizer, diante do magistrado ou delegado de polícia, e em local apropriado para o ato, com redução a termo das declarações (NUCCI, 1999, p. 83).³ Desta forma, as declarações feitas a terceiros ou a policiais não são consideradas confissões, mas meras revelações contrárias ao interesse de quem as fez.

A confissão é tratada no caderno processual como meio de prova (arts. 197 a 200) e assim o é. O fato criminoso está mais próximo da pessoa do réu que dele participou, porque é ele quem guarda os detalhes da ação e suas circunstâncias, como aponta Mittermaier:

Nada mais natural do que acreditar no acusado, quando se refere às observações dos seus sentidos, e que, melhor que ninguém, possui o segredo de todos os detalhes do crime. Entretanto, não é exato que só esse testemunho forma a convicção do juiz; se assim fôra, qualquer confissão daria o mesmo resultado. (MITTERMAIER, 1871, p. 167).

O juiz levará em conta para a formação da sua convicção tudo aquilo que o réu disser em seu desfavor e essas palavras têm grande valor como prova quando acompanhadas de uma pluralidade de elementos e confirmações formadores da convicção do juiz, porque a ocorrência da confissão é fato excepcional.

³ Em sentido oposto, “não existe nenhum dispositivo no Código de Processo Penal que impeça a confissão escrita. E se ela consta de escrito pouco importa que esse esteja dirigido ao juiz ou não” (TORNAGHI, 1983, p. 383).

Como todo meio de prova, a confissão não tem valor absoluto.⁴ Serão aquilatadas as demais provas recolhidas para a verificação de compatibilidade entre aquela e essas. São condições da confissão a verossimilhança e a credibilidade.

Quando realizada somente na fase policial, a confissão serve como indício e terá valor como prova somente se repetida em juízo, mesmo que o ato seja revestido de todas as garantias legais. Contrariamente, ao ser explorada pela acusação em plenário do Júri, a confissão causa grande influência na decisão do Conselho de Sentença que julga mais por aquilo que vê e ouve na sessão de julgamento. A par disso, a confissão proferida pelo pronunciado diante dos juízes leigos, dificilmente deixa de ser o elemento informador da condenação.

Ao confessar a autoria, o acusado “será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração e quais sejam” (art. 190, Código de Processo Penal), momento em que o juiz vai verificar a idoneidade das declarações. De outro lado, o interrogante irá pesquisar a possibilidade da presença de alguma causa excludente ou uma atenuante.

Se a confissão versar apenas sobre a admissão da autoria do crime, será chamada de *simples*, mas se nela o interrogado alegar algo em sua defesa, com uma circunstância que diminua ou exclua a pena, passará a ser confissão *qualificada*. Pode o juiz aceitar uma parte da confissão e repelir a outra de acordo com o princípio do livre convencimento motivado. Sofrerá também influência deste princípio a retratação da confissão, permitida na pauta do artigo 200 da lei processual.⁵

O procedimento do interrogante é de suma importância e pode até ajudar o interrogado a definir em sua consciência se cala ou confessa a autoria do crime, mas jamais deve impor ou induzir a postura a ser seguida, sendo imparcial. Daí a importância do acompanhamento de um defensor para os esclarecimentos necessários sobre o alcance da confissão. As perguntas sugestivas devem ser repelidas. Se o interrogado desejar falar, deve haver liberdade plena para sua manifestação, desde que sobre fatos ligados à imputação. Segundo Nucci (1999, p. 123),

⁴ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

⁵ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

são qualidades necessárias ao interrogante a serenidade e a mansuetude. O tom de voz, as expressões faciais e a receptividade às respostas são capazes de influenciar as respostas do interrogado. Ao interrogar, nada impede o juiz de questionar o acusado sobre suas contradições e de lhe mostrar a impossibilidade de seus argumentos através das provas colacionadas, bem como perquirir sobre a mudança do depoimento dado em fase anterior. Enfim, a confissão não deve ser extraída, mas livremente verbalizada.

2. Dever de colaboração

O investigado ou réu, em regra, não o dever de colaborar para a produção de provas contra si, tem o direito de inércia e o direito ao silêncio. Silenciar é simplesmente abster-se de falar. No âmbito processual penal, o silêncio assume contornos próprios, decorrentes da lógica de seus princípios norteadores. Nele, quem cala não está a aceitar a imputação, mas a usufruir de uma opção natural de autodeterminação e defesa.

O silêncio do arguido traduz-se como exercício do direito à individualidade e personalidade, fulcrado no denominador maior que é a dignidade da pessoa humana, norteadora das relações interpessoais e da relação Estado-indivíduo.

É corolário do princípio contra a autoincriminação traduzido pela máxima latina *nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a se descobrir), expressado também por *nemo tenetur seipsum accusare* (ninguém está obrigado a se acusar), *nemo testis seipsum* (ninguém é testemunha de si mesmo), *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém está compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a revelar a sua torpeza), *nemo tenetur contra se facere* (ninguém é obrigado a agir contra si mesmo), impeditiva que o silêncio possa ser interpretado em desfavor de quem o exerce.

Depois de previsto no Código de Processo Penal de 1941, o silêncio elevou-se à categoria de direito e garantia fundamental individual na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LXIII.⁶ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos preveem a prerrogativa a toda pessoa de não ser obrigada a depor contra si mesma.

⁶ “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”.

Enquanto a liberdade de expressão sempre foi sinônima do exercício de democracia, calar nem sempre significou liberdade de opção como exercício da preservação da intimidade. O silêncio do interrogado já foi interpretado como assunção da culpa delitiva e o sentido do silenciar sofreu grandes vicissitudes no decorrer dos tempos.

Ao se falar sobre a relação do direito ao silêncio com o direito penal, está-se a entrar no campo das situações em que aquele direito assume alguns contornos diferenciados no momento que não poderá ser exercido como direito e garantia individual, sob pena de se praticar fato típico.

O exercício da ampla defesa permite ao imputado confessar total ou parcialmente a imputação, alegar excludentes de ilicitude ou culpabilidade, fornecer um alibi, silenciar, omitir-se,⁷ até mesmo mentir como exercício da autodefesa, sem que isso lhe acarrete qualquer consequência indesejada. Não existe ônus de veracidade para o interrogado.

Não obstante, a garantia do direito ao silêncio não se aplica ao fornecimento de dados sobre a pessoa do interrogado, ou seja, na sua qualificação e antecedentes, que constitui a primeira parte do interrogatório (art. 187, § 1º do Código de Processo Penal), tampouco abarca a mentira sobre eles, eis que incabível a invocação do direito nesta ocasião sob pena de se incorrer na contravenção de recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação, prevista no artigo 68 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Contravenções Penais)⁸ ou nos crimes de desobediência (art. 330 do Código Penal),⁹ de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal)¹⁰ ou falsa identidade (art. 307 do Código Penal).¹¹

⁷ No direito anglo-americano não há renúncia parcial ao privilégio do direito ao silêncio; se decidir falar o fará sob juramento e poderá responder pelo crime de perjúrio.

⁸ Decreto-lei n. 3688/41: “Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência: Pena – multa. Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa, se o fato não constitui infração mais grave quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência”.

⁹ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.

¹⁰ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular”.

¹¹ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.

Quanto ao crime de desobediência, Nucci (2003, p. 894) entende que se tipifica este crime e não a contravenção penal porque havendo o dolo embutido no verbo que é a vontade de insurgir-se contra quem deu a ordem, elemento subjetivo específico, é caso de aplicação do crime de desobediência e não simplesmente da contravenção penal. A jurisprudência mostra-se dividida quanto à caracterização do crime de falsa identidade quando praticado como exercício de autoproteção.¹²

A restrição do direito está na constatação de que as respostas sobre a qualificação não trazem em si qualquer atividade defensiva. O direito ao silêncio aplica-se somente aos fatos imputados porque a defesa diz respeito a eles. Além disso, a exata qualificação do interrogado evita confusões sobre sua identidade em benefício da economia e celeridade processuais e porque os dados sonogados são essenciais à segurança da justiça. Por isso cabível a condução coercitiva para o interrogatório tão-somente quando o imputado deva ser qualificado.

A mentira permitida é apenas quanto aos fatos imputados como exercício pleno de autoproteção e autodefesa (MORAES; MOURA, 1994, p. 138; GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993, p. 72). A obrigação de responder às perguntas formuladas sobre sua pessoa ou de fornecer seus documentos, nenhum prejuízo acarreta ao interrogado, a menos que possa ser verificada a ocorrência dos crimes de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal)¹³ ou de falsa identidade (art. 307 do Código Penal).¹⁴ Daí a importância de a autoridade que preside o interrogatório ter a certeza, antes de iniciar, de que se trata da pessoa que deva ser interrogada.¹⁵

¹² Neste sentido: “Desmerece acolhida o argumento de que o propósito de autodefesa exclui o crime de falsa identidade, assim como o de que, tendo o acusado o direito de mentir para defender-se, poderá fazê-lo também quanto à sua qualificação (TACRIM-SP – EI – Rel. Dante Busana – RT 603/341 e JUTACRIM 83/67)” (FRANCO et al., 1995, p. 2994-2995). Opostamente: “O acusado que informa falsamente a autoridade policial ou judiciária sobre sua identidade, no interrogatório, mirando obter vantagem em proveito próprio, não comete qualquer crime – A fé pública, que é a confiança pública atribuída pela lei a certas pessoas e coisas, é o bem jurídico tutelado nos *crimina falsi* e o acusado não tem o dever de dizer a verdade, em decorrência do princípio universal *nemo tenetur se detegere* (TARJ – AC – Rel. Jorge Romeiro – RT 532/414)” (Ibid., p. 2996).

¹³ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena – a cominada à falsificação ou à alteração”.

¹⁴ Já referido.

¹⁵ O processo penal português exigia do argüido a obrigação de revelar, no início da audiência de instrução e julgamento, os seus antecedentes criminais e dados sobre sua identificação (art. 342, 2, do CPP). Essa exigência foi criticada sob o argumento de que há violação do princípio da presunção de inocência porque os fatos referentes aos antecedentes criminais e à pendência de outros processos “constituem ainda matéria de acusação, que o argüido não pode ser coagido a revelar, como também porque ainda não está feita a prova do facto típico,

A obrigação de veracidade das respostas sobre antecedentes está fincada numa zona nebulosa uma vez que os dados sobre a vida pregressa podem ser obtidos através da consulta aos bancos de dados públicos. Além disso, os antecedentes influenciarão no *quantum* da pena, o que já configuraria uma colaboração para o próprio prejuízo.

Sobre o tema, Palma afirma que

a possibilidade de as informações criminais serem obtidas pelo tribunal através de meios institucionais minimiza a intensidade dos bens ou valores que o princípio da investigação prossegue através do interrogatório na audiência, no confronto com os bens e valores emergentes da garantia de defesa. A restrição da liberdade e das garantias de defesa através da incriminação da ocultação de tais dados não se legitima no conflito de interesses subjacente. (PALMA, 1994, p. 108).

A permissão de mentir não inclui a autoacusação falsa de crime inexistente ou praticado por outrem (art. 341 do Código Penal).¹⁶ A mentira é permitida ao acusado para defender-se quanto aos fatos imputados e não para incriminar-se. Como afirma Noronha (1992, p. 363), a autoacusação falsa prejudica o funcionamento normal da atividade da justiça atrapalhando-a e fazendo com que dispense persecuções infrutíferas com dispêndios desnecessários.

Portanto, não é em toda ocasião que o arguido poderá calar-se e quedar-se inerte, sob o dever de colaborar com a persecução.

3. Reflexos da colaboração espontânea na instrução

ilícito e culposos no momento em que é exigida a comunicação daqueles factos” (PALMA, 1994, p. 106). Além disso, o argumento de que o silêncio e a mentira são direitos que não se exercem quanto às matérias que não são objeto da defesa, não procede, porque “o exercício da defesa implica uma relação de diálogo no tribunal, que se deteriora na medida em que à posição do arguido for retirada a qualidade de sujeito, sobrecarregando-o com deveres de obediência e colaboração, próprios de uma fase de investigação” (ibid., p. 107). Mas o Decreto-lei n. 317, de 28.11.95, que alterou o art. 342, suprimiu o dever do acusado de declarar seus antecedentes (COUCEIRO, 2004, p. 211). O Código de Processo alemão (StPO) prevê a obrigação do acusado revelar os dados sobre sua identidade sob pena de responsabilidade criminal (FERRO, 2004, p. 139-141).

¹⁶ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 341. Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

O direito ao silêncio e contra a autoincriminação protege a produção involuntária da prova, ou seja, o processo penal garantista tutela a pessoa do acusado visto como sujeito de direitos, respeitada a sua vontade na produção das provas em seu desfavor.

De outro lado, o direito penal, visando a coibir a criminalidade, mormente a organizada, tem buscado cada vez mais premiar o investigado ou réu que, por vontade livre, colabore com a persecução penal, através da confissão e da delação penal premiada.

O Código Penal prevê como circunstância atenuante modificadora da pena a confissão espontânea da autoria do crime (art. 65, III, *d*) como premiação do réu pela sua colaboração. A lei visa a estimular a confissão e recompensá-la, independente das razões que o compeliram a isso. Segundo Bruno (1962, p. 142) presume-se o arrependimento admitindo-se a menor criminalidade do indivíduo.

O artigo 159, § 4º do código substantivo, com a nova redação trazida pela Lei n. 9.269/96, reduz a pena de um terço a dois terços para o coautor do crime de extorsão mediante sequestro que denunciar o concurso à autoridade facilitando a libertação do sequestrado.

A lei foi mais longe ao permitir a extinção da punibilidade se o agente espontaneamente declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta informações à previdência social antes do início da ação fiscal, nos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, par. 2º) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, par. 1º), ambos artigos do Código Penal, acrescentados pela Lei n. 9.983/00.

A legislação especial é farta nos estímulos à autoincriminação voluntária. O artigo 25, § 2º da Lei n. 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro) dispõe que nos crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade toda a trama criminoso, terá sua pena reduzida de um terço a dois terços, em similitude ao previsto no art. 16 da Lei n. 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo).

Igual benefício na mesma medida é previsto na Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), no seu artigo 8º, parágrafo único, para o participante ou associado do crime hediondo ou assemelhado praticado por quadrilha ou bando, que possibilite seu desmantelamento ao denunciar os coautores à autoridade.

A Lei do Crime Organizado – Lei n. 9.034/95, em seu artigo 6º, também prevê a redução da pena ao agente que espontaneamente colaborar esclarecendo a infração penal e delatando seus autores.

A demonstração de arrependimento do infrator manifestado pela espontânea reparação do dano e pela comunicação prévia do perigo eminente, além da colaboração com os agentes de fiscalização e controle ambiental, são circunstâncias que atenuam a pena nos casos de crimes ambientais previstos na Lei n. 9.605/98.

Mas os benefícios para quem se autoincrimina não se limitam à redução da pena. A Lei de Lavagem de Capitais (n. 9.613/98) também prevê o início de cumprimento da pena em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, caso colabore para a elucidação do crime (art. 1º, § 5º).

O legislador contemporâneo não deixou de incluir a mesma tendência na nova lei de drogas, Lei n. 11.343/06, no artigo 41, premiando o indiciado ou acusado com redução da pena quando colaborar na elucidação do fato e da autoria e na a recuperação do produto do crime.

Como legislação específica para a concessão de benefício penal e à proteção pessoal temos ainda a Lei n. 9.807/90 que dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. São os chamados réus colaboradores. Dispõe o artigo 13 da referida lei que se o acusado for primário e sua colaboração tiver resultado na identificação dos demais envolvidos, na localização da vítima com sua integridade física preservada e na recuperação total ou parcial do produto do crime, poderá ter extinguida a punibilidade através do perdão judicial ou, em caso de condenação, ter redução da pena de um terço a dois terços (art. 14). Além disso, ao colaborador serão aplicadas medidas especiais de segurança e proteção da sua integridade física (art. 15).

A colaboração espontânea do indiciado ou réu também tem reflexos no âmbito processual. O Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503/97, prestigia o condutor do veículo sem imposição da prisão em flagrante nem exigência de fiança se, em casos de acidente de trânsito que resulte vítima, prestar pronto e integral socorro à vítima (art. 301). Já a Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Cíveis e Criminais, exime de prisão em flagrante e fiança o suposto autor do fato nos casos de crimes de sua competência se após a lavratura do termo,

for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, parágrafo único).

São fartas as oportunidades e benefícios para a efetivação da autoincriminação e delação, embora não esteja o indiciado ou acusado obrigado a colaborar na aclaração do fato criminoso. A legislação tem procurado dar valor ao arrependimento demonstrado no processo.

Num sentido mais rígido, Ferrajoli (2006, p. 560-561) aponta que o garantismo processual acusatório exclui a colaboração do imputado com a acusação que seja fruto de meios capciosos ou transações, principalmente aqueles feitos às escuras. Indica, como única maneira de erradicar a prática da negociação e escambo entre confissão e delação por redução de sanções, a vedação legal de atribuir qualquer relevância penal ao comportamento processual do imputado e também para a determinação da pena.

Da mesma forma, Gomes Filho (1997, p. 113) entende que as disposições legais que induzam direta ou indiretamente à autoincriminação são incompatíveis com o princípio da presunção de inocência.

Haddad (2005, p. 356) considera que existe um termo médio. A premiação à colaboração com a instrução quando não há constrangimento ou coação não afeta os direitos consagrados aos próprios investigados e acusados. Argumenta que:

a presunção de inocência, instituída em benefício do acusado não é violada se, dada a liberdade de autodeterminação que comanda a conduta pessoal do réu, escolhe-se uma tese defensiva entre aquelas inseridas no conceito constitucional de ampla defesa. (HADDAD, 2005, p. 356).

Assim como o direito ao silêncio assegura a liberdade de consciência do indivíduo quando este é amplamente esclarecido sobre sua dimensão, há de se dispensar uma atenção especial ao esclarecimento do imputado sobre as consequências da colaboração espontânea para que não haja a mínima sensação de dever de fornecer elementos contrários a si para obter benefícios. Trata-se de escolher a melhor forma de defesa. Uma vez não vislumbrada a possibilidade de absolvição diante das provas apresentadas, minorar as consequências da condenação é fazer uso do princípio da ampla defesa.

Conclusão

É defeso exigir do imputado uma atitude positiva na persecução, é dizer, uma ação que acarrete prejuízo próprio, tampouco obrigar que tolere passivamente uma ação de terceiro que viole sua intimidade. Deve ser respeitada a vontade do imputado na produção da prova. O direito ao silêncio envolve também qualquer ação que redunde em possíveis responsabilizações penais. Obrigá-lo a agir é obrigá-lo a testemunhar em seu desfavor. Por isso, o silêncio desemboca no direito de inércia. A negativa não configura crime de desobediência previsto na legislação penal.

Estar descompromissado com a verdade quanto a fato que acarrete prejuízo à própria defesa não alcança os dados sobre a identificação e qualificação, bem como a imputação falsa de crime a si ou a terceiro, existente ou não. Justifica-se a configuração como delitos desses atos porque as respostas sobre a qualificação não trazem carga defensiva e a permissão do silêncio e da mentira estão adstritos à imputação. Quanto aos antecedentes, é discutível a punição do silêncio ou mentira do declarante uma vez que tais informações podem ser obtidas em banco de dados e a revelação influenciará negativamente na aplicação da pena.

Há tendência na legislação de prestigiar aquele que confessa a autoria do crime e colabora espontaneamente na elucidação do fato, seja indicando as circunstâncias, delatando os coautores ou partícipes ou procurando minorar as consequências de seu ato, beneficiando-o com diminuição de pena ou até excluindo-a. Esta premiação não deve ser interpretada pelo beneficiário como imposição ou ameaça, mas fruto de liberdade esclarecida como exercício da ampla defesa.

Referências:

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária II: personagens do processo penal*. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro*. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Volume 2 e 3. Campinas: Bookseller, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Crime de falso testemunho ou falsa perícia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MITTERMAIER, K. F. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1871.

MORAES, Maurício Zanoide de; MOURA, Maria Thereza R. de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 6, p.133-147, abr./jun. 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PALMA, Maria Fernanda. A constitucionalidade do artigo 342 do Código de Processo Penal: o direito ao silêncio do argüido. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 15, n. 60, p. 101-110, out./dez. 1994.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. Volume 1. 3. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

AS BASES CIENTÍFICAS DA SEGURANÇA PÚBLICA NAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICA E ZETÉTICA

*Sebastião Augusto de Camargo Pujol*¹

1. Introdução

A segurança pública é um dos temas mais discutidos na atualidade política. Essa temática preenche as manchetes dos principais periódicos de circulação regional e nacional. Não há filme premiado que não contenha crônica de violência e insegurança pública.

O Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (IBOPE) e a Confederação Nacional de Indústria (CNI) divulgaram em 12 de fevereiro de 2014 o resultado de pesquisa de opinião pública sobre assuntos políticos e administrativos, apontando que as deficiências dos serviços de saúde, segurança e educação constituem os principais problemas do país.

Quase metade da população brasileira (49%) entende que melhorar os serviços de saúde deve ser prioridade para o governo federal em 2014, ano de eleição do novo presidente da República. Em seguida, aparece o combate à violência e à criminalidade (31%) e a melhora da qualidade da educação (28%).²

Apesar de a segurança pública constituir um dos temas de maior relevância política o que se vê, na verdade, é um debate irracional e emocional como por exemplo nas propostas de estabelecimento da pena de morte e o retrocesso do limite mínimo de imputabilidade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesseis) anos como solução para o problema da criminalidade. Os defensores dessas propostas esquecem-se de que essas proposições contrariam o texto constitucional por violação das denominadas cláusulas pétreas.

É que a Constituição da República de 1988 estabelece no artigo 60, § 4.º, inciso IV, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1991), pós-graduado em Gestão de Segurança Pública e Privada (2005), mestre em Direito pela PUC-SP (2011) e professor do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) desde 2007.

² Resultado da pesquisa disponível no site <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Brasileiro-elege-saude-seguranca-e-educacao-como-prioridades-para-2014.aspx>. Acesso em 06 jul. 2014

garantias individuais. E no artigo 5.º, inciso XLVII determina-se que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX. Alfim, a Carta Magna define no artigo 228 que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos sujeitos às normas da legislação especial.

E mais ainda. O Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos (CEBELA), que é uma sociedade civil sem fins lucrativos, fundada em 19 de janeiro de 1982, na cidade do Rio de Janeiro, divulgou o Mapa da Violência no Brasil em 2014³, apresentando um panorama da evolução da violência dirigida contra os jovens no período compreendido entre 1980 e 2012, analisando dados das estatísticas criminais de Estados, capitais e municípios, vinculados a homicídios, suicídios e acidentes de transporte.

O marco inicial dessa pesquisa em 1980 se deu porque somente a partir do ano de 1979 o Ministério da Saúde passou a divulgar as informações do Subsistema de Informação sobre Mortalidade (SIM), a partir das certidões de registro de óbito exigíveis para fins de sepultamento nos termos da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).

O principal dado estatístico da evolução da mortalidade violenta *de 1980 a 2012* impressiona pelos quantitativos implicados, posto que nesse período morreram no Brasil :

- *1.202.245 pessoas vítimas de homicídio.*
- *1.041.335 vítimas de acidentes de transporte.*
- *216.211 suicidaram-se.*
- *As três causas somadas totalizam 2.459.791 vítimas.*

As considerações acima alinhavadas estão a desvelar a importância da temática da segurança pública na atualidade política. O assunto comporta vários ângulos de análise, podendo ser focado sob o aspecto científico, jurídico, político, filosófico ou sociológico. No presente caso optou-se pelo aspecto científico-filosófico, visto que a filosofia pode constituir-se num enfrentamento da realidade pelo pensamento crítico, notadamente pela perspectiva zetética.

³ Disponível no site http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf. Acesso em 08 jul. 2014.

2. As perspectivas zetética e dogmática da investigação científica

O jurista e filósofo alemão Theodor Viehweg - cujo pensamento foi difundido no Brasil por Tercio Sampaio Ferraz Junior⁴ – esclareceu que toda investigação científica encontra-se sempre às voltas com perguntas e respostas. Tem-se, pois, duas possibilidades de investigação de um problema : concentrando-se no aspecto da pergunta ou no aspecto da resposta. No primeiro caso tem-se um investigação zetética e no segundo caso uma investigação dogmática. Ao desenvolver essas reflexões Theodor Viehweg idealizou a *Tópica* como técnica do pensamento orientado para o problema.

Etimologicamente, *zetética* origina-se do grego *zetein* que significa indagar, perquirir e *dogmática* vem do grego *dokein* que tem o significado de ensinar, doutrinar. Toda investigação científica completa deve abranger aspectos zetéticos e dogmáticos. As questões zetéticas têm uma função especulativa inequívoca e são próprias do método filosófico de pensamento. As questões dogmáticas têm função diretiva explícita e são próprias da ciência jurídica.

Enquanto o enfoque dogmático parte da inegabilidade dos pontos de partida das normas jurídicas tendo em vista a questão da decidibilidade jurídica, o zetético parte da problematização dos fenômenos jurídicos com o escopo de atingir a maior aproximação possível da realidade social, eis que o Direito foi edificado para incidir na realidade social e não para coincidir com ela.

O método positivista do estudo do Direito é inegavelmente preponderante e isso proporciona maior segurança jurídica. Todavia a excessiva ênfase sobre o papel do direito positivo impede a necessária elasticidade para acompanhar a velocidade das mudanças sociais que tornaram a sociedade cada vez mais complexa.

Feito esse esclarecimento científico preliminar passaremos à reflexão da segurança pública sob as perspectivas dogmática e zetética. Vejamos.

3. A base científica da segurança pública sob a perspectiva dogmática : o juspositivismo (o pensamento sistemático)

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

O positivismo jurídico é uma teoria explicativa do fenômeno jurídico dedicada aos problemas de definição e de interpretação dos sistemas jurídicos. A postulação mais extremada do positivismo jurídico é aquela que foi defendida por Thomas Hobbes no século XVII para quem não existia outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, ou seja, fora do comando do soberano.

O citado filósofo deixou vasta bibliografia sendo que uma de suas últimas obras, intitulada *Diálogo entre um filósofo e um estudioso do direito comum da Inglaterra* representa uma defesa explícita ao positivismo jurídico. Nesse opúsculo o filósofo – que é o próprio Thomas Hobbes – combate o *Common Law* e o jurisconsulto – que é um discípulo de *Sir Edward Coke* - a defende.

Na concepção juspositivista do citado filósofo “[...] não é a sapiência mas sim a autoridade que cria a lei ... Direito é o que aquele ou aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem (...)”. Na perspectiva de Thomas Hobbes no estado da natureza os homens buscam a satisfação unilateral de suas necessidades, agindo de forma egoísta e agressiva instalando-se a guerra de todos contra todos. E assim é que surge o pacto social ou contrato social em que os súditos transferem parte de seus direitos ao soberano que passa a deter o monopólio do uso da força.

Por outro lado, o positivismo jurídico pode ser considerado um movimento de cultura jurídica que balizou a formação da denominada filosofia dos juristas do século XX que teve o seu momento culminante na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen. Dentre as possíveis tipologias do juspositivismo adota-se neste trabalho a perspectiva do saudoso jurista italiano Norberto Bobbio, a saber : 1) o positivismo jurídico como *método* para o estudo do direito; 2) o positivismo jurídico como *teoria* do direito (positivismo em sentido amplo a contemplar a teoria coativa do direito, a teoria legislativa do direito e a teoria imperativa do direito); 3) o positivismo jurídico como *ideologia* do direito (positivismo moderado a considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito).

Seguindo essa perspectiva juspositivista a segurança pública pode ser examinada pelo arquétipo constitucional. A doutrina constitucional raramente se debruça sobre o tema da segurança pública. Do ângulo individual a segurança é um direito fundamental vinculado à

tranquilidade de espírito. É o que reza o artigo 5.º, *caput*, da CF/1988. Do ângulo coletivo ou comunitário segurança é condição do bem comum e consiste na paz e tranquilidade da ordem. A razão de ser do Estado é a segurança da comunidade.

O constitucionalista José Afonso da Silva⁵ anota que a expressão “segurança pública” utilizada no texto constitucional tem o significado de manutenção da ordem pública interna em contraposição a “segurança nacional” que se refere às condições básicas de defesa do Estado. E ordem pública seria uma situação de pacífica convivência social isenta de ameaça de violência.

Com efeito, no artigo 144 o constituinte proclama que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos e é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. No § 7º do artigo 144 determina-se que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil a segurança pública é atribuição precípua dos Estados-membros. Todavia, dela participa, também, em primeiro plano, a União, através da Polícia Federal, que atua na defesa contra determinadas infrações penais de alçada federal, nos termos do artigo 144, § 1.º, CF/1988 (ordem política e social, drogas etc).

4. A base científica da segurança pública sob a perspectiva zetética : a sociedade de risco no pós-modernismo (a tópica jurídica ou o pensamento por problemas)

Como se sabe vivemos a época da sociedade pós-industrial, marcada pela constante expansão dos riscos do convívio social. Daí a denominação de sociedade de risco marcada pela razão instrumental em busca da eficiência e da satisfação dos desejos.

No campo da segurança pública o que se percebe é o surgimento de novas formas de macro-criminalidade avolumando-se as modalidades de crimes contra os interesses difusos, tais como crimes contra o meio ambiente praticados por pessoas jurídicas, delitos contra a

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ordem econômica, organizações criminais transnacionais, lavagem de dinheiro, narcotráfico internacional, tráfico de pessoas, pedofilia, tráfico de órgãos, crimes tipificado na lei de biossegurança, tais como utilização ilícita de embrião humano, praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano, realizar clonagem humana e liberar ou descartar organismos geneticamente modificados (OGM) no meio ambiente.

É o fenômeno da globalização que impôs novos padrões coletivos de vida com incertezas e indeterminações quanto ao futuro, com ampliação da proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais, bem como antecipação da tutela penal para os crimes de perigo abstrato.

Nesse contexto vale pôr de resalto, com Arthur Kaufmann, o surgimento de uma nova ramificação da filosofia do direito, a dizer, a *filosofia do direito da pós-modernidade*, a se preocupar com os novos problemas da vida do homem, tais como a paz, alimento suficiente para todos, *vida segura*, problemas de energia nuclear, a biotecnologia, a genética humana etc.⁶

Nessa realidade polissêmica dos modos de ser contemporâneos destacam-se as questões de segurança pública e do sistema penal que merecem o devido exame sob o ângulo zetético, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal.

A necessidade dessa perspectiva zetética de análise da segurança pública teve o seu embrião em artigo publicado por Heleno Cláudio Fragoso na década de 80 intitulado “*Ciência e experiência do direito penal*”⁷, oportunidade em que foi examinada a crise com que se defrontava o Direito Penal com suas discrepâncias e incongruências entre a ciência e a experiência penal.

É que se elaborou um belo sistema científico de direito penal, com institutos penais sólidos ligados à teoria da norma penal, à teoria do crime e à teoria da pena. Nada obstante, indaga-se: tal sistema serve para quê? Encarcerar aquele indivíduo infrator da lei penal e conduzi-lo ao ambiente pernicioso do sistema penitenciário falido?

⁶ KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá-Colômbia: Editorial Temis S.A., 2007.

⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ciência e Experiência do Direito Penal*. In: *Lições de direito penal: parte geral* (apêndice). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

São essas indagações que configuram a perspectiva zetética da segurança pública e que levaram o Governo Federal a criar a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), órgão do Ministério da Justiça que tem como atribuições definir, implementar e acompanhar a execução da Política Nacional de Segurança Pública, incluindo os programas de prevenção e controle da violência e da criminalidade. Dentre suas atribuições constam a realização e o fomento de estudos e pesquisas que abordem o conhecimento mais aprofundado de determinadas práticas delituosas geradoras de insegurança e vitimização e de boas práticas sobre prevenção e a redução da violência, o desenvolvimento de novas tecnologias e técnicas de aprimoramento da gestão da política de segurança pública, dentre outros assuntos.

Com efeito, no Governo do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso foi editada a Medida Provisória n. 813, de 1.º de janeiro de 1995, criando a Secretaria de Planejamento de Ações Nacionais de Segurança Pública – *SEPLANSEG*. Mais tarde tal medida provisória foi convertida na Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. E a *SEPLANSEG* foi transformada na Secretaria Nacional de Segurança Pública – *SENASP* através do Decreto Federal n. 2.315 de 04 de setembro de 1997.

Na perspectiva zetética afirma-se : o maior inimigo do Estado Democrático de Direito é o crime organizado. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸ alerta que hoje em dia a segurança nacional é ameaçada antes de dentro que de fora. O problema de segurança pública é muito mais grave nas grandes aglomerações urbanas pelo incremento da criminalidade violenta.

Outra ilustração da perspectiva zetética de segurança pública deu-se pela criação, através da Lei n. 11.530, de 24 de outubro de 2007, do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) que constituiu verdadeiro marco das políticas públicas de segurança no Brasil, na medida em que passou a compreender a segurança pública como uma questão transversal a demandar a intervenção integrada de várias áreas do poder público no campo da prevenção e da repressão.

O caráter interdisciplinar e zetético do PRONASCI emerge das 17 (dezessete) diretrizes elencadas no artigo 3.º da Lei n. 11.530/2007, a saber : I - promoção dos direitos

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Segurança nacional e segurança pública no Brasil. In: *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2.º Edição, 2009.

humanos, intensificando uma cultura de paz, de apoio ao desarmamento e de combate sistemático aos preconceitos de gênero, étnico, racial, geracional, de orientação sexual e de diversidade cultural; II - criação e fortalecimento de redes sociais e comunitárias; III - fortalecimento dos conselhos tutelares; IV - promoção da segurança e da convivência pacífica; V - modernização das instituições de segurança pública e do sistema prisional; VI - valorização dos profissionais de segurança pública e dos agentes penitenciários; VII - participação de jovens e adolescentes, de egressos do sistema prisional, de famílias expostas à violência urbana e de mulheres em situação de violência; VIII - ressocialização dos indivíduos que cumprem penas privativas de liberdade e egressos do sistema prisional, mediante implementação de projetos educativos, esportivos e profissionalizantes; IX - intensificação e ampliação das medidas de enfrentamento do crime organizado e da corrupção policial; X - garantia do acesso à justiça, especialmente nos territórios vulneráveis; XI - garantia, por meio de medidas de urbanização, da recuperação dos espaços públicos; XII - observância dos princípios e diretrizes dos sistemas de gestão descentralizados e participativos das políticas sociais e das resoluções dos conselhos de políticas sociais e de defesa de direitos afetos ao Pronasci; XIII - participação e inclusão em programas capazes de responder, de modo consistente e permanente, às demandas das vítimas da criminalidade por intermédio de apoio psicológico, jurídico e social; XIV - participação de jovens e adolescentes em situação de moradores de rua em programas educativos e profissionalizantes com vistas na ressocialização e reintegração à família; XV - promoção de estudos, pesquisas e indicadores sobre a violência que considerem as dimensões de gênero, étnicas, raciais, geracionais e de orientação sexual; XVI - transparência de sua execução, inclusive por meios eletrônicos de acesso público; e XVII - garantia da participação da sociedade civil

5. Conclusão

A investigação científica da segurança pública foi o tema escolhido para a presente reflexão porque a captação do fenômeno da violência constitui um dos eixos de compreensão de nossa época segundo a concepção do filósofo contemporâneo Éric Weil para quem a violência constituir-se-ia numa espécie de sombra que acompanha o ser humano. A própria

história da filosofia pode ser encarada sob a perspectiva da tentativa de superação da violência pela razão.

Por todo o exposto restou evidente que a segurança pública pode ser examinada cientificamente por dois pontos de vista diversos. O primeiro, tradicional, é o pensamento sistemático dogmático que supõe que todas as respostas encontram-se embutidas na atividade de subsunção dos fatos à norma de regência. Bem por isso, todas as indagações possíveis encontrariam respostas no artigo 144 da CF/1988 e leis infraconstitucionais. O segundo ponto de vista perfilha a tese do pensamento tópico, através do qual o intérprete do direito não se limita a compreender textos jurídicos integrantes do mundo do *dever ser*. Ao revés, o operador do direito deve também interpretar a realidade, problematizando-a em contraposição ao momento histórico e aos fatores reais de poder.

Assentadas esses dois arquétipos científico-filosóficos – pensamento sistemático e pensamento tópico-problemático – conclui-se com Claus Wilhelm Canaris e Judith Martins-Costa⁹ pela conjugação entre o pensamento tópico e o sistemático formando-se o *novo pensamento sistemático*, com interpenetração e múltipla complementação dos pensamentos sistemático (dogmático) e tópico (zetético).

Assim sendo, a segurança pública pode e deve ser refletida sob o ponto de vista dogmático com foco nas normas de regência, sobretudo aquelas contidas no texto constitucional. Todavia, há necessidade de que a segurança pública também seja examinada sob o crivo tópico-problemático (zetético). Juristas tradicionalmente positivistas como Norberto Bobbio, acompanhando as mudanças da sociedade pós-moderna, acabaram, com o tempo, flexibilizando seu pensamento dogmático-sistemático para uma postura tópica, levando em conta a função promocional do direito neste momento de metamorfose e passagem do Estado “garantista” para o Estado “dirigista”.

A ciência dogmática deve, destarte, aproveitar e incorporar a pesquisa zetética na segurança pública (sociológica, filosófica etc), fazendo com que o jurista saia de seu próprio casulo e passe a ter maior contato com os filósofos e cientistas sociais.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

Referências:

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Segurança nacional e segurança pública no Brasil. In: *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2.º Edição, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ciência e Experiência do Direito Penal. In: *Lições de direito penal: parte geral (apêndice)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá-Colômbia: Editorial Temis S.A., 2007.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

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

PERINE, Marcelo. *Filosofia e violência: sentido e intenção da filosofia de Éric Weil*. São Paulo: Loyola, 1987.

_____. *Ensaio de iniciação ao filosofar*. São Paulo: Loyola, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

*Clelia Gianna Ferrari*¹

1. Interpretação Jurídica na Atualidade

Tarso Genro diz que a modernidade propôs uma dupla possibilidade para a humanidade. Por uma delas, a realização da razão seria o desenvolvimento universal para um sistema social que concretizasse o princípio da igualdade formal, através da crescente redução das desigualdades reais no mundo moderno. Tal não aconteceu. Ao contrário, *o que ocorreu foi a pós-modernidade aprofundar a irracionalidade, aumentar as diferenças sociais e consolidar relações cada vez mais alienadas*. Foi isso o que os homens modernos fizeram da sua história. A razão foi assaltada, no sentido de ser despida de sua vocação humanizadora.²

Rizzatto Nunes ensina que a partir de meados do séc. XX, com o aumento da complexidade e a solidificação da sociedade de consumo em massa, o Direito modificou-se:

manteve seu aspecto punitivo, acrescido agora de um caráter organizador, condicionante e controlador, capaz de obter por antecipação os comportamentos desejados. Com isto o jurista tornou-se, além de sistematizador e intérprete, conselheiro, na medida em que, examinando as opções e oportunidades, passou a apontar quais os melhores caminhos a seguir.³

Lênio Streck discorre a respeito do resgate dos ideais modernos:

¹Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES; Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), em Jundiaí/SP; advogada em São Paulo, Jundiaí e Região.

²Tarso Genro apud STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Ed. Livraria do Advogado, 1999. p. 205.

³RIZZATTO NUNES, Luiz. *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3-4

O Direito, visto como instrumento de transformação social e não como obstáculo às mudanças sociais, encontrou guarida formal no Brasil, na Constituição de 1988. A forma desse veículo de acesso à igualdade prometida pela modernidade foi a instituição do Estado Democrático de Direito que, porém, longe está de ser efetivado. O que existe é uma imensa dívida social a ser resgatada. Considerando-se que o Estado Democrático de Direito destina-se, justamente para instrumentalizar o Direito como um campo privilegiado na concretização dos direitos sociais mediante o deslocamento do foco de decisão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário – e, levando-se em conta que a maioria dos direitos previstos na Constituição ainda não se realizaram, é possível afirmar que a dogmática jurídica tem obstaculizado para a efetivação/realização desses direitos.⁴

Rizzatto Nunes também afirma que “o Estado Democrático de Direito está ainda em construção. É preciso que a democracia formal se torne substancial real, efetiva, concreta.”⁵

Porém, como lembra Streck, “a repressão jamais pode confessar-se como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer-se sem encontrar oposição”.⁶

E discorre sobre os reflexos dessa realidade no campo da interpretação jurídica com propriedade, a saber:

Os operadores jurídicos também não conhecem suas possibilidades hermenêuticas de produção do sentido. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo campo jurídico sofrem dessa síndrome de Absula. Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que têm o skeptron, é dizer, a fala autorizada! Ao se consideram dignos de dizer o verbo. Perderam a fé em si mesmos. Como órfãos científicos, esperam que o processo hermenêutico lhe apontem o caminho da verdade, ou seja, a correta interpretação da lei. Enfim, esperam a fala falada, a revelação da verdade! (...) Frente ao texto jurídico instala-se a “barbárie”, algo do tipo “estado da natureza textual”, em face do qual o operador do direito deve fazer a opção pela civilização dogmático-interpretativa, mediante a delegação do processo hermenêutico-interpretativo em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico, que detem o skeptron. Dito de outro modo, a dogmática jurídica coloca o operador do direito frente ao seguinte dilema: optar entre a insegurança de um mundo representado por textos jurídicos plurívocos que (re)clamam sentidos, e o mundo da “segurança hermenêutica”, representado pelo consenso forçado/extorquido que a dogmática jurídica põe à disposição dos súditos. Como na metáfora do contrato social, o jurista acaba por delegar o seu “direito à produção do sentido”, ficando violado, desse modo, flagrantemente aquilo que, no âmbito

⁴ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit. p. 205-206.

⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz. Op. cit. p. 104-105.

⁶ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit. p. 207.

da compreensão hermenêutico-jurídica, pode-se denominar de “direito ao devido processo enunciativo.”⁷

Em razão das duas possibilidades colocadas aos operadores do direito – a *fala autorizada* ou a *escuta complacente* – abre-se uma divisão de classes entre eles: a dos que fazem o trabalho intelectual e a dos que o executam. Por consequência, além de o trabalho interpretativo envolver uma análise crítica dos dispositivos legais de forma a lhes atribuir um sentido, é necessário que esse sentido emergente do esforço do hermenauta seja capaz de originar um processo de circulação e de consumo desse mesmo sentido dentro da comunidade jurídica, para que possa produzir alguma alteração na ordem jurídica.⁸

Desse intenso esforço surgiram os atuais métodos e paradigmas da interpretação jurídica em geral e, em especial, da interpretação com base na Constituição Federal.

2. A Constitucionalização do Direito

Com o advento do Estado Democrático de Direito e do Estado Social, a Constituição Federal passou a constituir um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e a representar o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico, disponibilizando os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo⁹.

Como afirma Streck, “o plus normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade.”¹⁰

E não há como concretizar os objetivos postos na Constituição Federal sem que se outorgue efetividade aos princípios de direito nela estipulados, seja como vetor interpretativo das próprias normas constitucionais, seja na elaboração e aplicação das normas infraconstitucionais ou na integração das lacunas da lei.

Ademais, há que se pensar o princípio de direito como dotado de existência própria, emerso do princípio maior da dignidade humana e que se espargue num sistema jurídico-

⁷ Ibidem, p. 206-207.

⁸ Ibidem, p. 209-210.

⁹ Ibidem, p. 214.

¹⁰ Ibidem, p. 215.

principiológico hierárquico, congruente, pré-existente e orientador do sistema legal, oriundo da concepção ético-jurídica da nação e da humanidade, como um todo. Como tal, são fruto dos conceitos morais comuns ao homem contemporâneo, independentemente de diferenças sócio-culturais, econômicas e regionais entre os povos.

Tais conceitos foram alçados, num primeiro momento, a regras éticas a serem cumpridas pela humanidade. E, após terem sido introduzidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, foram sendo incorporados ao sistema jurídico dos países que contam com constituições legítimas, como princípios jurídicos, ou seja, como *máximas determinantes, pontos de partida ou diretrizes* da ordem jurídica.

Daí a relevância que Rizzatto Nunes lhes confere:

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a ser considerados, não só pelo aplicador do Direito, mas também por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. (...) Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai influir no conteúdo e alcance de todas as normas.¹¹

O princípio da dignidade da pessoa humana é o maior de todos os princípios gerais de direito, considerado *princípio-mãe* de todos os demais, no qual reside o cerne dessa razão ético-jurídica-universal. E, de fato, o é, porque não há como se falar em justiça, igualdade, liberdade, solidariedade, equilíbrio, boa fé, etc., sem que se esteja, em última instância, tratando de dignidade, no sentido do respeito que é devido, não só à condição de “*ser humano*”, inata e inerente a cada homem indistintamente e à própria raça humana, como um todo, mas também, às suas necessidades básicas de sobrevivência no mundo.

Alçada ao patamar de fundamento da Nação Brasileira pelo art. 1º, III da Constituição Federal e constituindo, portanto, princípio constitucional máximo, a dignidade humana vem se espargir – *tem de se espargir* – como vetor, por todo o ordenamento jurídico.

Rizzatto Nunes diz que “é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema jurídico posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”.¹²

¹¹ RIZZATTO NUNES, Luiz. Op. cit. p. 355.

¹² Idem. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

É que, mais que nunca, o homem e sua dignidade são – *devem ser* – os destinatários do Direito e da ordem jurídica, tendo o respeito aos princípios constitucionais sua mais legítima força de proteção, até porque, ainda nas palavras do jurista,

são o ponto mais importante do sistema normativo. Eles são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper. (...) O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável o entendimento e a aplicação das normas jurídicas com que ele se conecta.¹³

Como lembra Bonavides, princípios valem, regras vigem. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica. Princípios *não são apenas lei*, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. Daí que, para Bandeira de Melo, a violação de um princípio passa a ser mais grave que a transgressão a uma regra jurídica porque implica na ruptura da própria Constituição¹⁴.

Por outro lado, Rizzatto Nunes ensina que, “no mundo contemporâneo o alto grau de complexidade oferece ao indivíduo muitas possibilidades de ação (aliás, mais do que ele pode realizar). Com isso, as normas não conseguem dar conta de todo o volume de situações que emergem diuturnamente no meio social”.¹⁵

E afirma que tais espaços vazios não estão no sistema jurídico, mas sim, nas normas jurídicas. Sua colmatação será sempre possível, mediante interpretação do próprio sistema jurídico, como um todo.¹⁶

Nesse contexto de diversidade e celeridade, a tendência é que os princípios de direito venham a assumir cada vez mais a função de elemento norteador da colmatação. Isto porque, como o sistema jurídico e suas normas são estabelecidos com base em princípios – idéias,

¹³ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Op. cit.* p. 216-217.

¹⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277.

¹⁶ *Ibidem*.

conceitos, objetivos primeiros – evidentemente que, à falta de norma jurídica que discipline especificamente um determinado tipo de conflito ou situação, o julgador, ao remeter-se na direção do respectivo princípio norteador do sistema, preencherá automaticamente a lacuna da norma, produzindo decisão jurídico-legal que encontra fundamento e justificativa no próprio sistema em vigor.

Surge daí, a amplitude de relevância da Constituição Federal e dos princípios éticos-normativos dela oriundos, como instrumentos fundamentais na solução de conflitos que, devido à celeridade das relações havidas em sociedade, nem sempre são previstos ou previsíveis na norma comum.

E, assim como as normas legais implementam, especificam e favorecem a efetividade das normas constitucionais – mais amplas e gerais – assim também os princípios legais tratam de gerir, especificar e direcionar a realização dos princípios gerais que, uma vez impostos por dispositivos constitucionais, vem dotados, como se disse, de coercibilidade máxima e se traduzem na base de todo o sistema jurídico. Configuram um sistema principiológico destacado, integrado, hierárquico e igualmente piramidal, que serve de pano de fundo sobre o qual se constrói o sistema legal.

Ademais, com Streck, diga-se que:

A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve se auto sustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infra-constitucional, devem ser interpretados de acordo com aquele,¹⁷

E o que sustenta os preceitos constitucionais nos regimes democráticos é sua legitimidade, uma vez que as leis têm como fonte legítima primária, no dizer de Goffredo Telles Junior, “a comunidade a que dizem respeito; o Povo, ou o setor do Povo ao qual elas interessam – comunidade e povo em cujo seio as idéias das leis germinam, como produtos naturais das exigências da vida”¹⁸

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit. p. 227-228.

¹⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 206.

Portanto, considerando de um lado, a celeridade com que as relações jurídicas nascem e se desenvolvem no seio da sociedade e, de outro lado, o *poder legítimo* inerente ao comando principiológico constitucional, é de se sustentar que, mesmo havendo norma legal disciplinando um determinado caso concreto, as peculiares específicas do caso podem exigir do intérprete o afastamento da norma, em prol da realização dos objetivos maiores contidos na norma constitucional principiológica.

A nosso ver, tal proposta não implica em decisão *contra legem*, e, menos ainda, na adoção de teorias como a do Direito Livre ou do Direito Alternativo. Implica, pura e simplesmente, em se subsumir o caso concreto ao garantismo constitucional que lhe é de direito, e que se dá por meio da aplicação efetiva dos princípios e objetivos consagrados na lei máxima. Até porque a norma legal não pode funcionar como empecilho à efetividade do princípio constitucional e nem tem o poder de limitá-lo. Ao contrário: a norma infraconstitucional, no momento de sua aplicação, deve produzir um efeito tal que lhe confira efetividade. E, se isso não se dá, então, sua aplicação deve ser afastada em prol da incidência e realização da norma principiológica constitucional.

Ademais, como lembra Lênio Streck, “não se pode confundir Direito Positivo com positivismo e dogmática jurídica com dogmatismo, e tampouco se pode cair no erro de opor a crítica (ou o discurso crítico) à dogmática jurídica. [...] O direito não pode (mais) ser visto como sendo tão-somente uma racionalidade instrumental”.¹⁹

E, nas palavras de Luiz Carlos Branco, “a segurança jurídica não advém do texto escrito, mas dos valores consagrados por um Estado”.²⁰

Tendo em vista que a operacionalidade do Direito, por meio do garantismo, prega, entre outras coisas, que a Constituição em sua totalidade deve ser o paradigma hermenêutico de definição do que seja um texto normativo válido ou inválido, propiciando toda uma filtragem dos dispositivos infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior, tem-se que nada há mais importante imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Daí que os juízes e os Tribunais não podem negar sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição. Consequentemente, no campo da operacionalidade do Direito, no

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. Op. cit. p. 25-26.

²⁰ BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade Proporcionalidade e Razoabilidade*. RCS Editora. 2006. p. 60

momento em que alguém requer a aplicação do princípio da interpretação conforme, e não for atendido, já estará apto a interpor recurso extraordinário constitucional, uma vez que já estará atendido o requisito do prequestionamento. É direito da parte que o princípio seja aplicado.²¹

Portanto, a Constituição Federal como atual paradigma da interpretação moderna é fundamental ao implemento e manutenção do Estado de Direito, porque, por ela, permite-se ao intérprete, juízes e Tribunais, conferir efetividade aos princípios e garantias constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade da decisão.

Referências:

- BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade Proporcionalidade e Razoabilidade*. RCS Editora. 2006.
- RIZZATTO NUNES, Luiz. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.
- _____. *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- STRECK, Lênio Luiz – *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Ed. Livraria do Advogado, 1999.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

²¹ Ibidem, p. 221.

LA CONSTITUCIÓN Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: “*O mito da Suprema Corte*” em Enterría e o Supremo Tribunal Federal

João Jampaulo Júnior¹

Eduardo Garcia Enterría em sua obra intitulada “*La Constitución y El Tribunal Constitucional*”,² aborda o tema do controle da constitucionalidade destacando a criação norte-americana da “*Judicial Review*”, salientando a sua importância para o sistema constitucional já que, reelaborada por Kelsen, seu ponto inicial é que a Constituição é uma norma jurídica e não uma norma qualquer. É a primeira das leis, é a lei superior, onde se encontram esculpidos os supremos valores de um determinado ordenamento. Essa supremacia aparece assim, como o fundamento de todas as normas jurídicas do sistema.

Enterría observa que a Constituição Americana de 1787 consagra expressamente que a Lei Fundamental é o supremo direito da terra, e assim, vincula os juizes, prevalecendo mesmo sobre disposições contrárias das Constituições ou Lei dos Estados membros, daí a razão de citar o caso *Marbury x Madison* onde o Juiz Marshall decide aplicar a Constituição em detrimento da lei federal com ela incompatível, surgindo, destarte, o princípio capital de Direito Público norte-americano consistente na obrigação mais forte, na vinculação do juiz à Constituição.

O autor ressalta que para o povo americano, o signo que representa a liberdade e a perpetuação das leis e respeito às normas está refletido na imagem da *Suprema Corte*, e não na imagem do Presidente. Compete assim à Suprema Corte fazer respeitar as normas e os princípios constitucionais, e as suas decisões produzem efeito “*erga omnes*”, sendo que a declaração de inconstitucionalidade torna nula a lei e, conseqüentemente, todos os efeitos por ela produzidos.

O *mito da Suprema Corte* para o povo americano, na análise do autor, caracteriza-se pelo fato de que a Constituição se torna um instrumento elaborado pela providência divina, onde os legisladores constituintes equiparam-se a santos e os juizes do Supremo Tribunal

¹. Mestre e Doutor em Direito do Estado (Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

² Comentário e reflexão sobre texto da obra de ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 127-128.

aparecem como sumo sacerdotes, guardiões do texto sagrado no Palácio de Mármore. Compete assim, àquele Tribunal, aplicar a Constituição e impedir que ela seja desrespeitada sob qualquer forma. Havendo conflito entre a norma comum e a norma constitucional, esta sempre prevalecerá determinando a invalidez da norma infraconstitucional. Criou-se dessa forma a revisão judicial - “*judicial review*” - como controle judicial sobre a constitucionalidade das leis.

Entre nós, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal detém competências que se aproximam da Suprema Corte Americana, pois é através dele que se dá a última palavra sobre a constitucionalidade ou não das leis. Sua decisão, igualmente, produz efeitos “*erga omnes*”. As decisões do Supremo Tribunal Federal apresentam uma característica própria que é o envio do decisório ao Senado Federal que, por intermédio da expedição de Resolução, reproduz os efeitos da sentença.

Como crítica, destacamos o fato de que muitas vezes as decisões do Supremo Tribunal Federal adotam um cunho mais político que jurídico. Talvez isso ocorra, em face da maneira como se processa sua composição e a indicação dos Ministros que o compõe, onde o elemento político é determinante.

Referências:

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

MAZELAS DA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL

*Alexandre Barros Castro*¹

Em qualquer país onde os ideais democráticos preponderam, a tributação objetiva retirar parcela de riqueza de uns, mais abonados, a fim de concentrando-a no Estado, reparti-la em seguida aos menos abonados.

O que vemos por aqui, desde sempre, é que aquilo que se arrecada via impostos e afins serve em verdade para sustentar um Estado paquidêmico, ineficaz e improdutivo, quando não criminoso, ante a malversação do dinheiro público que nossos governantes insistem em empreender.

Planejamento tributário é algo fora da agenda deste ou de qualquer outro governo. A bola da vez agora é o IPI incidente sobre os veículos. Desta feita um aumento de cerca de 30% sobre os carros importados que não tenham certo coeficiente de nacionalização. A alegação é que há que proteger a indústria nacional. A pergunta a ser feita é: a que indústria nacional refere-se o governo?

Desde quando FIAT, FORD, GM, VOLKS são nacionais? Dentre essas montadoras qual desenvolveu tecnologia em nosso país, a fim de evitar a remessa brutal e imoral de lucros que canalizam para suas matrizes no exterior? De estranhar que tal barreira protecionista não tenha sido erguida para defender a verdadeira indústria nacional, como p.ex., a ceramista, de fiação e tecelagem, ou ainda de produção de alimentos, que nós que vivemos e trabalhamos em Jundiaí não vemos mais em nossas terras...

Bem sabemos como tais setores foram defendidos por nossos governantes içados por conchavos palacianos às torres de marfim em que de há muito se transformou Brasília. Não há como negar que tal abusivo e inesperado aumento do IPI empurre os chineses e coreanos a instalar suas fábricas em países como Argentina ou México, mais atraentes do ponto de vista fiscal.

¹ Presidente da 33ª Subsecção da OAB (2004-06), Conselheiro Estadual da OAB/SP (2007-09), autor de diversas obras jurídicas, professor universitário e advogado em Jundiaí.

Curioso lembrar que estes países têm acordos de tributação com o Brasil, de modo que as montadoras lá instaladas, terão um incremento nas exportações feitas para cá, criando empregos naquelas terras e não por aqui.

Em suma, uma vez mais se atesta a linha de agir que norteia nossa política fiscal: *quanto mais se legisla, menos se arrecada.*