

Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

ISSN 1415-4951

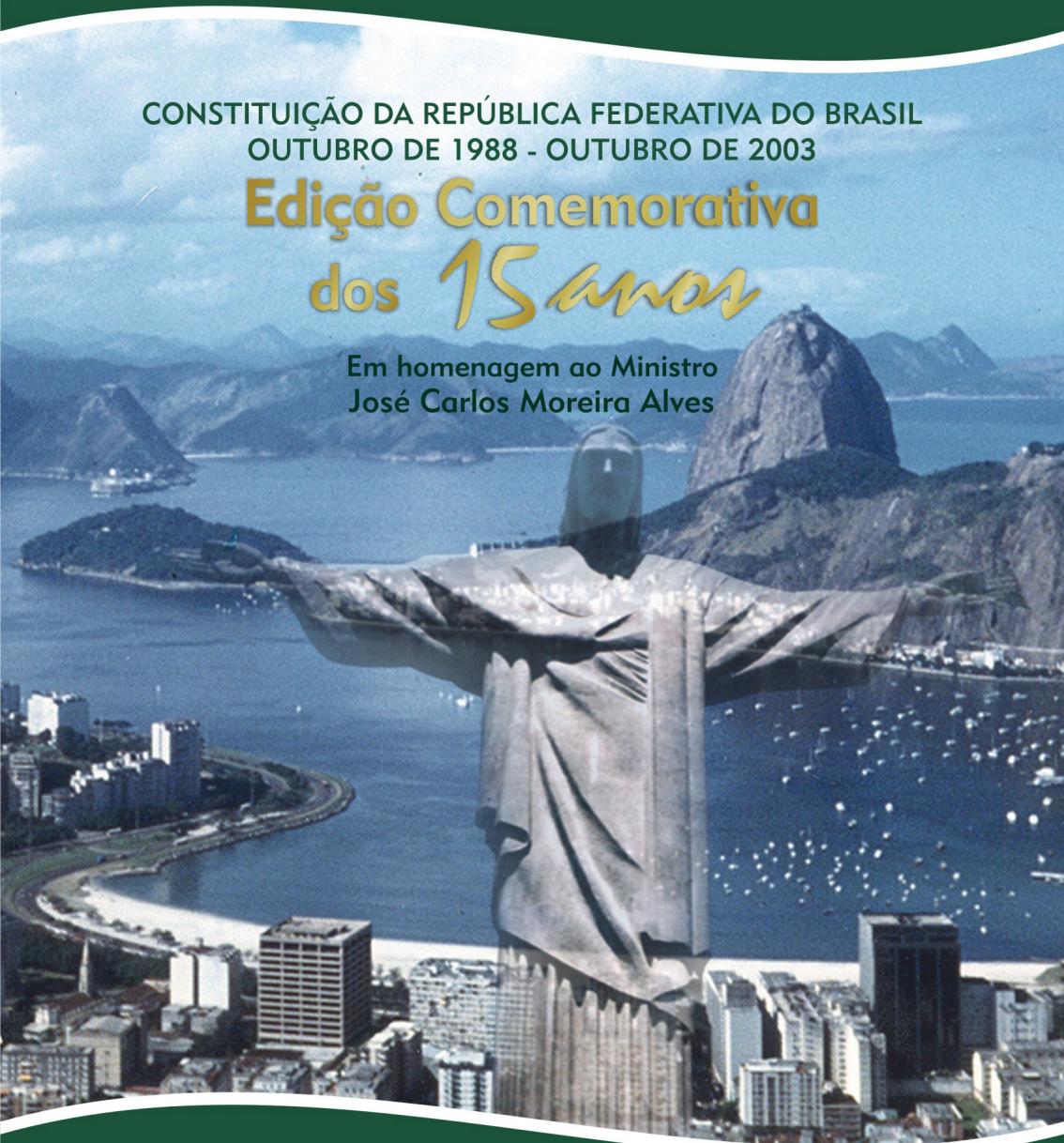
Vol. 6
Nº 23
2003



CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
OUTUBRO DE 1988 - OUTUBRO DE 2003

Edição Comemorativa dos 15 anos

Em homenagem ao Ministro
José Carlos Moreira Alves





OS 15 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Oscar Dias Corrêa - Ministro do STF

A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO BRASILEIRO

Luis Roberto Barroso - Procurador do Estado/RJ

O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DA RELIGIÃO E DA BENEFICÊNCIA

Célio Borja - Ministro STF

TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E A METÁFORA DO ESTATUTO JURÍDICO CONCEITUAL DA VIOLENCIA FAMILIAR

Luiz Edson Fachin - Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR

EFEITOS DA CONSTITUIÇÃO. CLÁUSULA DA BOA-FÉ NO CDC E NO CÓDIGO CIVIL

Gustavo Tepedino - Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ

PROPRIEDADE, POLÍTICA URBANA E CONSTITUIÇÃO

José dos Santos Carvalho Filho - Procurador de Justiça (RJ)

EXTENSÃO DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Carlos Roberto Siqueira Castro - Subprocurador da República. Prof. da UERJ e PUC/RJ

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS PENais

Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho - Juiz de Direito do TJ/RJ

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Roberto de Abreu e Silva - Desembargador do TJ/RJ

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA E SUA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL

André Gustavo C. de Andrade - Juiz de Direito do TJ/RJ

© 2003, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sérgio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Wagner Alves e Valéria Monteiro de Andrade; Editoração website: Geórgia; Kitsos Capa: Geórgia Kitsos e André Amora; Revisão ortográfica: Suely Lima e Rosa Xerfan.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 3.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

Rio de Janeiro:

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

V.1, n.4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração
Jurídica Interamericana

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

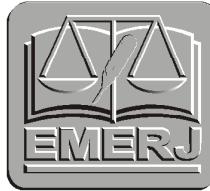
Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 2533-6642 / 2533-5644 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sergio Cavalieri Filho

Conselho Consultivo

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des^a. Leila Maria Carrillo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino

Des. Sidney Hartung Buarque

Coordenador Administrativo

Des. Décio Xavier Gama

Coordenador Geral de Ensino

Paulo Roberto Targa

Chefe de Gabinete

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

MINISTRO MOREIRA ALVES

Esta edição especial da **Revista EMERJ** tem por finalidade comemorar os 15 anos da Constituição Brasileira e homenagear um dos seus mais notáveis intérpretes, o Ministro José Carlos Moreira Alves.

O nosso homenageado destacou-se na sua brilhante carreira como jurista, legislador, professor, conferencista, magistrado e estadista; foi um dos poucos brasileiros que exerceu a Presidência dos três Poderes da República em diferentes oportunidades.

Como professor, iniciou a sua carreira na Faculdade Nacional de Direito da antiga Universidade do Brasil, na qual havia se bacharelado em 1955 e concluído o Curso de Doutorado em 1957. Lecionou, na mesma Faculdade, como livre docente e, posteriormente, como catedrático interino, nas cadeiras de Direito Civil e Romano (1965 a 1968).

Depois, desde 1968, tornou-se professor catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e, a partir de 1969, na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Desde 1974 leciona na Universidade de Brasília. Em 20 de junho de 1975 passou a integrar o Supremo Tribunal Federal, do qual foi Presidente de 21 de agosto de 1981 a 11 de novembro de 1982.

Possui numerosas obras e trabalhos publicados, tais como **Direito Romano** (1º e 2º volumes); **Direito das Obrigações**; **Direito de Família**; **Direito das Sucessões**; **A Retrovenda**; **Da Alienação Fiduciária em Garantia**; **Os efeitos da Boa-fé no Casamento Nulo, Segundo o Direito Romano**; **A Forma Humana no Direito Romano** e outros, além de um

número sem conta de trabalhos publicados em revistas especializadas.

Como legislador, o nome do Ministro Moreira Alves passará para a história como membro da comissão de juristas que elaborou o Projeto do Código Civil de 2002, a convite do Presidente da Comissão, Doutor Miguel Reale. Exerceu a função de Presidente da República como substituto, eventual. Em outra ocasião, também por força de seu cargo de Presidente do STF, presidiu a Sessão do Congresso Nacional, na promulgação da Constituição de 1988 (5/10/1988).

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro foi sempre prestigiada e teve a colaboração do Ministro Moreira Alves desde suas origens, através de conferências e palestras em Congressos, Seminários e nos Cursos de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

A EMERJ, em nome de todos os seus professores, dos magistrados fluminenses e dos autores que participaram deste número da **Revista EMERJ**, manifesta seus agradecimentos ao Ministro Moreira Alves por tudo que realizou e ainda realizará pela Justiça Brasileira e pelo Direito em geral, mormente na Suprema Corte em defesa intransigente da nossa Constituição.

SUMÁRIO

Os 15 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

15

Oscar Dias Corrêa – Ministro (Aposentado) do Supremo Tribunal Federal
1.Homenagem. 2. A Constituinte e a aplicação do Texto. 3. Preocupação de valorização do Legislativo. Excessos: art. 49, V e X. 4. Reação do Executivo. 5 A extensão do Texto e consequências. 6. O plebiscito. 7. Falso aproveitamento do ADCT. 8. O desequilíbrio das contas da União, dos Estados e dos Municípios. 9. A reeleição. 10. O “pacto federativo”. 11. A ordem, econômica. 12. As Agências Reguladoras. 13. O Judiciário. 13.1. A legitimação do art. 103. 13.2. A audiência prévia da Procuradoria Geral da República. 13.3. O Estatuto da Magistratura. 13.4. A falha no desafogo dos Tribunais. 14. A desfiguração do Texto de 1988.. A disciplina da lei.

O COMEÇO DA HISTÓRIA. A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO BRASILEIRO

25

Luis Roberto Barroso – Procurador do Estado. Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Yale.
Ana Paula de Barcellos - Professora Assistente de Direito Constitucional da UERJ. Mestre em Direito.

Introdução. A pré-história constitucional brasileira. *Parte I:* A nova interpretação constitucional. I.Tradição e modernidade: uma nota explicativa; II. Pós-positivismo e a ascensão dos princípios; III. Princípios e regras, ainda uma vez; IV. Ponderação de interesses, bens, valores e normas. V. Teoria da argumentação. *Parte II:* Princípios constitucionais. I. Princípios instrumentais de interpretação constitucional: I.1. Princípio da supremacia da Constituição. I.2. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público. I.3. Princípio da interpretação conforme a Constituição. I.4. Princípio da unidade da Constituição. I.5. Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. I.6. Princípio da efetividade. II Os Princípios Materiais. Uma Classificação: II. 1. Princípios fundamentais. II. 2. Princípios gerais. II. 3. Princípios setoriais. III . Modalidades de Eficácia dos Princípios. III. 1. Eficácia positiva ou simétrica. III. 2. Eficácia interpretativa. III. 3. Eficácia negativa. III. 4. Eficácia vedativa do retrocesso. IV. Alguma Aplicações Concretas dos Princípios Materiais.Conclusão.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS POSSIBILIDADES HERMENÉUTICAS DE EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: UM BALANÇO CRÍTICO NOS QUINZE ANOS DA CONSTITUIÇÃO

66

Lenio Luiz Streck – Procurador de Justiça – RS

I. Apré-compreensão hermenêutica: de como "pré-juízos" inautênticos acerca do sentido da Constituição acarretaram prejuízos ao intérprete. 2. "Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast" (tradução no rodapé) 3. Considerações finais. A Constituição que ainda constitui. A necessidade de um processo de resistência constitucional como compromisso ético dos juristas.

O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DA RELIGIÃO E DA BENEFICÊNCIA

96

Célio Borja – Ministro (aposentado) do Supremo Tribunal Federal – Professor (aposentado) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Introdução. A Imunidade da Contribuição Previdenciária. As instituições religiosas e a filantropia. Utilidade Pública. O Estatuto Constitucional da religião. Efeitos da constitucionalização da isenção. Conversão em Imunidade. Não instrumentabilidade da imunidade (isenção). Constituição da Isenção. Efeito declaratório do ato de reconhecimento da beneficência. O que é a beneficência. A relação de serviço nos institutos católicos: seu *status* constitucional. Especialidade jurídica da agremiação religiosa. Sua irrelevância para a ordem normativa estatal. Serviço divino e relação de emprego. Filantropia e proibição de remunerar. Conteúdo específico da relação de serviço na vida consagrada. Manutenção e subsistência nas ordens religiosas. Não ocorrência de salário indireto. Personalidade Jurídica e Responsabilidade Tributária. A gratuidade da Prestação de Serviço. A base de cálculo da gratuidade. Subsídio à assistência a carentes. Serviços e benefícios a empregados. Exigência retroativa da gratuidade.

Os LIMITES DO *Ius PUNIENDI* DO ESTADO

113

Álvaro Mayrink da Costa – Desembargador do TJ/RJ – Presidente do Tribunal Regional Eleitoral

1. Evolução histórica. 2. Direito Penal e a segurança jurídica. 3. Garantias individuais e o Estado de Direito. 4. Os limites do Estado. 5. Conclusão.

TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E A METÁFORA DO ESTATUTO JURÍDICO CONCEITUAL DA VIOLÊNCIA FAMILIAR

132

Luiz Edson Fachin – Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRJ.

Nota Prévia: A Constituição de 1988 como centro de regulação jurídica principiológica do Direito de Família. O longo caminho que ainda resta entre o discurso e a prática tendo de permeio o novo Código Civil de 2002. O valor axiológico da Constituição de 1988. Introdução. 1. Morfologia dos papéis: parindo cativos? 2. A violência construída. 3. Fim do exílio voluntário: família plural, laboratório de sonhos? Conclusão

OS EFEITOS DA CONSTITUIÇÃO EM RELAÇÃO À CLÁUSULA DA BOA-FÉ NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL

139

Gustavo Tepedino – Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

Anderson Schreiber – Professor de Direito Civil da PUC – RJ.

1. Gênese da boa-fé objetiva no direito brasileiro. A boa-fé nas relações de consumo. A confusão entre os fins do Código de Defesa do Consumidor e a função da boa-fé objetiva. 2. A boa-fé objetiva no novo Código Civil. Riscos de uma invocação vazia der conteúdo. 3. A chamada tríplice função da boa-fé objetiva. A questão central dos deveres anexos. 4. Os limites da boa-fé objetiva. A função social e econômica do contrato. 5. O não-sacrifício de posições contratuais. A legitimidade das situações de vantagem. 6. A boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias. Os diferentes níveis de boa-fé. 7. Conclusão.

EXTENSÃO DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

152

Carlos Roberto Siqueira Castro - Subprocurador da República (aposentado). Doutor pela UFRJ. Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ e do Curso de Pós-Graduação da PUC-RJ.

Normas tutelares dos direitos e deveres fundamentais também para partes privadas nas relações sociais. A longa caminhada de oposição doutrinária e pretoriana até o estado teórico atual. A questão da igualdade jurídica e o silêncio do legislador a tornar lícito aos entes privados tratar desigualmente os seus semelhantes. A tônica, portanto, é a diversidade de tratamento sob a ótica liberal. Nesse

particular, contudo, a ordem liberal entende necessário que a Carta, ou o legislador, proíbam o *discrimen* (de salário, de sexo, idade, cor ou estado civil). Mas o homem vive em grupos sociais, na sociedade, em destino comunitário. Daí a extensão das normas constitucionais tutelares ao domínio das relações privadas. As ameaças sociais e suas novas fontes: A ameaça dos poderosos sobre os destituídos de influência. A opressão pode ser tanto pública quanto privada. A revisão, então, que se teve de fazer na aplicação das normas protetoras dos direitos humanos. Mas, seria absurdo admitir que a mesma pessoa pudesse ser livre perante o Estado, não o sendo em sociedade, ou seja, nas relações com os seus semelhantes. O coator particular, em caso de cárcere privado, contra quem se presta o *habeas corpus*.

PROPRIEDADE, POLÍTICA URBANA E CONSTITUIÇÃO

José dos Santos Carvalho Filho – Procurador de Justiça no Rio de Janeiro.

1) Introdução; 2) Propriedade; 3) Política urbana; 4) Lineamentos urbanísticos do Estatuto da Cidade; 5) Intervenções estatais na propriedade privada; 6) Conclusões.

168

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS PENais - A EFETIVIDADE E A PONDERAÇÃO DAS GARANTIAS AO PROCESSO PENAL

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho – Juiz de Direito do TJ/RJ. Coordenador de Direito Processual Penal da EMERJ e Coordenador de Mestrado da Universidade Estácio de Sá.

I - Introdução. II - Um introdutório exame do caso concreto. III - O Código de Processo Penal os princípios constitucionais como tábua de salvação. IV - A efetividade das garantias processuais penais. V - A colisão de Direitos Fundamentais e o Processo Penal. VI - Conclusão.

186

MECANISMOS DE DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE 1988: ESTADO DE DEFESA E ESTADO DE SITIO

Humberto Peña de Moraes - Defensor Público (RJ) aposentado. Professor e Expositor na EMERJ. e no CEPAD.

1 . Introdução. 1.1. Mecanismos constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas albergadas no Texto vigente e a titularidade do seu exercício. 1.2. Princípios regentes. 1.3.

198

Finalidade. 2. Estado de Defesa. 2.1 Conceito. 2.2. Fundamento constitucional. 2.3. Pressupostos de fundo. 2.4. Pressupostos de forma. 2.4.1. Prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional. 2.4.2. Decreto presidencial: conteúdo. 2.5. Duração. 2.6. Controles: político e jurisdicional. 2.6.1. Controle político . 2.6.2. Controle jurisdicional. 3. Estado de Sítio. 3.1. Conceito. 3.2. Fundamento constitucional. 3.3. Pressupostos de fundo. 3.4. Pressupostos de forma. 3.4.1. Prévia manifestação dos Conselhos da República e da Defesa Nacional. 3.4.2. Decreto Presidencial: conteúdo. 3.5. Duração. 3.6. Controles Político e jurisdicional. 3.7. Medidas excepcionais . 3.7.1. Estado de sítio decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional tomada durante o estado de defesa. - CF, Art. 137 Inc. I. 3.7.2. Estado de sítio decretado no caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira - CF, art. 137, Inc. II. 3.8. Imunidades parlamentares. 4. Conclusão.

HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Roberto de Abreu e Silva. Desembargador do TJ/RJ Doutor e Mestre em Direito pela U.G.F. Professor da EMERJ e do Mestrado da Universidade Estácio de Sá.

217

1. Visão estrutural das normas jurídicas no ordenamento positivo. 2. Princípios constitucionais e suas funções. 2.1. Princípio da unidade da Constituição. 2.2. Princípio da proporcionalidade. 2.3. O princípio constitucional *neminem laedere*. 3. A garantia e o fundamento constitucional da responsabilidade civil. 4. A positivação constitucional dos direitos da personalidade. 5. A integridade da vida humana como objeto de proteção constitucional. 5.1. A vida privada. 5.2. O direito à integridade moral. 5.3. Direito à honra. 5.4. Direito à intimidade. 5.5. Direito à imagem. 5.6. A Inviolabilidade da propriedade privada. 5.7. A hermenêutica constitucional da responsabilidade civil. 5.7.1. Técnicas de interpretação. 5.7.2 Métodos de interpretação. 5.7.3. Modos de integração normativa. 6. Solução de conflito de regras e de colisão de princípios. 7. Da sanção. 8. Quantificação minorada.

INFÂNCIA E JUVENTUDE: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONSOLIDADOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Tânia da Silva Pereira (Advogada e Professora da PUC/RIO). Carolina de Campos Melo (Mestre da PUC/RIO e bolsista da FAPERJ).

252

272

Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente. Direitos Fundamentais dispersos decorrentes de Tratados. Princípios Constitucionais. Princípio do melhor interesse da Criança. Conclusão.

A NORMATIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Daniel Sarmento - Procurador da República. Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da UERJ.

1. Introdução.
2. A Força Normativa da Constituição.
3. O Direito Privado em Busca de um Centro: do Código Civil à Constituição.
4. Conclusão.

298

AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Guilherme Peña de Moraes - Membro do Ministério Público (RJ) e Professor de Direito Constitucional da EMERJ, da FEMPERJ e do CEPAD.

1. Introdução.
2. Princípio da Igualdade.
3. Ações Afirmativas.
4. Fundamentação Filosófica.
5. Fundamentação Jurídica.
 - 5.1. África do Sul.
 - 5.2. Canadá.
 - 5.3. Estados Unidos da América.
 - 5.4. Brasil.
 - 5.4.1. Fundamentos Constitucionais.
 - 5.4.2. Fundamentos Legais.
 - 5.4.2.1. Constitucionalidade formal.
 - 5.4.2.2. Constitucionalidade material.
 6. Conclusão.

316

O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA E SUA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL.

André Gustavo Corrêa de Andrade – Juiz de Direito do TJ/RJ – Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ.

- I. A pessoa humana como fundamento, medida e fim de direito.
2. A dignidade da pessoa humana.
3. A dignidade humana como princípio fundamental.
4. A relação do princípio da dignidade humana com os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.
 - 4.1. Os direitos fundamentais.
 - 4.2. Os direitos da personalidade.
 - 4.3. Os direitos da personalidade como categoria distinta dos direitos fundamentais.
5. A concretização judicial do princípio da dignidade humana.

336

A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E DE EXECUÇÃO DO ESTADO EXTRANJERO NO BRASIL

Rodolfo Kronemberg Hartmann – Juiz Federal /2ª Região. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá. Expositor na EMERJ.

Litígios entre particulares e Estados Estrangeiros no território nacio-

nal. A primitiva imunidade absoluta. Abrandamento dessa posição ante as diversas atividades, e de relações até de caráter comercial, de muitos Estados. Assim, salvo quando o país pratica atos *jure imperii*, os estados estrangeiros, se em atuação em matéria de ordem privada respondem por suas obrigações.

TEXTO, NORMA E VALOR - A EVOLUÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - 1988

339

Nagib Slaibi Filho – Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ.

1. A consciência progressiva da Constituição.
2. Texto, norma e valor.
3. Ultrapassagem dos conceitos de constituição formal e material.
4. Interpretação conforme a Constituição e Declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto.
5. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.
6. A norma, “ainda”, constitucional.
7. Bloco de constitucionalidade.
8. A restrita dimensão das cláusulas pétreas.
9. Coisa julgada inconstitucional.

MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA. PLURALISMO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA – AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NOS EUA E NO BRASIL

360

Gustavo Binenbojm - Professor de Direito Administrativo da UERJ e de Direito Constitucional da EMERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

- I. Introdução: As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e seus dilemas teóricos.
- II. A “*fairness doctrine*”: origem, fundamentos, ascensão e queda.
- III. A regulação dos meios de comunicação de massa na Constituição de 1988.
- III-1. Antes e depois da Constituição de 1988.
- III-2. A Constituição e a versão brasileira da “*fairness doctrine*”.
- IV. Conclusão.

COLABORARAM NESTE NÚMERO

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, 113

ANA PAULA DE BARCELLOS, 25

ANDERSON SCHREIBER, 139

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE, 316

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, 152

CAROLINA DE CAMPOS MELO, 252

CÉLIO BORJA, 96

DANIEL SARMENTO, 272

GUILHERME PEÑA DE MORAES, 298

GUSTAVO BINENBOJM, 360

GUSTAVO TEPEDINO, 139

HUMBERTO PEÑA DE MORAES, 198

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, 168

LENIO LUIZ STRECK, 66

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, 186

LUIS ROBERTO BARROSO, 25

LUIZ EDSON FACHIN, 132

NAGIB SLAIBI FILHO, 339

OSCAR DIAS CORRÊA, 15

ROBERTO DE ABREU E SILVA, 217

RODOLFO KRONEMBERG HARTMANN, 336

TÂNIA DA SILVA PEREIRA, 252

Os 15 Anos da Constituição de 1988 (Breves anotações)

OSCAR DIAS CORRÊA

Ministro (aposentado) do Supremo Tribunal Federal.

1 - Transcorre a 5 de outubro próximo o décimo quinto aniversário da promulgação da Constituição de 1988, ocorrida no clima de euforia que substituiu as incertezas e dubiedades da Constituinte de 1987/1988, levando-a a impasses que o adiamento das resoluções resolveu.

Nada mais apropriado, pois, do que a publicação que a EMERJ ensaiava, demais disso prestando homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves, que, Presidente do Supremo Tribunal Federal, à época (1/2/1987), presidiu a sessão de instalação da Constituinte, e que, antes e depois disso, na Corte, deixou a marca indelével de sua atuação judicante, das mais nobres, cultas, dignas e operosas de nossa história.

Vale, portanto, na data, fazer breve exame da situação atual do texto, em alguns de seus aspectos, e de sua aplicação.

2 - Há doze anos, antes da Revisão (frustra) de 1993/94, procedemos a breve análise do Texto Maior (nossa **A Constituição de 1988-Contribuição Crítica**, Forense Universitária, 1991), com as críticas que lhe fizemos, antes e depois da elaboração, ao mesmo tempo em que reafirmávamos nosso compromisso de defendê-la e cumpri-la com todas as forças.

Em nenhum momento, para nós, representou isso a mais mínima resistência ao seu integral e escorreito cumprimento. Pelo contrário: se o jurista pode e deve buscar compreender e explicar o texto, e pode dele discordar, há que, em qualquer hipótese, aplicá-lo, com rigor e respeito, pois, afinal, ele garante a estabilidade das instituições e a vida, a honra e a liberdade dos cidadãos.

Isto afirmamos, textualmente:

"promulgada, passamos a aplicá-la e defendê-la, e, em nenhum instante, por mais discordássemos de muitos dos seus preceitos, deixamos de prestar-lhe obediência e respeito"(p. 2).

Se a Constituição é a mãe de todas as leis, e, como tal, deve resumir estabilidade, equilíbrio, harmonia para que bem possa contagiar toda a ordem jurídica, a Constituição de 1988 nasceu marcada pela instabilidade, pelo desequilíbrio, pela desarmonia, e o dissemos em oportunidade em que pareceu aos primitivos pregueiros de sua perfeição ataque inadmissível,

embora, depois, e não muito depois, fossem, aos poucos, ou precipitadamente, ingressando na fileira dos que lhe apregoavam os equívocos.

Não há negar que sua promulgação

"lavou a alma nacional, dando a sensação de que se fazia a Constituição de todos" (nosso **A Constituição** cit., p. 11).

Celso Bastos, encerrando seu histórico da Constituição de 1988, dá bem a idéia da situação em que se encerraram os trabalhos (**Comentários à Constituição de 1988**, com Ives Gandra Martins, v. 1º, p. 338):

"O clima de cansaço que a partir de um certo ponto se abateu sobre os constituintes e sobre a Nação, aliado à aproximação dos pleitos municipais, fez com que a Constituinte se voltasse para um trabalho denominado 'concentrado', que não deixou de trazer consigo uma grande dose de precipitação e inconsciência, surgindo ao final um clima festivo.

Fica contudo por se saber se a alegria era devida à sensação do bom trabalho realizado ou se ao alívio de ter terminado o que já se vinha tornando um verdadeiro tormento".

3 - O texto marcou-se de algumas preocupações evidentes.

A primeira delas, a reação valorizativa do Legislativo, contrastando com o período anterior (1964) de seu desprestígio.

Já o dissemos (ob. cit., p. 120):

"Na verdade, a Constituinte de 1987/88 começou sob o signo da reação contra o Executivo centralizador. Marcou-a o ímpeto da retomada de poderes, e ante a passividade do Executivo de então, teve a sensação de onipotência: tudo podia fazer e criar ex novo. A Constituinte agiu como se nada houvesse antes dela e devesse criar tudo, à sua imagem e semelhança, para que nada devesse ser criado depois dela".

Para isso, o novo texto superabundou ao dispor sobre as competências do Congresso Nacional, chegando às tentativas de *controle*, que temos, repetidamente, denunciado, como as do art. 49, V e X, ao tratar da competência exclusiva do Congresso Nacional.

Com efeito, em síntese, pelo inciso V, o Congresso reservou-se competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, o que, evidentemente, não lhe cabe, porque é função do Judiciário, envolvendo exame de legalidade e/ou constitucionalidade, que lhe é reservado; e pelo inciso X, dispôs-se não apenas a fiscalizar, mas a controlar, diretamente, por quaisquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, o que é inaceitável e fere a separação, independência e harmonia dos poderes, princípio cardeal do

Estado Democrático brasileiro.

4 - Essa supervalorização congressual não obteve êxito, porque a fragilidade do regime partidário instituído (art. 17), com a livre criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, possibilitou ao Executivo as manobras usuais em tais casos, sobretudo o uso do poder presidencial, que confere ou extingue benesses e beneficiários, exercendo força emoliente efetiva sobre as rebeldias parlamentares.

Acresceu a isso, a adoção das Medidas Provisórias (art. 62), que outorgaram ao Presidente da República a faculdade de regular, por ato individual seu, com forma de lei, e de vigência imediata, todas as matérias; e embora exigindo ocorrência de relevância e urgência, considerou altamente discricionária essa caracterização, com o que, praticamente, deu carta branca indiscriminada ao Presidente da República, para, legislador individual, unitário, tudo regular.

Delas se valeram todos, no mais amplo espectro e quantidade, balburdiando a legislação vigente, tumultuando os trabalhos legislativos, e ampliando, de forma inacreditável, o recurso ao Judiciário, agravando-lhe a condição, já então crônica, de sobrecarga de tarefas, agora agudizada.

A própria EC 32/2001, que regulou a edição das Medidas Provisórias, não bastou para conter a fúria legiferante do Presidente da República, que, embora em escala menor, continua a exercê-la com larguezza maior do que seria desejável, sem que o Legislativo reclame ou o Judiciário lhe oponha obstáculo: se o conceito de *relevância* indica certa discricionariedade, o de *urgência* é facilmente avaliável.

5 - Tudo isso agravado pela natureza e extensão do texto constitucional, inçado de referências a leis que o complementassem (publicação do Ministério da Justiça, logo depois da promulgação, listava mais de 500 leis para a integração do texto).

Com efeito, todas as vezes que, nas votações, duas posições antagonicas e formalmente sustentáveis se antepuseram, a Constituinte optou pela alternativa fácil de deferir a solução à lei (complementar ou ordinária), como demonstrou, cumpridamente a referida publicação sobre a edição de leis que deveriam ser votadas para tornar plenamente aplicável o texto constitucional, que, até hoje, em muitas de suas disposições, não se completou, e não vige.

De qualquer forma, votado o texto, pensaram muitos, de boa-fé, e outros tantos o apregoaram por esperteza, que os problemas estruturais do País estariam resolvidos. Criaram-se, assim, expectativas favoráveis e justificadas esperanças de que as soluções minorassem as angústias do povo.

Como disse Calamandrei (e repeti algumas vezes), em hipótese melhorante, em outubro de 1945, quando da votação da Constituição italiana:

*"... Como se a constituinte que esperamos devesse ser um consenso de taumaturgos oniscientes e onividentes, capaz de renovar, em poucos meses, toda a legislação italiana, da reforma agrária aos códigos, das leis financeiras às escolásticas, sem perder de vista as necessidades cotidianas da alimentação, da reconstrução, do desemprego, e assim, assim, até o jogo da loteria e os novos selos (*giuoco del lotto e ai nuovi francobolli*)."*

Para evitar o formar-se dessas expectativas messiânicas sobre a onipotência da Constituinte, que depois poderão converter-se em perigosas desilusões, é oportuno ter, desde já, idéias claras sobre aqueles que deverão ser os objetivos próprios e específicos dessa grande assembléia nacional: a qual não deve ser considerada como uma espécie de câmara dos deputados renovada, distinta da antiga só pela maior extensão, pela maior quantidade, poder-se-ia dizer, de poderes legislativos que nela se concentrará; mas deve ser, sobretudo, definida pela qualidade de seus poderes, ou seja, a competência especial que terá sobre matérias de caráter constitucional acerca das quais será chamada, só ela, a legislar" (Opere Giuridiche, Morano, Napoli, 1969, III, p. 161) (tradução do autor).

Aos poucos, porém, essas expectativas e esperanças se frustraram e o povo brasileiro verificou que as coisas continuaram como eram, senão agravadas pela experiência de novos institutos e novas soluções ainda não testadas na realidade.

A extensão do texto, constitucionalizando matérias que, a rigor, não deveriam merecer tal altitude, ainda mais ampliou a sobrecarga do Judiciário.

A conseqüência favorável dessa atitude foi a ampliação e concretização do conceito de cidadania, que, em bem do regime, se ampliou, pelo menos quanto à busca de direitos pelo homem comum, do que é exemplo a acentuada expansão de defesa dos direitos humanos e, em especial, os direitos do consumidor.

E só não foi maior a repercussão dos textos constitucionais porque, aos poucos, o povo se conscientizou de que os problemas estruturais não haviam sido resolvidos e havia que continuar a luta pela vida, nos moldes duros em que a enfrentava.

6 - A verdade é que, promulgada a Constituição, faltava cumprir a disposição do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que previa o plebiscito para deliberar sobre a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveriam vigorar no País. Até que isso se desse, a instabilidade era a marca inelutável do texto, pois a vontade popular poderia

alterá-lo fundamentalmente.

Ao dispor nesse sentido, o constituinte fez letra morta a cláusula pétreia da república, que as Constituições anteriores consagravam, demonstrando como o compromisso com essas normas estruturais pode ceder a injunções mais ou menos correntes em determinada época, jogando por terra convicções aparentemente arraigadas. O que nos faz acentuar que as "cláusulas pétreas" só o são para a geração que as ditou e suporta, de nada valendo tentar impô-las às que lhe sucederão.

Realizado em 21/04/93 o plebiscito e consagrados a república e o presidencialismo, a revisão constitucional, prevista no art. 3º do ADCT, não teve o que alterar, fundamentalmente, no texto, então vigente, a essa altura já modificado por quatro emendas constitucionais (1/92, 2/92, 3/93 e 4/93).

7 - E por mais estranho e injustificável que pareça e é, a E. C. Revisão 1/94 acrescentou os arts. 71, 72 e 73 ao ADCT, inaugurando prática inaceitável que logo se fez corrente: incluir no texto do ADCT dispositivos que não objetivam a passagem do regime constitucional vigente ao novo regime constitucional - e para isso criado o ADCT - mas servindo aos interesses e conveniências da hora, terreno aberto para receber os enxertos e modificações que não encontrassem lugar próprio no texto da Constituição.

E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, *normas de transição*, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora.

Constando, na forma original, de 70 artigos, a EC Revisão 1, de 1/3/94, acrescentou os arts. 71, 72 e 73, instituindo, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência.

Celso Ribeiro Bastos, comentando a Emenda (**Comentários** cit., 9º v., 1998, p. 535), acentua que "já pelo caráter transitório, fica evidenciada sua irrelevância constitucional".

A boa-fé e o senso jurídico do eminente e saudoso Mestre não captaram o significado da Emenda: abrir porteira para todas as enxertias, possíveis e inimagináveis, no texto, a fim de que o Executivo pudesse transformar o ADCT em apêndice eficaz de concretização de seus interesses, recheando-o de medidas que assumiram caráter constitucional para melhor servir à fúria legiferante do Executivo, em face de um Legislativo dócil e obediente.

E a prova é que a EC 10, de 4/3/96, modificava aqueles textos dos arts. 71 e 72 do ADCT, introduzidos pela EC Revisão 1/94. E logo depois a EC 12, de 15/08/96, introduzia o art. 74 no ADCT, para autorizar a União, a "instituir a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão

de valores e de créditos e direitos de natureza financeira", alterando, desta forma, o sistema tributário constitucional pela porta falsa do ADCT.

A EC 17, de 22/11/97, modificaria, de novo, os arts. 71 e 72, para estender o Fundo Social de Emergência; e a EC 21, de 18/3/99, o prorrogaria por mais trinta e seis meses, incluindo o art. 75 no ADCT; a EC 27, de 21/03/2000, acrescentaria o art. 76 do ADCT; a EC 29, de 13/09/2000, o art. 77 do ADCT; a EC 30, de 13/09/2000, o art. 78 no ADCT; a EC 31., de 3/12/2000, os arts. 79 a 83 do ADCT; a EC 37, de 12/06/2002, os arts. 84 a 88; e a EC 40, de 29/5/2003, o art. 52.

Mas, ainda insatisfeito, o governo arrancou do Legislativo dispositivos que não tinham lugar no texto e, assim, pela EC 25, de 13/2/2000, acrescentou-se o art. 29-A à Constituição; e pela EC 39, de 19/12/2002, acrescentou-se-lhe o art. 149-A, instaurando nova prática deplorável de balburdiamento desrespeitoso do texto constitucional, que, em breve, terá dispositivos com o mesmo número, de A a Z.

8 - Nada disso, entretanto, serviu para equilibrar a situação da União, dos Estados e dos Municípios. Vivendo não problema de receita - que cresce, inacreditavelmente, todos os meses - mas despesa, com a incontinência dos governos, entregues à preocupação da permanência no poder (principalmente depois que se votou a infeliz EC 16, de 4/6/97, que permitiu a reeleição do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos), a questão fez-se insolúvel.

Nem todas essas manobras serviram para retirar os entes públicos federativos de suas dificuldades, tanto que ora se intentam as reformas previdenciária e tributária, a fim de trazer à asfixiada novíssima república um pouco de oxigênio para que resista ao embate da realidade.

Por mais que a Constituição de 1988 tenha aumentado as receitas dos Estados e dos Municípios e que a União, para forrar-se, tenha inventado e criado contribuições de toda ordem, que lhe engordam inacreditavelmente a receita, a reclamação é geral; e o Poder Central, para atendê-las, escorcha mais e mais o contribuinte honesto, fomenta a sonegação dos desonestos e não promove a única solução autêntica de salvação pública que é o desenvolvimento humano, no seu sentido individual e social.

9 - A preocupação é com a permanência no poder, a todo preço e a qualquer custo. Disso surgiu a reeleição dos cargos de Chefia do Executivo Federal, Estadual e Municipal, com que se autoriza que o eleito para um mandato de quatro anos, no primeiro dia de exercício não pense em como cumprir os deveres do mandato, mas em como conseguir a reeleição que lhe conceda o tempo em dobro no gozo dos privilégios do poder e a possibilidade de perenizar o mando partidário.

Não esqueço o texto da Constituição Peruana de 9/4/1939 (infelizmente, depois, letra morta, lá como aqui):

"Art. 142. Não há reeleição presidencial imediata. Esta proibição não pode ser reformada nem derrogada. O autor ou autores de proposição reformatória ou derogatória, e os que a apoiem direta ou indiretamente, perderão, de fato, o desempenho de seus respectivos cargos, e ficarão permanentemente inabilitados para o exercício de toda função pública".

E se o controle da inflação foi a grande vitória nacional, nestes últimos anos, a reeleição, rejeitada, até aqui, em mais de cem anos de República, representou derrota inestimável.

10 - Quanto ao chamado pacto federativo, nenhum avanço houve: nossa Federação continua uma farsa, que todos reconhecem, mas atuam como se existisse: a União, já agora por meio de contribuições que cria, e que já representam mais de metade do orçamento, sonega o que pode à redistribuição dos Estados, a que só atende como forma de pressão nas votações das matérias de seu interesse; os Estados só entregam aos Municípios as migalhas que lhes não podem sonegar.

E os grandes problemas da Federação, como a Amazônia, cobiçada, perigosamente, pelas grandes potências, e o Nordeste, abandonado e excluído, continuam ignorados, como se de sua solução não dependessem a integração nacional e o próprio fortalecimento de nossa unidade e soberania. A esse respeito, a falta de implementação efetiva dos Planos Plurianuais de Investimento prejudica a continuidade da obra administrativa, que se faz de acordo com as conveniências ocasionais, e prejuízo da própria validade do esforço.

Nesse quadro, a reforma política que daria organicidade ao Estado Democrático, com Legislativo independente, forte e atuante, e partidos políticos estruturados e ativos, é uma utopia, à qual nem mais se abalançam os teóricos da política, o que significa adiar a oportunidade de criação de condições para a atuação eficaz do Congresso, contraponto da ação do Executivo.

11 - No que se refere à ordem econômica, consagrou-se, no texto, a linha neoliberal, com o predomínio da livre iniciativa, da livre concorrência e as garantias ao direito de propriedade - contra o que se pretendeu, a princípio, nas discussões, imperante, em boa parte dos Constituintes (principalmente os relatores parciais), a linha socializante; e o Estado, desarmado, no texto francamente liberal, dos instrumentos de intervenção - e os mesmos que combatem a orientação são forçados a reconhecê-lo - procurou os subterfúgios e manobras que lhe permitissem a intervenção sempre sonhada pelos que desejam ter o controle do poder, incontrastavelmente.

Se para isso não lhes serviu o art. 173, que cuida da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, e por ela, responsável direto, arca com ônus que não lhe interessam; nem o art. 174, que excluiu o "controle" do texto inicial, autorizando-lhe, "na forma da lei, as funções de fiscalizar, incentivar e planejar", partiram os estatizantes para fórmula menos ortodoxa e menos direta.

Assim, o art. 149, mesmo não havendo no texto a autorização para a intervenção do Estado na ordem econômica (que constava expressamente do art. 152, § 8º, da Constituição de 1967 e do art. 163 e parágrafo único da EC 1/69) autorizou à União a instituição de contribuições sociais para intervenção no domínio econômico, com o que cobra contribuição para intervenção que o texto não prevê.

12 - Mais: costurou-se a criação das Agências Reguladoras, *longa-manus* intervencionista do Estado, na ordem econômica.

Com efeito, o art. 21, XI, declarou a competência da União para "*XI - explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*".

O texto primitivo, de 1988, assegurava a exploração direta pela União, bem como a prestação de serviços por entidades de direito privado; a EC 8/95 autorizou a criação do referido órgão regulador etc.

Só para telecomunicações: com efeito, só o inciso XI traz expressa autorização para a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

A União, contudo, já criou, por exemplo, a ANEEL (Agência de Energia Elétrica), a ANP (Agência Nacional do Petróleo), a ANA (Agência Nacional de Água) etc., no fundo, intervindo nos setores, de seu interesse, sem que o texto o previsse e autorizasse.

13 - Por fim, quanto ao Judiciário, não é menos animadora a situação. As modificações estruturais havidas, em nada favoreceram a solução dos problemas que o atingiam e atingem.

13.1 - Assim, medida ampliadora de resultados desfavoráveis foi a do art. 103, ao acrescer desmedidamente os legitimados para a ação de constitucionalidade.

Se o sistema anterior - que só legitimava o Procurador Geral da República, instância irrecorrível da propositura da ação - era insustentável, porque o colocava em nível superior ao da própria Corte Suprema (podendo impedir o acesso a ela), o barateamento da ação teve efeito igualmente desfavorável: elevou para a centena os legitimados, e pior, como assinalamos (ob. cit., p. 152), demais disso colocando o Supremo Tribunal Federal em

posição de árbitro de questões que, em princípio, lhe deveriam ser estranhas, como tem acontecido: o partido que perde, no Congresso, a votação de determinado texto legal, procura a Corte para impugná-lo, movido muito, quando não exclusivamente, pelo interesse imediatista eleitoral.

13.2 - Outro problema criado foi o § 1º do art. 103, exigindo a audiência prévia do Procurador Geral da República nas ações de constitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, o que tem facilitado o agravamento da morosidade dos julgamentos, se a Procuradoria (nem sempre ou quase nunca) tem condições de atender, com presteza, à obrigação constitucional, no acúmulo de feitos e recursos.

13.3 - Outra questão que passados esses quinze anos, continua irresolvida, é a do Estatuto da Magistratura, que o art. 93 determinou se fizesse, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal: enviado o projeto respectivo pela Corte ao Congresso Nacional, há dez anos, até agora dormita nos escaninhos dos gabinetes parlamentares, enquanto queixas se avolumam e problemas se agravam, sobretudo no que se refere ao poder disciplinar das Cortes sobre os juízes.

Se houvesse sido votado, provavelmente, não se estaria falando mais no esdrúxulo e inaceitável "controle externo do Judiciário", que não objetiva senão, em verdade, a intervenção nas prerrogativas do Poder.

13.4 - O que aconteceu é que modificações estruturais para desafogar o Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, goraram: I - a criação do Superior Tribunal de Justiça, para desobstruir o Corte Suprema, a bem da verdade, criou mais uma instância de recurso - o especial - incapaz o legislador de encontrar, na lei processual, o caminho das pedras para a aceleração da tramitação dos feitos.

Acrescente-se que, demais disso, acolhendo recursos de todos os tribunais de segunda instância do País, a carga ultrapassou todas as previsões, e o STJ é hoje tribunal tanto ou mais afogado em recursos do que o STF.

A criação dos Tribunais Regionais Federais, se ordenou a estrutura com a segunda instância dos feitos federais, em face de tudo o que aconteceu (planos federais frustros e prejudiciais às classes de sujeitos econômicos), não serviu para minorar o acúmulo de feitos, nem impediu que as partes continuem a tentar novos recursos, em "recursismo" insaciável.

14 - Desse sucinto apanhado, verifica-se que a Constituição de 1988, nesses quase quinze anos, ao sofrer o embate da realidade, foi submetida pelo Executivo e Legislativo a modificações que, antes de melhorar-lhe a estrutura, mais ainda a desfiguraram.

As emendas constitucionais (a esta altura, quarenta, mais 6 de Re-

visão) não contribuíram para a melhoria do texto; antes, atendendo muitas vezes, a interesses conjunturais, o enfeiaram; a ponto de não faltarem os que lhe pregam a substituição por outra, votada por outro Congresso, com poderes constituintes exclusivos.

Não é esta a nossa opinião: a triste experiência que temos tido é a de que os novos textos, em geral, pioram os anteriores, além de levantar novas dúvidas quanto ao seu real alcance.

15 - O que precisamos é de Governo (principalmente o Executivo) que abandone a inglória vocação de mudar a lei e a Constituição, em vez de cumpri-las: entre nós, ultimamente, se a lei não agrada ao governante, opondo-lhe qualquer embaraço aos intentos, modifica-a, ou pela via ampla, aberta das Medidas Provisórias, ou até mesmo pelas Emendas Constitucionais.

Impõe-se aplicá-la, dar-lhe a compreensão que a realidade suscita e que os Tribunais, culminando no Supremo Tribunal Federal, ditarão.

Leis, temo-las para atender a todas as situações; e, bem interpretadas, contribuirão para a paz social, que faz a grandeza das nações; a disciplina da lei, que, assegurando o desenvolvimento com estabilidade, são o que falta para que sejamos o Brasil feliz da "Ordem e Progresso". □

O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*

Luis ROBERTO BARROSO

*Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito pela Universidade de Yale.*

ANA PAULA DE BARCELLOS

Professora Assistente de Direito Constitucional da UERJ. Mestre em Direito.

INTRODUÇÃO

A PRÉ-HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A experiência política e constitucional do Brasil, da Independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infin-dável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas.

A *ilegitimidade* ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente¹. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com *deficit* de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo.

* Este trabalho é dedicado a Raymundo Faoro. No geral, pelo papel que desempenhou na transição democrática brasileira. No particular, por ter ajudado a evitar que estudantes da UERJ sofressem violências no Departamento de Polícia Política e Social – DPPS, no final da década de 70.

1 Sobre o tema v. Raymundo Faoro, Os donos do poder, 2000 (a 1a. edição é de 1957).

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata². Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.

O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembléia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição.

Um país que não dava certo.

A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente.

Nessa história ainda em curso, e sem certeza de final feliz, é fato, quanto à ilegitimidade ancestral, que a elite já não conserva a onipotência e a insensibilidade da antiga plutocracia. Seus poderes foram atenuados por fenômenos políticos importantes, como a organização da sociedade, a liberdade de imprensa, a formação de uma opinião pública mais consciente, o movimento social e, já agora, a alternância do poder.

A legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: quinze anos sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contragolpes. Ao longo desse período, destituiu-se um Presidente, afastaram-se Senadores e chegou ao poder um partido de esquerda, sem que uma voz sequer se manifestasse pelo desrespeito às regras constitucionais. Nessa saudável

²Sobre o conceito de “força normativa” v. Konrad Hesse, **A força normativa da Constituição**, 1991 (trata-se da aula inaugural proferida por Konrad Hesse na Universidade de Freiburg em 1959). V. também, sobre o tema: José Afonso da Silva, **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 1998 (1^a edição de 1969) e Luís Roberto Barroso, **O direito constitucional e a efetividade**

transformação, não deve passar despercebido o desenvolvimento de uma nova atitude e de uma nova mentalidade nas Forças Armadas.

E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status pleno* de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos³. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional⁴.

A seguir, expõem-se algumas idéias a propósito dessa fase de efervescente criatividade na dogmática jurídica e de sua aproximação com a ética e com a realização dos direitos fundamentais. O debate é universal, mas a perspectiva é brasileira. Um esforço de elaboração teórica a serviço dos ideais de avanço social e de construção de um país justo e digno. Que possa derrotar o passado que não soube ser.

PARTE I

A Nova Interpretação Constitucional

I. Tradição e modernidades: uma nota explicativa

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*⁵, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: grammatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca

³ O direito civil, em especial, tem desenvolvido toda uma nova perspectiva de estudo a partir da Constituição. V., dentre outros, Gustavo Tepedino (coord.), *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2002; Luiz Edson Fachin, *Repensando os fundamentos do direito civil*, 1998; Judith Martins-Costa (org.), *A reconstrução do direito privado*, 2002; Renan Lotufo (coord.), *Direito civil constitucional*, cad. 3, 2002.

⁴ Sobre o tema, Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002.

⁵ Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto.

de sentido das normas e na solução de casos concretos⁶. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional, e mais especialmente do direito civil. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Antes de avançar no tema, cabe ainda uma nota de advertência. Muitas situações subsistem em relação às quais a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela, de mera subsunção de determinado fato à norma. Tal constatação é especialmente verdadeira em relação à Constituição brasileira, povoada de regras de baixo teor valorativo, que cuidam do varejo da vida. Alguns exemplos de normas que, de ordinário, não dão margem a maiores especulações teóricas: (i) implementada a idade para a aposentadoria compulsória, o servidor público deverá passar para a inatividade (CF, art. 40, § 1º, II); (ii) o menor de trinta e cinco anos não é elegível para o cargo de Senador da República (CF, art. 14, § 3º, VI,

⁶ Sobre esta temática, vejam-se no direito brasileiro, dentre outros, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003 (a 1ª edição é de 1995), Juarez de Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, 2002 (a 1ª edição é de 1995) e Inocêncio Mártires Coelho, *Interpretação constitucional*, 1997.

a); (iii) não é possível o divórcio antes de um ano da separação judicial (CF, art. 226, § 6º).

Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas. Embora a história das ciências se faça, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura, não é disso que se trata aqui. A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas.

No fluxo das modernidades aqui assinaladas, existem técnicas, valores e personagens que ganharam destaque. E outros que, sem desaparecerem, passaram a dividir o palco, perdendo a primazia do papel principal. Um bom exemplo: a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos, não se pode sequer falar da existência de *norma* antes que se dê a sua interação com os *fatos*, tal como pronunciada por um *intérprete*⁷. É claro que os fatos e o intérprete sempre estiveram presentes na interpretação constitucional. Mas nunca como agora. Faça-se uma anotação sumária sobre cada um:

(i) Os *fatos* subjacentes e as *conseqüências práticas* da interpretação. Em diversas situações, inclusive e notadamente nas hipóteses de colisão de normas e de direitos constitucionais, não será possível colher no sistema, em tese, a solução adequada: ela somente poderá ser formulada à vista dos elementos do caso concreto, que permitam afirmar qual desfecho corresponde à vontade constitucional⁸. Ademais, o resultado do processo

⁷ A não identidade entre norma e texto normativo, entre o “programa normativo” (correspondente ao comando jurídico) e o “domínio normativo” (a realidade social), é postulado básico da denominada metódica “normativo-estruturante” de Friedrich Müller (*Discourse de la méthode juridique*, 1996; a 1a. ed. do original *Juristische Methodik* é de 1993). Sobre o tema, v. tb. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 1.179.

⁸ Qual o bem jurídico de maior valia: a liberdade de expressão ou a liberdade de ir e vir? Quando será legítima uma manifestação política que paralise o trânsito em uma via pública? Se for o comício de encerramento da campanha presidencial do candidato de um partido político nacional, parece razoável. Mas se vinte estudantes secundaristas deitarem-se ao longo de uma larga avenida, em protesto contra a qualidade da merenda, seria uma manifestação legítima?

interpretativo, seu impacto sobre a realidade não pode ser desconsiderado⁹: é preciso saber se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional¹⁰.

(ii) O *intérprete* e os limites de sua discricionariedade. A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções.

Feita a advertência, passa-se à discussão de alguns dos temas que têm mobilizado o universo acadêmico nos últimos tempos e que, mais recentemente, vêm migrando para a dogmática jurídica e para a prática jurisprudencial.

II. Pós- positivismo e a ascensão dos princípios¹¹

O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do Direito. A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais. Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anti-científico,

⁹ Eduardo García de Enterría, *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*, 1994, p. 183 e ss..

¹⁰ Pode acontecer que uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produza um resultado unconstitutional em uma determinada incidência. Por exemplo: o STF considerou constitucional a lei que impede a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (RTJ 169:383, ADC-MC 4, Rel. Min. Sydney Sanches), fato que, todavia, não impediu um Tribunal de Justiça de concedê-la, porque a abstenção importaria no sacrifício do direito à vida da requerente (AI 598.398.600, TJRS, 4a. CC, Rel. Des. Araken de Assis). Veja-se o comentário dessa decisão em Ana Paula Ávila, "Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação da tutela contra a Fazenda Pública", Ajuris 86/361.

¹¹ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)", in *Temas de direito constitucional*, t. II, p. 3 e ss.

o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final século XIX¹².

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência jurídica*, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcedentes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça¹³.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX¹⁴, a decadênciia do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido¹⁵.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do

¹² Bobbio, Matteucci e Pasquino, **Dicionário de política**, 1986, p. 659; Ana Paula de Barcellos, "As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais", **Revista Forense** 351/10; e Viviane Nunes Araújo Lima, **A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural**, 2000, p. 181.

¹³V. Norberto Bobbio, **O positivismo jurídico**, 1995, p. 223-4, e também Michael Löwy, **Ideologias e ciência social – elementos para uma análise marxista**, 1996, p. 40: "O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política e ideológica".

¹⁴Como por exemplo, a *jurisprudência dos interesses*, iniciada por Ihering, e o *movimento pelo direito livre*, no qual se destacou Ehrlich.

¹⁵Carlos Santiago Nino, **Ética y derechos humanos**, 1989, p. 3 e ss.; e Ricardo Lobo Torres, **Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia**, 1995, p. 6 e ss..

positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais¹⁶, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Gradativamente, diversas formulações antes dispersas ganham unidade e consistência, ao mesmo tempo em que se desenvolve o esforço teórico que procura transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos. O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade. Os tópicos que se seguem têm a ambição de servir de guia elementar para a construção da normatividade e da efetividade do pós-positivismo.

III. Princípios e regras, ainda uma vez

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o

¹⁶ Sobre o tema, vejam-se: Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, 1991; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998; Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, 1998; Ricardo Lobo Torres (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999; Willis Santiago Guerra Filho, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 1999; e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonçalves Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, 2000.

entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade¹⁷. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas¹⁸. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin¹⁹ e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy²⁰. A conjugação das idéias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria²¹.

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão

¹⁷ Josef Esser, **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**, 1961, p. 66.

¹⁸ Rodolfo L. Vigo, **Los principios jurídicos – perspectiva jurisprudencial**, 2000, p. 9/20. O autor apresenta um interessante panorama dos critérios distintivos entre princípios e regras já propostos pela doutrina.

¹⁹ Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997 (a 1a. edição é de 1977). O texto seminal nessa matéria, do próprio Dworkin, foi “The model of rules”, **University of Chicago Law Review**, 35/14 (1967).

²⁰ Robert Alexy, **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997 (a 1a. ed. do original *Theorie der Grundrechte* é de 1986).

²¹ O consenso vem sendo, todavia, progressivamente rompido pelo surgimento de trabalhos críticos de qualidade. V. na doutrina nacional, Humberto Ávila, “Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)”, 2003, mimeografado (livro no prelo, original gentilmente cedido pelo autor); na doutrina estrangeira, Klaus Günther, **The sense of appropriateness – Application discourses in morality and law**, 1993. Para uma defesa das posições de Alexy, v. Thomas da Rosa Bustamante, “A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica”, 2003, mimeografado (original gentilmente cedido pelo autor).

abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer²². *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato²³.

Pois bem: ultrapassada a fase de um certo deslumbramento com a redescoberta dos princípios como elementos normativos, o pensamento jurídico tem se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto no de sua eficácia. A ênfase que se tem dado à teoria dos princípios deve-se, sobretudo, ao fato de ser nova e de apresentar problemas ainda irresolvidos. O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que

²²V Luís Roberto Barroso, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro", in **Temas de direito constitucional**, t. II, p. 32: "O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais."

²³ Robert Alexy, **Teoría de los derechos fundamentales**, 1997, p. 86: "Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas."

o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto²⁴.

É de proveito aprofundar o tema da distinção entre princípios e regras, especialmente no que diz respeito às potencialidades que oferecem para a atuação do intérprete constitucional. Sem embargo da multiplicidade de concepções na matéria, há pelo menos um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Dos múltiplos critérios distintivos possíveis²⁵, três deles são aqui destacados: (i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; (iii) as particularidades da aplicação.

Quanto ao *conteúdo*, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descriptivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

²⁴ V. Ana Paula de Barcellos, "Ponderação de normas: alguns parâmetros jurídicos", projeto de tese de doutoramento aprovado no programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: "É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à idéia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a *justiça* possa ser alcançada" (texto ligeiramente editado).

²⁵ Sobre o tema, vejam-se Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1997; Claus-Wilhelm Canaris, "Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito", 1996. Na doutrina brasileira, v. o importante estudo de Humberto Ávila, "Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)", cit.

Com relação à *estrutura normativa*, tem-se que o relato de uma regra específica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado. Embora a atividade do intérprete jamais possa ser qualificada como mecânica – pois a ele cabe dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real –, a aplicação de uma regra normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado. Se ocorre o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto prescrito. Já os princípios indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar.

Pode ocorrer ainda, em relação aos princípios, uma dificuldade adicional: o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete. Um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Um exemplo é fornecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Além de não explicitar os comportamentos necessários para realizar a dignidade humana – esta, portanto, é a primeira dificuldade: descobrir os comportamentos – poderá haver controvérsia sobre o que significa a própria dignidade a partir de um determinado conteúdo essencial, conforme o ponto de observação do intérprete²⁶.

Quanto ao modo ou particularidades de sua *aplicação*, a doutrina que se desenvolveu sobre as premissas teóricas de Dworkin e Alexy traça a distinção entre princípios e regras na forma já registrada acima e que se reproduz sumariamente, para fins de encadeamento do raciocínio. Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada (all or nothing)*. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível,

²⁶ Essa característica dos princípios, aliás, é que permite que a norma se adapte, ao longo do tempo, a diferentes realidades, além de permitir a concretização do princípio da maioria, inerente ao regime democrático. Há um sentido mínimo, oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder, e também um espaço cujo conteúdo será preenchido pela deliberação

como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*²⁷.

É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente²⁸. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma constitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar²⁹.

²⁷Partindo da idéia original de Dworkin, o autor alemão Robert Alexy (**Teoria de los derechos fundamentales**, 1997, p. 81 e ss.) deu novos desenvolvimentos analíticos ao tema, nos termos a seguir resumidos. As regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza biúnivoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.

Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

²⁸ Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002, p. 191 e ss.

²⁹ V. Humberto Ávila, **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**, cit., p. 28 e ss. O STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 7703-PE (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11.09.98), considerou ser essa a hipótese e afastou, no caso concreto, a aplicação do art. 1º do Decreto-Lei nº 200/67 para conceder a ordem e trancar ação penal proposta contra ex-Prefeita. A questão era a seguinte. Determinado Município contratou, sem concurso público, um gari por cerca de nove meses; posteriormente, o gari ingressou na justiça trabalhista exigindo um conjunto de direitos. A reclamação foi julgada improcedente pelo Juízo trabalhista, que acolheu a alegação do Município de nulidade da relação por falta de concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público para responsabilização da autoridade que dera causa ao descumprimento da regra constitucional. Com fundamento nesses fatos, o Ministério Público propôs a ação penal em face da ex-Prefeita. O STF, no entanto, considerou que o evento era insignificante, que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 200/67 não fora afetado e, por essas razões, determinou o trancamento da ação penal.

Esses são fenômenos de percepção recente, que começam a despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático.

Princípios – e, com crescente adesão na doutrina, também as regras – são ponderados, à vista do caso concreto. E, na determinação de seu sentido e na escolha dos comportamentos que realizarão os fins previstos, deverá o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação. Chega-se, assim, aos dois temas que se seguem: a ponderação e a argumentação jurídica.

IV. Ponderação de interesses, bens, valores e normas³⁰

Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais freqüentes. Não é difícil demonstrar e ilustrar o argumento.

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos – várias premissas maiores, portanto, para apenas uma premissa menor –, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e à vida privada, de outro³¹. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente

³⁰ Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997; Robert Alexy, **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997 e os seguintes textos mimeografados: "Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais" (1998) e "Constitutional rights, balancing, and rationality" (2002) (textos gentilmente cedidos por Margarida Lacombe Camargo); Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1997; Daniel Sarmento, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, 2000; Ricardo Lobo Torres, "Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação", in Urbano Zilles (coord.), **Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos**, 2000, p. 643 e ss; Aaron Barak, "Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy", **Harvard Law Review** 116/1 (2002); Marcos Maselli Gouvêa, **O controle judicial das omissões administrativas**, 2003; Humberto Ávila, **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**, cit.

³¹ Há diversos estudos sobre esse conflito específico. Veja-se, por todos, o trabalho de Edilson Pereira de Farias, **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**, 1996.

poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição (v. *infra*), o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados freqüentemente entram em rota de colisão.

A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar de *técnica da ponderação*.

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica³² aplicável a casos difíceis³³, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas³⁴. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

³² José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 2000.

³³ Do inglês **hard cases**, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade.

³⁴ A ponderação também tem sido empregada em outras circunstâncias, como na definição do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados (a definição dos que sejam os “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, referidos no art. 221, IV, da Constituição, envolverá por certo um raciocínio do tipo ponderativo) ou na aplicação da eqüidade a casos concretos, embora este último caso possa ser reconduzido a um confronto de princípios, já que a eqüidade tem como fundamento normativo específico o princípio constitucional da justiça.

A importância que o tema ganhou no dia a dia da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente³⁵. De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir.

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação³⁶. Assinale-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma³⁷. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é: as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que já foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com a situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado e nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis ou difíceis. É na *terceira* etapa que a ponderação irá sin-

³⁵ Ricardo Lobo Torres, “Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação”, in Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos*, 2000, p. 643 e ss.

³⁶ É bem de ver que algumas vezes o conflito se estabelece mais claramente entre interesses que se opõem, quando então será preciso verificar se esses interesses podem ser reconduzidos a normas jurídicas (normas que, por sua vez, podem ter como fundamento regras e/ou princípios, explícitos ou implícitos).

³⁷ Sobre o tema, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, cit., p. 13.

gularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade³⁸. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* (v. *infra*).

Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica³⁹. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências⁴⁰. É interessante observar que alguns dos principais temas da atualidade constitucional no Brasil tem seu equacionamento posto em

³⁸ Essa estrutura em geral não se repete com as regras, de modo que a ponderação de regras será um fenômeno muito mais complexo e excepcional.

³⁹ Há, na verdade, quem critique essa necessidade e a própria conveniência de aplicar-se a ponderação a temas constitucionais que, por seu caráter fundamental, não deveriam estar sujeitos a avaliações tão subjetivas como as que ocorrem em um processo de ponderação: v. T. Alexander Aleinikoff, *Constitutional law in the age of balancing*, Yale Law Journal 96, 1987, p. 943 e ss..

⁴⁰ Para o exame de algumas situações concretas de ponderação na nossa perspectiva, vejam-se em Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, 2002: “Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro”, p. 243 e ss. (sobre liberdade de expressão e informação *versus* políticas públicas de proteção à saúde); “Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988”, p. 341 e ss. (sobre liberdade de expressão *versus* proteção aos valores éticos e sociais da pessoa e da família). E em *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003: “A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços”, p. 47 e ss. (sobre livre iniciativa e livre concorrência *versus* proteção do consumidor); e “Banco Central e Receita Federal. Comunicação ao Ministério Público para fins penais. Obrigatoriedade da conclusão prévia do processo administrativo”, p. 539 e ss. (sobre proteção da honra, imagem e privacidade *versus* repressão de ilícitos).

termos de ponderação de valores, podendo-se destacar:

- (i) o debate acerca da relativização da coisa julgada, onde se contrapõem o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos da personalidade e outros⁴¹;
- (ii) o debate acerca da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, onde se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais⁴²;
- (iii) o debate acerca do papel da imprensa, liberdade de expressão e direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada.

Algumas observações finais sobre o tema. A metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações. Embora tenha merecido ênfase recente, por força da teoria dos princípios, trata-se de uma idéia que vem de longe⁴³. Há quem a situe como um componente do princípio mais abrangente da proporcionalidade⁴⁴ e outros que já a vislumbram como um princípio próprio, autônomo, o princípio da ponderação⁴⁵. É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece

⁴¹ V. Cândido Rangel Dinamarco, “Relativizar a coisa julgada material” in Carlos Valder do Nascimento (coord.), **Coisa julgada inconstitucional**, 2002, p. 33 e ss..

⁴² Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado**, 2000, p. 107 e ss. Vejam-se, também, dois projetos de doutoramento em curso perante a Pós-graduação em Direito Público da UERJ: Daniel Sarmento, “Direito humanos e relações privadas: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, 2002”, e Jane Reis Gonçalves Pereira, “O sistema de interpretação dos direitos fundamentais”, 2002.

⁴³ Roscoe Pound, **Interpretations of legal history**, 1923 é citado como grande impulsionador da moderna técnica de ponderação, no âmbito da “jurisprudência sociológica”. V. Murphy, Fleming e Harris, II, **American constitutional interpretation**, 1986, p. 309.

⁴⁴ Robert Alexy, **Constitutional rights, balancing, and rationality**, 2002, mimeografado, p. 6.

⁴⁵ Ricardo Lobo Torres, “Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação”, in Urbano Zilles (coord.), **Miguel Reale. Estudos em homenagem a seus 90 anos**, 2000, p. 643 e ss.

referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto⁴⁶.

O risco de tal disfunção, todavia, não a desmerece como técnica de decisão nem priva a doutrina da possibilidade de buscar parâmetros melhor definidos para sua aplicação. No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação. O próximo tópico será dedicado a esse tema.

V. A teoria da argumentação⁴⁷

Após um primeiro momento de perplexidade, os iniciantes no estudo do Direito passam a encarar com naturalidade um fenômeno que causa

⁴⁶ Antônio Henrique Corrêa da Silva, em monografia de final de curso na Pós-graduação em Direito Público da UERJ, significativamente denominada de "Colisão de princípios e ponderação de interesses: solução ruim para problema inexistente", 2002, faz densa crítica à idéia de ponderação em si e, considerando artificiais as distinções entre regra e princípio, concluiu: "a) a distinção entre regra e princípio é inócuia do ponto de vista funcional, uma vez que o princípio não pode operar por si só, mas apenas através de uma regra que dele se extraia; b) a 'colisão de princípios' é, na verdade, um conflito de regras extraídas de princípios, que podem ou não ser solucionáveis (*rectius*: solucionável) pelos critérios tradicionais de superação de antinomias."

⁴⁷ Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, 1996 (1a. edição do original *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, 1958); Stephen E. Toulmin, *The uses of argument*, 1958; Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, 1978; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989 (1a. edição do original *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978); Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, "Notas sobre direito, argumentação e democracia", in Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *1988-1998: uma década de Constituição*, 1999.

estranheza a uma pessoa leiga: a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até mesmo votos conflitantes em um mesmo julgado⁴⁸. Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela chamada *teoria da argumentação*⁴⁹ pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de *uma* decisão correta⁵⁰, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor do que outra?

Existem diversas teorias acerca dos parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida e não se pretende aqui discutir suas complexidades, cujo exame forma por si só um ramo novo e autônomo de estudo⁵¹. Mesmo sem ingressar nelas, no entanto, é possível sistematizar três parâmetros elementares de controle da argumentação que, a despeito de sua simplicidade, serão especialmente úteis quando a técnica da ponderação esteja sendo utilizada.

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que a apóiem e lhe dêem sustentação. Ou seja: não basta o bom senso e o sentido de

⁴⁸ O HC 73662/MG (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.09.96) é um exemplo interessante e emblemático do que se afirma. A discussão envolvia a interpretação dos arts. 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal, e em particular da presunção de violência nos casos de relação sexual com menor de 14 anos, para o fim de tipificar-se o crime de estupro. O voto do Relator defendeu que a presunção deveria ser compreendida como relativa, tanto pelas circunstâncias do caso concreto (a menor levava vida promíscua, parentava maior idade e consentiu com a relação sexual), como por força da norma constitucional que prevê deva ser conferida especial proteção à família (art. 226). Isso porque, segundo o Ministro Relator, 5 (cinco) anos já se haviam passado do evento e, nesse ínterim, o paciente no *habeas corpus*, condenado por estupro, havia casado e constituído família. Os votos vencidos, por outro lado, e afora outros argumentos, defendiam a presunção absoluta de violência no caso com fundamento no art. 227, § 4º, da Constituição, pelo qual “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

⁴⁹ Na verdade, há várias teorias sobre a argumentação, mas suas preocupações concentram-se em elementos comuns, de modo que se estará fazendo referência a elas de forma unificada.

⁵⁰ Com efeito, praticamente todas as teorias que se têm desenvolvido acerca dos parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida reconhecem que, muitas vezes, não haverá *uma* resposta certa, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis. V. Manuel Atienza, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002, p. 40 e ss..

⁵¹ Manuel Atienza, em *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002, faz uma apresentação do pensamento dos principais autores sobre o assunto.

justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão. Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais freqüência do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. Não custa lembrar que, em um Estado democrático de direito, o Judiciário apenas pode impor coativamente determinada conduta a alguém com fundamento em lei. A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral. Nessa mesma linha, ao menos como orientação *prima facie*, um conflito normativo deve ser resolvido em favor da solução que apresente em seu suporte o maior número de normas jurídicas⁵². Nesse ponto, é oportuno fazer uma observação de caráter geral.

Apenas será possível controlar a argumentação do intérprete se houver uma argumentação explicitamente apresentada. Essa evidência conduz ao problema da motivação das decisões que envolvam a técnica da ponderação, particularmente as decisões judiciais. Como é corrente, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada quanto aos fatos e quanto ao direito; mas quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave. Nesses casos, como visto, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro.

Nada obstante o truismo do que se acaba de afirmar, provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal⁵³. Há uma série de explicações para esse fenômeno, que vão do excesso de trabalho atribuído aos juízes, passam pela chamada “motivação concisa”, autorizada pela jurisprudência

⁵² Humberto Ávila, "Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico", *Revista de Direito Tributário* 79/178 e ss..

⁵³ A ausência de motivação chega, às vezes, a ser tautológica, como registrou o Ministro Sepúlveda Pertence no acórdão que segue: "Sentença condenatória: o acórdão que improvê apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que – sem sequer transcrever a sentença – limita-se a afirmar, para refutar apelação arrazoada com minúcia, que 'no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão', somando-se ao vazio dessa afirmação a tautologia de que 'a prova é tranqüila em desfavor dos réus': a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum." (STF, HC 78013/RJ, DJ 19.03.99, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

das Cortes superiores⁵⁴, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, que admite agora como fundamentação de determinadas decisões a mera referência a súmulas⁵⁵. Não é o momento aqui de examinar cada uma dessas questões. Ainda que se possam admitir *motivações concisas* em muitos casos, certamente isso não é possível quando se trate de decidir adotando a técnica de ponderação. Nessas hipóteses, é absolutamente indispensável que o julgador exponha analítica e expressamente o raciocínio e a argumentação que o conduziram a uma determinada conclusão, permitindo assim que as partes possam controlá-la.

Feita a digressão, e retornando ao ponto, um segundo parâmetro útil para o controle da argumentação jurídica, em especial quando ela envolva a ponderação, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes. Esse exercício de raciocínio – verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto – projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências.

Por fim, um último parâmetro capaz de balizar de alguma forma a argumentação jurídica, especialmente a constitucional, é formado por dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais.

⁵⁴ STF, AI(AgR) 310272-RJ, DJ 28.06.02, Rel. Min. Maurício Corrêa: “A fundamentação concisa atende à exigência do artigo 93, IX da Constituição Federal, não implicando a invalidação da decisão que a utiliza”.

⁵⁵ CPC, art. 557: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Aqui vale fazer uma nota. Os três parâmetros de argumentação expostos acima estão relacionados com *um* dos problemas suscitados pela teoria da argumentação, talvez o principal deles: a verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas determinadas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto. Isto é: cuida-se aqui do momento final da aplicação do direito, quando os fatos já foram identificados e as normas pertinentes selecionadas. Isso não significa, porém, que esses dois momentos anteriores – seleção de fatos e de enunciados normativos – sejam auto-evidentes. Ao contrário.

Desse modo, fica apenas o registro de que, além da questão posta acima, outros dois problemas que têm ocupado os estudiosos da argumentação jurídica envolvem exatamente a seleção das normas e dos fatos que serão considerados em uma determinada situação. Com efeito, não é incomum, diante de um caso, que alguns fatos sejam considerados relevantes e outros, ignorados. Que critérios levam o intérprete a dar relevância jurídica a alguns eventos e ignorar outros⁵⁶? Também a seleção da norma ou normas aplicáveis, isto é, o estabelecimento da premissa normativa, nem sempre é um evento simples. A pergunta aqui, que muitas vezes não terá uma resposta unívoca, pode ser formulada nos seguintes termos: que normas são pertinentes ou aplicáveis ao caso⁵⁷?

⁵⁶ Um exemplo dessa espécie de problema pode ser observado na decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou legítima a aplicação de aumento da alíquota do imposto de renda, publicado ao longo de determinado ano, ao fato gerador que se consolidou em 31 de dezembro daquele mesmo ano. Na hipótese, era possível considerar ao menos dois fatos aparentemente relevantes: (i) o fato gerador já estava em curso quando do incremento da alíquota; e (ii) o fato gerador se consolida no dia 31 de dezembro. O intérprete que tomasse em consideração apenas o primeiro fato poderia concluir pela inconstitucionalidade do aumento, tendo em conta o princípio constitucional da anterioridade tributária. Por outro lado, aquele que apenas considerasse relevante o segundo, como fez o STF, entenderia constitucional a incidência do aumento desde logo. Confira-se: “Tratava-se, nesse precedente, como nos da súmula, de Lei editada no final do ano-base, que atingiu a renda apurada durante todo o ano, já que o fato gerador somente se completa e se caracteriza, ao final do respectivo período, ou seja, a 31 de dezembro” (STF, RE 194.612-1, DJ 08.05.98, Rel. Min. Sydney Sanches).

⁵⁷ Nos casos, e.g., em que o conteúdo de matérias jornalísticas se pode opor à honra e à privacidade, há autores que procuram solucionar o problema afirmando que a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente é aplicável apenas às pessoas naturais, individualmente consideradas, e não às empresas que exploram meios de comunicação. Estas gozariam apenas da liberdade de empresa e de iniciativa, direitos também assegurados pela Constituição, mas que poderiam ser restringidos com muito maior facilidade que a liberdade de expressão, prevista, afinal, como uma cláusula pétrea. Esta é a posição do professor Fábio Konder Comparato, expressa em obra coletiva em homenagem a Paulo Bonavides (“A democratização dos meios de comunicação de massa”, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, **Direito constitucional. Estudos em homenagem ao Paulo Bonavides**, 2001). Ora, o fato de a liberdade de expressão ser ou não um elemento normativo relevante no caso é fundamental para sua solução.

Em suma, o controle da racionalidade do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que se tornam tanto mais graves quanto maior seja a liberdade concedida a quem interpreta. No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida⁵⁸.

Em desfecho desta parte do trabalho, faz-se a seguir, para ilustrar as idéias desenvolvidas, um exercício singelo de ponderação e argumentação. Suponha-se o seguinte fato: o ocupante de um importante cargo político na República é visto na saída de um motel, acompanhado de uma senhora que não é sua esposa. Um jornalista que se encontrava na calçada em frente fotografa o casal, ainda sob a placa identificadora do estabelecimento. A foto irá ilustrar a capa de uma importante revista semanal, que circulará no sábado seguinte, trazendo ampla matéria intitulada “A infidelidade no poder”. Toman- do conhecimento do fato, a autoridade propõe medida judicial de natureza cautelar com o fim de impedir a publicação de sua foto e de referências à sua pessoa, invocando seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X) e alegando que: estava em seu carro particular, fora do horário do expediente e que não há qualquer interesse legítimo em divulgar fatos de sua vida pessoal e sexual. Os direitos contrapostos, como intuitivo, são os da liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) e o da informação (CF, arts. 5º, XIV, e 220).

Não é um caso fácil, por envolver um conflito entre direitos funda-

⁵⁸ Comentando a absolvição do ex-presidente Collor em artigo publicado no **Jornal do Brasil** (“O avesso do Direito”) e reproduzido parcialmente na **Revista Consulex** v. I, nº 19, 1998 (“Juristas analisam a candidatura Collor”), escreveu Luís Roberto Barroso: “A decisão do STF que absolveu o ex-Presidente Fernando Collor comporta mais de uma leitura. É possível alguém supor, em boa-fé, que os cinco ministros que consideraram o Presidente inocente simplesmente não se convenceram de sua culpabilidade. Provavelmente, além de Suas Excelências, dos advogados de defesa e da estranha gente que recebe a alcunha de ‘tropa de choque’, não teria sido possível contabilizar outras cinco pessoas no País inteiro que pensassem igual. (...) Mas há outra leitura possível da decisão majoritária do STF. A teoria convencional do Direito sustenta que o juiz é um mero aplicador da lei. Seu papel consiste tão-somente em apurar os fatos e sobre eles fazer incidir o comando da norma. Mecanicamente. Acriticamente. Vive-se a ficção implausível de que o Estado é inteiramente neutro e seus agentes são totalmente imparciais. O terceiro-mundismo tem dessas hipocrisias. Na verdade, por um processo que é freqüentemente inconsciente, o que se constata é que por trás do discurso aparentemente jurídico o que existe é o compromisso ideológico, o sentimento de classe. Os afortunados e os não afortunados. O que acontece no dia-a-dia da Justiça se materializou de forma emblemática na decisão do Supremo: a classe dominante brasileira – e seus intérpretes conscientes e inconscientes nos tribunais – não consegue condenar os seus pares, os seus iguais.”

mentais, sem que o ordenamento jurídico forneça, em tese, a solução constitucionalmente adequada. O juiz, portanto, terá de fazer a ponderação entre os valores em conflito e efetuar escolhas. E, reconheça-se, pessoas esclarecidas e de boa-fé poderão produzir soluções diferentes para o problema. Veja-se a demonstração argumentativa de uma delas. Apreciando a matéria, o juiz de primeiro grau nega a liminar, fundamentando sua decisão em um teste tríplice:

- a) *O fato é verdadeiro.* Argumento: somente em situações de rara excepcionalidade deve o Judiciário impedir, mediante interferência prévia, a divulgação de um fato que incontroversamente ocorreu;
- b) *O conhecimento do fato foi obtido por meio lícito.* Argumento: O Judiciário pode e deve interferir para impedir a divulgação de uma notícia se ela tiver sido produto, por exemplo, de um crime, como uma interceptação telefônica clandestina ou uma invasão de domicílio. Não sendo este o caso, não deve fazê-lo;
- c) *Há interesse público potencial no conhecimento do fato.* Suponha-se que a autoridade em questão exercesse seu cargo no Ministério dos Transportes, onde uma importante licitação estivesse por ser decidida. E que a senhora que o acompanhava estivesse a serviço de um dos licitantes, utilizando argumentos – como dizer? – não previstos no edital.

Em sua fundamentação, portanto, o juiz levou em conta as normas constitucionais relevantes, os elementos do caso concreto e a existência ou não de interesse público legitimador de uma determinada opção. Esta solução não era a única possível, pois o domínio dos conflitos de direitos fundamentais não é de verdades ou certezas absolutas. Mas a argumentação desenvolvida é suficientemente lógica e racional para pretender conquistar a adesão de um universo de pessoas bem intencionadas e esclarecidas.

PARTE II⁵⁹

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

I. Princípios instrumentais de interpretação constitucional

As normas constitucionais são normas jurídicas e, como conse-

⁵⁹ A Parte II do presente texto sintetiza e consolida idéias expostas em Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003 e Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001.

quência, sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral. Todavia, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica⁶⁰; b) a natureza da linguagem⁶¹; c) o conteúdo específico⁶²; d) o caráter político⁶³. Em razão disso, desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional.

Impõe-se, nesse passo, uma qualificação prévia. O emprego do termo *princípio*, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação. Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta.

⁶⁰ A Constituição é dotada de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento. Tal característica faz dela o parâmetro de validade, o paradigma pelo qual se afere a compatibilidade de uma norma com o sistema como um todo. Adiante se voltará ao tema.

⁶¹ A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas ou esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, consequentemente, menor densidade jurídica. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados conferem à Constituição uma adaptabilidade às mudanças operadas na realidade e ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.

⁶² As normas materialmente constitucionais podem ser classificadas em três grandes categorias: a) as normas constitucionais de organização, que contêm as decisões políticas fundamentais, instituem os órgãos de poder e definem suas competências; b) as normas constitucionais definidoras de direitos, que identificam os direitos individuais, políticos, sociais e coletivos de base constitucional; e c) as normas programáticas, que estabelecem valores e fins públicos a serem realizados. As normas definidoras de direitos têm, como regra, a estrutura típica das normas de conduta, presentes nos diferentes ramos do Direito: prevêem um fato e a ele atribuem uma consequência jurídica. Mas as normas de organização e as normas programáticas têm características singulares na sua estrutura e no seu modo de aplicação.

⁶³ A Constituição é o documento que faz a travessia entre o poder constituinte originário – fato político – e a ordem instituída, que é um fenômeno jurídico. Cabe ao direito constitucional o enquadramento jurídico dos fatos políticos. Embora a interpretação constitucional não possa e não deva romper as suas amarras jurídicas, deve ela ser sensível à convivência harmônica entre os Poderes, aos efeitos simbólicos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e aos limites e possibilidades da atuação judicial.

Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência. Embora toda classificação tenha um componente subjetivo, a sistematização que se segue parece ter resistido ao teste do tempo⁶⁴.

I.1. Princípio da supremacia da Constituição

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle *incidental* de constitucionalidade – ou o Supremo Tribunal Federal pode paralisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle *principal* ou por ação direta).

⁶⁴ Esta foi a ordenação da matéria proposta em nosso **Interpretação e aplicação da Constituição**, cuja 1a. edição é de 1995. Autores alemães e portugueses de grande expressão adotam sistematizações diferentes, mas o elenco acima parece o de maior utilidade, dentro de uma perspectiva brasileira de concretização da Constituição. Na doutrina brasileira mais recente, embora de forte influência germânica, destaca-se o tratamento dado ao tema por Humberto Ávila, em seu **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**, cit. Propõe ele a superação do modelo dual de separação *regras-princípios* pela criação de uma terceira categoria normativa: a dos *postulados normativos aplicativos*. Seriam eles “instrumentos normativos metódicos” que imporiam “condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo”. Em alguma medida, tal categoria se aproxima daquilo que temos denominado de *princípios instrumentais* de interpretação constitucional. Todavia, sua classificação é bem distinta, nela se identificando o que denomina de *postulados inespecíficos* (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e *postulados específicos* (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).

I.2. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público

A Constituição contém o código de conduta dos três Poderes do Estado, cabendo a cada um deles sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes. O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

I.3. Princípio da interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.

I.4. Princípio da unidade da Constituição

A ordem jurídica é um *sistema*, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis. Para solucionar eventuais conflitos entre normas

jurídicas infraconstitucionais utilizam-se, como já visto, os critérios tradicionais da hierarquia, da norma posterior e o da especialização. Na colisão de normas constitucionais, especialmente de princípios – mas também, eventualmente, entre princípios e regras e entre regras e regras – emprega-se a técnica da ponderação. Por força do princípio da unidade, inexiste hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

I.5. Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade⁶⁵

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível⁶⁶, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com

⁶⁵ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2002, p. 213 e ss., onde se faz amplo levantamento da bibliografia na matéria.

⁶⁶ A idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1a. edição de meu *Interpretação e aplicação da Constituição*, que é de 1995. No sentido do texto, v. por todos Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*, 2003, p. 81 e ss.

É certo, no entanto, que a linguagem é uma convenção. E se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos. Basta, para tanto, qualificar previamente a acepção com que se está empregando um determinado termo. É o que faz, por exemplo, Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*, cit.), que explicita conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade.

que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto.

I.6. Princípio da efetividade

Consoante doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia. No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social⁶⁷. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

II. Os princípios constitucionais materiais: uma classificação

Uma classificação que tem se mostrado útil e parece ter resistido ao teste do tempo é a que procura singularizar os princípios – princípios materiais, note-se, e não mais instrumentais – de acordo com o seu destaque no âmbito do sistema e a sua abrangência⁶⁸. Os princípios, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, irradiam-se pelo sistema, interagem entre si e pautam a atuação

⁶⁷ Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002.

⁶⁸ Luís Roberto Barroso, *Princípios constitucionais brasileiros(ou de como o papel aceita tudo)*, RTDP 1/168.

dos órgãos de poder, inclusive a do Judiciário na determinação do sentido das normas. Nem todos os princípios, todavia, possuem o mesmo raio de ação. Eles variam na amplitude de seus efeitos e mesmo no seu grau de influência. Por essa razão, podem ser agrupados em três categorias diversas, que identificam os princípios como fundamentais, gerais e setoriais.

II.1. Princípios fundamentais

Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político⁶⁹. Também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República⁷⁰ e os princípios que a regem em suas relações internacionais⁷¹. Por fim, merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.

II.2. Princípios gerais

Os princípios constitucionais gerais, embora não integrem o núcleo das decisões políticas que conformam o Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração, sendo mais facilmente determinável o núcleo em que operam como regras. Por tal razão, prestam-se de modo corrente à tutela direta e imediata das

⁶⁹ E.g., princípio republicano (art. 1º, *caput*), princípio federativo (art. 1º, *caput*), princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*), princípio da separação de Poderes (art. 2º), princípio presidencialista (art. 76), princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV).

⁷⁰ CF, art. 3º: construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷¹ E.g., soberania, independência, autodeterminação dos povos, não-intervenção e igualdade entre os Estados (art. 4º, I, III, IV, V), defesa da paz, de solução pacífica dos conflitos e repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VI, VII e VIII), prevalência do direitos humanos (art. 4º, II).

situações jurídicas que contemplam. Por serem desdobramentos dos princípios fundamentais, irradiam-se eles por toda a ordem jurídica⁷². A maior parte dos princípios gerais concentra-se no art. 5º da Constituição, dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, o que apenas ratifica a equiparação doutrinária que se costuma fazer entre direitos fundamentais e princípios⁷³.

II.3. Princípios setoriais

Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes, são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da reserva legal em matéria penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público para provimento de cargos na administração pública. Há princípios especiais em domínios diversos, como os da Administração Pública⁷⁴, organização dos Poderes⁷⁵, tributação e orçamento⁷⁶, ordem econômica⁷⁷ e ordem social⁷⁸.

⁷² Exemplos de princípios gerais são: legalidade (art. 5º, II), liberdade (art. 5º, II e diversos incisos do art. 5º, como IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, etc), isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I), autonomia estadual e municipal (art. 18), acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), devido processo legal (art. 5º, LIV). O elenco, naturalmente, não é exaustivo e comportaria significativa ampliação, de acordo com o ponto de observação de cada um. Há características peculiares a esses princípios, em contraste com os que se identificam como fundamentais. Notadamente, não têm caráter organizatório do Estado, mas sim limitativo de seu poder, resguardando situações individuais.

⁷³ Robert Alexy, **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**, cit., p. 10: “As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação.”

⁷⁴ E.g., legalidade administrativa (art. 37, *caput*), impessoalidade (art. 37, *caput*), moralidade (art. 37, *caput*), publicidade (art. 37, *caput*), concurso público (art. 37, II) e prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, d, e 35, II);

⁷⁵ E.g., majoritário (arts. 46 e 77, § 2º), proporcional (arts. 45, e 58, § 1º), publicidade e motivação das decisões judiciais e administrativas (art. 93, IX e X), independência e imparcialidade dos juízes (arts. 95 e 96) e subordinação das Forças Armadas ao poder civil (art. 142).

⁷⁶ E.g., capacidade contributiva (art. 145, § 1º), legalidade tributária (art. 150, I), isonomia tributária (art. 150, II), anterioridade da lei tributária (art. 150, III), imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público (art. 150, VI, a), anualidade orçamentária (art. 165, III), universalidade do orçamento (art. 165, § 5º) e exclusividade da matéria orçamentária (art. 165, § 8º).

⁷⁷ E.g., garantia da propriedade privada (art. 170, II), função social da propriedade (art. 170, III), livre concorrência (art. 170, IV), defesa do consumidor (art. 170, V) e defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

III. Modalidades de eficácia dos princípios⁷⁹

Examinam-se, nesse tópico, os diferentes comportamentos exigíveis com base nos princípios matérias. A *eficácia* é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessário. A percepção de que também aos princípios constitucionais deve ser reconhecida eficácia jurídica é fenômeno relativamente recente, em comparação com as regras. De toda sorte, a doutrina tem procurado expandir a capacidade normativa dos princípios através de dois movimentos: aplicando, com as adaptações necessárias, a modalidade convencional de eficácia jurídica das regras também aos princípios – é a eficácia positiva ou simétrica referida abaixo – e desenvolvendo modalidades diferenciadas, adaptadas às características próprias dos princípios – de que são exemplo as três outras modalidades de eficácia apresentadas na seqüência⁸⁰.

III.1. Eficácia positiva ou simétrica

Eficácia jurídica positiva ou simétrica é o nome pelo qual se convencionou designar a eficácia associada à maioria das regras. Embora sua enunciação seja bastante familiar, a aplicação da eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável a regras, seja quando aplicável a princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. Ou seja: se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou por omissão –, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigi-los diretamente, na via judicial se necessário. Como se vê, um pressuposto para o funcionamento adequado dessa modalidade de eficácia é a identificação precisa dos efeitos pretendidos por cada princípio constitucional. A este ponto se retornará adiante.

⁷⁹ Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 59 e ss.

⁸⁰ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1999, p. 254; Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2000, p. 146; e Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de princípios constitucionais*, 1999.

III.2. Eficácia interpretativa

A *eficácia interpretativa* significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. Isso acontece, e.g., entre leis e seus regulamentos e entre as normas constitucionais e a ordem infraconstitucional como um todo. A eficácia interpretativa poderá operar também dentro da própria Constituição, em relação aos princípios; embora eles não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, é possível reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral, até mesmo para dar unidade e harmonia ao sistema⁸¹. A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

III.3. Eficácia negativa

A *eficácia negativa*⁸², por sua vez, autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravengam os efeitos pretendidos pela norma⁸³. É claro que para identificar se uma norma ou ato viola ou contraria os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional, é preciso saber que efeitos são esses. Como já referido, os efeitos pretendidos pelos princípios podem ser relativamente indeterminados a partir de um certo núcleo; é a existência desse núcleo, entretanto, que torna plenamente viável a modalidade de eficácia jurídica negativa. Imagine-se um exemplo. Uma determinada empresa rural prevê, no contrato de trabalho de seus empregados, penas corporais no caso de descumprimento de determinadas regras. Ou sanções como privação de alimentos ou proibição de avistar-

⁸¹ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 157 e ss; e Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2000, p. 141 e ss.

⁸² Sobre essa modalidade de eficácia, vejam-se: Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, vol. II, 1990, p. 220 e ss., e German J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, 1987, p. 238 e ss.; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, RDP nº 57-58/243 e ss.; e José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 158 e ss.

⁸³ No caso das normas, elas poderão ser consideradas revogadas ou não recepcionadas, caso anteriores à promulgação da Constituição.

se com seus familiares. Afora outras especulações, inclusive de natureza constitucional, não há dúvida de que a eficácia negativa do princípio da dignidade da pessoa humana conduziria tal norma à invalidade. É que, nada obstante a relativa indeterminação do conceito de dignidade humana, há consenso de que em seu núcleo central deverão estar a rejeição às penas corporais, à fome compulsória e ao afastamento arbitrário da família.

III.4. Eficácia vedativa do retrocesso

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa⁸⁴, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: freqüentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais⁸⁵. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é 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. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar⁸⁶. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente⁸⁷.

⁸⁴ A vedação do retrocesso enfrenta ainda alguma controvérsia, especialmente quanto à sua extensão. Para uma visão crítica dessa construção, confira-se José Carlos Vieira de Andrade, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 1998, p. 307/311.

⁸⁵ Na Carta brasileira, esse propósito fica claro tanto no art. 5º, § 2º, como no *caput* do art. 7º.

⁸⁶ Cármel Lucia Antunes Rocha, **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**, IP 4/41: “De se atentar que prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas (...”).

⁸⁷ Sobre o tema, v. J. J. Gomes Canotilho, **Direito constitucional e teoria da constituição**, 1999, p. 327.

A atribuição aos princípios constitucionais das modalidades de eficácia descritas acima tem contribuído decisivamente para a construção de sua normatividade. Entretanto, como indicado em vários momentos no texto, essas modalidades de eficácia somente podem produzir o resultado a que se destinam se forem acompanhadas da identificação cuidadosa dos efeitos pretendidos pelos princípios e das condutas que realizem o fim indicado pelo princípio ou que preservem o bem jurídico por ele protegido.

IV. Algumas aplicações concretas dos princípios materiais

Não é possível, à vista do objetivo do presente estudo e das circunstâncias de tempo e espaço, analisar o sentido, alcance, propriedades e particularidades de cada uma das categorias e espécies de princípios assinalados acima. Nem tampouco investigar o núcleo no qual cada um deles operará como regra e o espaço remanescente onde deverão ser ponderados entre si. Mas para ilustração, antes do desfecho das idéias desenvolvidas, faz-se o destaque da aplicação concreta dos princípios da dignidade humana⁸⁸ e do devido processo legal⁸⁹, concluindo com breve apreciação do papel desempenhado pelo princípio da razoabilidade no âmbito do sistema.

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa

⁸⁸ Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002; Fernando Ferreira dos Santos, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 1999; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*, 2001; Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003; Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 2002; Lúcia de Barros Freitas de Alvarenga, *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza; uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*, 1998; Joaquim B. Barbosa Gomes, *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa* (ADVSJ 12-96/17); Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social* (IP 4/23); Antonio Junqueira de Azevedo, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana* (RT 797:11); Valter Shuenquener de Araújo, *Hierarquização axiológica de princípios – relativização do princípio da dignidade da pessoa humana e o postulado da preservação do contrato social* (RPGERJ 55/82).

⁸⁹ Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 1998, p. 56.

anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que, no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio⁹⁰, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça⁹¹.

A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”⁹². De fato, tem ela servido de fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público⁹³, a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar⁹⁴, a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos⁹⁵, o levantamento do FGTS para tratamento de familiar portador do vírus HIV⁹⁶, dentre muitas outras. Curiosamente, no tocante à sujeição do réu em ação de investigação de paternidade ao exame compulsório de DNA, há decisões em um sentido⁹⁷ e outro⁹⁸, com invocação do princípio da dignidade humana.

Quanto ao *princípio do devido processo legal*, embora seus corolários mais diretos já estejam analiticamente previstos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, tem sido aplicado de modo a gerar a exigibilidade de outros comportamentos não explicitados. O princípio foi invocado

⁹⁰ Como, por exemplo, a que inclui no mínimo existencial o atendimento às necessidades que deveriam ser supridas pelo salário mínimo, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

⁹¹ Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002, p. 247 e ss..

⁹² STJ, HC 9.892-RJ, DJ 26.3.01, Rel. orig. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. para ac. Min. Fontes de Alencar.

⁹³ STJ, ROMS 11.183-PR, DJ 4.9.00, Rel. Min. José Delgado.

⁹⁴ TJSP, AC 110.772-4/4-00, ADV 40-01/636, nº 98859, Rel. Des. O. Breviglieri.

⁹⁵ STJ, HC 12547/DF, DJ 12.2.01, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

⁹⁶ STJ, REsp. 249026-PR, DJ 26.06.00, Rel. Min. José Delgado.

⁹⁷ STF, HC 71.373-RS, DJ 10.11.94, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁹⁸ TJSP, AC 191.290-4/7-0, ADV 37-01/587, n. 98580, Rel. Des. A. Germano.

para considerar, com base nele, inválido o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial⁹⁹, entender ilegítima a anulação de processo administrativo que repercutia sobre interesses individuais sem observância do contraditório¹⁰⁰, reconhecer haver constrangimento ilegal no uso de algemas quando as condições do réu não ofereciam perigo¹⁰¹, para negar extradição à vista da perspectiva de inobservância do devido processo legal no país requerente¹⁰² e para determinar fosse ouvida a parte contrária na hipótese de embargos de declaração opostos com pedido de efeitos modificativos, a despeito de não haver previsão nesse sentido na legislação¹⁰³.

Por fim, merece uma nota especial o princípio da *razoabilidade*, que tem sido fundamento de decidir em um conjunto abrangente de situações, por parte de juízes e tribunais, inclusive e especialmente o Supremo Tribunal Federal. Com base nele, tem-se feito o controle de legitimidade das desequiparações entre pessoas, de vantagens concedidas a servidores públicos¹⁰⁴, de exigências desmesuradas formuladas pelo Poder Público¹⁰⁵ ou de privilégios concedidos à Fazenda Pública¹⁰⁶. O princípio, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou razoabilidade (*v. supra*), é por vezes utilizado como um parâmetro de justiça – e, nesses casos, assume uma dimensão material –, porém, mais comumente, desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas. Confira-se a demonstração do argumento.

O princípio da razoabilidade faz parte do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas, ou seja, de outros princípios e regras. Por exemplo: ao aplicar uma regra que sanciona determinada conduta com uma penalidade administrativa, o intérprete deverá agir com proporcionalidade, levando em conta a natureza e a gravidade da falta. O que se estará

⁹⁹ STJ, HC 6.802-RJ, RT 755/569, Rel. Min. Vicente Leal.

¹⁰⁰ STF, AI 199.620-55, DJ 14.8.97.

¹⁰¹ TJRS, RT 785/692, HC 70.001.561.562, Rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres.

¹⁰² STF, Extr. 633-China, DJ 6.4.01, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁰³ STF, AI 327728-SP, DJ 19.12.01, Rel. Min. Nelson Jobim.

¹⁰⁴ STF, ADIn 1.158-8-AM, RDA 200/242, Rel. Min. Celso de Mello. A norma legal que concede ao servidor vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (gratificação de férias) ofende o princípio da razoabilidade.

¹⁰⁵ STF, ADIn 855-2-PR, RDA 194/299, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor.

¹⁰⁶ STF, ADInMC 1.753-DF, DJ 12.6.98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

aplicando é a norma sancionadora, sendo o princípio da razoabilidade um instrumento de medida. O mesmo se passa quando ele é auxiliar do processo de ponderação. Ao admitir o estabelecimento de uma idade máxima ou de uma altura mínima para alguém prestar concurso para determinado cargo público¹⁰⁷, o que o Judiciário faz é interpretar o princípio da isonomia, de acordo com a razoabilidade: se o meio for adequado, necessário e proporcional para realizar um fim legítimo, deve ser considerado válido. Nesses casos, como se percebe intuitivamente, a razoabilidade é o meio de aferição do cumprimento ou não de outras normas¹⁰⁸.

Uma observação final. Alguns dos exemplos acima envolveram a não aplicação de determinadas regras porque importariam em contrariedade a um princípio ou a um fim constitucional. Essa situação – aquela em que uma regra não é em si inconstitucional, mas em uma determinada incidência produz resultado inconstitucional – começa a despertar interesse da doutrina¹⁰⁹. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das consequências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha¹¹⁰.

Mas este já é o começo de uma outra história.

¹⁰⁷ STF, RE 140.889-MS, DJ 15.12.00, Rel. Min. Marco Aurélio. V. tb. STF, RE 150.455-MS, DJ 7.5.99, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, v. Humberto Ávila, **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**, cit., p. 71: “[N]o caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restrinido de modo desnecessário e desproporcional. Rigorosamente, não é a *proporcionalidade* que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente.”

¹⁰⁹ Normalmente, na linha da doutrina de Dworkin e Alexy, a ponderação se dá entre princípios. Trata-se aqui, no entanto, de uma hipótese menos típica, mas possível, de ponderação entre princípio e regra. Usualmente, a regra já espelhará uma ponderação feita pelo legislador e deverá ser aplicada em toda a sua extensão, desde que seja válida. Mas a ponderação feita em tese pelo legislador, assim como a pronúncia em tese de constitucionalidade pelo STF, pode não realizar a justiça do caso concreto.

¹¹⁰ Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição, post scriptum**, 2003. Para uma importante reflexão sobre o tema, v. Ana Paula Oliveira Ávila, **Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública**, Ajuris 86/361.

CONCLUSÃO

Ao final dessa exposição, é possível compendiar algumas das principais idéias desenvolvidas nas proposições que se seguem.

I. A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por tal razão, não lhe toca função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta perspectiva convencional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é suficiente para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais.

II. A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

III. Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.

IV. A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

V. A teoria da argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vista do caso

concreto. Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

VI. A interpretação constitucional serve-se das categorias da interpretação jurídica em geral, inclusive os elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Todavia, as especificidades das normas constitucionais levaram ao desenvolvimento de um conjunto de princípios específicos de interpretação da Constituição, de natureza instrumental, que funcionam como premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas da aplicação das normas que vão incidir sobre a relação jurídica de direito material. Estes princípios instrumentais são os da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade.

VII. Os princípios constitucionais materiais classificam-se, em função do seu *status* e do grau de irradiação, em fundamentais, gerais e setoriais. Dentre as modalidades de eficácia dos princípios, merecem destaque a *interpretativa* – que subordina a aplicação de todas as normas do sistema jurídico aos valores e fins neles contidos – e a *negativa*, que paralisa a incidência de qualquer norma que seja com eles incompatível. É possível acontecer de uma norma ser constitucional no seu relato abstrato, mas revelar-se inconstitucional em uma determinada incidência, por contrariar o próprio fim nela abrigado ou algum princípio constitucional.

VIII. A jurisprudência produzida a partir da Constituição de 1988 tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação. A dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para decisões judiciais. Ao lado dela, o princípio instrumental da razoabilidade funciona como a justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios quanto na dosagem dos efeitos das regras.

IX. A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social. □

A Jurisdição Constitucional e as Possibilidades Hermenêuticas de Efetivação da Constituição: Um Balanço Crítico nos Quinze Anos da Constituição

LENIO LUIZ STRECK

Procurador de Justiça-RS; Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unisinos/RS; Membro Conselheiro e Fundador do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ).

1. A pré-compreensão hermenêutica: de como "pré-juízos" inautênticos acerca do sentido da Constituição acarretam prejuízos ao intérprete.

Em “Cem Anos de Solidão”, Gabriel Garcia Marquez conta que, em Macondo, *o mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las precisava-se apontar com o dedo*. Nossa Constituição também é muito recente. Olhando a imensidão de seu texto, colhe-se a nítida impressão de que algumas coisas ainda não têm “nome”; os juristas limitam-se – quando o fazem – a apontá-las com o dedo... Esta falta de pré-compreensão impede o acontecer (*Ereignen*) do sentido (da Constituição). Gadamer sempre nos ensinou que a compreensão implica uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.

Desse modo, o intérprete do direito (aqui entendido como o jurista *lato sensu*) falará (d)o Direito a partir dos seus pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão. Falará, com efeito, de sua situação hermenêutica.¹ Essa pré-compreensão é produto da relação intersubjetiva que o intérprete tem no mundo. O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto. Estará, sim, inserido sempre em uma situação hermenêutica. Estará sempre no entremeio de uma “situação lingüística”, no interior da qual a linguagem não é algo que esteja à sua disposição, circunstância que inexoravelmente transformaria a atividade de interpretar em um ato voluntarista. Ao contrário disto, o intérprete “pertence” a essa lingüisticidade. Ele é refém

¹ Conforme explicitado no decorrer da obra de Gadamer, o conceito de situação caracteriza-se porque alguém não se encontra frente a ela e portanto não pode ter um saber objetivo dela; *se está nela, este alguém se encontra sempre em uma situação cuja iluminação é uma tarefa que não pode ser desenvolvida por inteiro*. Cfe. Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y Método I*. Salamanca, Ediciones Sigueme, 1994, pp. 377 e segs..

da linguagem.

A atividade hermenêutica *ex-surge* desse processo de (auto) compreensão. Por isto, se hermenêutica é modo-de-ser e não um procedimento, sendo antes de tudo, filosofia, *ela não se limita, nas palavras de Gadamer², a prestar conta dos procedimentos que a ciência aplica*. Trata das questões que determinam todo o saber e o fazer humanos, essas questões “máximas” que são decisivas para o ser humano enquanto tal e para sua escolha do “bem”. Em definitivo, o mestre alemão vai dizer que *a hermenêutica não é uma mera disciplina auxiliar das ciências românticas do espírito*.

Neste ponto, nada melhor do que deixar o próprio Gadamer colocar o dedo na ferida narcísica da(s) metodologia(s): não se trata de averiguar o fundamento último do entendimento, porque isto denunciaria com mais vigor a obsessão cartesiana das ciências metodológicas contra as quais se põe em guarda a obra **“Verdade e Método”**. Ao contrário, trata-se de tomar consciência da insondabilidade de qualquer tipo de experiência. *Uma experiência hermenêutica não é algo que podemos planejar e controlar em um laboratório, porque é algo que nos ocorre, derruba-nos e obriga a pensar de outro modo³*.

Na contramão e à revelia dessa verdadeira revolução copernicana que ocorreu no campo da filosofia (***linguistic turn***) e no Direito (advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, no interior do qual o Direito assume um papel de transformação da realidade social, superando os paradigmas do Estado Social e Liberal), *o estudo da hermenêutica jurídica no Brasil continuou – e continua – atrelado aos cânones da hermenêutica clásica, no interior da qual a linguagem é relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente e um objeto a ser conhecido*.⁴ Nesse paradigma, a linguagem é algo que fica à “disposição” do sujeito-intérprete. É, tão-somente, veículo de conceitos (por isto, para o senso comum teórico dos juristas, a Constituição – e sua linguagem normativa – não constitui⁵; é apenas uma ferramenta manipulável pelos operadores do Direito). É esta questão, aliás, que levou Gadamer a fazer uma crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (***subtilitas intelligendi, subtilitas***

² Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode II**. Tubingen: Mohr, 1990, p. 318-319.

³ Cfe. GADAMER, Hans-Georg. **Una biografia**. Barcelona, Herder, 2002, p. 376.

⁴ Para uma melhor compreensão acerca desta problemática, consultar STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2^a ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, em especial cap. 5.

⁵ Sobre o constituir da Constituição, consultar **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, op. cit.

explicandi, subtilitas applicandi, isto é, primeiro conheço, depois interpreto, para só então aplicar). Daí que a ruptura com o pensamento metafísico que sustenta a hermenêutica clássica dá-se pela idéia de antecipação de sentido, que ocorre no interior do círculo hermenêutico – idéia chave na hermenêutica filosófica – no interior do qual o intérprete fala e diz o ser na medida em que o ser se diz a ele, e onde a compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior. Conseqüentemente, a noção de círculo hermenêutico torna-se absolutamente incompatível com a assim denominada – como quer a dogmática jurídica – “autonomia” de métodos (sic), cânones ou técnicas de interpretação e/ou de seu desenvolvimento em partes ou em fases.

Repetindo: o processo interpretativo não acontece aos pedaços, em partes, em fatias. Interpretar é sempre aplicar⁶. Não há uma *subtilitas intelligendi*, que antecederia uma *subtilitas explicandi*, para depois ocorrer o coroamento do processo hermenêutico através de uma *subtilitas applicandi*. Não! Fazer hermenêutica é um ato de *applicatio*. Sendo mais simples: interpretar não é realizar um ato reprodutivo, em que o intérprete desacopla sentidos de textos (*Auslegung*), mas, sim, um ato de produção de sentido (*Sinngebung*).

Assim, o entendimento de que o processo interpretativo é feito por etapas implica inexoravelmente na crença em uma metodologia, o que, à toda evidência, vai remeter-nos ao paradigma epistemológico da filosofia da consciência⁷. Não é por acaso que o senso comum teórico dos juristas inicia todas as discussões sobre hermenêutica jurídica reportando-se a um “método” capaz de “garantir” uma espécie de “supervisão epistemológica” no processo de compreensão.

Dito de outro modo: o pensamento dogmático do direito continua acreditando na idéia de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este

⁶ Para uma discussão mais aprofundada sobre a hermenêutica de matriz gadameriana-heideggeriana, ver meu *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 4^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁷ Entretanto, há que se ficar atento: no plano do sentido comum teórico existe um “algo mais” do que a filosofia da consciência, representado pelo paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista, ambos consubstanciando as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Assim, na medida em que o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se como consequência a objetificação dos textos jurídicos, circunstância que, para a interpretação constitucional, constitui forte elemento complicador/obstaculizador do acontecer (*Ereignen*) da Constituição.

estivesse contido na própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. *Trabalha, pois, com os textos no plano meramente epistemológico, olvidando o processo ontológico da compreensão.* Clássico exemplo disto é a tese de Aníbal Bruno⁸ (que é repetida em dezenas de manuais e livros doutrinários), para quem *interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido*, sendo que, quando a lei é clara, a interpretação é instantânea (*in claris fit interpretatio*). Conhecido o texto, diz Bruno, apreende-se imediatamente o seu conteúdo, acreditando, assim, na busca do sentido primevo da norma (texto jurídico), na medida em que falava na possibilidade de o intérprete apreender “o sentido das palavras em si mesmas”. Por trás (e/ou próximo) da concepção defendida por Bruno, que – ínsito – ainda impera no interior do sentido comum teórico dos juristas, está, entre outras questões, a *teoria correspondencial da verdade e a crença de que existe uma natureza intrínseca da realidade, tese que também pode ser encontrada em autores como Maximiliano*. Neste caso, a linguagem tem um papel secundário, qual seja, o de servir de veículo para a busca da verdadeira “essência” do Direito ou do texto jurídico.

Aliás, a tradição hermenêutica inaugurada no Brasil por autores como Maximiliano guarda similitude com a hermenêutica normativa de Emilio Betti, isto é, *uma hermenêutica que dá regras para a interpretação, as quais dizem tanto ao objeto como ao sujeito da interpretação*. Mais contemporaneamente, Maria Helena Diniz⁹ vai dizer que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. Assim, para ela, interpretar é explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado ao vocábulo; *extrair, da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para vida real e conducente a uma decisão*. Daí ser facilmente perceptível nessa “busca do verdadeiro sentido da norma” (*sic*) e na “revelação que deve ser feita pelo intérprete” a (forte) presença da dicotomia sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência.

De uma forma mais genérica, é possível afirmar que, explícita ou implicitamente, parcela expressiva da doutrina brasileira sofre influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emilio Betti, baseada na forma metódica e disciplinada da compreensão, em que a própria interpretação é fruto de um processo triplo que parte de uma abordagem objetivo-idealista. A interpretação é sempre produto de um processo reprodutivo, pelo fato de interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetificações da mente, através de uma realidade que é análoga à que originou uma forma significativa. Assim, a atribuição de sentido e a interpretação são tratados

⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo I. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 198.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 384 e segs.

separadamente, uma vez que Betti acredita que só isso vai garantir a objetividade dos resultados da interpretação.

Ora, uma hermenêutica que ainda se calque em métodos ou técnicas (cânones) interpretativas fica, sobremodo, debilitada no universo da viragem lingüística. Daí ser possível exprimir a firme convicção da fragilidade dos assim denominados métodos ou técnicas de interpretação. Entre tantas críticas, vale lembrar a contundente observação de Dallari, para quem o juiz/intérprete, ao utilizar “tantos modelos de interpretação da lei”, considera-se exonerado de responsabilidade, *atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças*. Vê-se nessa assertiva de Dallari *uma clara denúncia do alheamento provocado pela objetificação metodológica*. Com efeito, os assim denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetivar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito em nossa sociedade.

Se o ato de interpretar depende de uma prévia compreensão e esta tem como condição de possibilidade a pré-compreensão (*Vorverständnis*), que é produto da condição de ser-no-mundo (faticidade e historicidade), parece óbvio concluir que o intérprete/operador do Direito, quando fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu “*desde-já-sempre*”, o “*já-sempre-sabido*” sobre o Direito, enfim, como o Direito *sempre-tem-sido* (é como ele “é” e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado quotidianamente)¹⁰. O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e *predado!*) por esse sentido comum teórico, *que é, assim, o véu do ser autêntico do Direito!*

É preciso ter claro, nesse sentido, que, diferentemente de outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade, que reside na

¹⁰ Não se pode ignorar o papel reproduutor desempenhado pelos cursos jurídicos, que continuam assentados no dualismo “teoria e prática”. Assim, a teoria seria aquela “feita” nas academias, enquanto a prática seria a atividade realizada na “efetiva aplicação do Direito”. Isto é facilmente detectável nas salas de aula dos cursos jurídicos: os alunos desdenham as matérias ditas “teóricas”, como filosofia, introdução ao estudo do Direito, sociologia jurídica etc., preferindo as disciplinas “práticas” (direito processual civil, penal etc.). A proliferação dos “manuais práticos” dá mostras da gravidade e da dimensão desta problemática. Na verdade, o pensamento dogmático do Direito não conseguiu escapar ainda do elemento central da tradição kantiana: o dualismo. É por ele que fomos introduzidos no período da modernidade em uma separação entre consciência e mundo, entre palavras e coisas, entre linguagem e objeto, entre sentido e percepção, entre determinante e determinado, entre teoria e prática. Heidegger vai dizer que esses dualismos somente puderam ser instalados através do esquecimento do ser, através da introdução de um universo de fundamentação filosófica conduzida apenas pelo esquema da relação sujeito-objeto. É essa relação sujeito-objeto que sustenta as dicotomias ou os dualismos que povoam o imaginário dos juristas. Do mesmo modo, esta dualização metafísica dá azo à tese de que as faculdades devem se dedicar, preferentemente, à formação de técnicos (o que isto significa ninguém consegue explicar). Para isto, engendrou-se um imaginário positivista-normativista-formalista que sustenta que o Direito é uma (mera) técnica (racionalidade instrumental). Este processo é, sobremodo, retroalimentado pelas escolas de preparação para concursos públicos de carreiras jurídicas e pelo formato

relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo – que sempre ex-surgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que, mais do que um texto que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, é *um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social*.

A tradição nos lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

Sendo um texto jurídico – cujo sentido, repita-se, estará sempre contido em uma norma que é produto de uma atribuição de sentido – válido

ram ensinar o que será perguntado nos concursos públicos. Forma-se, neste contexto, um círculo vicioso, não sendo temerário afirmar que aquele que não freqüentar curso de preparação tem as suas chances de aprovação sensivelmente reduzidas. Esta problemática repeete-se nas provas de “Exame de Ordem” realizadas pela OAB. Não se pode olvidar um outro fator que colabora para a crise do ensino jurídico. Trata-se do alarmante aumento do número de faculdades de Direito no Brasil, a ponto de existirem faculdades em cidades com não mais do que cinco mil habitantes. Muito embora esta expansão ainda encontre respaldo no “mercado”, há um visível déficit no número de docentes com capacidade para o adequado enfrentamento das demandas das salas de aula dos mais de seiscentos cursos espalhados por todo o Brasil. Na medida em que o mercado necessita, por determinação da LDB, de docentes com formação mínima em nível de mestrado, ocorre igualmente um aumento no número de programas de pós-graduação. Por outro lado, os órgãos institucionais, em face do aumento da demanda por mestres e doutores, diminuem drasticamente os prazos para a defesa das dissertações de mestrado (vinte e quatro meses) e teses de doutorado (trinta e seis meses), fatores que terão consideráveis reflexos na qualidade dos novos docentes, que, muitas vezes, ingressam na carreira acadêmica com pouquíssima experiência. Desse modo, forja-se um imaginário no interior do qual o ensino jurídico (de graduação e pós-graduação) tem a finalidade precípua de atender as demandas (imediatas) dos operadores (leia-se “mercado”). Este processo estabelece-se a partir da prática de uma “metodologia didático-casuística”, que produz uma cultura estandardizada, dentro da qual o jurista vai trabalhar no seu dia-a-dia com soluções e conceitos lexicográficos (que são transformados em “categorias”, como se fossem “universais”, aptos ao exercício “dedutivo-subsuntivo” do “intérprete”), recheando, desse modo, metafisicamente, suas petições, pareceres e sentenças com ementas (verbetes) jurisprudenciais ahistóricas e atemporais. A proliferação de manuais jurídicos não pode ser subestimada, uma vez que consubstanciam tanto as disciplinas jurídicas ministradas nas faculdades de Direito como o processo de aplicação quotidiana do Direito. Sobre a diferença ontológica e as consequências desse “esquecimento”, ver Streck, **Hermenêutica Jurídica**, op. cit., em especial o posfácio.

tão-somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) acerca do sentido de (e da) Constituição, que já se encontra, em face do processo de *antecipação de sentido, numa co-pertença entre faticidade-historicidade* do intérprete e Constituição–texto infraconstitucional. Não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc.) *desvinculado da antecipação de sentido* representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. O intérprete já traz consigo o sentido de Constituição, com o que a norma que *ex-surge* do texto (infra-constitucional) já vem filtrada hermeneuticamente (de forma adequada ou inadequada, dependendo dos pré-juízos do intérprete). Dito de outro modo: o intérprete não vislumbra textos infraconstitucionais nus (carentes de sentido), para depois acoplá-los “capas de sentido originárias da Constituição”. Definitivamente, não! Pensar assim é resvalar em direção aos dualismos próprios da metafísica (essência e aparência, teoria e prática, palavra e coisa, questão de fato e questão de direito etc). Em síntese: pensar assim é retornar à hermenêutica clássica (lembremos, aqui, os três “momentos” representados pelas ***subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*** de que fala Gadamer). O ato interpretativo é um ato aplicativo, que não ocorre por subsunção e tampouco por dedução,¹¹ mas, sim, em uma síntese hermenêutica, no interior do círculo hermenêutico.

Isto significa dizer que uma “*baixa compreensão*” acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito – inexoravelmente acarretará uma “*baixa aplicação*”, problemática que não é difícil de constatar nas salas de aula de expressiva maioria dos cursos jurídicos do país e na quotidianidade das práticas dos operadores do Direito¹². Por isto, *pré-juízos inautênticos* (no sentido de que fala Gadamer) *acarretam sérios prejuízos ao jurista!*

As condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam – sempre e inexoravelmente – a existência de uma pré-

¹¹ Nesse sentido, ver meu **Jurisdição Constitucional**, op.cit., em especial 5.8.

¹² Alerte-se que até mesmo algumas posturas consideradas críticas do Direito, muito embora procurem romper com o formalismo normativista (para o qual a norma é uma mera entidade lingüística), acabam por transferir o lugar da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo; da coisa para a mente/consciência (subjetividade assujeitadora e fundante); da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). Não conseguem, assim, alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-

compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Desse belvedere comprensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento (repita-se, o intérprete jamais interpreta em tiras, aos pedaços, como bem alerta Eros Grau). E sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica – , de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurgirá a sua (in) efetividade.

Calham, pois, aqui, as palavras de Konrad Hesse, para quem “resulta de fundamental importância para a preservação e a consolidação da força normativa da Constituição a interpretação constitucional, a qual se encontra necessariamente submetida ao mandato de otimização do texto constitucional.” Trata-se, pois, de problema fundamentalmente hermenêutico, muito bem detectado, aliás, por Paulo Bonavides, para quem,

“para agravar a crise das Constituições, verificou-se o emprego de uma metodologia interpretativa que caiu prisioneira do formalismo e do jusprivatismo. Foi, portanto, *um equívoco*, segundo Müller, a recepção de regras artificiais de interpretação elaboradas pelo positivismo e recolhidas da herança romanista de Savigny, fazendo da realização do Direito e da concretização da norma simples operação interpretativa de textos de norma”.

Desse modo, partindo da tese de que hermenêutica é condição de ser no mundo, de que hermenêutica é existência e de que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, em que o sentido já vem antecipado pela pré-compreensão, a pergunta que se impõe é:

como é possível olhar o novo (texto constitucional de 1988) se os nossos pré-juízos (pré-compreensão) estão dominados por uma

gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem lingüístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à “fundamentação” do processo comprensivo-interpretativo do “procedimento” para o “modo de ser”. Muito embora a recepção da hermenêutica pelas diversas concepções da teoria do direito, é com a hermenêutica da faticidade de Gadamer, caudatário da antimetafísica heideggeriana, que se dará o grande salto paradigmático, porque ataca o cerne da problemática que, de um modo ou de outro, deixava a hermenêutica ainda refém de uma metodologia, por vezes atrelada aos pressupostos da metafísica clássica e, por outras, aos parâmetros estabelecidos pela filosofia da consciência (metafísica moderna). Enquanto tentativa de elaboração de um discurso crítico ao normativismo, a metodologia limita-se a procurar traçar as “regras” para uma “melhor” compreensão dos juristas (v.g. autores como Coing, Canaris e Perelman), sem que se dê conta daquilo que é o calcanhar de Aquiles da própria metodologia (que tem um cunho normativo): a da absoluta impossibilidade da existência de uma regra que estabeleça o uso dessas regras, portanto, da impossibilidade da existência de um Grundmethode (ver, nesse sentido, meu Jurisdição Constitucional, op.cit, em especial cap. 5). Daí o contraponto hermenêutico: o problema da interpretação é fenomenológico, é existencialidade.

compreensão inautêntica do Direito, onde, no campo do direito constitucional, pouca importância tem sido dada ao estudo da jurisdição constitucional?

Com efeito, nossos pré-juízos (campo jurídico ou **habitus dogmatis**-**cus** brasileiro) estão tomados por um histórico de jurisdição constitucional pouco favorável. Explicando melhor essa questão¹³: tornado independente de Portugal, a primeira Constituição brasileira – outorgada pelo Imperador D. Pedro I - não estabeleceu controle de constitucionalidade *stricto sensu*. Inspirados (*sic*) no modelo revolucionário francês, foi deixada ao Poder Legislativo a tarefa de controlar a legalidade/constitucionalidade das leis. Consta que, em todo o período colonial-imperial, que durou mais de 70 anos, somente em duas oportunidades foi feito o referido “controle”. A mais alta Corte de justiça do Império era o Supremo Tribunal de Justiça, composto de dezessete juízes, que, na sua primeira composição, teve cinco juízes portugueses de nascimento, e somente sete brasileiros natos. Todos eles vieram das Cortes de Relação, consoante o disposto no art. 163 da Constituição de 1824 e tinham o título de Conselheiros. A competência do Tribunal estava restrita a conceder ou denegar recursos de revista, decidir conflitos de jurisdição e conhecer os delitos e erros de ofício que cometesse os seus ministros, os das Relações, os empregados no corpo diplomático e os Presidentes das Províncias. *Desnecessário dizer que a falta da instituição de uma forma de controle de constitucionalidade colocava a Constituição em um plano secundário, sendo absolutamente ineficaz e inoperante o modelo de “controle” legislativo por ela estabelecido.* Agregue-se a isso a forma de provimento dos cargos de Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, mormente nos primeiros anos: o Brasil tornara-se independente, adotara uma nova Constituição, e os membros do mais alto tribunal de justiça do Império eram originários das Cortes de Relação, isto é, eram instituídos pelo colonizador!

Como se isso não bastasse, com o advento da República, importamos o sistema de controle difuso jurisdicional vigorante nos Estados Unidos. Lamentavelmente, os republicanos brasileiros não atentaram para o relevante fato de que os Estados Unidos dispunham de uma fórmula advinda da tradição inglesa – o **stare decisis** – de conceder efeito **erga omnes**, próprio do sistema jurídico da **common law**, às decisões da Suprema Corte, julgadas em grau de recurso. Por incrível que possa parecer, em plena República, durante 43 anos ficamos sob os auspícios de um sistema de

¹³ Questão essa melhor constatada no meu **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, op. cit., onde explicito o histórico do desenvolvimento do Direito e das instituições jurídicas brasileiras, do descobrimento aos dias atuais.

controle jurisdicional difuso que somente funcionava *inter partes*.

Não se deve deixar de registrar que, muito embora tenhamos ingressado na República, o Supremo Tribunal Federal, que veio a substituir o Supremo Tribunal de Justiça do Império, foi composto por juízes do velho regime, sem conhecimento e experiência acerca do que era o controle jurisdicional de constitucionalidade. Os ministros do novo Supremo Tribunal Federal foram nomeados quarenta e oito horas após a promulgação da Constituição e instalados quatro dias após no edifício da Relação, na rua do Lavradio, no Rio de Janeiro. Aproveitou-se a maior parte do Supremo Tribunal de Justiça da Monarquia, inclusive quatro Conselheiros septuagenários, sete sexagenários e apenas quatro, com menos de sessenta anos. Alguns deles eram Viscondes e Barões (*sic*)¹⁴.

O avanço representado pela Constituição de 1934 tão-somente teve o condão de fazer com que as decisões do STF em sede de controle difuso fossem remetidas ao Senado (como ocorre hoje com o art. 52, X), cuja consequência era de, uma vez suspensa a execução da lei, conceder eficácia ***erga omnes*** à decisão. Ademais, tirante o período da ditadura Vargas, no qual houve retrocesso no campo do controle de constitucionalidade – o Poder Legislativo podia, por voto de dois terços, revogar a decisão de inconstitucionalidade tomada pelo Supremo Tribunal Federal –, a *Constituição de 1946 não trouxe qualquer avanço no plano da jurisdição constitucional*. Tivemos que esperar até o ano de 1965 para que passássemos a ter um modo de conceder efeito ***erga omnes*** às decisões em ações (representações) de inconstitucionalidade (EC 16/65)¹⁵. Ou seja, muito embora nos final dos anos 50 já se falasse em controle direto de constitucionalidade do direito estadual naquilo que diz respeito aos princípios sensíveis, *somente no ano de 1965 inaugura-se o controle objetivo concentrado de constitucionalidade no país*.

Em face de tudo isso, fazendo um breve inventário, não é temerário afirmar que não há muito a comemorar em termos de jurisdição constitucional no Brasil. Afinal de contas, excluindo o período imperial (1822-1889), em que sequer se falou em controle de constitucionalidade, os primeiros cinqüenta anos da República não representaram contribuição significativa para o aprimoramento da jurisdição constitucional. A isso se deve agregar que mesmo a inovação consistente na remessa da decisão do Supremo

¹⁴ Ver, para tanto, BALEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal. Esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 22 e segs.

¹⁵ Ressalvo, por óbvio, a assim denominada ação “direta de inconstitucionalidade” destinada a proceder a intervenção nos Estados (ação direta intervintiva), que tinha, como se verá mais adiante, limites e contornos bem definidos, não servindo, nem de longe, para solucionar o problema em debate.

Tribunal Federal para o Senado (1934) não representou grandes avanços, mormente se compararmos os modelos brasileiros com os sistemas de controle de constitucionalidade vigorantes no resto do mundo.

Com isso, explica-se parte da crise constitucional brasileira, isto é, a pouca importância dada ao direito constitucional e ao próprio texto constitucional, mormente se levarmos em conta o novo modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988, que seguiu os modelos de Constituições dirigentes e compromissárias do segundo pós-guerra.

A partir disso, é possível afirmar que, no campo jurídico brasileiro, esses *pré-juízos*, calcados em uma história que tem relegado o direito constitucional a um plano secundário, constituem um fenômeno que se pode denominar de “baixa constitucionalidade”, que, hermeneuticamente, estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito, impedindo, consequentemente, a manifestação do ser (do Direito). Um dos fatores que colabo(ra)ram para a pouca importância que se dá à Constituição deve-se ao fato de que as Constituições brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de fazer efetivos os valores, direitos ou objetivos materiais contidos no texto constitucional, que, com isso, transformava-se, porque assim era entendida, em mero programa, uma mera lista de propósitos.

O legislador ordinário erigia-se em dono absoluto dos conteúdos da Constituição, podendo desenvolvê-los com maior ou menor amplitude, ou, inclusive, desconhecê-los, sem que nem os cidadãos e nenhum outro órgão do Estado pudessem ser capazes de reprovar tais comportamentos. Na prática – e isso não é difícil de constatar – em que pese as várias Constituições que tivemos, sempre prevaleceram os Códigos (Civil, Comercial, Penal etc.). Mesmo com o advento da Constituição de 1988, ainda é considerável o movimento de refração ao novo texto, mormente naquilo que ele tem de abrogante e no seu papel de filtragem hermenêutica. Nesse sentido, veja-se a importância que teve o processo de derrogação das normas fascistas (anteriores a 1948) feito pelo Tribunal Constitucional italiano¹⁶.

É por isso que Hesse vai dizer que não é possível interpretar sem

¹⁶ Conferir em BONIFÁCIO, Francisco P. "Constitucionalidad, legislacion regresiva y civilidad jurídica". In: **División de poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional**. Madrid: Tecnos, 1987, p. 81. Também em **La Quadra**, op. cit., p. 134.

uma prévia teoria da Constituição, isto porque para compreender a norma é preciso uma teoria constitucional. Na verdade, esta resulta igualmente necessária para compreender, caso a caso, a realidade em que deve ser aplicado o texto da Constituição.¹⁷

Em síntese: *não há como negar que a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais.* Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os operadores do Direito não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo (Estado Democrático de Direito) continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora. Dizendo de outro modo: ocorreu uma verdadeira revolução copernicana na filosofia, no direito constitucional e na ciência política, que ainda não foi suficientemente recepcionada pelos juristas brasileiros.

2. Sage mir Deine Einstellung zur Verfassungsgerichtsbarkeit und ich sage Dir, man für einen Verfassungsbegriff Du hast¹⁸

A frase título foi dita por Werner Kägi, já em 1945. Contudo, tal advertência ainda hoje encontra ressonância quando se pretende discutir a problemática referente à (in)efetividade da Constituição no Brasil. A tradição de “baixa constitucionalidade” está diretamente relacionada com uma prática **self restraint** de jurisdição constitucional em nosso país. Com efeito, já no nascedouro da República, era possível identificar claramente a dificuldade com que a nossa Suprema Corte lidava com o controle de constitucionalidade das leis, valendo para tanto acompanhar os passos da luta travada por Rui Barbosa na busca desse desiderato. Ao depois, a insistência do STF em entender que a Constituição de 1891 não lhe outorgara um **judicial control** pleno, mas apenas um **judicial control** restrito à apreciação de inconstitucionalidades de leis estaduais:

“O Supremo Tribunal Federal brasileiro em parte obedeceu às lições do seu paradigma norte-americano. Mas, no regime instituído em 1889, e sem que houvesse formal determinação daquele atributo

¹⁷ Cfe. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

¹⁸ “Diz-me tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi o que entendes por Constituição”. Cfe. KÄGI, Werner. **Die Verfassung als rechliche Grundordnung des Saates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenz im modernen Verfassungsrecht**. Zurich: Polygraphischer Verlag, 1945, p. 147.

*na Carta Federal, não podia esse tribunal que herdara a tradição do judiciário do Império, criar e engrandecer um princípio que se não harmonizava com as nossas praxes políticas... qual o da jurisprudência a derrubar a lei, contra a autoridade, em favor dos direitos individuais*¹⁹.

Por isto, chegou-se a pensar que essa “anomalia” (**judicial control** restrito à apreciação de leis estaduais) somente teria sido corrigida em 1894, com a promulgação da Lei nº 221, que, em seu art. 13, § 10º, dizia que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição”. Ocorre que a competência de apreciar inconstitucionalidades de leis estaduais e federais, outorgada ao Supremo Tribunal e aos juízes²⁰, já estava expressa no preâmbulo do Decreto n. 848, que criou a Justiça Federal. Isto é, antes mesmo de o Supremo Tribunal ser criado, essa prerrogativa já existia, baseado no caso *Marbury versus Madison*.

Além das dificuldades dos primeiros anos, decorrentes, dentre outras razões, da própria formação dos seus membros, outro problema assolou o Supremo Tribunal, que, lamentavelmente, somente foi solucionado com a reforma de 1926. Com efeito, em face da inexistência de uma clara explicitação na Constituição, o Supremo Tribunal entendeu que a ele não competia uniformizar a interpretação do direito substantivo, quando do exame dos recursos que lhe chegassem dos tribunais. No fundo, com essa posição, o Supremo Tribunal pouco diferia do Supremo Tribunal de Justiça

¹⁹ Cfe. CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 187.

²⁰ Mesmo já sob a vigência da Lei n. 221, o exercício do controle difuso de constitucionalidade custou ao juiz gaúcho Alcides de Mendonça Lima uma condenação, em primeira instância, por ter deixado de aplicar a Lei n. 10, de 16.12.1895, na parte referente às recusas de jurados e ao voto a descoberto, mandando observar em tais pontos a lei antiga. Denunciado pelo crime previsto no art. 207, § 1º, do Código Penal, com as agravantes do art. 39, §§ 2º e 4º, Mendonça Lima foi condenado à pena de nove meses de suspensão do cargo, em acórdão lavrado na sessão de 10.02.1897, pelo Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apreciando a matéria, rendeu-se o Supremo Tribunal Federal à argumentação de seu advogado, Rui Barbosa: reconheceu que o acusador, declarando nula, em parte, por inconstitucional, a lei riograndense, e deixando de a aplicar, não excedera os limites das funções de seu cargo; pelo contrário, exercera-as regularmente: “Os juízes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das funções deixarem de aplicar as leis inconstitucionais, como é expresso na Constituição da República, art. 59, n. 3, Lei n. 221, de 20 de novembro de 1895, art. 8º (...).” Cfe. NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência. II – República**. Porto Alegre: Sulina, 1973, p. 20 e segs.

do Império, ficando indiferente às múltiplas e contraditórias interpretações que às leis uniformes do país davam as Relações revisoras, decidindo em última e derradeira instância. Releva notar que os próprios defensores dessa tese restritiva confessavam os males que esse procedimento causava ao país, tornando os tribunais locais onipotentes. Essa discussão já aparece no início do século XX. A respeito do tema, dizia Rui: *Seria um absurdo que, reservando-se a função de legislar acerca do direito civil, comercial e penal, entregasse a União esse direito, criação sua, à variedade de interpretações da justiça dos Estados, sem lhe opor ao menos, em última instância, um corretivo, uma garantia de unificação*²¹. Em acórdão de 11.07.1908, o Ministro Pedro Lessa votou vencido, acatando a tese de Rui. O Supremo Tribunal, entretanto, não anuiu à doutrina. Ainda em 28.08.1918, o Tribunal deixou assentado que, se a justiça local interpretava os preceitos da lei substantiva, *quaisquer que fossem os defeitos dessa interpretação* (sic), não se ensejava o recurso extraordinário. Essa posição foi ratificada em 30.12.1922, sendo necessário que o país aguardasse a reforma de 1926, para que se pudesse ter a uniformização da jurisprudência²².

Vê-se, assim, que aquilo que desde o nascedouro da República estava implícito no Decreto n. 848 e que, mais do que qualquer coisa, era ingrediente importante para a afirmação do sistema federativo, somente ganhou forma a partir de uma emenda constitucional. Dito de outro modo, o Supremo Tribunal Federal, *criado pelos republicanos para ser uma instituição para a manutenção da união nacional, como um autêntico “tribunal da federação”*,²³ ao não elaborar um processo hermenêutico mais “agressivo/

²¹ É necessário referir que juristas como Carlos Maximiliano, muito embora crítico contumaz do uso da interpretação literal, optou por este método, ao sustentar que não havia autorização no texto da Constituição de 1891 para a uniformização da jurisprudência. Nesse sentido, ver seu **Commentários à Constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Forense, 1930, p. 660 e segs.

²² Ver, para tanto, NEQUETE, **O Poder Judiciário**, op. cit., p. 26 e segs; SODRÉ, Moniz. **O Poder Judiciário na Reforma Constitucional**, 1943, p. 180 e segs; NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. 1929, pp. 20 e segs.

²³ Daí a nítida inspiração que o constituinte brasileiro de 1890 buscou no **judicial review** norte-americano, que, muito embora não estivesse previsto como figura constitucional **stricto sensu**, nasce da própria lógica que preside a natureza da Constituição, uma vez que o pacto federativo que ela exprimia reclamava um **tertius** para a limitação dos poderes exercidos por cada “departamento do governo” ao lado da proteção das “liberdades” dos Estados, implicando que o governo de leis assumisse a forma de um complexo empreendimento entre diferentes competências e prerrogativas. Cfe. VIANNA, Luiz Werneck. *“Revolução processual do Direito e democracia progressiva”*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes**. Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 365.

criativo” pelo qual se autoconcedesse a competência para uniformizar a jurisprudência, colaborou para o enfraquecimento institucional do País²⁴. Nesse sentido, a denúncia do Ministro Pedro Lessa (que votava vencido, entendendo que essa prerrogativa estava estampada na idéia de federação e na própria exposição de motivos do Decreto n. 848), dizendo que se estava diante de um “manifesto desacato ao Poder Legislativo da União” e de um “desrespeito a autoridade da Federação”. De fato, é absolutamente incompreensível que o sistema federativo convivesse com um sistema jurídico que não contemplasse uma instância de concentração, de reparação, de uniformização da jurisprudência. Parafraseando as palavras de Rui: *sendo o direito entre nós obra da União, ele não podia, sob qualquer hipótese, sob pena de colocar em risco o sistema federativo, ficar sem reserva à mercê dos Estados.*

Apesar disso – e não são poucas as críticas feitas ao Supremo Tribunal Federal no decorrer de sua história²⁵ –, não se pode olvidar a importante atuação da Suprema Corte no campo da defesa das liberdades civis, mormente se forem levados em conta os tempos sombrios dos primeiros anos da República, que, já sob a vigência da nova Constituição, sofreu o primeiro golpe de Estado em 3 de novembro de 1891 – comandado pelo

²⁴ Muito embora tais fatos apontem para o enfraquecimento do sistema federativo, autores como Leda Boechat Rodrigues apontam na direção contrária. Nesse sentido, diz a autora, num momento em que o Presidente Campos Sales inaugurava a chamada política dos governadores e proclamava a soberania dos Estados ao lado da soberania da União, o STF, através do exercício do controle da constitucionalidade das leis estaduais, funcionou de certo modo como um fator de equilíbrio do sistema federal: “Sem a sua ação vigilante e corretiva – entregues como estavam os Estados aos desmandos de uma legislação antinacional e perturbadora do livre fluxo do comércio interestadual – provavelmente o federalismo, como a democracia, teria também funcionado de maneira ainda mais defeituosa no Brasil e se teriam agravado ainda mais os problemas econômicos, já excepcionalmente graves, de todo o País”.

²⁵ Assim, veja-se, por todos, as críticas de João Mangabeira, para quem o STF foi o poder que mais falhou na República, e de José Honório Rodrigues, ao asseverar que, dentre os Poderes no Brasil, “o Executivo foi sempre mais progressista e mais receptivo às aspirações populares; o Congresso mais anti-reformista e mais retardatário; a Justiça esteve sempre a favor das forças dominantes”. Cfe. RODRIGUES, José Honório. *História do Supremo Tribunal*, op. cit., p. 5; e, do mesmo autor, **Conciliação e Reforma no Brasil. Um desafio histórico-político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 14 e 125.

mesmo militar que fora um dos corifeus da Proclamação da República – e um contragolpe do Marechal Floriano, vinte dias depois²⁶. Afinal de contas, séculos de escravidão e de exclusão social, aliados a ausência, durante o período imperial, de um sistema judiciário que pautasse suas ações na defesa dos direitos individuais, forjaram uma sociedade autoritária, cujas seqüelas podem ser sentidas ainda na aurora do século XXI. De qualquer sorte, releva notar que, em vários momentos, as decisões do ainda jovem Tribunal causaram a ira dos governantes²⁷.

Entretanto, como anteriormente referido, já no nascedouro da República havia um problema que afetava, sobremodo, as possibilidades do florescimento de uma jurisdição constitucional mais efetiva no Brasil: a ausência de um mecanismo para dar efeito *erga omnes* às decisões oriundas do controle de constitucionalidade, problema que somente foi percebido no processo constituinte de 1933/34, sem, contudo, a necessária suficiência²⁸,

²⁶ Observe-se a complexidade da situação, a partir do fato de que dois Ministros do STF, Barão de Lucena e Tristão de Araripe, terem apoiado o golpe de Estado chefiado pelo Marechal Deodoro.

²⁷ Com efeito, quando o STF, em 1893, declarou a nulidade do Código Penal da Marinha, Arístides Lobo, líder governista, escreveu que o Tribunal incorreria em crime de abuso de autoridade. E tendo o Tribunal despertado a ira política de Floriano Peixoto, em razão daquele julgamento, ficou meses sem funcionar, porque Floriano não provia as vagas que iam ocorrendo, além de recusar-se a dar posse ao Presidente eleito do Tribunal. No final do quatriênio do Presidente Prudente de Moraes, ao firmar, em rumoroso *habeas corpus*, o princípio das imunidades parlamentares durante o estado de sítio, não somente o STF foi criticado em mensagem presidencial, como sofreu violenta campanha da imprensa governista. Acontecimentos ligados à revolução federalista iniciada no Rio Grande do Sul, em fevereiro de 1893, ensejariam novos julgamentos de enorme repercussão pela Suprema Corte. Em 19.09.1895, julgando a apelação cível n. 112, em que era apelado o Mal. José de Almeida Barreto, reformado contra a sua vontade, o STF estabeleceu que “é nulo o ato do Poder Executivo que reforma forçadamente um oficial militar, fora dos casos previstos em lei.” De forma similar, o acórdão proferido na Apelação Cível n. 148, do mesmo ano de 1895. Outro julgamento de repercussão diz respeito à inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 310, de 21.10.1895, que concedeu anistia, com restrições, às pessoas envolvidas em movimentos revolucionários ocorridos até 23.08.1895, o que fez com que o parlamento, em 1898, editasse lei suprimindo as aludidas restrições. O STF também cuidou do fortalecimento da liberdade de reunião e dos limites do poder de polícia, quando concedeu *habeas corpus* a favor dos membros do Centro Monarquista de São Paulo, no ano de 1897. Cfe. RODRIGUES, História do Supremo Tribunal, I, op. cit., p. 5 e segs.; também COSTA, Edgard. Os grandes julgamentos do STF. 1892 a 1962. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

²⁸ Não considero que a instituição do mecanismo da remessa ao Senado das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF no controle difuso – e só havia esta modalidade de controle até 1965 – tenha representado o avanço que muitos constitucionalistas proclamavam. Na verdade, é pífio o número de decisões remetidas pelo STF ao Senado nestes quase setenta anos, do mesmo modo como é inexpressivo o número de Resoluções suspensivas expedidas por aquela Casa legislativa.

uma vez que sanado tão-somente no ano de 1965, com a implantação (tardia) do controle concentrado de constitucionalidade.

Afora esses problemas, muitos deles originários de uma *baixa funcionalidade* do sistema jurídico, imbricados com um histórico déficit de democracia decorrente de sucessivos golpes de Estado, é necessário ressaltar que *mais contemporaneamente não é mais possível colocar a culpa na falta de democracia ou em um virtual déficit funcional da forma de controle de constitucionalidade, isto porque a Constituição de 1988 colocou à disposição da comunidade jurídica talvez o mais rico e completo sistema de controle de constitucionalidade do mundo, bastando para tanto examinar os múltiplos mecanismos aptos para o exercício do controle difuso e concentrado da constitucionalidade das leis*. O Brasil, junto com Portugal, é um dos poucos países que adotam o controle difuso misto com o concentrado. Assim, no controle difuso, qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei (até mesmo emenda constitucional) se entendê-la inconstitucional; nos tribunais, o controle difuso funciona a partir da suscitação do respectivo incidente de inconstitucionalidade²⁹. Nesse sentido, não se pode olvidar o expressivo leque de ações constitucionais aptas à provocação do exame da inconstitucionalidade de atos normativos *in concreto* (mandado de segurança, ação civil pública, *habeas corpus*, mandado de injunção, para citar algumas). Para o exercício do controle concentrado, há a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade – inserida na CF por emenda constitucional – e a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Muito embora todo esse elenco de possibilidades de controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional ainda está longe de assumir o papel que lhe cabe no Estado Democrático de Direito, mormente se entendermos que a Constituição brasileira tem um nítido perfil dirigente e compromissário. Desse modo, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição. Trata-se, sim, de *compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade*, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

Esse paradigma toma forma quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, passa a ser contestada de dois modos: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais

²⁹ Observe-se a dispensa dessa suscitação em alguns casos, consoante previsão do art. 481, parágrafo único, do CPC. Quanto à constitucionalidade dessa previsão legal, remeto o leitor ao meu **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, op.cit., cap. 10.

e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedural da feitura das leis, *mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição*.

Há, assim, a prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria, *o que significa entender a Constituição como um remédio contra maiorias*. Portanto, a noção de um terceiro modelo de Direito, o do Estado Democrático de Direito, leva em conta a noção de Constituição como valores a serem realizados, exsurgentes do contrato social. *A Constituição surge, nesse terceiro modelo/paradigma, não somente como a explicitação do contrato social, mas, mais do que isso, com a sua força normativa de constituir-ação do Estado.*

Assim, quando aqui se afirma que a Constituição é a explicitação do contrato social, está-se afirmado o caráter discursivo que assume a noção de Constituição, enquanto produto de um processo constituinte. A noção de Constituição do Estado Democrático de Direito e da função da justiça constitucional como garantidora da força normativa *substancial³⁰* do texto constitucional está umbilicalmente ligada à noção de contrato social. Daí ser necessário advertir para o fato de que a Constituição, entendida como explicitação do contrato, não pode ser entendida (meramente) como um “contrato” que se estabelece como uma terceira coisa entre o Estado, o Poder, o Governo, e os destinatários; antes disso, *a linguagem constituinte passa a ser condição de possibilidade do novo*, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do paradigma liberal, mas, sim, passa por uma *revolução copernicana* (Jorge Miranda) mediante o constituir da Sociedade.

Em face do que foi exposto, entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, reserva-se ao Poder Judiciário (*lato sensu*, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova forma de inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.

Entendo, assim, que a justiça constitucional deve assumir uma

³⁰ No embate entre as posturas substancialistas e proceduralistas, claramente posiciono-me ao lado do substancialismo, conforme melhor explicitado no meu **Jurisdição Constitucional**, op. cit., em especial cap. 4.

postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira³¹. Ou seja, como bem aduz Vianna³², se a judicialização da política

“significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do Direito e a ‘substituição’ de um Estado benfeitor por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não se pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça”.

Quando falo em “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988, donde é possível afirmar que, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas públicas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais-fundamentais.

³¹ Como bem assinala Ackerman, ao tratar da problemática norte-americana, declarando inconstitucional um determinado dispositivo legal, o Tribunal está desempenhando uma função dualista crítica. Ele está indicando à massa de cidadãos privados que algo especial está ocorrendo nos corredores do poder; que seus pretendidos representantes estão tratando de legislar com pouca credibilidade; e que, uma vez mais, há chegado o momento de determinar se nossa geração responderá fazendo o esforço político requerido para redefinir, como cidadãos privados, nossa identidade coletiva. Cfe. ACKERMAN, Bruce. **La política del diálogo liberal**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 203.

³² Cfe. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 126 e segs.; CABRAL PINTO, Luiza Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 126 e segs.; e BUBNER, R. **Filosofia moderna Alemanha**. Madrid: Cátedra, 1984, p. 228 e segs.

É evidente que tais questões podem esbarrar naquilo que se denomina de “financeiramente possível” e na (de)limitação do âmbito (político) de esfera de competência. Cristina Queiroz³³ enfatiza que,

“quando existe um direito, este mostra-se sempre como justiciável. Sucedem é que, por vezes, no caso dos direitos de natureza económica e social, estes necessitam ainda de uma configuração jurídica particular a levar a cabo pelo legislador. A ‘reserva do possível’, ‘no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ (BverfGE 33, 303, 333; 43, 291, 314), não tem como consequência a sua ineficácia jurídica. Essa cláusula expressa unicamente a necessidade da sua ponderação. Konrad Hesse fala, a esse propósito, de uma ‘obrigação positiva’ de ‘fazer tudo para a realização dos direitos fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjectivo por parte dos cidadãos’”.

Muito embora tais teses/perspectivas, um olhar – mesmo que perfuntório – sobre o agir quotidiano dos juristas nos mostra que estamos longe de uma postura mais intervintiva (portanto, menos **self restraint**) do Poder Judiciário, o que pode ser verificado pela inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição³⁴ e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de constitucionalidade por omissão, além da falta de uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores e posteriores a Constituição. Assim:

a) mecanismos como a interpretação conforme a Constituição (**verfassungskonforme Auslegung**) e a nulidade parcial sem redução de texto (**Teilnichtigerklärung ohne Normtext Reduzierung**) têm sido muito pouco

³³ Cfe. QUEIROZ, Cristina. *Interpretação e Poder Judicial – sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 65. Veja a esse propósito o seguinte acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal: “Todo este complexo normativo, que não é meramente programático e contém antes uma vinculação para o legislador ordinário, não pode desprender-se de princípios fundamentais consagrados na Constituição como seja o empenhamento da República ‘na construção de uma sociedade livre, justa e solidária’, o objectivo da ‘realização da democracia económica, social e cultural’, as tarefas fundamentais do Estado de promover ‘a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais’ e assegurar ‘o ensino e a valorização permanente’”. Ac. TC 148/94.

³⁴ Neste sentido, há que se levar em conta a advertência de Alexy, que fala da justiciabilidade plena como um dos tesouros da Constituição, lembrando que “quem pretenda escrever na Constituição ideais políticos não justiciáveis, deve ser consciente do que está em jogo. Com uma só disposição da Constituição não controlável judicialmente abre-se o caminho para a perda de sua obrigatoriedade.” Cfe. ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 33.

utilizados para a adequação do enorme contingente de leis e atos normativos ao texto da Constituição. Até mesmo o entendimento acerca do sentido e alcance desses institutos têm recebido uma interpretação ***self restraint***³⁵.

b) o exercício do controle difuso de constitucionalidade, nestes quinze anos, tem-se mostrado aquém das expectativas. No primeiro grau de jurisdição, ainda são poucos os magistrados que lançam mão desse (poderoso) mecanismo, que, saliente-se, não fica restrito à (mera) rejeição (não aplicação) de leis inconstitucionais, podendo, à toda evidência, alcançar a interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto, para citar apenas estas duas modalidades de decisões denominadas pela tradição de “decisões interpretativas”³⁶. Nos tribunais, continua reduzido o número de incidentes de inconstitucionalidade.

c) diversas leis, apenas em parte incompatíveis com a Constituição, têm permanecido intactas no sistema, pela timidez hermenêutica dos operadores. Veja-se a recente Lei nº 10.259/01, que, de forma inconstitucional, (des)classificou delitos como abuso de autoridade, fraude em licitação, fraude processual, porte ilegal de arma, sonegação de tributos, desobediência, atentado ao pudor mediante fraude, crimes contra a honra, para ficar apenas nos principais, como “infrações de menor potencial ofensivo” (***soft crimes***), utilizando para tanto o critério horizontal da quantidade da pena³⁷. Do mesmo modo, o Código Penal está eivado de inconstitucionalidades; dezenas de tipos penais não recepcionados pela Constituição continuam sendo aplicados; as penas não guardam relação com o princípio da proporcionalidade (para se ter uma idéia, furto qualificado tem pena maior que sonegação de tributos e lavagem de dinheiro; adulteração de chassis de automóvel acarreta pena maior do que a do homicídio praticado ao volante etc.); nessa linha, não causa nenhum espanto à comunidade jurídica o fato de que a sonegação de tributos tenha um tratamento absolutamente privilegiado em relação aos crimes contra o patrimônio, como

³⁵ Para tanto, consultar Streck, **Jurisdição Constitucional**, op. cit., em especial cap. 11.

³⁶ *Idem ibidem*, em especial capítulos 10, 11 e 12.

³⁷ Em termos de filtragem hermenêutico-constitucional, o problema decorrente da indevida inserção desses crimes no rol dos ***soft crimes*** pode ser resolvida por intermédio da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto. Para tanto, ver STRECK, Lenio Luiz. “Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional”. **Caderno Jurídico**. Ano 2, v. 2, n. 5. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, out/2002, p. 63-100.

o furto, a apropriação indébita etc.³⁸; a falta de filtragem é tão grande que o sistema jurídico convive com o paradoxo representado pelo fato de os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, elevados à condição de hediondos na década de 90³⁹, continuarem a ser considerados “crime de ação privada” (sic).

d) a dimensão da crise de baixa constitucionalidade pode ser aquilatada por alguns casos emblemáticos, como o ocorrido com a edição da Lei nº 9.639/98. Com efeito, *a importância desse episódio assume uma transcendência ímpar, porque simboliza a crise paradigmática que atravessa a operacionalidade do Direito em nosso país.* Explico: o Poder Executivo enviou projeto de lei ao Congresso Nacional concedendo anistia aos agentes políticos responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da Lei nº 8.212/91 e no art. 86 da Lei nº 3.807/60 (retenção de contribuições previdenciárias dos segurados da previdência social, sem que fosse atribuição legal sua). Tal matéria constou no art. 11 do projeto, que foi votado, aprovado e enviado para sanção do Presidente da República. Ocorre que, de forma “fantasmagórica”, foi introduzido um parágrafo único “pirata” ao citado art. 11, estendendo a anistia aos “*demais responsabilizados pela prática dos crimes previstos na alínea d do art. 95 da Lei nº 8.212/91 e no art. 86 da Lei nº 3.087/60*”, isto é, o dispositivo “acrescentado” estendia de forma irrestrita a citada anistia. Surpreendentemente, a Lei foi sancionada com a inclusão do parágrafo único “pirata”. *Ora, parece desnecessário dizer que um dispositivo não votado e não aprovado pelo parlamento jamais existiu no mundo jurídico.* Constatado o manifesto equívoco, de imediato foi enviada mensagem ao Presidente da República comunicando o fato, o que ensejou a *repúblicação da lei*, o que veio a ocorrer no dia seguinte ao da publicação original. Pois bem: com base na “vigência” (sic) do aludido parágrafo único do art. 11, *começaram a ser concedidas anistias a todas as pessoas envolvidas nos crimes de retenção de contribuições sociais*, sob

³⁸ A recente Lei nº 10.684/03, repisando matéria já sedimentada, possibilita que os sonegadores façam parcelamento (REFIS) de seus “débitos”. Com isto, extingue-se a punibilidade (sic). Antes dessa Lei, já havia casos de financiamentos que ultrapassavam os 500 anos...! Enquanto isto, em completa violação ao princípio da isonomia, ao cidadão que pratica crime contra o patrimônio não é dada qualquer possibilidade de parcelamentos e, tampouco, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo resarcimento do prejuízo! Isto mostra a dura face da crise de paradigmas que atravessa a dogmática jurídica brasileira.

³⁹ Veja-se que a comunidade jurídica, inserida no senso comum teórico, convive pacificamente com dispositivos como art. 107, VIII, do Código Penal, pelo qual extingue-se a punibilidade do crime de estupro ou atentado violento ao pudor pelo “casamento da ofendida com terceiro” (sic), dicção que o STF chegou a estender ao “concubinato da vítima com terceiro”. Ora, tal disposição legal afronta a Constituição Federal, conforme sustentei em parecer que exarei nos autos da Apelação-Crime n. 70006451827 - 5ª Câmara Criminal, TJRS.

os mais variados argumentos, tais como “em nome da segurança jurídica, o texto foi publicado, apesar do erro, existe e entra em vigor, devendo ser protegidos os direitos decorrentes dessa vigência...”, aduzindo-se, ainda, citações doutrinárias acerca da interpretação do art. 1º, §4º, da Lei de Introdução ao Código Civil... Em face disso, o Ministério Público Federal passou a recorrer das (centenas de) decisões judiciais concessivas das anistias irrestritas *baseadas no inexistente parágrafo único*, tendo que a matéria ser, finalmente, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que, em decisão plenária de 4.11.98 (HC nº 77724-3, Rel. Min. Marco Aurélio), julgou inconstitucional o citado parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.639, em sua publicação no Diário Oficial da União de 26.5.98, explicitando o STF que a decisão tinha caráter *ex tunc*, atingindo todas as decisões concessivas anteriores. A argumentação do Supremo Tribunal Federal foi singela – porque singela era a questão, sem dúvida –, baseando o acórdão no fato de que o parágrafo único em tela não cumpriu, no Congresso Nacional, o rito de discussão e votação de projeto de lei, previsto no art. 65 da CF. Ou seja, *a publicação por engano do parágrafo único não poderia gerar efeitos no mundo jurídico*. Ou seja, reféns do sentido comum teórico, os operadores do primeiro grau de jurisdição não conseguiram – no âmbito do controle difuso – dar uma solução constitucional adequada a um problema tão simples.

e) as mesmas carências hermenêutico-constitucionais podem ser encontradas no campo do direito processual. Assim, v.g.⁴⁰, embora o conteúdo garantista da Constituição de 1988, o Código Processo Penal continua fazendo vítimas, pela falta de uma adequada interpretação que o conforme ao texto constitucional. Em pleno Estado Democrático de Direito, o sistema jurídico convive com a quotidiana violação dos princípios da ampla defesa (interrogatórios que continuam sendo realizados sem a presença de defensor), do contraditório (exames periciais feitos à revelia do réu) e do devido processo legal (denúncias que são recebidas sem qualquer fundamentação), para citar apenas alguns dos problemas.

f) por outro lado, se os Códigos Penal e Processual Penal sofrem de profunda inadequação com o texto constitucional em face da distância temporal, um texto como o do Código Civil que entrou em vigor em 2003 deveria ingressar no ordenamento devidamente adequado à Constituição.

⁴⁰ Deixo de referir aqui os problemas decorrentes das diversas (mini) reformas no Código de Processo Civil, muitas delas de duvidosa constitucionalidade. Do mesmo modo, permito-me remeter o leitor ao meu *Jurisdição Constitucional*, op. cit., em especial capítulos 11 e 12, onde são tratadas as inconstitucionalidades constantes na Lei nº 9.868/99 – que trata do processo e do procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade – e na Lei nº 9.882/99, que estabelece o regramento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Entretanto, não é isto que ocorre. Com efeito, em muitos aspectos, o Código Civil provoca retrocesso, com nítida violação da cláusula constitucional de proibição de retrocesso social, implícita na Constituição Federal. Neste ponto, concordo com Gustavo Tepedino, quando diz que o novo Código Civil é retrógado e demagógico. Retrógado porque nasce velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade mais que a propriedade, o ser mais que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais; e demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto de outubro de 1988⁴¹. Não é desarrazoado afirmar, neste contexto, que a edição do novo Código Civil representou a vitória da codificação sobre a hermenêutica e a abertura interpretativa. Os assim denominados avanços do novo Código desde há muito estavam previstos na Constituição. Às várias manifestações “louvando” o fato de que, a partir do novo Código, o juiz assumirá uma nova postura perante o Direito (sic), é fácil responder (e esclarecer) que essa propalada “abertura hermenêutica proporcionada pelo ‘novo’ Código Civil” é fruto do paradigma que instituiu o Estado Democrático de Direito e tudo o que representa a Constituição, entendida no seu caráter compromissário e dirigente. Não é o Código que estabelece um novo paradigma, mas, sim, é o Código que deve(ria) estabelecer os delineamentos do Direito Civil levando em conta o primado da Constituição. É exatamente por isto que parcela considerável das centenas de emendas que estão sendo propostas ao novo Código são desnecessárias, uma vez que as anomalias do novo Codex podem ser corrigidas a partir de um adequado manejo da jurisdição constitucional, naquilo que o sistema jurídico coloca à disposição do operador em termos de controle difuso e concentrado, além dos modernos mecanismos interpretativos, como a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto. Infelizmente, tudo está a indicar que a equiparação feita por parcela considerável de juristas entre “vigência e validade” e “texto e norma”, continuará fazendo suas vítimas por muito tempo.

g) registre-se, por fim, a postura **self restraint** que a Suprema Corte assumiu nos episódios que envolveram as grandes privatizações e na discussão dos conceitos de “urgência e relevância”, requisitos para o Poder Executivo editar medidas provisórias. Saliente-se que, antes da promulgação da EC nº 32, que alterou o art. 62, da CF, o Poder Executivo já havia editado mais de 3.000 medidas provisórias. Uma postura herme-

⁴¹ Cfe. TEPEDINO, Gustavo. "O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira". **Revista Trimestral de Direito Civil**, v 7. Rio de Janeiro: Padma, 2001, p. 229.

nêutica mais incisiva do STF poderia, sem dúvida, no exame da matéria e no momento oportuno, ter evitado este mar de MPs, que tantos prejuízos causaram à cidadania e à democracia.

3. Considerações finais.

A Constituição que ainda constitui. A necessidade de um processo de resistência constitucional como compromisso ético dos juristas.

Vários são os fatores que levam a esse *deficit* de jurisdição constitucional, que podem ser debitados tanto a uma crise de modelo de direito e de Estado, como a uma crise de compreensão (crise de viés hermenêutico). *Observe-se como a dogmática jurídica continua equiparando os âmbitos da vigência e da validade de um texto, questão que decorre do problema próprio da hermenêutica clássico-reprodutiva, que equipara o texto à norma, como se o texto carregasse consigo a norma (sentido)*⁴². De outra banda, não construímos uma teoria da Constituição suficientemente colada à Teoria do Estado apta a superar um certo enciclopedismo ainda presente na análise da Constituição de 1988. Em suma, a Constituição não encontrou terreno fértil para a efetivação das promessas contidas em seu texto. A comunidade jurídica demorou a perceber a revolução paradigmática que representaram os textos constitucionais dirigentes e compromissários no seio da Teoria do Estado e da Constituição. Sejamos claros: não havia um caldo de cultura apto a recepcionar essa verdadeira revolução copernicana que alçou o Direito constitucional ao status de disciplina dirigente, questão

⁴² Conforme tenho referido à saciedade em outros textos, não há equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma separação entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência-validade). Ou seja, concordo com Friedrich Muller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto (ver, para tanto, *Juristische Methodik*, op. cit.; no mesmo sentido, GRAU, Eros. *La doble estructuración y la interpretación del derecho*. Barcelona: M.J. Bosch, SL, 1998). Ocorre que o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na “sua” norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete (e, para isto, não há um processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido exsurgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos). Por isto não há separação entre texto e norma; há, sim, uma diferença ontológica entre eles, questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente. A norma, assim, não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto “desnudo”. Ela é a construção hermenêutica do sentido do texto. Esse sentido manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio*. Daí que, de algum modo, concordo com Nelson Saldanha em suas críticas a tese de Müller. Com efeito, Saldanha não concorda com a afirmação de que o texto da norma é apenas um “enunciado lingüístico”. “Todo texto é um enunciado lingüístico, mas nenhum texto é apenas isto: o texto de um poema se distingue de seu ‘conteúdo’, como ocorre com o de uma prece ou o de uma mensagem pessoal. Mas em cada caso

que assumia contornos mais relevantes ainda se levado em conta o problema de ser o Brasil um país de modernidade tardia. Não ocorreu no Brasil algo similar ao “Debate de Weimar”, onde foi discutida, nos idos de 1919, a crise da Teoria Geral do Estado, a partir da insuficiência da Teoria Geral do Estado “enciclopédica” de Jellinek⁴³.

As mesmas insuficiências teórico/paradigmáticas que preocuparam os juristas alemães não alcançaram igual tratamento em *terra brasili*. O novo paradigma do Estado Democrático de Direito, no interior do qual o constitucionalismo – porque umbilicalmente ligado à Teoria do Estado – assume contornos transformadores da realidade social, vem sendo trabalhado a partir de uma ultrapassada Teoria Geral do Estado, que *não reúne as condições suficientes para a elaboração de um discurso que imbrique Constituição e Estado*. Mais do que uma crise na Teoria (Geral) do Estado, há uma crise da Constituição, que, segundo Bercovici, *pode ser superada ao compreendermos a Constituição nestes pressupostos da Teoria do Estado, em conexão com a política e a realidade social* (e aqui assume relevância a circunstância de vivermos em um país de modernidade tardia). Afinal, aduz o autor, ao contrário do que alguns juristas defendem, não é possível entender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do

o texto está relacionado ao conteúdo: não se procuraria uma mensagem religiosa no texto de um livro de química, nem se buscaria um conteúdo poético no texto de um decreto. Os textos que integram o direito positivo contêm a norma: são textos jurídicos e não contábeis, nem litúrgicos. Não se ‘chegaria’ à norma sem o texto dela, nem com outro que não fosse jurídico. A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas” (cfe. SALDANHA, Nelson. “Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n. 10. Recife: UFPE, 2000, p. 203 e segs). Correto o professor pernambucano quando diz que os textos que integram o direito positivo contêm já, de pronto, a norma cujo sentido aponta para o fato de que tais textos são jurídicos, e não qualquer outra coisa. Ou seja, há um sentido que se antecipa e, portanto, é condição de possibilidade: antes de tudo, o texto é um texto jurídico! Em síntese, texto e norma são coisas distintas, mas não separadas, no sentido de que possam subsistir um sem o outro. Também por isto um não contém o outro, assim como o ser não contém o ente. Por isto, o que existe é uma diferença entre ambos, que é ontológica.

⁴³ A crise da Teoria Geral do Estado gerou três grandes propostas para a sua superação, todas descartando as concepções de Jellinek. Duas propostas vão substituir a velha Teoria Geral do Estado pela nova Teoria da Constituição. De um lado, a visão da Constituição exclusivamente como norma jurídica (Kelsen). De outro, as Teorias Materiais da Constituição, vista agora como algo mais do que uma simples norma jurídica, mas como lei global da vida política do Estado e da sociedade (Carl Schmitt e Rudolf Smend). Finalmente, a terceira proposta busca a renovação metodológica completa da Teoria Geral do Estado, que deveria ser substituída pela Teoria do Estado como ciência da realidade (Hermann Heller). Cfe. BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. São Paulo, 2003. Inédito.

Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição. Talvez aqui esteja um dos problemas fundamentais da crise que obstaculiza a compreensão do papel da Constituição no Brasil (e consequentemente do porquê de sua inefetividade, passados quinze anos): a Constituição tem sido compreendida apenas como normativa, desconectada da política (onde entra, por decorrência lógica, o Estado). *Há uma necessária conexão/imbricação entre Estado, Constituição e política. Só assim será possível perceber que a Constituição pertence também à realidade histórico-social*⁴⁴.

Em face de todo o exposto, proponho, fundamentado em Garcia Herrera, uma *resistência constitucional*, entendida como o processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas. O novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais⁴⁵.

Este resistir implica, entre outras tarefas, uma mobilização em torno da criação de um Tribunal Constitucional, na tradição dos tribunais desse naipe que tanto serviço prestaram à democracia e à realização dos direitos fundamentais-sociais no velho mundo, e, em consequência, a utilização, de forma ampla, dos mecanismos de acesso à justiça, mormente à jurisdição constitucional, através do controle difuso de constitucionalidade e do controle concentrado, sob suas várias formas, sem olvidar as ações constitucionais específicas, como o mandado de injunção, o mandado de segurança, a ação popular, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, etc. *Nesse sentido, é preciso ter claro que não há texto infraconstitucional imune à filtragem constitucional; não há textos “blindados”.* Até mesmo as leis que

⁴⁴ Cfe. Bercovici, **A Constituição**, op. cit.

⁴⁵ Consultar GARCIA HERRERA, Miguel Angel. "Poder Judicial y Estado Social: Legalidad y Resistencia Constitucional". In: **Corrupción y Estado de Derecho – El papel de la jurisdicción**. Perfecto Andrés Ibáñez (Editor). Madrid: Trotta, 1996, p. 83.

desriminalizam estão sujeitas ao controle de constitucionalidade⁴⁶. Para ser mais claro: no Estado Democrático de Direito, não há liberdade de conformação do legislador; há uma diferença (ontológica) entre vigência (que é secundária) e validade (que é primária, porque dependente da materialidade da Constituição), e entre texto e norma. O texto não contém a norma. Esta é sempre o produto de um processo de atribuição de sentido, o que reforça a responsabilidade (ética) do intérprete.

Por isso, torna-se relevante a discussão das condições de possibilidade que têm os juristas para a construção de um discurso (crítico) que aponte para a superação da crise paradigmática e a implementação dos valores constitucionais. Ao lado disso, torna-se necessário constantemente denunciar as reformas legislativas *ad hoc* que têm levado, sistematicamente, à concentração do poder nos tribunais superiores, a ponto de transportar para o nosso sistema mecanismos próprios da *common law*⁴⁷ e do direito tedesco (nesse sentido, v.g., a inversão dos efeitos nas decisões em sede de ADIn e ADC, prevista na Lei nº 9.868/99). Veja-se, a propósito, o problema do acesso à justiça, sonegado a partir de mecanismos como os constantes no art. 557 do CPC, monocratizando as decisões de segundo grau, além de impedirem o acesso aos tribunais superiores (TST, STJ e STF). É evidente que necessitamos de mecanismos que conduzam à efetividade da justiça e ao “desafogo dos tribunais superiores” (sic). Entretanto, não se pode, em nome de uma “instrumentalidade quantitativa”, solapar uma “instrumentalidade qualitativa”.

Em síntese: é necessário construir (novos) caminhos na busca da concretização das promessas da modernidade plasmadas no texto constitucional. Isto implica continuar a acreditar na força normativa da Constituição e no seu papel dirigente e compromissário. Daí a necessidade da construção de

⁴⁶ Ver, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Os juizados especiais criminais à luz da jurisdição constitucional**, op. cit.

⁴⁷ No plano da operacionalidade do direito, grande parcela das querelas jurídicas tem sido decidida mediante a (singela) citação de ementas jurisprudenciais (ou Súmulas) descontextualizadas, a ponto de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade (sic) de um dispositivo de medida provisória com fundamento na Súmula 618, de edição anterior à Constituição. Calha lembrar, além disso, que as decisões, embora fundamentadas nos verbetes (nos seus mais variados tipos), não são suficientemente justificadas, isto é, não são agregados aos ementários jurisprudenciais os imprescindíveis suportes fáticos, decorrendo daí o que denomino de “um perigoso ecletismo”, originário de um hibridismo (simplista/simplificado) representado pela fusão de institutos da *common law* e da *civil law*.

uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia,⁴⁸ cujos fundamentos decorrem da necessidade de preenchimento do *déficit* resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade nos países periféricos. Destarte, a defesa de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia fundamenta-se na idéia de um conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como nos correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática.

Uma tal teoria deve, assim, tratar da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas incumpridas da modernidade*, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares – democracia e direitos fundamentais-sociais - que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. A idéia de uma TCDAPMT implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma teoria da Constituição dirigente voltada às especificidades de países periféricos como o Brasil não prescinde de uma teoria do Estado, que seja apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição. É importante pontuar que tal teoria conforma-se manifestamente ao que se projeta a partir de uma estrutura normativa consistente no Estado Democrático de Direito, ou seja, uma forma civilizada e democrática de realização do bem estar de todos, rechaçando alternativas revolucionárias, distantes de qualquer paradigma de Estado de Direito. À toda evidência, uma tal tese não implica sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a *vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição*, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um (poderoso) instrumento de implementação de políticas públicas.⁴⁹

Entretanto, como na Macondo de Gabriel Garcia Marquez, algumas “coisas” de nossa Constituição ainda são tão novas, tão recentes, que muitos juristas, para mencioná-las, continuam a apontá-las com o dedo. É como se estas “coisas” novas ainda não tivessem nome; é como se lhes

⁴⁸ Sobre a construção de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, ver meu **Jurisdição Constitucional**, op. cit., em especial cap. 3.

⁴⁹ Idem, ibidem.

faltasse a “nominação constitucionalizante”. Velhos pré-juízos continuam a causar prejuízos. Não houve, ainda, a urgência constitucionalizadora. A baixa compreensão do sentido da Constituição acarreta uma “baixa constitucionalidade”. Entre sístoles e diástoles⁵⁰, os quinze anos de Constituição deixaram muitas lições. Talvez na imbricação entre o exercício pleno e efetivo da jurisdição constitucional e uma ampla participação da sociedade, a partir dos mecanismos de representação popular e de democracia direta, esteja o caminho para o novo, para a superação da crise, que, como se sabe, existe exatamente quando o novo não nasce e o velho não morre; enfim, quando o velho obnubila o novo! □

⁵⁰ Na medida em que o objetivo deste texto é fazer um apanhado crítico acerca do funcionamento da jurisdição constitucional nos seus diversos âmbitos, torna-se desnecessário lembrar os avanços conquistados no período pós-constitucional, como, por exemplo, e que vale por todos, a consolidação da democracia em *terra brasiliis*, condição indispensável para o florescimento de uma cultura jurídica que aponte para o efetivo cumprimento das promessas *ex-surgentes* do pacto constituinte.

O Estatuto Constitucional da Religião e da Beneficência

CÉLIO BORJA

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal. Professor aposentado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

INTRODUÇÃO

1. Na década passada, as administrações dos ministérios da Justiça e da Previdência recusaram às instituições religiosas a condição de benfeiteiros e de utilidade pública e discriminaram-lhes negativamente as obras sociais, as quais para gozar da isenção (imunidade) do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição, deveriam ser transferidas a novas entidades dotadas de personalidade jurídica própria (Resolução nº 13, de 5 de agosto de 1993, do Conselho Nacional do Serviço Social). Nessa mesma linha de conduta, o Instituto Nacional de Previdência Social reconceituou, como relação empregatícia, a que as pessoas de vida consagrada, sacerdotes, religiosas e religiosos, irmãs e irmãos leigos mantêm com as entidades a que pertencem que prestam aos necessitados algum tipo de serviço desinteressado ou enquadrou-os como sócios e diretores dessas organizações, para o efeito de proibi-las de mantê-los e assegurar-lhes a subsistência, sob pena de perderem as mantenedoras a imunidade que o artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição lhes concede.

Essas não são iniciativas isoladas e episódicas da administração pública, mas endêmicas. Daí o interesse permanente do tema das relações da Igreja com o Estado e a atualidade da exegese das disposições constitucionais a ele atinentes.

2. De modo tão claro e inquestionável firmou-se no Brasil a exegese das normas Constitucionais que tutelam as religiões e a liberdade de consciência e de crença que parece um anacronismo discriminar aquelas e limitar essa última apenas ao exercício do culto, impedindo ou dificultando-lhes as obras pias e as de caridade que são da essência mesma do cristianismo. Ao leitor desapercebido dessa circunstância parecerá igualmente anacrônica a recapitulação da doutrina concernente a essa matéria, toda ela firmada na primeira república e positivada nas Constituições de 1934, 1946 e 1967.

3. Tanto ou mais grave, porém, é semear a insegurança jurídica em matéria que pertence ao foro mais íntimo do ser humano e que os fundadores do moderno Estado democrático erigiram em liberdade inviolável, inacessível a qualquer forma de intervenção ou regulação por ato do poder temporal.

A IMUNIDADE DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

4. A isenção da contribuição previdenciária patronal é anterior à Constituição atualmente em vigor, pois a Lei nº 3.577, de 4 de julho de 1959, já isentava

“da taxa de contribuição de previdência aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões as entidades de fins filantrópicos reconhecidos como de utilidade pública, cujos membros de suas diretorias, não percebam remuneração.” (Art. 1º, grifei)

Recolheriam, apenas, a parte devida por seus empregados, atendida, no que dispusesse a esse respeito, a legislação previdenciária (art. 2º).

Dois atributos identificavam, no entendimento do legislador, essas entidades filantrópicas: a sua utilidade pública, declarada por ato do Presidente da República (Lei nº 91, de 28 de agosto de 1961, art. 1º) e a gratuidade do exercício dos cargos de suas diretorias.

Isto quer dizer que somente estavam isentas aquelas que fossem de utilidade pública, ou que fossem públicas, como as qualificava a velha doutrina italiana,¹ porque têm como objeto único, ou precípuo, o implemento de um fim de inegável relevância para a sociedade e que se constitui, também, em cuidado e preocupação do Estado.

5. São de utilidade pública, tanto as instituições laicas, como as religiosas, eclesiásticas ou de culto, como as qualifica GIORGI, que assim explica essa dualidade:

“... sebbene la religione non si occupi di cose civili, se non in quanto le servono di mezzi ai suoi fini oltramondani; e sebbene la Chiesa non vachi in oggi che a cure spirituali, rimanendo sequestrata da ogni ingerenza nelle faccende civili, giusta la odierna formula libera Chiesa

¹ GIORGIO GIORGI, **La Dottrina delle Persone Giuridiche**, seconda e terza edizione, vol. V, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1927: “... vi ha un'altra categoria di persone giuridiche, dove la ragione pubblica non può dirsi assolutamente estranea; quantumque i corpi morale, che vi restono compresi, non abbiano propriamente l'esercizio del potere pubblico e non entrino nell'ordito rigorosamente governativo dello stato. Tali sono quelle personalità giuridiche, che rappresentano un interesse più o meno generale, e però sempre di utilità pubblica; ma cooperano col governo, no ai fini sociali di primaria necessità, bensì a taluni scopi di civiltà e di benessere pubblico, che sebbene in sottordine si trovano sempre tra le mire di um Governo benordinato”. (p. 1)

in libero Stato, tuttavia la separazione assoluta degli Enti ecclesiastici dallo Stato non è ancora raggiunta, e forse non si otterrà mai. Gli istituti e le associazioni ecclesiastiche, in quanto posseggono beni ed hanno capacità civile, sono incardinati nell'ordinamento pubblico dello Stato, che loro com parte la civile investitura e la capacità giuridica, erigendoli in Enti morali."²

6. No Direito brasileiro, a separação da Igreja e do Estado, operada pelo Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, a par de liberar todas as igrejas e cultos da intervenção do Estado, abolindo o padroado (art. 4º), que submetia a religião católica ao governo imperial, reconheceu-lhes a personalidade jurídica, "para adquirir bens e os administrarem", mantendo-os no domínio dos haveres que tinham e dos edifícios de culto (art. 5º).

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 aboliu a propriedade de mão morta, como RUI BARBOSA viria a demonstrar perante o Supremo Tribunal Federal, assim completando o novo regime de liberdade religiosa plena, que não exclui a colaboração em prol do interesse público, de acordo com a ressalva do artigo 19, inciso I, da Constituição de 5 de outubro de 1988, e das que a partir da de 1934 a precederam.

7. São fins de interesse público, ou públicos, não somente a assistência prestada aos necessitados, mas, igualmente, a educação e a cultura. Assim, já se entendia, no Direito post-justiniano, como registra GIORGI:

*"E la beneficenza continua a essere intesa con tanta larghezza ed effrenata generalità, da comprendere qualunque opera di utilità generale: onde nel Medio Evo e dopo, si sono personificati come Opere pie molti Istituti aventi per obietto la soddisfazione dei bisogni intellettuali: perfino le Università di studi e le biblioteche. La definizione della Causa pia era perciò amplissima secondo i canonisti, ed abbracciava ogni cosa, che potea riuscire d'interesse sociale: ogni associazione, ed ogni fondazione a scopo misto di culto e di umanità."*³

8. Explica-se, assim, que desde a Lei nº 91, de 1935, e, em especial, do seu regulamento (Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961, art. 2º, al. e), a educação, a pesquisa científica, as atividades artísticas e culturais, integrem o conceito positivo de beneficência e filantropia, e incluam-se entre os misteres que merecem a declaração de utilidade pública. À filantropia essa disposição regulamentar reclamava, expressamente, *caráter geral ou indiscriminado predominantemente*, excluindo destarte as associações que somente prestam tais serviços a seus associados.

² GIORGIO GIORGI, op. cit. v. V, p. 4 -5.

³ G. GIORGIO, op. cit. v. V, p. 42-43.

Também a Lei nº 1.493, de 13 de dezembro de 1951, habilitou a receber subvenções e auxílios do Tesouro Nacional as entidades que visassem especificadamente a promover a educação e a defesa da saúde, a desenvolver a cultura, a assistência médico-social, bem como, o amparo social da coletividade.

Portanto, quando do advento da Constituição hoje em vigor as entidades filantrópicas já eram isentas da contribuição previdenciária patronal. E as normas legais e regulamentares que a disciplinavam foram recepcionadas e vigeram até que as modificasse a Lei nº 8.212, de 25 de julho de 1991.

9. Qual ou quais as consequências da constitucionalização do antigo favor legal? Certamente, algum efeito jurídico, disso, há de decorrer, pois não é concebível disposição constitucional anódina, que não determina o sentido, a validade e a eficácia das normas inferiores atinentes à matéria de que cuida. É precisamente essa dominância que concretiza o atributo da supremacia da Constituição rígida. “*Todas as disposições constitucionais*” — sustenta JOSÉ AFONSO DA SILVA — “*têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas. São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem, como demonstraremos com mais vagar. É errôneo pretender que certas disposições constitucionais, só porque não têm uma eficácia positiva direta e imediata, não sejam normas jurídicas e normas jurídicas constitucionais, desde que a própria constituição não tenha estabelecido distinções expressas, como fazia a de 1824, em seu artigo 178.*”⁴

10. Norma constitucional de eficácia contida, que, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, cria “*situações subjetivas de vantagem, caracterizadas como direitos subjetivos positivos*”, a do parágrafo 7º, do artigo 195 (C.F.), recebeu do constituinte normatividade suficiente para reger os interesses de que cogita; e as disposições legais sobre a matéria, autorizadas na Constituição, não se destinam a desenvolver-lhe a aplicabilidade, mas a limitá-la.⁵ Ora, o primeiro efeito da constitucionalização da antiga isenção foi a sua conversão em imunidade. Com efeito, duas regras estão inscritas no citado dispositivo: a primeira — *são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades benfeicentes de assistência social* — cria para as pessoas do tipo definido na Constituição, a situação jurídica subjetiva de imunes à contribuição previdenciária patronal. A segunda parte da norma — *que atendam às exigências estabelecidas em lei* — permite que o legislador ordinário explice as notas essenciais do conceito de benefi-

⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, RT, 1968, S. Paulo, p. 41- 42.

⁵ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 254, nº IX.

cência e assistência social e que o seu aplicador se recuse a reconhecer o direito à isenção a quem não tenha, efetivamente, os atributos próprios. Na verdade, essas entidades benfeitoras de assistência social são imunes desde o momento de sua criação, por efeito dos seus atos constitutivos.

No exercício dessa competência delegada pelo constituinte, o legislador ordinário não pode dispor discricionariamente, nem arbitrariamente, mas com sólido e indiscutível fundamento objetivo e racional. Não pode, ex. gr., multiplicar exigências que não digam respeito à exata qualificação jurídica da beneficência e da assistência. Não lhe é permitido tão pouco infestar os conceitos de uma e outra coisa, com reclamos de mera comodidade administrativa ou de conveniência da arrecadação de tributos e imposições pecuniárias. A norma legal subordinada não pode dispor em sentido oposto ao da norma constitucional subordinante; se o fizer, sujeita-se ao controle concentrado ou difuso de constitucionalidade que lhe declarará a ineficácia.

11. Também, não se permite, nem ao legislador, nem ao poder regulamentar, nem ao aplicador da lei, condicionar o gozo da isenção ao cumprimento de deveres e obrigações para com a administração, em geral, e o fisco, em particular. Para esse fim outras sanções e instrumentos de coerção existem. A cassação da isenção constitucional não pode ser combinada para o fim de forçar o recolhimento de tributos ou o cumprimento de exigências administrativas ou para facilitar a observância de políticas governamentais. Mas a perda da isenção há de decorrer exclusivamente da inexistência ou da extinção de um ou mais atributos essenciais da beneficência e da assistência social. Remunerar diretores, distribuir-lhes lucro, adjudicar-lhes o patrimônio social ou abandonar a pessoa jurídica isenta as suas finalidades assistenciais estatutárias, ou trocá-las por atividades e fins não-assistenciais, podem esses atos e omissões ser causa legítima e fundada de perda da isenção.

12. Assim é, porque a isenção do parágrafo 7º, do artigo 195, da Constituição, é subjetiva, pois é concedida ao sujeito que assuma, no ato mesmo de constituir-se, o duplo atributo da beneficência, como modo de agir, e da assistência social, como finalidade de sua ação. Por força da autonomia e independência que a Constituição assegura às associações e ao ato associativo, nos incisos XVIII e XIX, do artigo 5º, quem qualifica a pessoa jurídica como benfeitora e assistencial são seus atos constitutivos e estatutos. Podem as pessoas jurídicas isentas serem iníquas às regras *interna corporis* que lhes definem a natureza e os fins e, por isso, perderão a qualificação jurídica que atrai a isenção constitucional e, assim, dela desairão.

Por isso, o decreto presidencial *declara*, mas não constitui como de

utilidade pública a entidade assistencial. O que determina a utilidade pública de uma associação ou sociedade são os seus fins e estes, de acordo com o nosso direito constitucional positivo e republicano, só podem resultar da livre escolha dos associados, no momento de *constituir* a associação ou sociedade ou no de reformá-la.

13. Em síntese, os conceitos jurídicos de beneficência e assistência foram formados ao longo dos séculos e compreendem, a partir da Idade Média, a educação e a cultura. Também, no nosso direito positivo, anterior a 1988, além das finalidades de utilidade pública, atestadas em ato presidencial meramente *declaratório*, isto é, que reconhece um fato ou um direito preexistente, a filantropia postulava, como ainda hoje, a não-retribuição dos diretores, ou seja, a gratuidade dos serviços que os órgãos da entidade isenta lhe prestam, reservando-se a qualidade de órgãos às pessoas que têm, estatutariamente o poder de representá-la, comprometê-la e obrigá-la.

Deve ser, enfim, repetido que, em decorrência da constitucionalização da isenção da contribuição previdenciária patronal, em norma que lhe define o sujeito — entidades benfeitoras de assistência social — é defeso à lei negar esse benefício a pessoa jurídica que se qualifica estatutariamente como benfeitora e assistencial, dando-se a essas palavras o sentido que têm na linguagem comum e corrente.

Porque é norma constitucional de eficácia contida, poderia o legislador refazer os conceitos de assistência e beneficência que a tradição jurídica e a doutrina multisecular formaram?

Penso que não, porque, se assim agisse, ele estaria violando a regra de hermenêutica constitucional, segundo a qual “*as palavras devem ser entendidas no seu sentido geral popular*”, em “*sentido comprehensivo que expresse idéias gerais, mais do que requintados matizes de pensamento ou distinções estritas.*”⁶ Afrontaria, ainda, outra regra elementar de interpretação: palavras cujo sentido está assentado serão assim igualmente entendidas, quando reeditadas (*words reenacted after they have acquired a settled meaning will be understood in that meaning*).⁷

Na parte final do parágrafo 7º, do artigo 195, a Constituição faculta à lei qualificar, afirmativa ou negativamente, os conceitos de beneficência e assistência social, para o fim precípuo de impedir sejam eles usados indevida ou fraudulentamente. Mas essas qualificações deverão ser congruentes com a definição já assentada dos termos usados pela Constituição.

⁶ Busser v. Snyder e Com. v. Nickerson, *apud* THOMAS COOLEY, **A Treatise on the Constitutional Limitations**, v. I, 8ª edição, Boston, 1927, p. 130 nota 3.

⁷ Fulmer v. Commonwealth *apud* COOLEY, op. cit. v. I, nota 1, p. 131-132.

14. Diferentemente das relações que estabelecem no meio civil subordinadas ao direito comum, o vínculo associativo que os institutos católicos de vida consagrada⁸ firmam com os que neles professam viver os conselhos evangélicos é inteiramente regulado pelo direito eclesiástico, porque está protegido pela garantia da inviolabilidade com que o inciso VI, do artigo 5º, da Constituição, proíbe a ingerência do Estado na vida religiosa e nas instituições que lhe são próprias.

Art. 5º-

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção dos locais de culto e a suas liturgias.

Consagrando-se à sua religião, ingressando em algum de seus institutos, dotados ou não de personalidade jurídica civil, para neles viver em regime de pobreza e obediência,⁹ é ato protegido por essa garantia constitucional de inviolabilidade.

A disciplina e o estatuto normativo a que se submetem o homem e a mulher consagrados ao serviço divino são modos invioláveis de exercício da religião e, por isso, são do domínio exclusivo da consciência do próprio crente, que pode a eles submeter-se ou deles esquivar-se, sem temer forma alguma de intervenção ou constrição estatal.

Da comparação dos textos dos incisos VI e XVII, do artigo 5º, da Constituição, ressalta a diversidade de tratamento que a Constituição dá à liberdade civil de associação e à de agremiação religiosa, pois, a primeira é plena (art. 5º, XVII) e, a segunda, inviolável (art. 5º, VI). A plenitude não exclui a regulação estatal, pois significa que, embora o ato associativo e a constituição da associação situem-se integralmente na esfera da autonomia da vontade, a lei pode, contudo, dispor acerca da ilicitude de certos fins que, assim, já não mais poderão servir de causa formal final da associação.

Já a liberdade de agremiação para fins religiosos, além de ser plena, é inviolável, pois, é insusceptível de regulação externa à consciência do sujeito. A inviolabilidade corresponde, no léxico português, à “*prerrogativa que põe certas pessoas acima da ação da justiça*” (CALDAS AULETE).

Ressalvadas a lesão a direito, — isto é, a interesse protegido pela lei civil — e a conduta não religiosa penalmente punível, assim da instituição religiosa, como dos seus membros, os fatos e as relações de caráter religioso são, em princípio, insusceptíveis de regulação estatal, por força da inviolabilidade com que a Constituição os protege. Reciprocamente, esses

⁸ Cf. **Código de Direito Canônico**, cânon 573 § 2º.

⁹ *Ibd.*

fatos e relações não gozam da tutela do sistema jurídico civil. Por essa razão, o abandono da vida religiosa, com a quebra dos votos proferidos e em contravenção da lei canônica, é fato irrelevante para a ordem normativa estatal, que não pode ser invocada pela parte agravada, para forçar o cumprimento dos votos e do direito eclesiástico.

Penso que é esse o fundamento constitucional das iterativas decisões da Justiça trabalhista no sentido da inexistência de vínculo empregatício entre sacerdotes seculares, religiosos e religiosas de confissão católica, e ministros evangélicos, de um lado, e de outro, as instituições religiosas a que servem. O Tribunal Superior do Trabalho já assentou, no acórdão nº 550/72, da sua Segunda Turma, que “*as irmãs religiosas, prestando serviços através da Ordem ou Congregação a que pertencem, não assumem a condição de empregadas.*” (D.J.U. 28.6.72). Nesse sentido vão, também, os acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho: TRT - 9ª Região, 2ª Turma, RO 1016/88, *in* DJ PR de 12.10.88, p. 97; 9ª Região, 2ª Turma, RO 0159/92 *in* DJ de 01.04.93; 9ª Região, 3ª Turma, RO 1329/92 *in* DJ PR de 30.07.93, p. 32; 12ª Região, RO 1734/89 *in* DJ SC de 25.05.90, p.22; 11ª Região, RO 445/88, proferido em 21.03.89; 3ª Região, 3ª Turma, RO 12735/91 *in* DJ MG de 01.08.92, p. 50; 8ª Região, RO 2934/90, publicado na sessão de 23.08.91; 4ª Região, 1ª Turma, RO 8577/85, proferido em 16.07.86; 5ª Região, 1ª Turma, RO 2482/85 *in* DJ de 09.04.86.

15. Há, contudo, outra hipótese a considerar, que, acredito, ocorre com freqüência. Embora a prática da caridade seja um mandato divino dado a todos os fiéis cristãos e às formas associativas que os congregam, os institutos de vida consagrada têm dons diferentes, segundo a graça que lhes é dada (***quae donationes habent differentes secundum gratiam quae data est eis***), nas palavras do cânon 577, do Código de Direito Canônico. Ao lado da oração e do anúncio da Palavra, essa disposição eclesiástica põe o bem dos homens (***sive hominibus benefacientem***) entre as finalidades a que se podem dedicar, mais de perto, essas sociedades e associações criadas dentro da Igreja Católica.

Os institutos vocacionados para a beneficência, segundo o seu estatuto canônico e os seus estatutos civis, são, em regra, mantenedores de obras e serviços, mediante os quais realizam essa sua finalidade. E é nesses serviços e obras que os religiosos e leigos, pertencentes aos institutos mantenedores, cumprem os votos que professaram, vivendo a pobreza e a obediência que prometeram observar e prestando aos necessitados o serviço que é finalidade estatutária de sua agremiação.

A obra benficiante ou filantrópica — com ou sem personalidade civil — mantida por um instituto religioso, como que se sub-roga na facul-

dade da sua mantenedora de haver o serviço dos homens e mulheres de vida consagrada que, por isto, nada percebem. Certamente, ao receber o serviço prestado sem retribuição pecuniária, sem salário e com dedicação integral, a obra ou serviço mantido assume o dever ou obrigação moral da mantenedora de prover o sustento dos que, desinteressadamente, mais do que o trabalho, lhes dão suas vidas.

Manter colaboradores tais é, por certo, o primeiro e genuíno ato de filantropia que se há de esperar dessas obras benéficas.

16. Penso, contudo, ser desnecessário aflorar o ponto relativo à natureza do vínculo que se estabelece entre a obra filantrópica e os homens e mulheres de vida consagrada, que lhe prestam serviço. Ressalvando não se tratar de vínculo empregatício, como assentado na jurisprudência trabalhista, recordo que a exigência da não-remuneração, como atributo próprio da filantropia, dirige-se, exclusiva e estritamente, aos diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeiteiros, como se conclui da leitura do artigo 55, inciso IV, da Lei nº 8.212, de 1991:

Art. 55 - Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade benéfica de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:

I -

II-

III-.....

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeiteiros, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título;

17. Não se pode presumir seja órgão de direção de um instituto religioso a pessoa que nele ingressa para dedicar sua vida ao cumprimento do conselho evangélico da caridade, sob a forma de beneficência. Ao contrário, coloca-se ela no pólo passivo de uma relação de sujeição, por força do voto de obediência, o que não exclui a possibilidade de vir a ser formalmente escolhida para exercer o **munus** de dirigir a instituição. Tal escolha, contudo, não se presume, prova-se documentalmente.

A família é, entre as instituições e relações jurídicas civis, a que mais se assemelha aos institutos de religiosos ou de leigos da Igreja Católica; e o pátrio poder é, analogicamente, o correspondente do vínculo que se estabelece entre os superiores dessas agremiações e seus confrades.

Na família, à sujeição dos filhos corresponde o dever paterno de prover-lhes o sustento. E a disciplina normativa do poder dos pais sobre sua prole — variável segundo os diferentes estágios de civilização e cultura

de cada povo — serve de modelo à autoridade e às atribuições do superior em face dos monges, padres, frades, freiras e irmãos.

Seria, pois, um contra-senso presumir que um membro de instituto católico, religioso ou leigo, seja necessariamente, por força exclusiva dessa sua qualificação, diretor, benfeitor, instituidor ou conselheiro da obra ou serviço beneficente a que serve. É possível que ele assuma qualquer dessas posições, mas, para que isso ocorra, há necessidade de um ato formal praticado pelo órgão estatutariamente capaz.

Segue-se que, não tendo sido provido regularmente, em qualquer dos cargos e funções indicados no inciso IV, do artigo 55, da Lei nº 8.212, de 1991, é absolutamente irrelevante, para o efeito de aplicação desse dispositivo, o fato de um fiel católico de vida consagrada perceber salário, direto ou indireto, ou ter assegurada a sua subsistência, pela obra filantrópica a que dedica sua existência.

Quer o titular da isenção seja um instituto de vida consagrada, quer seja uma obra pia, beneficente ou filantrópica, com personalidade jurídica própria, por aquele mantida, não se pode afirmar que ao fornecer alimentação, moradia, ensino ou qualquer outro benefício, *in natura*, aos que têm, com um ou outra, relação de serviço, esteja violando o requisito do artigo 55, IV, da Lei nº 8.212, de 25 de julho de 1991, para o gozo da isenção da contribuição patronal. Primeiro, porque na hipótese de existir vínculo empregatício pressupõe-se o pagamento de salário; à prestação laboral corresponde necessariamente a contraprestação pecuniária ou *in natura* do tomador do serviço. Essas últimas integram o salário, como estatuído no artigo 458, da CLT:

*Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro compreendem-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações **in natura** que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.*

Interpretando-se sistematicamente a disposição do artigo 55, IV, da Lei nº 8.212, de 1991, concluir-se-á que ela não proíbe o pagamento de salário **in natura**, a quem a ele tenha direito, por força do contrato ou do costume. O que essa disposição legal proíbe é abonar-se salário ou remuneração, vantagem ou benefício, a qualquer título, a diretor, conselheiro, sócio, instituidor ou benfeitor; nessa vedação não se comprehende o pagamento de salário, direto ou indireto, a quem efetivamente preste serviços ao instituto religioso ou à obra por este mantida e não ocupe ou exerça nenhuma das funções ou cargos expressamente enumerados. Porque é norma restritiva de direito, a do artigo 55, IV, da Lei nº 8.212, de 1991, inter-

preta-se estritamente, não se podendo estender a outros, a vedação feita a sujeitos determinados; quem não é *diretor, conselheiro, sócio, instituidor ou benfeitor* não é por ela alcançado.

18. Exumno agora a questão da obrigatoriedade de inscrição das pessoas jurídicas, no Cadastro Geral de Contribuintes — CGC. Começo por observar que, em decorrência do princípio de legalidade (art. 5º, II, C.F.), somente a lei pode impor o ônus ou dever de fazer alguma coisa e definir os sujeitos respectivos. Entretanto, na vigência de igual disposição da Constituição de 1967 e de sua Emenda nº 1, de 1969 (art. 153, § 2º), a Lei nº 5.614, de 5 de outubro de 1970, delegou, no artigo 1º, inciso I, ao Ministro da Fazenda a faculdade de dizer quem está sujeito a essa inscrição. Ignorando tal delegação, inconstitucional, a meu ver, não só pela sobredita razão, mas também porque usurpa a competência constitucional do Presidente da República para regulamentar a execução das leis (art. 84, IV, da Const. 1988 e art. 81, III, Const. 1967 - Em. nº 1, 1969), o art. 176 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041, de 11 de janeiro de 1994, definiu os sujeitos desse dever:

Art. 176 - As pessoas jurídicas em geral, inclusive as empresas individuais, serão obrigatoriamente inscritas no Cadastro Geral de Contribuintes, observadas as normas aprovadas pelo Ministro da Fazenda, de acordo com o estabelecido no art. 1º da Lei nº 5.614, de 5 de outubro de 1970.

Elidida, assim, a última inconstitucionalidade apontada, a Instrução Normativa SRF nº 96/80 estendeu, no seu item 2.15, a obrigatoriedade de inscrição a todos os estabelecimentos do contribuinte, inclusive aos localizados no exterior. Estes, são definidos, no item 1.2 da mesma norma, como

"unidade imóvel autônoma e contínua em que o contribuinte exerce, em caráter permanente, atividade econômica ou social, como:

- a) terreno sem construção (estacionamento pago de veículos em local que não seja de domínio público, parque de diversões permanente etc);*
- b) edifício ou conjunto de edificações num único terreno ou em terrenos contíguos, desde que haja comunicação entre as diversas edificações que não seja por logradouro público;*
- c) pavimento ou grupo de pavimentos de um ou mais edifícios que se comuniquem internamente;*
- d) loja ou grupo de lojas de um ou mais edifícios que se comuniquem internamente;*
- e) sala ou conjunto de salas do mesmo edifício;*
- f) parte de sala, de loja, de galpão, de pavimento, de edifício ou de*

terreno.

Esta norma administrativa não define o estabelecimento, mas indica deficientemente onde ele pode ser localizado. Não o define, insisto, porque para fazê-lo deve dizer quais são seus elementos essenciais. Ora, o estabelecimento, tal como o domicílio, constitui-se de um elemento material, objetivo — o lugar — e de outro, subjetivo, o ***animus*** — vontade de permanecer sem termo definido ou previsível.

No Direito Civil brasileiro, ao qual pertence e onde encontra adequada regência, o estabelecimento está imediatamente referido ao domicílio, tal como se vê do artigo 35, § 3º, do Código Civil:

Art. 35 - Quanto às pessoas jurídicas o domicílio é:

.....
IV - Das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos ou atos constitutivos.

Em direta conexão com essa norma, o parágrafo 3º, atento à realidade contemporânea da dispersão, no espaço, da atividade dos entes morais ou jurídicos, associa, *para um fim determinado*, as noções de estabelecimento e domicílio.

§ 3º - *Tendo a pessoa jurídica de direito privado diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um será considerado domicílio para os atos nele praticados.*

Essa assimilação do estabelecimento ao domicílio — exclusivamente para o efeito de aforar os atos localizadamente praticados pela mesma pessoa jurídica sediada alhures — tem como consequência que para qualificar juridicamente o estabelecimento se lhe exigem os atributos do domicílio. Ora, no nosso Direito, “não basta para constituir **domicílio**: 1º nem o simples fato da residência, ainda que prolongada, em um lugar, ou por viagem, ou por tráfico ambulante, ou por outro motivo acidental, sempre que pareça haver domicílio em outro lugar.”¹⁰

Como se adquire então o domicílio? O mesmo TEIXEIRA DE FREITAS responde: “O **domicílio**, dizem todos os Escritores, não se adquire senão ***animo et facto***; porém, uma vez adquirido, conserva-se ***solo animo***: aplica-se-lhe pois, como observa Demolombe, a teoria da posse, que também não se adquire se não pelo fato acompanhado da intenção: ***corpo et animo, neque per se corpore, neque per se animo*** — L. 3ª § 1º Dig. de adq. vel amitt. poss.)¹¹

¹⁰ AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS SENIOR, **Vocabulário Jurídico**, Rio de Janeiro, B. L. Garnier Livreiro. Editor, 1883, Apêndice II, cap. II, § 2º, art. 172, p. 504.

CORREA TELLES já advertia: “*Um estranho, que é mandado para uma terra, revestido de um cargo temporário, ou revogável, e que nella vive sem ânimo de permanecer, não é vizinho dela.*”¹²

Advindo o Código Civil, e, nele, a límpida definição de domicílio dos seus artigos 31 e 32, CLOVIS BEVILAQUA persistia entendendo que o *animus* é condição necessária da sua aquisição: “*A transferência voluntária do domicílio opera-se pela mudança da residência acompanhada da intenção de fixar-se a pessoa no lugar, para onde se mudou. Sem esta intenção, o domicílio continua a ser o mesmo (Cód. Civil, art. 34). Ausências temporárias não influem sobre a permanência do domicílio.*”¹³

Essa doutrina coincide com a lição de WINDSCHEID, acerca do local do domicílio de quem tem morada em mais de um lugar: “*Qual sia questo luogo è una questione, che in generale, deve risolversi ponderando per ogni singolo caso tutte le circonstanze: per certi casi essa è decisa da una regola legislativa. In questi casi anche la volontà della persona di cui si tratta è indifferente; astraendo da essi, non è possibile la fissazione di um domicílio senza la volontà di colui che lo fissa. D'altra parte non basta la semplice volontà, se non le corrisponde il rapporto di fatto.*”¹⁴ Portanto, abstraida a hipótese do domicílio legal, o seu lugar é determinado pela vontade daquele que nele se fixa, vontade que se há de materializar em uma relação de fato.

Sem a vontade de permanecer, nem há domicílio, nem, analogicamente, se há de supor a existência de um estabelecimento. Tampouco, a dispersão da atividade da empresa no espaço há de induzir, sempre, a existência de mais de um estabelecimento ou firma, como registra a doutrina contemporânea: “*O deslocamento dos elementos constitutivos de uma empresa pode ser, também, mutável. Isto ocorre nas empresas de transporte terrestre, marítimo ou aéreo. Comboios, veículos, navios que sulcam mares distanciadíssimos entre si, aviões que voam de um continente a outro constituem para essa empresa, elementos móveis, de localização continuamente variável, da mesma firma. Mas mesmo nessa hipótese, o vínculo orgânico que imprime uma compacta unidade à empresa, nem se adensa, nem se esgarça.*”¹⁵

¹¹ A. TEIXEIRA DE FREITAS SENIOR, op. cit., apendice II, cap. II, § 2º, nota 166, p. 505.

¹² J. H. CORREA TELLES, **Digesto Português**, t. II, 5ª edição, Coimbra, 1860, L. II, tit. preliminar, § 1º, nº 18, p. 9.

¹³ CLOVIS BEVILAQUA, **Teoria Geral do Direito Civil**, 4ª edição, Liv. F. Alves, 1949, pg. 196.

¹⁴ BERNARDO WINDSCHEID, **Diritto delle Pandette**, trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino, UTET, 1.925, § 36, p. 105-106.

¹⁵ Cf. MARIO CASANOVA, Azienda, in **Novissimo Digesto Italiano**, II, p. 3: “*La dislocazione degli elementi costitutivi di un azienda può essere anche mutevole ciò avviene per le imprese di trasporti terrestri, marittimi od aerei. Convogli, veicoli, navi che solcano mari fra loro lontanissimi, aeromobili che volano dall'uno all'altro continente costituiscono, per quelle imprese, elementi mobili, della stessa azienda. Ma, anche in questi ipotesi, non si spezza e non si attenua il vincolo organico che imprime all'azienda una compatta unità.*”

À vista desses exemplos, é fácil entender porque não se podem classificar como estabelecimentos as unidades de serviço de uma entidade benéfica que se desloca por localidades e sítios diversos, para acudir, por certo tempo e sem o ânimo de neles permanecer, às necessidades de indivíduos, famílias e grupos sociais.

Se não se pode falar em estabelecimento, na ausência do ânimo de permanência, não me parece que se possa exigir a inscrição da obra no Cadastro Geral de Contribuintes.

Na hipótese, ressalta o aspecto de *eventualidade* das obras ou serviços das congregações religiosas e, na definição de estabelecimento, o de *cártar permanente*. Logo, a inscrição no CGC não pode ser exigida de missões transitórias e eventuais, de congregações religiosas ou de instituições filantrópicas .

19. O exame desse requisito do gozo da isenção (imunidade) do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição, desdobra-se em três questões: a) como se apuram os vinte por cento de gratuidade exigidos pelo Decreto nº 752, de 17 de fevereiro de 1993, artigo 2º, inc. IV; b) se neles podem ser computadas as transferências financeiras feitas pela mantenedora, em favor das obras que operam em regime de gratuidade, dado o estado de pobreza dos seus assistidos e, c) se nesses vinte por cento podem incluir-se os serviços e benefícios concedidos aos seus empregados.

À primeira respondo afirmando que os vinte por cento de gratuidade apuram-se sobre a receita bruta ou sobre as contribuições operacionais do titular da isenção. E que, em qualquer dessas duas bases de cálculo, incluem-se as receitas e as contribuições auferidas pelas obras e serviços, sem personalidade jurídica e patrimônio próprio, mantidos pelo titular da isenção.

A contabilidade de uma dependência, repartição ou filial, porque não têm personalidade jurídica, nem patrimônio próprio, é a da instituição dotada de capacidade civil à qual pertence. A lei pode autorizar a manutenção de uma contabilidade distinta e própria nas unidades descentralizadas de um contribuinte, para efeitos fiscais e tributários. Mas, civilmente, os créditos e débitos de todas as repartições e unidades, ainda que administrativamente autônomas, imputam-se ao patrimônio do ente que tem personalidade e, portanto, capacidade para os atos da vida civil. A subtração de receitas, de créditos e direitos ao ente civilmente capaz pode constituir-se em redução da garantia que o patrimônio representa para os credores, entre eles o Fisco.

A gestão dos recursos da pessoa jurídica também pode ser descentralizada por conveniência de sua administração. Mas, em face do meio

civil, todos os ingressos, como todos os deveres, obrigações, ônus e débitos imputam-se ao patrimônio único.

Em consequência, se uma obra pia, benficiante ou filantrópica, sem personalidade, mantida por uma instituição dotada de personalidade e patrimônio próprios, aufera alguma receita ou incorre em despesa, esse e aquele fato financeiro podem ser registrados, facultativamente, na contabilidade da dependência, mas, o deverão ser, necessariamente, na da mantenedora.

Embora sua exigência pareça-me inconstitucional, observo que a gratuidade é condição resolutiva da isenção. Mas enquanto não declarada a sua inconstitucionalidade ou ilegalidade, ela há de ser exigida do titular da isenção, e, não, de suas repartições, frações ou unidades operacionais.

Voltando-me para a questão relativa ao subsídio ou auxílio prestado às obras ou serviços assistenciais destituídos de receita, penso que, aqui, há de ser aplicada a mesma regra que acabo de formular. Não só as receitas, mas, também, as gratuidades concedidas por obras, serviços, repartições, unidades operacionais, prestadores de assistência social, imputam-se ao titular da isenção dotado de personalidade e capacidade civil.

A centralização contábil — obrigatória civilmente — não impede que, por comodidade da administração, cada unidade descentralizada tenha registro próprio de suas operações e dos fatos financeiros e econômicos de que é protagonista. Mas a prestação gratuita, por essas divisões, de assistência social também imputar-se-á ao titular da isenção, de quem se exigem os vinte por cento de gratuidade.

Relativamente à possibilidade jurídica de computarem-se, na quota da gratuidade, os serviços e benefícios que as entidades filantrópicas concedem a seus empregados e às suas famílias, penso que a resposta há de ser negativa.

É que o vínculo jurídico dos empregados com seus empregadores é, substancialmente, de serviço e de conteúdo econômico; e é, formalmente, empregatício, submetido a regime jurídico próprio, que não se confunde com a relação de assistência desinteressada que se estabelece entre a entidade filantrópica e aqueles a quem ela presta serviços ou fornece bens.

A habitualidade das prestações *in natura* assume, na legislação do trabalho, o caráter de salário indireto que se integra ao direto, para muitos efeitos, e constitui-se em direito subjetivo do empregado.

Já o serviço prestado pela entidade filantrópica a seus assistidos não se converte em direito destes e obrigação daquela, juridicamente exigível. A sua prestação pode constituir-se em dever jurídico estatuído em norma de direito objetivo, exigível pelo Estado, não pelos seus beneficiários diretos. Por tais razões, tenho que serviços e fornecimentos das entidades

filantrópicas aos seus empregados não são computáveis na quota de vinte por cento de gratuidade, prevista no inciso IV, do artigo 2º, do Decreto nº 752, de 17 de fevereiro de 1993.

20. Também com fundamento na já aludida ordem de serviço nº 13, de 13 de abril de 1993, tem sido exigida a concessão de vinte por cento de gratuidade, desde data anterior à da publicação do Decreto nº 752, de 16 de fevereiro de 1993, que a instituiu (artigo 2º, inciso IV). Se porventura, o INSS entende que esse requisito foi descumprido, “*suspende o benefício isencional a partir da competência de novembro de 1991, observando o disposto na Ordem de Serviço de nº 72, de 13 de abril de 1993*”, informa a Consulente.

Nesse caso, é evidente que se empresta efeito retroativo à imposição aludida. Ora, a lei tem caráter prospectivo, só gerando efeitos a partir de sua publicação. Independentemente de existir, ou não, um direito cuja aquisição aperfeiçou-se na vigência da lei anterior, ocorre, sem dúvida, contravenção a um postulado da ciência do Direito, segundo o qual, a norma jurídica só dispõe para o futuro, não para o passado. Por isso, ela alcança e regula os fatos ocorridos após o seu surgimento, não os anteriores. Esse postulado ou princípio foi incorporado ao direito escrito romano: ***leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari.*** (L. 7, Cod. De Legibus).

O Código Civil francês, pioneiro da codificação do moderno direito comum, dispõe no artigo 2º: “*la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a pas d'effect rétroactif.*”

Igual disposição encontra-se no artigo 11, do Código Civil italiano:

Art. 11 - La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo.

A nossa Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 e Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957), cuidando do tema, deu-lhe tratamento peculiar:

Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

As nossas Constituições republicanas, contudo, assim formularam o princípio da irretroatividade das leis: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (art. 141, § 3º, Const. 1946; art. 150, § 3º, Const. 1967; art. 153, § 3º, Em. nº 1, 1969; art. 5º, XXXVI, Const. 1988).

Segundo a doutrina ensinada pelo Supremo Tribunal Federal, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição, que prevalece sobre a norma ordinária da Lei de Introdução ao Código Civil, impede que a lei nova alcance os efeitos

futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, porque — embora minimamente retroativa segundo a classificação romana da retroatividade — ela interferiria na causa, que é um ato ocorrido no passado (ADIN nº 493-DF, Ementa, RTJ 143/724, Pleno). No Brasil, aplica-se plenamente, portanto, o princípio ***tempus regit actus***, segundo o qual, os atos jurídicos regulam-se pela lei do tempo em que foram celebrados.

Porque assim é, nem a extinção do direito à isenção, em decorrência de a instituição não ter mais a assistência social por seu escopo exclusivo, nem o inatendimento de nova exigência para o gozo da isenção, permitem que se cobre, retroativamente, do sujeito que decaiu do direito a esse benefício constitucional, as contribuições de que estava isento, até então. O ato administrativo unilateral, que impõe ônus ao administrado, sujeita-se ao princípio de legalidade (art. 37, *caput*, CF). Se a lei não pode retroagir, também não o pode o ato administrativo que a aplica.

Os atos administrativos bilaterais e consensuais, como os contratos da administração pública, podem modificar situações jurídicas já constituídas, segundo a lei velha. Não assim os unilaterais e impositivos.

Precisamente por essas razões, o Decreto-Lei nº 3.577, de 4 de julho de 1977, que deu nova disciplina à isenção da qual cuidamos neste trabalho, dispôs que, indeferido o pedido de renovação do certificado de filantropia ou perdido o prazo para requerê-lo ou, ainda, cancelada a declaração de utilidade pública, as contribuições previdenciárias deverão ser recolhidas, “*a partir do mês seguinte ao término desse prazo ou ao da publicação do ato que indeferir aquele reconhecimento*” (art. 1º, § 4º) ou “*a partir do mês seguinte ao dessa revogação*” (art. 2º).

Por tais razões, nenhum dever jurídico, e nenhuma obrigação, nem qualquer condição resolutiva da isenção ou exigência para o seu gozo podem incidir em fatos ocorridos anteriormente à publicação da norma que os instituiu.

Sem prejuízo da prerrogativa do legislador ordinário de modificar, nos limites da Constituição, as exigências para o gozo da isenção do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição, as situações jurídicas definitivamente constituídas e os atos jurídicos que se aperfeiçoaram na vigência da lei anterior são inalteráveis pela nova lei (***tempus regit actus***). □

Os Limites do *ius puniendi* do Estado

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ. Professor titular de Direito Penal da Universidade

1. Evolução histórica

Ressalte-se a importância da história dos dogmas penais na avaliação da construção do sistema do Direito Penal. A diferenciação na formação dos conceitos penalísticos distintos do direito privado evoluíram com muita lerdeza. Os glossadores do **Corpus Juris** justiniano fizeram anotações nos **Libri terribilis**, resguardando a matéria criminal, onde se traçam as linhas essenciais de um Direito novo, que aprofunda transformações interventionistas na sociedade. No âmbito político-cultural, oriundo do iluminismo, maturou a escola clássica do Direito Penal por meio de operações dedutivas dos postulados jusnaturalistas e contratualistas utilizando a categoria dogmática elaborada pelos pós-glossadores, injetando um novo conteúdo político ao velho conceito. Firma-se a atenção aos pressupostos filosóficos da punibilidade, reafirmando seus conceitos de liberdade de valores, e da pena retributiva. Com o positivismo filosófico, como reação lógica, surge a escola positiva, negando a liberdade de valores e afirmando um rígido determinismo causal. Sob tal ângulo, a pena retributiva perde todo significado e é substituída pela medida de segurança. Polariza a atuação sobre a personalidade do delinquente e passa a falar em periculosidade da ação. Em 1910, Arturo Rocco indica o *método técnico-jurídico*. Na Alemanha nazista e nos países comunistas, pouco influiu na doutrina penalística. Ainda mais recentemente observamos concepções inspiradas na *criminologia radical* e no neomarxismo com influência no Direito Penal. E agora, a tentativa do “*uso alternativo do Direito*”, do ordenamento jurídico vigente com um sistema jurídico diverso, idealizado como perfeito.

O princípio da legalidade traduz a função de *garantia individual* que possui a lei penal e se apresenta como separação do princípio **quid placuit vi morem**, que encontra seus alicerces na soberania popular e na separação, correlação e harmonia dos poderes; é norma jurídica inscrita em grande parte das legislações modernas, princípio sistemático na elaboração dogmática e postulado que cumpre importante função política e social. Ao tempo das **quaestiones perpetuae**, onde alguns autores identificam o aparecimento do princípio, teria vigorado a **coercitio** dos magistrados. Soler afirma que

a jurisprudência romana não buscava estabelecer a vontade ou o exato conteúdo da norma, mas antes, de forma criativa, compunha uma espécie de mosaicos normativos, os quais determinavam o contínuo surgimento de linhas alternativas ou analógicas de solução.

2. O Direito Penal e a segurança jurídica

A prevenção de futuros comportamentos criminais é realizada através de duas estratégias: da *prevenção geral* e da *prevenção especial*. Para uns, a prevenção se realiza mediante a *retribuição* como exemplo, dirigindo-se a todos os integrantes da comunidade jurídica; já para outros, a prevenção deve ser *especial*, procurando acimar a pena sobre seu autor, a fim de que aprenda a conviver sem realizar condutas que perturbem a tranquilidade social.

O princípio da prevenção conjuga-se com o princípio dos bens jurídicos confluindo-se em seus efeitos, pois o Direito Penal desempenha uma tarefa seletiva, valorativa e protecionista de bens jurídicos, enquanto bens e valores da pessoa e da coletividade. O Direito Penal deve ocupar-se tão-só dos ataques intoleráveis aos bens jurídicos para garantir a indispensável paz social, constituindo-se em um instrumento de controle social formalizado. Como bem salienta Hassemer a formalização evita uma atuação de surpresa, possibilita saber as consequências de sua intervenção e seleciona, limita e estrutura as possibilidade de comportamento do sujeito do delito. O Direito Penal é fragmentário, já apontava Binding, pois não intervém de modo indistinto, tão-só em casos excepcionais. Os limites da intervenção estatal em relação à sua fragmentação se fincam no consenso social da não impunibilidade diante da intolerabilidade do conflito.

Para Muñoz Conde, o caráter fragmentário do Direito Penal aparece: **a) na defesa do bem jurídico contra os ataques de especial gravidade; b)** tipificando uma parte da antijuridicidade; **c) deixando de punir comportamentos puramente éticos.** O Direito de punir do Estado responde ao desvalor de um resultado e de uma ação que afeta um bem jurídico, e o princípio da intervenção mínima configura um dos marcos limitativos do controle social. A seleção dos bens jurídicos é ditada pelo princípio da fragmentação, característica do princípio da intervenção mínima.¹

Nem todas as condutas antijurídicas são infrações penais, mas todos os crimes e as contravenções são comportamentos antijurídicos. As infrações penais possuem múltiplas consequências jurídicas, porém a única consequência penal é a pena.² O ato de subtrair uma coisa alheia

¹ Cf. Paulo Cesar Busato e Sandro Montes Huapaya, *Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*, Lumen Juris, 2003, 2.4.1, 187-188.

² V. art. 155 do CP.

móvel dá lugar a uma pena e ao ressarcimento do dano; todavia, a única consequência penal está no primeiro efeito. A coerção penal é distinta da coerção jurídica, visto que objetiva a prevenção especial mediante a ação ressocializadora sobre o autor do fato punível. A pena não pode perseguir outro objetivo que não seja o estatuído pela lei penal. O Direito Penal busca a *segurança social* para ser atingido o ideal: *a paz social*.

Diante de uma ótica sociológica, o Direito Penal se configura como um instrumento de *controle social*, um mecanismo para se obter determinados comportamentos individuais diminuindo os conflitos macrossociais pautados pela intolerabilidade do grupo dominante. O Direito Penal como instrumento do controle social primário busca alcançar seus fins através da aplicação de penas diante da realização de condutas proibidas normativamente e, como instrumento de controle social formanizado, se caracteriza pelas garantias à sua atividade regrada.

Os mecanismos para atingir a *prevenção geral* pela via exemplificante são a *repressão intimidativa* e, por último, a *vingança*. Tais mecanismos são inconscientes, pois o homem comum proclama sempre “vingança”, e a *prevenção geral* sempre encerra um conteúdo vingativo. Para enfrentar tal ótica se sustenta que a pena “justa” é a “retributiva”, na linha do *lex talionis*.³ Surgem duas principais versões: a) a *teoria da vingança*; b) a *teoria da expiação*.

A teoria da *prevenção geral* não admite como fins da pena a retribuição ou a sua influência sobre o autor do injusto, tão-só a sua atuação diante da macrossociedade, por meio das ameaças penal e da execução da pena. Não atua *especialmente* sobre o *condenado*, mas *geralmente* sobre a *macrossociedade*. A denominada *teoria psicológica da coação*, desenvolvida por Paul Johan Alselm von Feuerbach (1775-1833), fundador da moderna ciência do Direito Penal alemão, visa *prevenir o delito mediante normas penais, que são a base de ameaça pessoal*. Na prevenção geral positiva há três fins distintos: a) o efeito de aprendizagem pedagógica; b) o exercício da confiança do Direito, através da prestação jurisdicional, diante dos cidadãos; c) o efeito de confiança, quando observa a não-impunidade. Roxin chama a atenção para o que denomina *prevenção integradora*.

Ainda nos tempos hodiernos há exemplo da defesa feita da *pena de morte*. O eminentíssimo juiz vitoriano Sir James Fitzjames Stephen, o mais notório e eloquente expoente da *teoria da vingança*, estranhamente, ao defendê-la, apresenta um ponto de vista de base *utilitária*. A teoria da vingança trata de todos os delitos como se fossem de *violência física*, ao passo que a teoria da

³ Cf. Álvaro Mayrink da Costa, **Criminologia**, 3a ed., Forense, 1982, v. I, t. I, 11.

exiação trata de todos os delitos como se fossem transações financeiras.

Segundo Welzel, a pena é um mal que se impõe ao autor pelo fato culpável (postulado da retribuição justa), fundado em que “*cada um sofra o que seus fatos valem*” (Kant), isto é, o infrator deverá sofrer de acordo com o grau de culpabilidade (retribuição adequada à medida da culpabilidade). Escreve o mestre que a *retribuição justa* da infração culpável mostra a todos o desvalor do ato, *reforçando o juízo ético-social*. Com isso estabelece a harmonia entre o merecimento da pena e a pena, possibilitando ao autor tomá-la como *justa expiação de sua culpa*. Seria o *único e seguro critério para a sua medição*. Conclui Welzel que a pena não deve ser entendida apenas, mas *vivida e experimentada*, como um mal dirigido aos sentimentos, instintos e aspirações, devendo obrigar o autor do ato punível a uma tomada de consciência, a uma vida ordenada, útil socialmente.

O agravamento da pena não se fundamenta só na gravidade do fato que se pune, mas também na periculosidade pessoal do autor.⁴

O Estado democrático tem o direito-dever de impor ao condenado as regras básicas de convivência social, sem que isto importe na imposição dos valores da sociedade predominante, objetivando a sua reinserção dentro de um sistema jurídico de segurança a fim de garantir a liberdade e a paz social. Contudo, no Brasil, em virtude do ‘sistema’ penitenciário, de efeitos penais deletérios, a pena é puro castigo mental e corporal, que só alimenta a reincidência.

Nos dias atuais é inadmissível que se mantenha a sustentação tão-só do fim retributivo da pena, quando já se deixou ao passar do tempo, partindo do idealismo filosófico, que a pena se justificaria *per se* no manto das teorias absolutas (nas teorias de Kant, a pena era imposta por um imperativo categórico e sua medida era o talião e, na de Hegel, o mal da pena impõe *per se* a negação do mal do delito). A transparência conceptiva se impõe e muitos penalistas compartilham a *retribuição* com a *prevenção social*, porém todos repudiando a idéia de que a retribuição teria como patamar a justiça absoluta. Carrara defendia uma postura incorreta, pois se o Direito Penal tem por escopo a emenda do condenado, não se pode esquecer que é a *segurança jurídica* que dá a idéia de limite para a reinserção, que não se constitui, como já vimos, no fim do Direito Penal. Constitui, como já vimos, uma das *espécies de controle social* caracterizadas pela exigência de formalização (controle normativo). Repita-se que o conflito violento em razão da conduta de desvio fraturando o convívio e a paz social faz presente a pena de prisão e a necessidade da manutenção de uma microssociedade, “*uma amarga necessidade na comunidade de seres imperfeitos que são os homens*” (Código Penal alternativo alemão).

⁴ Cf. Álvaro Mayrink da Costa, **Exame Criminológico**, Rio, 5a ed., Forense, 1997.

A segurança jurídica determina um limite que se fixa entre o *injusto* e a *culpabilidade*, e a medida da pena é o corretivo do desvalor na estrutura típica. O *limite* é o concreto e não o abstrato e com ressonância no social. Realmente, a segurança jurídica nada tem a ver com o *castigo*, a *reparação*, a *retribuição* ou a *expiação*. O fundamento do Direito Penal é a *segurança jurídica* que não se confunde com o fim da pena. É óbvio que a pena serve aos fins de prevenção geral e especial, limitada pela medida da culpabilidade (*teoria preventiva mista*).

A pena justa é a *necessária*, *oportuna* e *proporcional* diante das exigências preventivas especiais míнимas.

O *limite para a segurança jurídica* é a própria *segurança jurídica*. O merecimento da pena inclui a dignidade do bem jurídico e a ofensividade da conduta.⁵

A coerção penal objetiva a *prevenção especial* através de uma ação estratégica que visa à reinserção do autor do fato típico. Ao se buscar reinserir o condenado, é imperativo privá-lo de alguns bens jurídicos. A prevenção não é o efeito principal da pena. Ora, a reeducação para a reinserção do condenado ao meio social livre é um instrumento para se obter a prevenção, como política para prover a segurança pública. A pena deve ser adequada à antijuridicidade e à culpabilidade da conduta, sem se olvidar a periculosidade do autor do fato típico. Há que se distinguir entre o *Direito Penal da negligência* (a pena retribui o desvalor da conduta e se fixa na medida da culpabilidade) e o *Direito Penal da periculosidade* (o homem é determinado e a pena o ressocializa neutralizando a sua periculosidade, sendo aplicada, exclusivamente, em sua razão).⁶ A pena não é um instru-

⁵ Evidencia-se incompatível com o Estado de Direito a pena sem culpa. Exige-se respeito ao limite máximo de culpabilidade, sendo possível afirmar que a camisa de força do julgador é a lei. Destaca-se que a expressão de segurança jurídica reclama na democracia a previsibilidade e capacidade de medir previamente a pena a ser aplicada. Note-se que a proporcionalidade, determinação e delimitação de comportamentos devem corresponder aos estritos pressupostos constitucionais.

⁶ As leis penais são o reflexo de determinada forma de entendimento da macrossociedade e do Estado em relação à intolerabilidade de comportamentos (princípio da intolerabilidade) que são produtores dos conflitos de interesses e que desestabilizam o sistema de segurança colocando em risco a paz social. Assim, como vimos, como ícones de um Estado democrático de Direito, ancorados nos princípios constitucionais em relação ao *ius puniendi*, tanto no momento da criação das leis (cominação), da interpretação e aplicação e da execução, devem ser reitores os princípios: a) de exclusiva proteção dos bens jurídicos; b) de intervenção mínima; c) da intolerabilidade do comportamento d) de necessidade e utilidade da intervenção; e) de culpabilidade; f) da responsabilidade objetiva; g) da proibição de penas inumanas e degradantes; h) da orientação das penas de prisão e da reinserção macrossocial; i) da presunção de inocência; j) da legalidade; l) da igualdade da lei; m) do direito da pessoa humana não declarar contra si própria e, ainda acrescento, o direito de ser diferente assumido as suas consequências.

mento de uso arbitrário pelo legislador, visto que a atividade legislativa do Estado não se realiza no concreto da ordem penal, ilimitada ou discricionária. No sistema do Estado social e democrático de Direito, a atividade estatal está sujeita a vários controles com raízes na idéia da divisão de poderes no patamar constitucional e nos princípios de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico conjunto, que lhe dão estrutura, fundamento e legitimidade. A função preventiva geral dá-se pela reinserção positiva do apenado à macrossociedade, pois a execução penal tem como escopo proporcionar a harmônica integração social do condenado e do internado (medida de segurança). O denominado “tratamento ressocializador”, através da “reeducação” do condenado, objetivando a reinserção social é o desafio do século no dialogo entre o Estado (“sistema penitenciário”) e condenado.⁷

Não se pode olvidar que a pena objetiva *também* a mudança do perfil do condenado a fim de que atue dentro dos padrões que regem o comportamento na macrossociedade, cumprindo ainda uma tarefa de prevenção geral negativa, desmotivando a reincidência. Na modernidade, partimos para um sistema unitário (pena-medida de segurança).

Pelo *abolicionismo penal* ou *minimalismo*, lutam os movimentos de política criminal sediados na Criminologia crítica, que defendem a deslegitimidade do sistema de justiça penal como mecanismo formal de controle. O *minimalismo per se* advoga a máxima redução do sistema penal, preservando o abolicionismo, propondo a supressão por outras instâncias formais e informais de controle social, as intervenções comunitárias ou instituições alternativas. O *abolicionismo* e o *minimalismo radical* apontam: **a)** o sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução de penas, quer em caráter geral ou especial, a produção de novos delitos, contestando a presunção geral e qualquer função de garantia. Heinz Steinert afirma que a lei penal resulta irreal, pois não tem força para limitar a intervenção do Estado, convertendo-se na prática em uma autorização para que ocorra tal intervenção⁸; **b)** o verdadeiro poder do sistema penal não é repressivo, mas sim disciplinador, arbitrário e seletivo. A *prevenção especial* como instrumento para a reinserção positiva na macrossociedade, partindo de que a pena é a *espinha dorsal do sistema penal*, envolve *per se* uma contradição, pois a microssociedade é um fator deletério e estigmatizante, que desumaniza, perverte e deseduca, configurando-se no mais forte fator criminológico; **c)** a igualdade formal traduz desigualdades materiais e seletividades estruturais cognitivas.⁹

⁷ Rolf-Peter Callies, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtstaat*, 1974, 160 ss.

⁸ Steinert, "Mas alla del delito y de la pena", in *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989, 45.

⁹ Baratta, *Criminología crítica y criminología del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal*, trad. Álvaro Bundster, 1993, 175.

Em um estudo crítico, Alessandro Baratta afirma que o Direito Penal tende a privilegiar as classes dominantes, isentando do processo de criminalização comportamentos danosos a bens jurídicos relevantes porque próprios de agentes da classe dominante, concluindo que a realidade operativa dos sistemas penais jamais se amoldará à planificação do discurso jurídico-penal (*seletividade*, em processo de violação encoberta e, *autoridade*, em processo de violação aberta dos direitos humanos). Os limites do sistema penal são os da macrossociedade.¹⁰

A nosso entender, o sistema penal atua sempre seletivamente, sendo a opinião pública formada por marketeiros operadores dos meios de comunicação de massa. Nils Christie, ao escrever que “*um sistema social que permite a si mesmo ser dirigido unicamente pela gravidade do ato em nada contribui para se ter um conjunto satisfatório de modelos para valores da sociedade*”.¹¹

Costuma-se definir a *responsabilidade penal* como o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida a uma pena. É viável a formulação de diversos princípios que integram o modelo garantista de Direito Penal, que ligados reciprocamente podem ser considerados fundamentais e derivados dentro de um sistema ou modelos axiomáticos, os quais serão mais complexos ou exigentes diante da inclusão ou exclusão em cada modelo do sistema mais específico. Ferrajoli diz que “*entendido, neste sentido, o conceito de responsabilidade*” se diferencia nitidamente dos de *imputação, imputabilidade e culpabilidade*, que designam garantias, embora na *imputabilidade* se atribua a determinado efeito uma causa produtora, ao passo que na responsabilidade se objetiva que alguém esteja *obrigado a ressarcir* determinado dano e sofrer determinada pena por aquele motivo como efeito determinado. A imputabilidade, diz, é coisa de fato e a responsabilidade, coisa de Direito.¹²

Baratta sustenta **a)** que o sistema penal intervém de maneira reativa e não preventiva (as questões da violência não podem ser combatidas simbolicamente, constituindo-se em uma forma institucional e ritual de vingança); **b)** sua atuação é tardia (fato – processo – execução); **c)** a falsa concepção da sociedade; **d)** a lei penal não é inerente à macrossociedade, pois há outros instrumentos para manejar o conflito; **e)** a intervenção atua

¹⁰ Vera Regina Pereira de Andrade, **A ilusão de segurança jurídica**, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1977.

¹¹ Nils Christie, **Los límites del dolor**, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, 60-61.

¹² Luigi Ferrajoli, **Direito e Razão, Teoria do garantismo penal**, RT, 2002, 87-88.

sobre efeitos e não causas da violência.

Os abolicionistas Hulsman e Christie não acreditam na supressão absoluta do sistema penal sem graves prejuízos aos códigos de garantia. Citando Hassemer, *pretender abolir o Direito Penal, é pretender afugentar o diabo com o belzebú*, ao dizer que o Direito Penal constrói muros de contenção aos próprios fins políticos e aceita o risco de que tais fins não se alcançam quando exigem um sacrifício excessivo.¹³

Ferrajoli diz que a utopia não é a alternativa, o Direito Penal tem suas garantias, acrescentando García-Pablos que não se advoga a desaparição do Direito Penal, mas a sua progressiva racionalização e despenalização. O minimalismo sustenta que diante da realidade, o Direito Penal é necessário, devendo se reduzir a sua esfera ao campo do absolutamente obrigatório para garantir o controle e a paz social (*princípio da intolerabilidade*).

3. Garantias individuais e o Estado de Direito

Mais do que nunca nos dias atuais as nações do mundo vêm insistindo no direito do homem “*a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família o bem-estar social*”, mais do que nunca elas vêm percebendo que as providências tradicionais tornaram-se inteiramente insuficientes.

Democracia é um complexo de valores, não se podendo defini-la à luz de critérios isolados; de natureza pluralista, é produto da cultura ocidental, possibilitando um maior bem-estar pela maior mobilidade nas relações intra e intergrupos.

O conteúdo social e econômico, que tem a virtude de abrandar a natureza, antes agressivamente política, da democracia, vem dar-lhe maior profundidade e nova dimensão, em particular sob o ângulo da igualdade, fator primordial na formulação institucional das variantes democráticas.

O fundamento político-jurídico está na garantia dos direitos individuais e das liberdades públicas, asseguradas na ação de um Judiciário liberto de limitações para a plenitude da imparcialidade dos julgamentos.

A liberdade humana é sempre a liberdade social, é o modo de expressar que a dignidade da vida depende de cada um de nós. Dizia Kelsen que “*a liberdade do indivíduo, que fundamentalmente é impossível, perde pouco a pouco a importância diante da comunidade social*”. Funda-se a liberdade nas prerrogativas da natureza humana: disposição de si mesmo, escolha de atos e responsabilidades. O ponto vivo das variações democráticas contemporâneas está nos reajustes da liberdade com a necessidade de liberdade. Ela, a fim de sobreviver, condiciona-se.

¹³ Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, 400-402.

Há que se lutar pelo Estado democrático de Direito, que deve situar a nova problemática da juridicidade estatal. A luta pelo direito é válida e útil e, dadas as condições do mundo contemporâneo, a sua aceitação só pode existir dentro do Direito.

O Estado de Direito não funciona no vácuo.

Não é esta a hora da liberdade entendida como capricho individual; há um novo endereço que é a sua encarnação na sociedade justa.

O grande problema das democracias ocidentais é conciliar a liberdade, imprescindível à dignidade do homem, com as exigências de segurança cada vez mais complexas.

O descrédito da normalidade jurídica suscita desconfiança na opinião pública a respeito da continuidade e permanência da política legislativa do Estado. Se a política social cobre seus atos pelo manto da legalidade, o Estado de Direito atua como limite e como garantia dos homens em liberdade.

O Estado de Direito na atualidade deixa de ser formal, neutro, individualista, para transformar-se no Estado material de Direito, quando adota uma dogmática e pretende a justiça social.¹⁴ A noção de justiça é central nos problemas jurídicos, possuindo dimensão axiológica, sem aceitar uma radicação ética; identifica-se como componente normativo da conduta social; vincula-se à idéia de igualdade, permitindo identificar os fenômenos jurídicos e observá-los sob o método da ciência social, estando seu conteúdo concreto submetido à ação de elementos constantes da estrutura do homem e, para a realização em cada nação, requer um desenvolvimento simultâneo da educação moral, da democracia institucional, da organização administrativa e da expressão de cultura em grau suficiente de homogeneidade e espiritualidade.

No horizonte histórico do nosso século, Direito e Justiça se apresentam como coisas dissociáveis e até inconciliáveis. O Direito objetivo, como conjunto de mandatos do Estado, adquire predominância sobre o Direito subjetivo, considerado como reconhecimento da liberdade individual, ao ritmo que a iniciativa política, social e econômica se haja centralizado e acumulado no organismo estatal.

¹⁴ Como derivação do princípio do Estado de direito, temos a exclusão do direito consuetudinário, a proibição do efeito retroativo e da analogia e o princípio da reserva legal (*nulla poena sine lege scripta et scripta atque praevia*). O princípio da irretroatividade da lei penal configura a interferência direta da garantia da anterioridade da lei sobre uma nova situação fática. A aplicação retroativa da lei aos casos não incriminados anteriormente encontra resistência ao se observar a existência do direito adquirido na área do direito público, na órbita especial do Direito Penal.

Certo estava Duguit quando propôs que, em lugar de se falar de separação de poderes, se fale de uma colaboração de órgãos.

É uma espécie de revolução copérnica que ocorreu no mundo da experiência jurídica e que obteve os mais amplos consentimentos teóricos na doutrina publicista através da fórmula “Direito e Dever”. Significa que a fórmula do dever jurídico, ou seja, de um comportamento de obediência jurídica, constitui a coluna vertebral sobre a qual se erige a ossatura do ordenamento jurídico.

O Direito é ontologicamente a projeção do homem na sociedade mediante o exercício de sua liberdade social, traçando os limites por meio da conduta jurídica.

Na sociedade atual, a liberdade é devida fundamentalmente às inúmeras oportunidades que os indivíduos têm de solucionar seus modos de vida e sua atividade produtiva. A consciência da própria liberdade inclui o conhecimento de possibilidades e predisposições próprias de todos os níveis.

Neste programa, o Direito consiste no conjunto de possibilidades de ação que a liberdade dos indivíduos e dos grupos tem ao seu alcance para traçar seu próprio caminho dentro dos métodos que impliquem respeito à liberdade dos demais, entendida como condição geral de toda a licitude.

O Direito se refere ao bem comum.

Hermogeniano dizia, como aparece no Digesto, que “*por causa do homem está o Direito*”; toda a realidade jurídica surge numa dupla projeção sobre o homem: o individual e o social.

O Direito resulta do processo profundamente exato e formidavelmente eficaz, meditando entre a função individual e específica do ser humano.

Falar em bem comum é afirmar que a coletividade tem uma projeção própria capaz de convertê-la na realidade satisfatória para todos os componentes. As relações referentes a interesses mútuos se desenvolvem conforme critérios de igualdade, e as relações relativas à organização coletiva, por meio de critério de participação.

O *bem comum* correlativo ao ordenamento jurídico é a organização de condições sociais para o acréscimo da liberdade do homem dentro de uma responsabilidade pessoal dirigida à solidariedade coletiva.

Surgem na estrutura interna do Direito os seguintes problemas: **a)** como assegurar o conjunto de normas que constituem o ordenamento jurídico e sancionar condutas que sejam efetivamente justas, quando são juridicamente ilícitas?; **b)** como fixar o modelo universal de justiça que possa ser um ponto permanente de referência?; **c)** que mecanismos pré-normativos são capazes de conectar os modelos universais de justiça?

A justiça do Direito positivo é uma questão transcendentalmente teórica.

O lugar ontológico da justiça ficaria entre o Direito e a dignidade humana. Sem repetir Ulpiano, a virtude da justiça está na disciplina da própria liberdade frente à dignidade da liberdade alheia.

As desigualdades naturais existentes entre os homens, mais do que verdadeiras desigualdades, são diferenças no modo de ser e na atividade habitual de cada um; se referem às faculdades racionais, à índole intelectual ou à atividade laborativa, nas diversas situações e funções sociais.

As leis são medidas tomadas pela autoridade pública para ordenar conjugadamente certas relações da vida social, não só por expressarem certo *standard* de conduta, mas também por conterem motivos que fazem adequar a conduta aos procedimentos. O aspecto público das normas jurídicas é uma condição essencial da racionalidade, através dos propósitos do poder.

A origem dos conflitos sociais pode ser situada genericamente na idéia de “*interesse*”. O homem vive, se move, se relaciona, impulsionado por interesses de diversos tipos, materiais ou espirituais, egoístas ou espiritualistas, circunstanciais ou permanentes, mas há sempre o interesse, e a causa dos conflitos humanos se situa na detenção do poder e na limitação dos bens materiais.

O Direito, como meio de resolução dos conflitos sociais, pressupõe que tais conflitos tenham alguma solução, caso contrário a convivência degenera em agressão constante e essa solução necessária é a que proporciona o Direito.

É inegável o realismo de Cornelutti ao afirmar que a vida social engendra conflitos de interesses da mais variada natureza entre os homens, e tais conflitos se manifestam na existência dos homens em discórdia, cujas posições se tornam incompatíveis, e podem desaparecer pelo imperativo ético, pois, para ele, o Direito é um meio de solucionar “*conflitos subjetivos de interesses*”.

Sustenta que o Direito poria fim aos conflitos humanos, esquecendo-se, todavia, de que muitas relações sociais não se degeneram em conflitos e que nestas está presente o Direito. E, mais, é possível que um conflito não exista, precisamente porque existe uma regra de Direito que limita de antemão a conduta de cada uma das partes.

A importância que na prática podem ter outros valores ou fins diferentes da justiça surge entre a diferença do valor da justiça e o da segurança, inicialmente formulado por Radbruch, de que ambos subsistem numa constante tensão ou contradição, que redunda em detrimento do outro. A justiça significaria muitas vezes a deterioração da segurança, do

mesmo modo que, quando a lei põe acento em argumento de segurança, a justiça pode ficar fracionada.

Porém, certa é a idéia de que o Direito deve ser um instrumento de aplicação da justiça e que tem de temperar-se a outros fins distintos, entre os quais, a segurança e o desenvolvimento para a ordem e o progresso da nação.

A segurança nacional tem na segurança individual seu alicerce e sua finalidade a fim de proporcionar a conquista e a manutenção dos objetivos nacionais, no sentido de possibilitar o bem comum; na definição da Escola Superior de Guerra: “*É a garantia proporcionada pelo Estado para a conquista e/ou a manutenção dos objetivos nacionais a despeito de antagonismos ou pressões.*”

Numa democracia, a sociedade nacional busca viver sob o império da lei.

Nossos direitos não são independentes da sociedade, mas inerentes a ela; quando se proporciona o benefício da educação, supõe-se que usaremos nossas vantagens para contribuir para o bem-estar social da comunidade.

Não existo unicamente para o Estado, mas tampouco existe um Estado unicamente para mim.

Nossa pretensão procede do fato de que participamos como os demais da persecução do fim comum.

A política democrática se baseia na maior segurança para assegurar o bem-estar dos cidadãos. Os direitos são correlativos com as funções, desfrutamos para que possamos contribuir para a consecução do fim social, visto que não temos qualquer direito de atuar de maneira insólita, antidemocrática, anti-social ou anti-solidária.

O Estado é a organização jurídica da Nação e o governo democrático é a fórmula suprema de organização política, situando-se o problema da democracia na questão de encontrar homens aptos para o manejo da máquina de produção do bem comum.

Assim, a liberdade individual está garantida na igualdade de intercâmbios mútuos, e a liberdade coletiva está garantida na organização democrática do poder.

Liberdade é a proteção e a defesa vigilante do meio onde os homens encontram a oportunidade de aperfeiçoar seus destinos. É produto de direitos e todo o Estado se funda em bases de confiança essenciais para o desenvolvimento. Não há liberdade sem direito, senão os homens seriam obrigados a obedecer a normas e leis totalmente divorciadas de suas próprias necessidades.

A liberdade se define por suas próprias restrições naturais, porque as liberdades de que podemos desfrutar não são meios de destruir as que nos rodeiam. Constituem aquelas oportunidades que a história proporciona como necessárias ao desenvolvimento e, portanto, inseparáveis do Direito.

Um sistema que se construa sobre o medo será sempre fatal para

o desenvolvimento das faculdades criadoras do homem e, desta forma, incompatível com a liberdade.

No mundo moderno, a igualdade significa a exclusão de *privilégios especiais*, colocando os homens em idênticas condições ante as disputas da vida, que não supõem identidade de oportunidades adequadas desde a sua origem.

Chegamos, agora, às indagações do mundo atual que exigem meditação profunda:

a) É capaz o Direito de responder satisfatoriamente às exigências sociais?

b) Se o Estado se acomoda às normas jurídicas, poderá salvar o *hiatus* que o separa da realidade social?

c) Como poderá o Estado resolver os problemas sociais sem violar o primado do direito e os direitos individuais?

d) Será possível desenvolver uma política social à altura dos tempos atuais sem fugir ao modelo jurídico?

e) Cabe uma submissão estreita à lei por parte da administração pública ante a urgência de determinados assuntos ou a complexidade de casos que exigem rápida e singular solução?

f) Cabe resolver os problemas atuais à base da liberdade?

Todos estes problemas cruciantes passaram quase que despercebidos à maior parte dos teóricos do *Rechtsstaat*, indagando-se: *como se concilia o prestígio e a perdurabilidade da expressão “Estado de Direito” com as dificuldades experimentadas pela vigência da atualidade?*

A igualdade só pode ocorrer na atmosfera irreparável das utopias; a igualdade há de ser das oportunidades livremente assumidas por cada um. Cabe a liberdade dentro de um Estado de Direito se for uma liberdade responsável de seus fins e estará plenamente justificada por uma sociedade justa.

A administração é a chave política do Estado. Administrar é planejar, vincular os dirigentes a um ideal, aperfeiçoando as instituições, a fim de atingir o bem comum em toda a sua plenitude.

Para a democracia, temos que possuir uma efetiva consciência das idéias de liberdade, segurança, igualdade e justiça, através da renúncia do supérfluo, do luxuário, do ostensivo, transmitindo uma filosofia de amor, capaz de elevar os pobres, redimindo-os da miséria pelo espírito da justiça social que substituirá a idéia de piedade em favor dos humildes por meio de uma política de reabilitação pela dignidade do trabalho, bem como na espiritualização da vida, libertando-a das preocupações do gozo dos bens materiais imediatos. Enfim, dando ao homem o significado de seu destino transcendental.

A democracia não está apenas nas letras frias das constituições: é espírito, é mística, é consciência pública, é integração do povo na vida do

Estado. É a conquista do progresso sem violência, sem intolerância, sem atos criminosos.

Obra do homem para os homens, com virtudes ou defeitos, ocasionando enganos ou desenganos, é a única solução para o desenvolvimento e o bem-estar da macrossociedade.

4. Os limites do Estado

A fundamentação dos princípios constitucionais se situa na atividade legislativa não uma atividade ilimitada e discricionária. No específico âmbito jurídico-penal encontramos: **a)** Princípios e critérios normativos que delimitam o poder punitivo do Estado; **b)** Princípios jurídicos de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico em conjunto; **c)** Princípios singulares estruturais de fundamentação e legitimação do Direito Penal. Como consequência, teríamos: **a)** diante da inexistência de limites jurídicos em conjunto; **b)** de outro lado, a legitimidade de sua validade requer limitações normativas que tenham patamar em exigências axiológicas. O Direito Penal para fugir do fracasso necessita de previsões normativas que se fundamentem nas efetivas exigências de interrelações pessoais na convivência social.

É por natureza um ordenamento legal e juridicamente limitado a duas facetas, sujeito a garantias normativas e garantidor de direitos e liberdades. Seus limites normativos, de conformidade com os princípios constitucionais que fundamentam o direito de punir, apresentam várias índoles: **a)** limites jurídico-constitucionais em sentido estrito, que emanam de valores superiores do ordenamento positivo, transcendem ao âmbito do Direito Penal; **b)** limites objetivos funcionais, que derivam da própria natureza da coisa e própria finalidade do Direito Penal, pois em tal esfera se desenvolve toda a sua virtualidade; **c)** limites estruturais que são deduzidos de singulares princípios gerais informadores do ordenamento jurídico-penal.

Temos a primazia normativa da lei constitucional nas hipóteses de conflitos normativos que exigem um tratamento técnico, jurídico, conceitual e sistemático, possuindo como base os princípios fundamentais. Assim, podemos ter: **a)** conflitos permanentes entre a norma penal e a fundamental, entre a proibição abstrata e a garantia fundamental, no âmbito do tipo, quanto em relação às suas consequências; **b)** conflitos excepcionais entre a norma e a constituição que leva à análise de todas as circunstâncias concorrentes para delimitar no caso concreto à prioridade material da norma constitucional na proporção de sua incompatibilidade com a disposição penal.

Observamos os limites constitucionais em sentido estrito através dos seguintes princípios: **a)** princípio da legalidade; **b)** princípio da humanidade,

que se traduz no respeito à dignidade humana, desde toda a intervenção punitiva geral, compreendendo aspectos valorativos, de natureza e conteúdo e aspectos teleológicos da pena (fim formal e executivo); **c**) princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso gravidade da ação e a pena prevista, tanto na cominação (abstrata), na aplicação e na execução (concreta); **d**) princípio do **ne bis in idem** na análise da tríplice identidade (fato, fundamento e sujeito) como direito de defesa do cidadão junto ao Estado, para evitar duplicidade de sanções.

Já os limites constitucionais objetivos e funcionais estariam abarcados nos princípios: **a**) princípio da ação ou da conduta: o Direito Penal moderno é um Direito Penal do ato, não do autor, nem da vontade. Não se punem os meros pensamentos ou qualidades psicológicas, racionais ou pessoais, bem como o modo de ser pessoal de cada indivíduo; **b**) princípio da culpabilidade normativa pessoal: culpabilidade como fundamento e limite da pena. Não há pena sem culpabilidade. A pena corresponde ao grau de culpabilidade do autor; **c**) princípio da proteção dos bens jurídicos (ofensibilidade ou lesividade): missão protetora dos bens jurídicos. O Estado legitimado para intervir diante da exigibilidade social expressada pela vontade dos cidadãos na proteção de certos bens e valores que traduzem cuidados de função social para garantir a paz pública em razão da intolerabilidade do conflito. O bem jurídico é o bem ou valor considerado pela norma penal como merecedor e necessitando de proteção jurídica diante do princípio da intolerabilidade do conflito, para garantia da paz social. O Direito Penal tem a missão de proteger os bens jurídicos; **d**) princípio da prevenção: conjuga-se com o princípio da tutela do bem jurídico, pois confluem para o mesmo efeito, visto que o Direito Penal tem uma tarefa seletiva, valorativa e protetora de bens e valores da pessoa humana e da macrossociedade. A garantia dos objetivos da tutela, não é de índole formal e pragmática, mas social e coercitiva para os programas legislativos propostos pela política criminal.

A nosso sentir, a culpabilidade de um lado, como categoria dogmática integra o conceito de delito, afastando-se a posição que defende configurar o pressuposto da pena; de outro, é compreendida como elemento da medida do merecimento da pena, observados os princípios de oportunidade, necessidade e proporcionalidade na resposta penal ao grau de danosidade ao bem jurídico. Em sentido amplo é um conceito de política criminal diante das limitações do poder de punir estatal. É um marco garantista. Seu estágio atual é de ponte de passagem entre um conceito tradicional, surgido às idéias do livre-arbítrio e da retribuição, proposta para um conceito com patamar nas ciências que estudam o comportamento e os processos de motivação (motivação normal do autor). Caminham para monismo (pena

– medida de segurança).

Alerta-se que o caráter fragmentário surge: **a)** na defesa do bem jurídico contra ataques de especial gravidade (relevância); **b)** tipificando uma parte da antijuridicidade; **c)** deixando de punir comportamentos puramente éticos ou irrelevantes.

O Direito de punir do Estado responde ao desvalor de um resultado e de uma ação afeta a um bem jurídico e o princípio da intervenção mínima configura um dos marcos limitativos do controle social. A seleção dos bens jurídicos é ditada pelo princípio da intervenção mínima.

O verdadeiro poder do sistema penal não é repressivo, mas sim disciplinador, arbitrário e seletivo. A prevenção especial é a espinha dorsal do sistema penal. Os limites do sistema penal são os limites da macrosociedade.

Ferrajoli alinha, como princípios das garantias penais e processuais (modelo garantista): princípio da retribuição (consequência da pena perante o delito); princípio da legalidade/modelo regular, sentido lato e estrito; princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; princípio da materialidade ou exterioridade da ação; princípio da lesividade ou ofensividade; princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; princípio da jurisdicionalidade; princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação; princípio do contraditório ou da verificação e o princípio do contraditório ou da falseabilidade.

Ao decorrer destas reflexões principiológicas, destacaria o princípio da ressocialização, pois a pena, não pode ser uma ferramenta de uso arbitrário e oportunista. No Estado de Direito a sua legitimação material é específica, constitui-se em uma função preventiva geral estando direcionada para o cumprimento da função preventiva especial por meio da reinserção social do apenado. Junto ao ordenamento jurídico em conjunto estão os princípios de relevância em outras instâncias normativas que caracterizam o Direito Penal: **a)** princípio da intervenção mínima e necessária subsidiariedade. O Direito Penal objetivando possibilitar a convivência social atua subsidiariamente às instâncias formais e informais de controle e prevenção, diante do tripé: cominação – aplicação – execução da pena, buscando garantir o mínimo tolerável de conflito, razão pela qual serve subsidiariamente à proteção dos bens jurídicos. A subsidiariedade é derivada do princípio de intervenção mínima, isto é, a intervenção estatal através do Direito Penal. Só deverá ocorrer quando da comprovada a ineficácia dos outros instrumentos de controle social. Deve-se destacar o princípio de humanidade ou respeito à dignidade pessoal, que reúne várias facetas, como salvaguarda da humanidade diante de toda intervenção punitiva geral, compreensiva

das dimensões tanto valorativas (a própria natureza e conteúdo da pena) quanto teleológicas (fim perseguido pela pena) como forma e execução (humanidade da execução). O caráter do princípio de humanidade abarca o princípio de intervenção penal em seu conjunto. Toda intervenção punitiva no Estado social e democrático de Direito deve ser guiada pelo princípio de respeito a dignidade humana – princípio que expressa um critério que é fundamento e guia de toda ação punitiva estadual (***reus sacra est***). A fecunda iluminação ideológica libera trouxe a consciência da necessidade de respeito a pessoa do apenado repudiando o trato degradante a pessoa humana detida. Ficam abolidas as penas corporais e simbólicas existentes em tempos históricos que impedem a reinserção social (de morte e perpétua).

Há um movimento oportunista defendendo penas, inoculadoras ou exemplificadoras, que por seu caráter nihilista e negativo são consideradas desumanas e degradantes e, portanto, inconstitucionais. Na perspectiva formal e executiva a humanidade ou respeito pela dignidade humana deve também estar presente na execução das próprias penas, o que significa estabelecimentos penitenciários com estrutura e funcionamento adequados ao perfil do encarcerado para atingir seu objetivo finalístico. Não se admite na execução da pena a imposição de sofrimentos de especial intensidade ou que provoquem uma humilhação ou sensação de aviltamento.

Destaca-se o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso. Todos os atos delitivos devem ser punidos com uma resposta estatal justa, proporcional a gravidade da ação singularmente considerada.

No prólogo de seu livro, **A Expressão do Direito Penal**, Silva Sanches, catedrático da Universidade de Barcelona, Pompeu Favra, coloca com precisão a crítica feita em 1882 por Von Bar de que onde chovem leis penais continuadamente e se buscam através de um clamor público geral estimulado, que as coisas se resolvam com novas leis penais agravando as penas já existentes, efetivamente, não vivemos os melhores tempos para liberdade, citando a velha frase de Tácito: ***pessina republica, plurimae leges***.

Volta-se ao perigo de correr o risco da conversão de um tópico desprovido de conteúdo concreto, a exemplo com a deformada frase de Radbruch relativa a substituição do Direito Penal por algo melhor que ele. As propostas de um Direito Penal mínimo não estão tão pouco conceitualmente distantes das propostas formuladas por Beccaria há dois séculos. (Nesta direção Baratta, Ferrajoli e Moccacia). A expressão Direito Penal mínimo engloba propostas diversas cujas os denominadores comuns situam-se numa vocação perpétua do Direito Penal.

Em um Estado democrático há restrição no âmbito legiferante das leis penais. Baratta sustenta que o ponto vital da orientação minimizadora se

radica na injustiça e inutilidade da pena, cuja função seria a reprodução das regras de domínio já existentes recaindo sobre os decaídos. Busca desenvolver uma teoria da minimização da intervenção tomando como ponto de referência os direitos humanos e acredita em uma visão conflitiva de nosso modelo social. Sua proposta não concorda com Ferrajoli, sobre o Direito Penal mínimo, que denomina de garantista, cognitivo ou de estreita legalidade.

O *minimalismo* tem sido associado à posturas defendidas pela denominada Escola de Frankfurt do Direito Penal, prevendo sua restrição a um Direito Penal básico que tenha por objeto as condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, com manutenção das máximas garantias na lei, na imputação da responsabilidade e no processo. Surge sob tal ótica a evolução do Direito Penal oficial como uma cruzada contra o mal, desprovida de mínima fundamentação racional.

O incremento essencial de valor diante da evolução sociocultural (patrimônio histórico-artístico), a defesa de bens coletivos e interesses difusos mostram um espaço razoável de expansão do Direito Penal.

Observamos a entrada maciça de dinheiro sujo em determinados setores da economia por delitos contra a ordem econômica, a lavagem de dinheiro, o narcotráfico, o contrabando de armas e o terrorismo, são indicadores da expansão racional do Direito Penal.

Surge o efetivo aparecimento de novos riscos. Vivemos a sociedade de riscos como fenômeno de procedência humana socioestrutural.

O risco está para todos os cidadãos como consumidores, usuários do serviço público, dos avanços de novas tecnologias, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, na comunicação, fontes de riscos pessoais e patronais. A vinculação do progresso científico e do desenvolvimento das formas de criminalidade desorganizada operam transnacionalmente e constituem novos riscos para o indivíduo e a coletividade.

Há o fenômeno da instituição da insegurança. Vivemos em sociedade de alta complexidade da criminalidade de rua.

Há uma tendência no sentido da introdução de novos tipos penais e o agravamento dos tipos já existentes através de uma reinterpretação das garantias clássicas do Direito Penal e do Processo Penal. A criação de novos bens-jurídicos penais amplia os espaços de riscos jurídico-penais relevantes e a flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, (não seria mais do que aspectos dessa tendência expandidora do Direito Penal).

O Código espanhol de 1995 diz na Exposição de Motivos que existência de uma autonomia entre o princípio da intervenção mínima e

as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa, razão pela qual deveria dar acolhida a uma legislação mais rigorosa diante das novas formas de delinqüência eliminando ao mesmo tempo figuras delitivas que perderam a razão de ser.

A expansão do Direito Penal se apresenta como uma forma perversa de aparato estatal para resolver problemas sociais deslocando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido no nível da instrumentalidade.

Estamos diante de causas mais profundas cujas raízes se encontram no meio social.

O delito é um fato social com consequências jurídicas. O Estado não pode acolher demandas iracionais sem qualquer reflexão, ao invés de introduzir elementos de racionalização, bem como alimentar ações em termos populistas.

Nada tem a ver a tendência expansiva do Direito Penal na década de 70 respaldada inicialmente no movimento americano de lei e ordem que se dirigia a reclamar uma reação legal, jurídica e policial mais coerente contra os fenômenos de delinqüência de massa da criminalidade das ruas. O movimento é o último exemplo de concepção conservadora do Direito Penal, (segurança dos cidadãos em casa, no trabalho e nas ruas). Nos tempos atuais através de uma ótica distorcida, prepugna pela intensidade da resposta penal. Ao invés da tendência de sua expansão orienta-se na direção do estímulo às suas virtudes como instrumento de proteção aos cidadãos. Nem as premissas ideológicas, nem os requerentes do movimento de lei e ordem desaparecem, pois estão integrados em um novo consenso social sobre o papel do Direito Penal. Surgem novos interesses e o papel qualificado de proteção dos bens jurídicos relevantes, diante de novas realidades.

A busca de um ponto de equilíbrio que não significa em Direito Penal de emergência renunciado aos postulados garantistas.

5. Conclusão

Colhem-se como conclusão que deve ser mantido o modelo de Direito Penal mínimo diante do racionalismo jurídico, garantista descrito nas 10 condições, limites ou proibições, modelo do Estado de Direito, isto é, um tipo de ordenamento no qual o Poder Público, em especial o poder penal, esteja rigidamente limitado e vinculado à lei no plano substancial, contudo penalmente relevante no plano processual às formas processualmente relevantes. Busca-se um ideal de racionalidade e certeza. É certo que um Direito Penal é racional na proporção da previsibilidade da intervenção estatal, afastando-se a aspiração autoritária em que a certeza perseguida pelo Direito Penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. Nem a incerteza do ato, nem a incerteza do Direito.□

Tutela Constitucional da Família e a Metáfora do Estatuto Jurídico Conceitual da Violência Familiar

LUIZ EDSON FACHIN

Professor Titular de Direito Civil e Diretor da Faculdade de Direito da UFPR - Universidade Federal do Paraná; autor de diversas obras e artigos sobre Direito de Família e Direito Civil contemporâneo

Nota prévia

Ao ensejo da publicação de número especial da Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, ao completar 15 anos a Constituição de 1988, ao acedermos ao honroso convite concluímos ser propícia a ocasião para explicitar algumas reflexões que sistematizam e amplificam preocupações teóricas e práticas no campo da tutela constitucional da família.

A Constituição Federal de 1988 tornou-se também o centro da regulação jurídica principiológica do Direito de Família, abrindo horizontes para uma compreensão socioafetiva das relações familiares, superando o dogmatismo acrítico do modelo monológico e excludente.

Nada obstante, entre a proclamação discursiva e a prática efetiva resta um longo caminho, permeado agora também pela vigência do novo Código Civil brasileiro a partir de 11 de janeiro de 2003.

Mais que isso: enxergamos um relevante passo a dar na própria concepção do discurso jurídico normativo, didático ou legislativo. A superação concreta da exclusão familiar não se resume na adoção teórica do princípio da igualdade. Deve ir além, abarcando sua efetividade, aí também entendida a dimensão dos significantes e significados desse mesmo discurso normativo.

Desse modo, as idéias que seguem, singelas e precárias, suscitam essa controvérsia, e têm como premissa o valor axiológico da Constituição de 1988, diploma marco na tradução de um novo cenário jurídico para o Direito de Família no Brasil. Para fazer a travessia dessa discussão o texto que vem a seguir explicita-se através dos signos lingüísticos utilizados e por meio dos sentidos metafóricos aí propositadamente inseridos.

INTRODUÇÃO

Na crise familiar captada pelo Direito, o presente refilma publicamente o futuro acontecido ontem, fazendo queimadas ao redor de si. Viver na casa epistemológica da família contemporânea pode se tornar esse passeio pela concordata social, repetição generalizada de conceitos súditos em tempos paradoxalmente beatíssimos. À imagem e semelhança do Direito, o corpo familiar dança no corpo social sempre na véspera da guerra.

A questão, pois, pode estar precisamente em compreender tais contradições¹ na família, expostas na passagem da casa à praça, e espelhadas numa sociedade que reproduz, em maior ou menor grau, o microcosmo dessa instância intermediária entre o Estado e os átomos sociais.

Nesse paralelo entre a família e a sociedade, formas compulsivas impõem laços de apropriação e governam o governo do gozo, da fruição, da disposição e da reivindicação. A família, assim, se, de um lado, fundo espaço de afeto, de refúgio, de autonomia e de liberdade, de outra parte, instala campo propício ao desafeto, ao desabrigo, à subordinação e à dependência. Essa ambivalência é apropriada pelo Direito que a revela no conjunto de conceitos e categorias que se apropriam da família. Eis o impasse do tempo proprietário, tão verdadeiro quanto dizer que voar é com os pássaros.

Na família, a transgressão originária quer fazer da maternidade um destino e da descendência um limite dirigido ao pai nosso de cada dia. Nos papéis principais dessa trindade está a imagem da representação jurídica, apta a cativar discursos, conceitos e formas. Nela se instala a neurose corrosiva do ter e o código jurídico dissimula o não-dito. Essa violação primeira não se faz lei mais forte apenas por meio da lei do mais forte.

Uma legião de súditos, corpos e conceitos, objetos e supostos sujeitos, falam como falam, andam como andam, e se dispõem, numa travessia que supõem estar em curso, a sonhar profanações enquanto adoram e

¹ Anote-se, a propósito, o que se colhe do texto IX sobre a família na obra coletiva organizada por Horkheimer e Adorno: "Seja como for, parece que os elementos atuantes na família, num sentido positivamente humano, como condições de autonomia, liberdade e expressão, não poderiam ser eternizados com a simples eliminação do que neles foi superado. É ilusório pensar que se possa realizar uma família de pares e iguais numa sociedade em que a humanidade não é autônoma e na qual os direitos humanos ainda não tenham sido realizados numa medida mais concreta e decisiva do que a atual. É impossível manter a função protetora da família e eliminar o seu aspecto de instituição disciplinar, enquanto tiver de proteger os seus membros de um mundo em que é inerente a pressão social, mediata ou imediata, e que, necessariamente, terá de transmiti-la a todas as suas instituições." ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. **Temas básicos da sociologia**. São Paulo: Editora Cultrix, s.d., p. 147.

veneram seus papéis. É aquele que, por isso mesmo, bate em seu filho à noite e amanhece professor em escolas da vida dia seguinte. Eis aí a força bruta que se legitima precisamente por ser contrária ao Direito e ao sentido de justiça.

A causa do constrangimento físico ou moral, da coação, da ofensa e da devassa, está antes, previamente transportada para o não-direito, posta na dobra. A violência familiar violenta antes um lugar anterior e para conhecê-lo um pouco melhor cabe ir além dos anteparos que o Direito e os laços sociais edificam feito biombos para resguardo e proteção, anteparando-se da tentação do perquirir-se sobre o indizível, essa partícula elementar de violência que constitui o que somos.

1 - Morfologia dos papéis : parindo cativos?

A família plural, aberta à arquitetura do afeto e sem molduras prévias, dissecava limites e possibilidades da superação da vida insular. Nela se projeta o que está nascido no olhar que instaura essa viagem. O ninho se constitui sob o nascimento viável de um desenho que decola com prováveis escadas nas estações da maternidade e da paternidade.

A organização conceitual desse coletivo passa pela concessão do acesso a papéis que abraçam no horizonte do conceito, os seus concretos: filhos e pais se formam comunidade que se aglomera em definições, direitos, deveres, prazos e desvinculações. O Direito se ocupa da família como se ocupava, antes, do Estado², e do público privado da família nasce e se desenvolve o privado “publicizado” por normas jurídicas, não raro de índole constitucional.

De dois conceitos fundamentais esse direito cuida: os da paternidade e da maternidade.

Uma imagem pode evocá-los de outro lugar, senão vejamos. Em Évora, no centro da nave, à esquerda, a Catedral da Sé mostra mais que imagem

² Assim se expressou, nesse sentido, análise acutíssima: "De um modelo de política do direito dogmático-político, teríamos passado de um modelo de política do direito pragmático-político. Isto confirmaria que as relações 'privado-público' não se estabeleceriam mais no espaço que nós definimos anteriormente, e que uma relação fortemente fundada politicamente entre direito e costumes daria lugar a uma relação marcada pela ilegitimidade recíproca: os costumes seriam a resultante de uma justaposição de aspirações individuais sem que esta situação assumida claramente, conscientemente, pelos próprios indivíduos, nem inscritas explicitamente em um projeto político (no sentido de projeto mobilizando o conjunto dos cidadãos); o direito se tornaria aqui um instrumento de gestão dos problemas do 'privado' surgindo na cotidianedade, e de vontades políticas diversas nascidas de conjunturas particulares. COMMAILE, J. "Direito e costumes ou o surgimento de um modelo de ilegitimidade recíproca". In : BARRETO, V. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 20.

instigante do Alentejo português. Lá se vê na virgem grávida paradoxo que floresce no debate acérrimo da origem da concepção. Há, nela, mais do que se pode ver.

A imagem espelha a mão esquerda da mãe acariciando o ventre saliente, perfil que faz a circunferência do semicírculo da letra “o”. A mãe da mãe aponta suavemente para cima, não apenas o teto celeste, mas por certo aquela promessa dos céus.

Dois sinais diversos que revelam movimentos do corpo de uma mulher que aparece, ali, a sós, remetida a um pai ambivalente.

Essa suposta certeza materna, fruto também de uma suposta maternidade, fundou, em torno da mãe, o estatuto jurídico da descendência que se instalou nos modelos dos códigos jurídicos.

O filho que, sendo muito mais um prometido, filho, a rigor, pode não ser, gestado pela mãe que é, mesmo não sendo, e submetido a uma paternidade que reclama ausência, instaura um desafio que, diante de tanto vazio, chama o verbo jurídico para preenchê-lo. A lei jurídica presentifica os ausentes e, por definição, torna mãe, pai e filho tanto os que realmente o são quanto aqueles que não são e quiçá nem optaram por ser.

O ente parido de um lugar interditado ao Direito se dá, no direito, como representação, palco e cena. Personagens se movimentam, no amor e na indiferença, transportados pela garantia impossível da felicidade.

Essa via jurídica pode ser, de fato, a expressão domiciliar eudemonista; no entanto, pode atestar os desencontros do afeto, uma abertura à obtenção, pela força ou pela execução do incontrito, da expropriação desse espaço de sujeito.

2- A violência construída

Ameaças, vias de fato e vulnerabilidade são sintomas da transformação do sujeito em vítima, e da vítima em objeto³. A integridade física e moral é violada pela condição que flui do estado jurídico introdutor da violação como antítese da regra. O Direito constrói o espelho invertido do real. Apropria-se do que não quer se ver para atestar exatamente a exis-

³ O espelho das contradicciones revela a familia: "...el nacimiento de la civilización moderna emancipó a la familia burguesa más que al individuo per se y com ello llevó en su interior, desde el primer momento, una profunda contradicción. La familia siguió siendo esencialmente una institución feudal basada en el principio de la 'sangre', es decir una institución totalmente irracional; en cambio, la sociedad industrial (aunque contiene muchos elementos irrationales en su misma esencia) proclama el reino de la racionalidad, el dominio exclusivo del principio del cálculo y del intercambio libre sin más condiciones que las exigencias de la oferta y la demanda. La significación social y las dificultades internas de la familia moderna se deben a esta contradicción global de la sociedad." FROMM, E.; HORKHEIMER, M.; PARSONS, T.; et al. **La familia.** 7^a ed. Barcelona: Ediciones Península, 1994, p. 177.

tência do que nega, como regra.

Essa lógica posta em cheque decorre da assinatura que, em nome da família e seus integrantes, mandatários impróprios firmaram no pacto que administra, penaliza e sanciona ações e omissões na comunidade domiciliada sob o teto conceitual da família.

O endereço possível se esconde em mistificações, representações fantasmagóricas e na miniaturização do ser. O apequenado é o virtualmente sub-rogado desse papel, e parece, na dor, nos filhos abandonados por pais que se abandonam à dramatização dos desenlaces. A fisionomia do arquétipo familiar, quando feito espaço do não ser, funda a extorsão afetiva de sujeito possível.

As tempestades, às vezes insólitas, no desafeto, no desrespeito, no campo cativo do nada, expõem o fim do muito que sequer pode ter se constituído.

3 - Fim do exílio voluntário: família plural, laboratório de sonhos?

O “*tonus*” do presente quer reconstruir, no Direito, outro corpo simbólico da família. Um “*modus vivendi*” que não seja a luz envolvente de uma tragédia lenta. Esse recomeço pode ser o crepúsculo de velhas questões conectadas do sistema jurídico com o sistema de produção.

Flutua-se nessa mísera riqueza instável, em paragens a decodificar. Os remédios dessa crise não viveram o que já poderiam ter vivido. Terras prometidas⁴ podem ser devoradores lugares de desterro.

Superar o modelo transpessoal, exclusivamente matrimonializado, hierarquizado e patriarcal, foi o verbo da estação constitucional. O discurso consistente da igualdade substancial, da igualdade na diferença, dos filhos que são mais que filhos, e dos pais que ao educarem se educam constantemente, pode ser alavanca interessante num banco de prova dos sonhos.

⁴ Ingredientes florescidos no medievo povoam a família: "...devemos reconhecer a importância do florescimento iconográfico que a partir do século XV, e sobretudo XVI, sucedeu a esse longo período de obscuridade: o nascimento e o desenvolvimento do sentimento da família. Daí em diante, a família não é apenas vivida discretamente, mas é reconhecida como um valor e exaltada por todas as forças da emoção.

Ora, esse sentimento tão forte se formou em torno da família conjugal, a família formada pelos pais e seus filhos. É raro uma tela reunir mais de duas gerações. Quando netos ou filhos casados aparecem, é sempre discretamente, como uma coisa sem importância. Nada aí lembra a antiga linhagem, nada acentua a ampliação da família ou a grande família patriarcal, essa invenção dos tradicionalistas do século XIX. Essa família, ou a própria família, ou ao menos a ideia que se fazia da família ao representá-la e exaltá-la, parece igual à nossa. O sentimento é o mesmo.

Esse sentimento está muito ligado também ao sentimento da infância. Ele afasta-se cada vez mais das preocupações com a honra da linhagem ou com a integridade do patrimônio, ou com a antigüidade ou permanência do nome: brota apenas da reunião incomparável dos pais e dos filhos." ARIÈS, P. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1981, p. 223.

O cotidiano, todavia, ainda teima para negar a ética da co-existencialidade e frustrar a realização da cidadania. A crueldade ri à toa da incapacidade social de construir uma vida coletiva e familiar digna.

CONCLUSÃO

O presente vive seu futuro impronunciável, ainda. Estas precárias linhas não escapam de seus limites, à moda de um “*violon d'Ingres*” desse presente brutal e inexorável. Dele o futuro se esconde em si mesmo.

Prosseguimos partindo sobre os rios que vão em direção a auroras improváveis. O mito pode não estar tão-somente na grávida virgem em Évora. É de outra mitologia que ela cuida. A mãe certa de uma geração fictícia, uma mulher expropriada de sua condição, acaricia o ventre do nascido para não nascer apenas filho, ela só, ele nascituro natimorto, ambos remetidos a um pai improvável.

A feição humana dessa tríplice aliança converteu-se nos cânones de um governo jurídico que ainda não passou da gênese. O primeiro laço original ata os séculos do que, aparentemente sendo família, família não é. Da família e do Direito se ocupa uma certa racionalidade, cuja base produz travessia da casa à ágora⁵.

Essa ambivalência faz da mão que acaricia o ventre o anúncio constante de nascimentos que designam a fatalidade do filho. É a gestação uma forma de despedida. O corte do vínculo umbilical não é o atestado da vida possível, mas sim uma ruptura previamente agendada.

A quebra desse paradigma requer revisitar Évora e encontrar, um dia, a virgem eternamente grávida aos pés daqueles que vivificam nos paradoxos⁶. Eis aí um possível olhar sobre esses novos desafios.

⁵ Da família ao Estado passam poderes e controle: "Au temps du code civil la puissance paternelle avait un caractère discrétionnaire; le père de faillite n'était assujetti à aucun contrôle étatique légal. Depuis la fin du XIX siècle plusieurs lois sont venues instituer ce contrôle pour la protection de l'enfant contre ou malgré ses parents. Il en résulte nécessairement une étatisation de la fonction parentale et une dépossession des père et mère de leurs prérogatives dont les caractères, l'étendue et les motifs varient selon les méthodes et les objectifs du contrôle." LABRUSSE-RIOU, C. **Droit de famille**. Paris: Masson, 1984, p. 286.

⁶ É de uma certa impossibilidade que se trata: "La question essentielle a été et reste de savoir comment le système légal peut être amélioré dans sa capacité à concilier les besoins et les droits de l'enfant. La complaisance n'est jamais apparue dans ce contexte, et ne le devra jamais." SUTHERLAND, E. Ecosse : les années de l'enfant. In : RUBELLIN-DEVICHI, J. (Dir.). **Regards sur le droit de la famille dans le monde**. Annual Survey of Family law. Lyon: Press universitaires de Lyon, 1993, p. 163.

NOTA FINAL

Como visto e anotado ao início, encetamos, com a presente publicação neste número especial da Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, ressaltar outros desafios a arrostar quando completa 15 anos a Constituição de 1988. Quiçá seja o momento de explicitar algumas reflexões que tomem os sujeitos que operam com o Direito e suas respectivas expressões, suas preocupações teóricas e práticas, e projetar tal discussão no campo da tutela constitucional da família.

Sem embargo, defendemos que a Constituição Federal de 1988 foi elevada, com acerto, ao núcleo de regulação jurídica principiológica do Direito de Família. Daí nasce a não-discriminação, o princípio ético e humano da igualdade como norma vinculante, e são abertos horizontes para uma compreensão socioafetiva das relações familiares, realmente vencendo aquele tradicional dogmatismo acrítico do modelo monológico e excluente.

O texto que acabamos de apresentar, nada obstante, se situa em outro lugar, a rigor ele está no veio ou talvegue entre a proclamação discursiva e a prática efetiva. Nesse grande e íngreme caminho, complexificado com a vigência do novo Código Civil brasileiro a partir de 11 de janeiro de 2003, muito há por fazer.

As tarefas passam, em nosso ver, por um debate sobre a compreensão do discurso jurídico normativo, didático ou legislativo, isto é, seus significantes e significados.

As idéias expostas almejam suscitar essa controvérsia, e tem, no plano jurídico, como premissa o valor axiológico da Constituição de 1988. É uma tênue contribuição à contenda. □

Os Efeitos da Constituição em Relação à Cláusula da Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil

GUSTAVO TEPEDINO

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

ANDERSON SCHREIBER

Professor de Direito Civil da PUC-Rio.

1. Gênese da boa-fé objetiva no direito brasileiro. A boa-fé nas relações de consumo. A confusão entre os fins do Código de Defesa do Consumidor e a função da boa-fé objetiva.

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o termo *boa-fé* era utilizado pelos tribunais brasileiros exclusivamente em sua acepção subjetiva, isto é, como sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito.¹ Era também neste sentido que o Código Civil de 1916 empregava o termo, referindo-se, por exemplo, ao possuidor de *boa-fé* como aquele que tem a posse de um bem sem consciência de que há um vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição do domínio sobre a coisa.² Tomada neste sentido, a existência ou não de *boa-fé* é questão inteiramente subjetiva, vinculada ao estado anímico do agente.³

¹ O Código Comercial brasileiro, de 1850, já havia feito, em seu artigo 131, referência à *boa-fé* como critério interpretativo dos contratos comerciais. O dispositivo, contudo, teve aplicação insignificante e a acepção ali atribuída ao princípio da *boa-fé*, além de fundada em preocupações distintas, é muito mais restrita que aquela que, hoje, se confere à *boa-fé* objetiva.

² O artigo 490 do Código Civil de 1916 dispunha expressamente: “É de *boa-fé* a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.” Na doutrina, confira-se, por tantos outros, a tradicional lição de LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro: J. Ribeiro Santos, 1908, p. 217-218: “*Boa-fé* neste sentido vem a ser a crença em que está o possuidor de que a coisa lhe pertence, crença plausível, isto é, de que a coisa foi adquirida por título capaz de transmitir domínio, capaz, no modo de ver do possuidor (porque a *boa-fé* não pode deixar de ser fato inteiramente subjetivo), quaisquer que sejam os vícios de forma ou de substância que afetem o título, sem distinguir mesmo se tal crença repousa em erro de fato ou em erro de direito.”

³ Como afirma JUDITH MARTINS-COSTA: “A *boa-fé* subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante

Ao longo dos séculos XIX e XX, contudo, o acelerado desenvolvimento do capitalismo e o advento de uma sociedade de massas vieram evidenciar abusos praticados por agentes econômicos em face de contratantes mais vulneráveis, sobretudo em países como o Brasil, em que o acesso ao Poder Judiciário e a outros meios efetivos de coibição destes abusos é, ainda hoje, tortuoso para a maior parte da população.⁴ A necessidade de coibir estes abusos e proteger os consumidores e as partes vulneráveis em relações contratuais de massa veio dar margem a inúmeras medidas, dentre as quais a mais marcante foi, sem dúvida alguma, a Lei nº 8.078, promulgada em 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

No intuito de atender às “necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º), valeu-se o código consumerista de uma série de instrumentos como a responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não-taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor como o direito à adequada informação sobre o produto e à inversão do ônus da prova, e assim por diante. Todos esses mecanismos têm declaradamente a finalidade de proteger o consumidor, cuja vulnerabilidade, reconhecida no artigo 4º, inciso I, condiciona a aplicação de todas as normas constantes daquele diploma.

Foi justamente neste artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor que surgiu a primeira previsão moderna da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como princípio da política nacional de relações de consumo:

“Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por obje-

(subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc.).” (**A Boa-Fé no Direito Privado**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 411-412).

⁴ Apesar dos inúmeros avanços obtidos por meio da implementação de uma Defensoria Pública eficiente e dos Juizados Especiais, que procuram atender à demanda contida de ações judiciais entre as classes menos favorecidas. Nas palavras de Luiz Fux, “os Juizados surgem para atuar sobre essa gama de conflitos até então ignorada pelo Estado, oferecendo uma possibilidade de mitigação pelo Poder Judiciário, sem que com isso tenha que submetê-los ao sistema processual vigente que, como é notório, não tem capacidade para absorvê-los, uma vez que impor a essas pessoas o modo tradicional de solução dos conflitos é o mesmo que negar a elas o direito de exigir do Estado que lhes preste jurisdição.” (Luiz Fux, “Considerações Iniciais – A Ideologia dos Juizados Especiais”, in Luiz Fux e WEBER MARTINS BATISTA, **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**,

tivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor valia-se mais uma vez da boa-fé objetiva, declarando nulas as obrigações que fossem com ela incompatíveis.

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

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

Como se pode depreender, a referência dessas normas não é a uma boa-fé subjetiva, como estado de consciência do fornecedor ou do consumidor, mas a uma nova concepção de boa-fé, que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, vem exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional. Em 1990, tal concepção já era adotada por diversos ordenamentos jurídicos, a partir do § 242 do Código Civil alemão e do artigo 1.375 do Código Civil italiano, e mesmo no Brasil, embora não tivesse ainda previsão legislativa, já era defendida no âmbito doutrinário, como se vê da obra de Clóvis do Couto e Silva:

“(...) a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.”⁵

Foi esta a concepção de boa-fé adotada pelo Código de Defesa do

⁵ CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, *A Obrigação como Processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 30

Consumidor, como resta claro do comentário dos autores do anteprojeto:

“O Código adotou, implicitamente, a cláusula geral de boa-fé, que deve reputar-se inserida e existente em todas as relações jurídicas de consumo, ainda que não inscrita expressamente no instrumento contratual.”⁶

A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. E foi neste sentido que o Código de Defesa do Consumidor a incorporou. Ocorre, contudo, que, por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais.

A boa-fé objetiva ganhou na jurisprudência brasileira um papel, por assim dizer, reequilibrador de relações não-paritárias, que nada tem com o conceito de boa-fé em si, mas que era fundamento do Código de Defesa do Consumidor em que a cláusula geral de boa-fé vinha inserida. Era natural, portanto, que os tribunais brasileiros, desconhecedores dos contornos dogmáticos da noção de boa-fé objetiva, atribuíssem ao instituto finalidade e função que tecnicamente não eram seus, mas do código consumerista. Contribuiu para este fenômeno certa inexperiência do Poder Judiciário brasileiro em lidar com princípios e cláusulas gerais, o que resultava em uma “super-invocação” da boa-fé objetiva como fundamento ético de legitimidade de qualquer decisão, por mais que se estivesse em campos onde a sua aplicação era desnecessária ou até equivocada.⁷

A confusão conceitual era de certa forma inofensiva, porque os conflitos originados em relações de consumo exigiam mesmo uma solução protetiva; e se a boa-fé era invocada muitas vezes de forma incorreta à luz da ciência do direito, para exercer funções que eram, a rigor, próprias de outros mecanismos, isto, na prática, pouco importava desde que a solução alcançada fosse aquela mais favorável ao consumidor.

⁶ NELSON NERY JÚNIOR *et alii*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 500.

⁷ Confira-se decisão proferida, em 6.12.2001, no âmbito do Recurso Especial 330.261/SC, em que o Superior Tribunal de Justiça invocou o princípio da boa-fé objetiva para reprimir situação que reconheceu como sendo de inadimplemento contratual e de clara violação a decisão judicial e a dispositivo legal expresso.

2. A boa-fé objetiva no novo Código Civil. Riscos de uma invocação vazia de conteúdo.

Até janeiro de 2003, o ordenamento positivo brasileiro mantinha a boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo. Ajurisprudência, contudo, já estendia a sua aplicação a relações contratuais em que se verificasse a presença de uma parte vulnerável a ser protegida. Continuavam raros os casos de aplicação do instituto a relações contratuais paritárias. De fato, os tribunais brasileiros haviam se acostumado a compreender e a aplicar a boa-fé objetiva como um princípio reequilibrador e de forte caráter protetivo, e, por esta razão, relutavam em estender sua incidência às relações contratuais em que não se vislumbrasse a vulnerabilidade de uma das partes.

O novo Código Civil brasileiro veio corrigir esta tendência, prevendo expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, independentemente de qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”⁸

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais –, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este caráter protetivo. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.

Mais: aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem-número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação

⁸ A importância da consagração expressa da boa-fé objetiva no novo Código Civil é ressaltada por JUDITH MARTINS-COSTA, **Comentários ao Novo Código Civil**, v. V, tomo I (*Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*), Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45-46: “Na sua face objetiva, o comportamento segundo a boa-fé – que antes do novo Código vinha sendo deduzida pela doutrina e pela jurisprudência de um ‘princípio implícito’, ou por analogia ao art. 131 do Código Comercial – hoje não só decorre da expressividade legal quanto domina e polariza todo o Direito das Obrigações em vista da estrutura codificada, ligando-se aos regimes específicos do Direito Contratual, do Enriquecimento sem Causa, dos Títulos de Crédito, do Direito da Empresa e da Obrigaçāo de Indenizar, bem como aos comandos abrangentes da Parte Geral.”

de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque não havendo, nestas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta.⁹ Ao contrário do que ocorre nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente moral da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses.

Daí a importância de se buscar, com o advento do novo Código Civil, definir com maior precisão os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, em especial as suas funções e os seus limites.

3. A chamada tríplice função da boa-fé objetiva. A questão central dos deveres anexos.

O novo Código Civil não estabeleceu parâmetros ou *standards* de conduta que servissem de auxílio na determinação do conteúdo da cláusula geral de boa-fé. Tal tarefa foi deixada à discricionariedade do julgador, a quem caberá analisar a situação concreta, o comportamento usual dos agentes naquele campo específico, a honestidade e a lealdade que se espera das partes em relações semelhantes, e outros tantos fatores.

O que resta claro, todavia, é que a boa-fé não pode servir a qualquer fim. A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos,¹⁰ atribui à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; e (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade.

Na primeira função, alude-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Proíbe-

⁹ Sobre o tema, a crítica do autor português ANTONIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO: “O recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos. No fundo, a boa-fé funciona, aí, como apoio linguístico para soluções encontradas com base noutros raciocínios – ou na pura afetividade – ou como esquema privilegiado de conseguir amparo numa disposição legal – a que consagra a boa-fé – para a solução defendida.” (*Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 753).

¹⁰ A classificação amplamente adotada na doutrina brasileira é originalmente encontrada em FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fé*, trad. espanhola de Jose Luis de los Mozos, Madrid: Civitas, 1976, cap. IV.

se, assim, a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra.¹¹ O novo Código Civil consagrou, em seu artigo 113, o papel hermenéutico da boa-fé objetiva, ao determinar:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

No que tange à segunda função indicada, a boa-fé vem servir de limite para o exercício de direitos no âmbito de uma relação contratual. Afigura-se assim como critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo – e, portanto, vedado – de direitos frente à outra parte na relação contratual. Tal função da boa-fé foi incorporada no artigo 187 do novo Código Civil, que definiu de forma eclética a figura do abuso de direito:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Por fim, a boa-fé exerce o papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal. Assim, impõe-se às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato: deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento ou informação.¹² Tal função da boa-fé objetiva, embora menos aparente no novo Código Civil, pode ser, em conformidade com a melhor doutrina e à semelhança da interpretação atribuída ao § 242 do BGB, deduzida do já transscrito artigo 422 do diploma brasileiro.

A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato.¹³

11 Sobre a boa-fé como critério de interpretação contratual, ver, entre outros, Maria Costanza, Profili dell'Interpretazione del Contratto secondo Buona Fede, Milano: Dott. A. Giuffrè Ed., 1989, passim.

12 Tal tripartição é adotada, para fins didáticos, por Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 605 e seguintes. Ressalte-se, entretanto, que tais deveres não têm conteúdo fechado. De fato, qualquer tipificação dos deveres anexos é inviável, porque derivam da relação obrigacional concreta, e inconveniente, porque limitaria uma cláusula que se pretende geral.

13 As consequências são diferenciadas em um e outro caso. Quando um contratante exerce uma conduta não autorizada por qualquer norma jurídica, desta conduta resultando violação a um dever anexo imposto pela boa-fé, ocorre tecnicamente ato ilícito. Quando um contratante exerce uma conduta autorizada pela lei ou pelo contrato mas, com este exercício, viola deveres anexos impostos pela boa-fé, ocorre ato abusivo. As figuras, apesar da redação do artigo 187, não se confundem.

Estes deveres anexos, todavia, não incidem de forma ilimitada. Seria absurdo supor que a boa-fé objetiva criasse, por exemplo, um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos da sua atividade econômica ou de sua vida privada. Assim, se é certo que o vendedor de um automóvel tem o dever – imposto pela boa-fé objetiva – de informar o comprador acerca dos defeitos do veículo, não tem, por certo, o dever de prestar ao comprador esclarecimentos sobre sua preferência partidária, sua vida familiar ou seus hábitos cotidianos. Um dever de informação assim concebido mostrar-se-ia não apenas exagerado, mas também irreal, porque seu cumprimento seria, na prática, impossível tendo em vista a amplitude do campo de informações. Faz-se necessário, portanto, identificar o critério que determina os limites do dever de informação e dos demais deveres anexos, sob pena de inviabilizar a própria aplicação da cláusula geral de boa-fé.

4. Os limites da boa-fé objetiva. A função social e econômica do contrato.

A discussão acerca dos limites da boa-fé objetiva, e mais especificamente do conteúdo dos deveres anexos, ao contrário de restringir, amplia a aplicação da boa-fé objetiva porque a torna mais eficaz, o que é indispensável nas relações paritárias, em que não há um regime inteiramente voltado para a proteção de uma parte mais vulnerável, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor.

A busca dos limites ao conteúdo dos deveres criados pela boa-fé tem início e fim no seu próprio conceito. De fato, basta lembrar que os deveres criados pela boa-fé são deveres anexos às prestações estabelecidas no contrato. Voltam-se, portanto, para aqueles interesses comuns às partes, objetivamente consagrados no contrato – entendido substancialmente, como núcleo compartilhado destes interesses, e não como mero instrumento formal de registro das intenções dos contratantes. É, portanto, a própria função social e econômica do contrato que deve servir de limite à incidência da boa-fé objetiva.

A afirmação não é inovadora; já se encontrava implícita em toda a construção do conceito de boa-fé objetiva, como se vê da doutrina estrangeira e pátria. Veja-se, a título de exemplo, a opinião do professor espanhol Jose Luis de los Mozos:

“(...) sua aplicação [da boa-fé objetiva] requer volver à natureza da coisa, quer dizer, à lógica do preceito ou à natureza da relação jurídica em que atua; não cabe, pois, um arbítrio indefinido ou imoderado na aplicação de critérios éticos ou de razões sociais, senão proporcionado secundum speciem rationem.”¹⁴

¹⁴ JOSE LUIS DE LOS Mozos, **Derecho Civil – Método**, Madrid: Civitas, 1988, p. 227.

No mesmo sentido, manifesta-se a doutrina italiana:

*“Ciò che emerge da quanto sinora esposto è che la buona fede non può concretizzarsi se non avendo riguardo alle fattispecie contrattuali in se, ovvero al suo contenuto volontaristico, e ancora più precisamente alla pianificazione economica in cui si sostanzia il contratto.”*¹⁵

Não é outra a lição extraída pela doutrina e jurisprudência alemãs do § 242 do BGB, origem do art. 422 do novo Código Civil brasileiro, como registram os especialistas:

*“a partir desses dispositivos que regulavam uma inédita figura batizada de **Leistung nach Treu un Glauben**, os juristas tedescos começaram a identificar obrigações anexas, não expressas nos contratos, mas que decorriam da própria natureza do vínculo assumido (...).”*¹⁶

De volta ao exemplo da venda de automóvel, é de se concluir, portanto, que o comprador está legitimado a exigir, e que o vendedor tem o dever de fornecer, informações relativas ao próprio veículo ou ao contrato de compra e venda em si, na medida em que tais informações se relacionam à função social e econômica do contrato. Entretanto, não se pode admitir que o comprador alegue violação do dever de informação pelo vendedor que não relatou suas preferências políticas ou sua crença religiosa, porque tais informações, ainda que possam ser do interesse do comprador – e para ele efetivamente relevantes, dependendo de suas convicções pessoais –, não correspondem a um interesse legítimo que resulte diretamente ou que esteja objetivamente contido na função social e econômica do contrato celebrado.

É certo, assim, que os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função socioeconômica do negócio celebrado. O que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva – já se disse – é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato.¹⁷ Não se exige que o contratante colabore com

¹⁵ GIOVANNI MARIA UDA, “Buona Fede Oggettiva ed Economia Contrattuale”, in **Rivista di Diritto Civile**, ano XXXVI, p. 370. Em tradução livre: “Aquilo que emerge do até aqui exposto é que a boa-fé não pode concretizar-se se não tendo em vista os suportes fáticos contratuais em si, ou seja, o seu conteúdo voluntarista, e ainda mais precisamente a *planificação econômica na qual se substancia o contrato*” (original não grifado).

¹⁶ DANIEL USTÁRROZ, “As origens da boa-fé objetiva no novo Código Civil”, in **Síntese**, jan. 2003, p. 3.

¹⁷ “In tal modo la buona fede si concretizza in obblighi contrattuali specifici che, per l'appunto, trovano il loro fondamento nell'economia del contratto e mirano a far sì che anche gli interessi dell'altra parte, *relativi al rapporto economico così come voluto dai contraenti*, siano salvaguardati.” (GIOVANNI MARIA UDA, ob. cit., p. 370). Em tradução livre: “Em tal modo, a boa-fé se concretiza em deveres contratuais específicos que, por isso mesmo, encontram o seu fundamento na economia do contrato e visam a fazer com que também os interesses da outra parte, relativos à relação econômica nos termos pretendidos pelos contratantes, sejam salvaguardados.”

o interesse privado e individual da contraparte. Tais interesses individuais mostram-se, muitas vezes, antagônicos, o que inviabiliza a cooperação. Não há dúvida, por exemplo, de que, em uma situação de reajuste de aluguel, o locador terá interesse em chegar ao maior valor possível, enquanto o interesse do locatário será diametralmente oposto. Exigir do locatário que adote uma interpretação do contrato ou que colabore, de algum modo, para a adoção de um valor superior (que corresponde ao interesse individual e privado do locador) apresenta-se absolutamente irreal e desnecessário, visto que a persecução de interesses contrapostos não é empecilho para a construção de um ambiente contratual ético e compatível com a ordem jurídica.

5. O não-sacrifício de posições contratuais. A legitimidade das situações de vantagem.

Justamente por não exigir a proteção aos interesses íntimos e privados da contraparte, mas somente a colaboração para aqueles interesses objetivamente extraídos da própria realização do negócio, a boa-fé objetiva não importa em sacrifício de posições contratuais de vantagem. Em outras palavras, as partes, na prática, concorrem – e o direito não veda, em relações paritárias, que concorram – entre si na aquisição e manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais. O comprador deseja o menor preço, o vendedor o maior, e não há como esperar que renunciem a tais interesses, que são da lógica do negócio. A boa-fé, seja por meio da imposição positiva de deveres anexos, seja por meio da proibição de exercer abusivamente (em contrariedade aos deveres anexos) os direitos contratuais, não implica renúncia a tais direitos ou às situações de preponderância que possam vir a ocorrer no curso da relação obrigacional.

Mostra-se clara nesta direção a evolução da doutrina italiana que tem se ocupado do princípio da boa-fé objetiva:

“(...) all'esigenza di solidarietà, di cui è espressione l'obbligo di buona fede, si contrappone la necessità di lasciare una certa libertà di manovra agli interessi in lotta, libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio.”¹⁸

“(...) la circolazione dei beni e delle ricchezze è governata – si dice –

¹⁸ C. PEDRAZZI, **Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio**, Milano, 1955, p. 206. Corroborando a afirmação, GUIDO ALPA, “Responsabilità Precontrattuale”, in **Enciclopedia Giuridica**, v. XXVII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 5. Em tradução livre: “À exigência de solidariedade, da qual é expressão o dever de boa-fé, contrapõem-se a necessidade de deixar uma certa liberdade de manobra aos interesses em luta, liberdade de perseguir para si e manter posições de vantagem.”

*da regole di competizione e di concorrenza, alle quali specularmente corrisponde la libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio, anche sul piano informativo, in tutti i casi in cui ciò non si traduca in violazione di precise disposizioni normative o di principi generali dell'ordinamento giuridico.*¹⁹

Sustentar o contrário traduz puro romantismo, ao qual as relações patrimoniais e a prática contratual não podem se adaptar.²⁰ A concorrência por posições prevalentes e um certo grau de disputa em prol de interesses contrapostos é inerente a qualquer negócio jurídico. E se é evidente que, em relações de consumo, o direito deve atuar de forma protetiva, em atenção à vulnerabilidade do consumidor, utilizando-se dos mecanismos próprios (e mesmo dos improprios, se outros não estiverem disponíveis por qualquer razão) para reequilibrar a relação entre as partes, é igualmente evidente que, nas relações paritárias, o direito não vem proteger qualquer das partes, mas exigir de ambas uma atuação honesta e leal (eis o que exige a boa-fé objetiva) e conforme aos valores consagrados pelo ordenamento civil-constitucional.

Em relações não caracterizadas pela vulnerabilidade de qualquer das partes, é imprescindível conceber a boa-fé na sua real extensão: como princípio que exige lealdade e honestidade, impondo deveres de colaboração que são condicionados e limitados pela função social e econômica do negócio celebrado. Isto se torna ainda mais evidente naquelas relações de ordem mercantil.

6. A boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias. Os diferentes níveis de boa-fé.

O novo Código Civil ocupou-se, em seu Livro II, do chamado Direito da Empresa, assumindo, ao menos em parte, o caráter de diploma unificador do direito privado. Sem embargo das inúmeras críticas que possam derivar de tal postura e principalmente da forma como a matéria societária veio regulada no novo diploma, é preciso atentar para a ampliação que daí resultou para o âmbito das relações obrigacionais regidas pelo Código Civil. De fato, as relações mercantis que antes sofriam incidência de norma especial, passaram a se inserir integralmente na disciplina das obrigações e contratos do código

¹⁹ GIUSEPPE GRISI, **L'Obbligo Precontrattuale di Informazione**, Jovene Editore, 1990, p. 82-83. Em tradução livre: “a circulação de bens e das riquezas é governada – costuma-se dizer – por regras de competição e de concorrência, às quais de maneira reflexa corresponde a liberdade de perseguir para si e manter posições de vantagem, também no plano das informações, em todos os casos em que isto não se traduza em violação de precisas disposições normativas ou de princípios gerais do ordenamento jurídico”.

²⁰ A advertência é de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos”, in **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 1, p. 8: “(...) daí até mesmo uma visão talvez excessivamente romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si”.

de 2002. Também a esta diversidade de conteúdo das relações tuteladas deve estar atento o magistrado ao aplicar a cláusula geral da boa-fé objetiva.

É evidente que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista. O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial, e até matemática, de modo que à aquisição de cada direito corresponde um custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporada ao preço da operação.

O ambiente comercial e societário e, em particular, o ambiente interempresarial, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, e se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva. Veja-se, a respeito, a lição de Pietro Perlingieri, em tudo aplicável ao direito brasileiro:

*"Se a tutela da pessoa humana afunda suas raízes na cláusula geral presente no art. 2º da Constituição e qualquer aspecto ou interesse concernente à pessoa é tutelado na medida em que sejam essenciais ao seu pleno e livre desenvolvimento, é também verdade que qualquer interesse, referido às pessoas jurídicas, não somente assume significados diferentes, mas recebe também uma tutela que encontra um distinto fundamento. (...) É necessário adquirir consciência da identidade apenas aparente de problemáticas, como, por exemplo, o segredo, a privacidade e a informação. Estes aspectos assumem valor existencial unicamente para a pessoa humana; nas pessoas jurídicas, exprimem interesses diversos, o mais das vezes de natureza patrimonial. O sigilo industrial, o sigilo bancário, etc. podem também ser em parte garantidos pelo ordenamento, mas não com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Deve ser recusada, por exemplo, a tentativa de justificar o sigilo bancário como tutela da privacidade. Esta exprime um valor existencial (o respeito da intimidade da vida privada da pessoa física); aquele, um interesse patrimonial do banco e/ou do cliente."*²¹

Com efeito, a boa-fé objetiva não pode ser aplicada da mesma forma às relações de consumo e às relações mercantis ou societárias, pela simples razão de que os *standards* de comportamento são distintos.²²

²¹ PIETRO PERLINGIERI, *Perfis de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 157-158.

²² "Naturalmente, há várias determinações possíveis, segundo o tipo de área de atividade ou de negócios que as partes estão fazendo. Já nas Ordenações do Reino se prescrevia que quem compra cavalo no mercado de Évora não tem direito aos vícios redibitórios. Os *standards* variam. Se um sujeito vai negociar no mercado de objetos usados, em feira de troca, a boa-fé exigida do vendedor não pode ser igual à de uma loja muito fina, de muito nome, ou à de outro negócio, em que há um pressuposto de cuidado." (ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ob. cit., p. 4).

Assim, enquanto no exemplo da compra e venda de um automóvel exige-se que o vendedor forneça ao comprador toda informação relevante acerca do veículo e qualquer outro dado relacionado à função social e econômica do contrato, a aquisição de controle de uma determinada sociedade, por outro lado, envolve normalmente uma avaliação dos custos, riscos e passivos da sociedade (***due diligence***) pela própria empresa adquirente, o que, se não isenta o alienante do seu dever de informação, reduz evidentemente a sua intensidade.

7. Conclusão.

Como se viu, a boa-fé objetiva desenvolveu-se na prática jurisprudencial brasileira como um instituto vinculado aos fins protetivos que não são inerentes ao seu conceito dogmático, mas que antes lhe eram transmitidos pelo Código de Defesa do Consumidor, diploma responsável pelo seu ingresso em nosso ordenamento positivo. A boa-fé objetiva aparece assim em inúmeras decisões como uma referência genérica e abstrata a valores éticos, exercendo cumulativa ou substitutivamente funções de outros institutos já consagrados na legislação consumerista. O fenômeno era inofensivo, na medida em que se alcançava o fim desejado, que era a proteção ao consumidor.

O advento do novo Código Civil impõe, todavia, o fim da confusão conceitual. Ao consagrar o princípio da boa-fé objetiva e consolidar sua aplicabilidade a relações paritárias, o novo Código Civil exige que os tribunais brasileiros o utilizem na busca de soluções concretas, que não se justificam mais pela proteção final ao consumidor ou à parte mais vulnerável, simplesmente porque estas relações não são, a princípio, caracterizadas por qualquer vulnerabilidade. Faz-se necessário, portanto, trabalhar efetivamente sobre o conteúdo da cláusula geral de boa-fé objetiva, precisando suas funções e seus limites, e separando do núcleo do instituto o caráter protetivo que lhe foi emprestado pelo Código de Defesa do Consumidor. Entender o contrário é insistir em uma invocação abstrata e ineficaz da boa-fé objetiva, ou, pior, aplicar a relações paritárias, e até mesmo a relações mercantis e societárias que o novo Código Civil veio contemplar, um conceito de boa-fé objetiva transfigurado por uma proteção que não se justifica fora das relações de consumo e das demais relações marcadas pela vulnerabilidade.□

Extensão dos Direitos e Deveres Fundamentais às Relações Privadas

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO

Subprocurador-Geral da República, aposentado. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Curso de Pós-Graduação em Direito da PUC-RJ.

A questão da extensão das normas tutelares dos direitos e deveres fundamentais às partes privadas nas relações sociais é relativamente nova, tendo exigido uma reciclagem e ampliação em sentido *uti universi* do tradicional princípio da legalidade, a fim de que a observância das normas constitucionais pertinentes a tais direitos e deveres se aplicassem não apenas ao Estado e aos agentes do Poder Público, mas também se estendessem aos particulares. Primeiramente teorizada sob a concepção da eficácia direta ou imediata dos preceitos de direitos fundamentais, segundo a exposição doutrinária de NIPPERDEY e LEISNER, na Alemanha, é certo que a perspectiva de operância de efeitos *erga omnes* de tais normas constitucionais já fora discutida sob a Constituição de Weimar, embora enfrentado resistências da intelectualidade jurídica de então, debate que prosseguiu na égide da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, já agora, porém, contando com o entusiasmo da maior parte dos doutrinadores. De acordo com esses autores, os direitos que a Constituição reconhece às pessoas e à coletividade configuram princípios básicos e objetivos da comunidade nacional vista em seu conjunto, destarte vinculantes tanto para o Estado quanto para os particulares e, de conseqüente, válidos e exigíveis para todas as relações sociais estabelecidas no interior da ordem jurídica estadual, sejam elas públicas ou privadas.¹ A oposição doutrinária e pretoriana a essa nova expressão da eficácia jurídica da Constituição, apegada à dicotomia ultra liberal entre Estado-indivíduo e Estado-sociedade civil, foi de início bastante inflexível, até que, em meados do século passado começou a formar-se a convicção geral de que a grande maioria dos direitos e garantias individuais e coletivos têm pertinência com a generalidade das relações humanas no convívio social, político e econômico, de sorte a aplicarem-se tanto à esfera pública quanto à esfera privada. Mas, foi necessário uma longa caminhada

¹ ABRANTES, JOSÉ JOÃO NUNES, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Ed. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 33-35.

até que se chegasse a esse estágio teórico. Por estar a comunidade estatal informada pelo princípio da legalidade, restou desde logo assentido que, na ausência de restrições normativas à autonomia privada, remanesce, no plano individual, o terreno desobstruído das liberdades. De acordo com essa angulação liberal, se tal remanescente de livre conduta apresentar-se excessivo ou mesmo injusto, é porque assim deliberaram os porta-vozes da **volonté générale** com assento nas Assembléias de representação popular. Tomando-se de exemplo a questão da igualdade jurídica, ressalvadas as prescrições constitucionais específicas e compulsoriamente extensivas aos indivíduos nas relações privadas (como a prática de racismo, que a Constituição em boa hora, no art. 5º, XLII, considera crime inafiançável e imprescritível) pode-se até sustentar, em nível de pura abstração de efeito explicativo, que o silêncio do legislador torna lícito aos entes privados tratar desigualmente os seus semelhantes, discriminando-os segundo toda sorte de critérios e preferências pessoais, até mesmo segundo censuráveis preconceitos enrustidos no psiquismo individual, os quais, na insondável escala dos sentimentos humanos, podem resultar dos extremos da paixão e do ódio, por mais torpe que possa ser o requinte de intolerância à luz da moral humanística e dos costumes de civilidade. Assim é porquanto, sob a ótica liberal, no terreno das relações privadas a tônica consiste na diversidade de tratamento, consoante, aliás, próprio do gênero humano, que traduz, quando legítima, o exercício, por cada um, da área de liberdade a que a ordem jurídica confere o galhardão da licitude. Aí, à falta de restrição constitucional, ou de restrição legal constitucionalmente válida, permite-se discriminar livremente a pretexto das reservas de privacidade individual assegurada na Constituição. De modo contrário, no que concerne ao Poder Público, a só previsão constitucional do postulado da isonomia endereçado ao legislador ordinário, qualquer que seja o teor com que o possa moldar o legislador constituinte, erige-se em condição de legislar.² Nesse caso, toda regra de conduta dotada de estatalidade, não importando a posição hierárquica que ocupe no sistema normativo capitaneado pela

² A rigor, considerando que, sob o manto protetor da legalidade, o poder político de limitar a liberdade individual somente pode ser exercido por lei (seja *stricto* ou *lato sensu*, conforme as variantes do legalismo em cada sistema constitucional), o princípio da igualdade opera como uma limitação a esse poder de limitação, porquanto não é toda lei que possui aptidão para restringir a liberdade, mas tão só a lei igual, isto é, consentânea com o regime de igualdade perfilhado pela Constituição. A norma isonômica opera em tal situação, de acordo com a bem inspirada expressão de PONTES DE MIRANDA, como regra que limita o poder de limitação legal, que é assim explicado pelo notável jurisconsulto: As regras que limitam o poder do legislador quanto às restrições à liberdade foram chamadas regras de limitação às limitações; entre o campo dedicado à liberdade e o campo deixado à legislação limitativa há linha que determina até onde pode ir o legislador. Melhor diríamos, pondo-nos do lado dos indivíduos (e não do foco legislativo): até onde pode vir o legislador (PONTES DE MIRANDA, **Democracia, Liberdade, Igualdade - os três caminhos**, Ed. Saraiva, 2a. edição, 1979, p. 303-305).

Constituição rígida, há de observar o igualitarismo que serve de premissa de validade ao poder de legislar do Estado, de maneira que aos súditos da soberania estatal fica assegurado não apenas o direito subjetivo à lei, como única fonte possível de constrição da liberdade individual, mas, além disso, o direito subjetivo à lei igual, ou igualitária, nos termos do regime de igualdades fundamentais sistematizado pela Constituição.

Destarte, o problema que aqui se põe toca fundo, primeiramente, na questão das normas constitucionais que vedam ou impõem determinadas condutas (normas proibitivas e impositivas) ao Estado e seus agentes, sem contudo fazê-lo com relação aos indivíduos e à sociedade em geral. Assim, a título de exemplo, o postulado da igualdade jurídica entre os sexos que se contém no artigo 5, I, da Constituição Federal, estatuindo que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, que se conjuga com o preceito da legalidade inscrito no inciso II da mesma disposição, ajuntando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Considerando, pois, que dito comando igualitarista é dirigido precipuamente aos editores normativos infraconstituintes, a fim de que estes, em cada situação que houverem por bem definir, estabeleçam vedação quanto o **discrimen** com base em gênero, conclui-se, por essa visão liberalizante, que as pessoas físicas e jurídicas privadas quedam livres para discriminar levando em conta suas preferências e intolerâncias íntimas no que concerne ao sexo dos indivíduos, a menos que o legislador ordinário decrete interdições de condutas em determinados contextos das relações privadas atinentes ao preconceito sexista. Tem-se aí o fenômeno que a doutrina norte-americana designa de **state action**, consistente no endereçamento de certas normas constitucionais apenas ao Estado e seus agentes, com liberação para as pessoas privadas dos efeitos da prescrição normativa, consoante a explicação de BERNARD SCHWARTZ: “*The prohibition against denial of equal protection refers exclusively to state action. The state, not the private individual, is the addressee of the equal protection clause. It erects no shield against merely private conduct, however discriminatory; it does not forbid a private party to discriminate on the basis of race (or sex) in the conduct of his personal affairs as an expression of his own personal predilections*”.³ Por essa razão, para que o impedimento a esse tipo de discriminação alcance as relações interindividuais, e não apenas os órgãos e agentes do Poder Público, a ordem liberal entende necessário, como primeira alternativa, que

³ SCHWARTZ, BERNARD, **Constitutional Law - a textbook**, Ed. Macmillan Publishing Co., New York, 1972, p. 317).

o legislador constituinte, ele próprio, proíba o *discrimen* (a semelhança do que estatui a norma do art. 7, inciso XXX, da Carta Política de 1988, proibindo peremptoriamente quaisquer diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), ou, então, que a Constituição exija do legislador ordinário a edição de regra proibitiva do comportamento discriminante, com o que fica desde logo injetada na legislação menor a proibição da conduta discriminatória, considerando-se, para tanto, a indispensável auto-aplicabilidade das normas constitucionais de caráter proibitório.⁴ É o que se dá rigorosamente, entre nós, com relação ao preconceito de raça, em face do disposto no art. 4º, VIII, que impõe o repúdio ao racismo dentre os princípios regentes das relações internacionais travadas pelo Brasil, e especialmente por força do art. 5º, XLII, ao proclamar que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, o que configura exigência supralegal de caráter incriminatório, cujo implemento tipificador

⁴ A noção de auto-aplicabilidade de normas constitucionais pode ser resumida no incomparável magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA: "Uma norma constitucional é auto-aplicável (correspondente, *mutatis mutandis*, às de eficácia plena), quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime... Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, pois a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados" (SILVA, JOSÉ AFONSO DA, **Aplicabilidade das normas constitucionais**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 92). Releva assinalar, nada obstante, que o legislador constituinte brasileiro de 1988, atento ao mal hábito de se procrastinar a efetividade das normas garantidoras dos direitos fundamentais, em boa hora insculpiu no parágrafo 1º do artigo 5º o preceito mandatório de que - as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. No que respeita à questão da auto-aplicabilidade das normas constitucionais de conteúdo proibitório, não se pode deixar de enaltecer, ainda, a memorável lição de RUY BARBOSA, floreada com citações da melhor doutrina norte-americana de seu tempo: "Entre os textos constitucionais executáveis sem o concurso de legislação aplicativa sobressaem os de caráter proibitório...No proibir que se faça alguma coisa não há nada que exija ulterior ação da lei. A ação ulterior da lei poderá vir a ser necessária, a fim de castigar as infrações da regra proibitiva. Isto, porém, é coisa totalmente diversa da proibição em si mesma... É que a norma proibitiva encerra em si mesma tudo quanto se há mister, para que desde logo se torne obrigatória a proibição, embora a sanção contra o ato, que a violar, ainda não esteja definida" (BARBOSA, RUY, **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, Ed. Saraiva, ano 1933, II volume, p. 480-481).

há de ser satisfeito pela legislação penal.⁵ O mesmo se pode afirmar com relação à tortura, cuja prática o legislador constituinte revestiu de caráter delituoso, a ser tipificado e devidamente sancionado pela lei penal, nos moldes do art. 5º, III, asseverando que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, em conjugação com o inciso XLIII da mesma disposição constitucional, que prescreve: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.⁶ A outra alternativa se apresentaria, no caso de omissão constitucional em estender às relações privadas o mútuo respeito de determinados direitos fundamentais, na adoção, em nível da legislação ordinária, de vedação expressa à conduta discriminante, endereçando-a indistintamente aos órgãos e agentes do Poder Público e bem assim às pessoas privadas. É o que faz, por exemplo, no campo do Direito Trabalhista, a Lei nº 5.473, de 10 de julho de 1968, nulificando as discriminações por motivo de sexo no preenchimento de cargos sujeitos a

⁵ Sob a égide da Constituição Federal de 1946, adotávamos a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, alcunhada como o nome de seu ilustre autor, o saudoso Professor AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, que incluía dentre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Presentemente vige a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, conhecida como Lei Caó, associada ao autor do projeto original, Deputado CARLOS ALBERTO OLIVEIRA, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, que vem de ser parcialmente alterada pela Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, ao definir os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Ainda recentemente, foi editada a Lei nº 8.882, de 3 de junho de 1994, que acrescentou parágrafo ao artigo 29 da referida Lei 7.716/89.

⁶ Ainda não sobreveio legislação específica criminalizando a tortura, que continua a ser apenada difusamente na legislação penal, não sem acirradas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, como sevê das normas constantes do artigo 29 do Código Penal, referente ao crime de lesão corporal, do artigo 322 do mesmo estatuto delitivo, respeitante ao crime de violência arbitrária, e especialmente dos preceitos da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regula o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. O sistema penal pâtrio relativo à tortura compreende, também, a Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos para os fins do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Nada obstante a lacuna legislativa respeitante à especificidade do crime de tortura, em obséquio à exigência constitucional tramitam presentemente no Congresso Nacional várias propostas a respeito da disciplina da matéria, dentre as quais se pode destacar os projetos de lei de nº. 01035/91, de autoria do Deputado VIVALDO BARBOSA, e 00837/91, do Deputado SIGMARINGA SEIXAS, além da proposição do Poder Executivo Federal objeto da mensagem de referência 00664, do ano de 1994, todos disposto sobre a criminalização, punição e prevenção da prática da tortura, segundo informações obtidas junto ao Serviço de Processamento de Dados do Senado Federal (PRODASEN).

seleção, isto tanto na empresa privada quanto no serviço público. Esse tipo de legislação, que vem preencher a lacuna deixada pela regra constitucional isonômica, voltada precipuamente, segundo a reportada visão liberal, à atividade estatal (**state action**), é de superlativa importância nos sistemas jurídicos comprometidos com a limitação das intolerâncias anti-sociais e com a erradicação das agudas desigualdades de caráter sócio-econômico. Nesse sentido, é conhecido o papel decisivo desempenhado nos Estados Unidos da América pelo legislação dos direitos civis, notadamente a partir do festejado **Civil Rights Act** do ano de 1964, que assegurou à sociedade norte-americana, em complemento ao princípio da isonomia previsto nas Emendas nº. 5 e 14 da Constituição estadunidense, um regime de igualdade fundamental em inúmeros aspectos do convívio social.

De toda essa exposição propedêutica deve resultar a nosso ver o reconhecimento de que, a despeito das falácia históricas do humanismo liberal, o iluminismo oitocentista legou ao ocidente uma premissa universal que, se bem perquerida e desenvolvida, muitíssimo poderá servir à concepção de solidariedade social que subjaz ao constitucionalismo deste fim de século, como seja a visão de que o homem, pelo mero fato de o ser, possui uma nomenclatura de direitos que tanto o Estado quanto a sociedade devem respeitar, como condição do progresso individual e coletivo, inclusive e especialmente para a permanência dos esquemas institucionais de convívio social traçados dois séculos atrás. Enfim, a sobrevida da democracia liberal repousa no postulado, cuja autoria não lhe pode sinceramente ser negada, de que o ser humano continua a ser visto como princípio e fim da sociedade e do Estado, ou seja, como primeiro valor social e político na escala dos bens da existência merecedores da tutela pública e privada. Considerando, pois, que a sociedade e o Estado existem e se justificam em prol do homem, não ao contrário, consoante proclamado pela generalidade das Declarações humanitárias e universalistas que até os nossos dias propagam a mensagem jusnaturalista de que assegurar o respeito da dignidade humana continua a ser o fim da sociedade política, preserva-se e atualiza-se o cânones liberal na medida em que centra no ser individual os esforços pela emancipação coletiva e pela democratização geral do usufruto dos bens da vida. Só que o homem cuja dignidade impede garantir não é um ser isolado, muito menos um ser que ostenta condições socioeconômicas em regime de igualdade frente aos conterrâneos de melhor sorte e fortuna, mas que vive e padece as aflições da necessidade, da orfandade social e da contextualização geo-política desfavorável. É pois, com relação ao grupo social como um todo, abrangendo a sociedade, o Estado e as comunidades de Estados, que o indivíduo e as multidões de indivíduos rein-

vindicam ascenção aos patamares da dignidade humana, na convicção de que a consagração secular dos direitos fundamentais não busca somente a salvaguarda atomizada da individualidade de um ser determinado, mas por certo da individualidade de todos os seres coletivamente inseridos na sociedade, responsáveis que são, de per si e em conjunto, pelo destino comunitário. Nessa visão revisitada do liberalismo, que não deixa de ser a porta de entrada da social democracia, os preceitos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais protegem determinados bens e valores e obrigam de modo indistinto tanto os Poderes Públicos quanto a sociedade civil, conformando axiologicamente o sentido da ordenação (jurídica) das relações sociais. Além do mais, isto implica o forçoso reconhecimento de uma função social (meta individual) dos direitos revestidos de fundamentalidade para o gênero humano, o que exige, pelo menos em alguma medida, a extensão da eficácia das normas constitucionais tutelares de tais direitos ao domínio das relações privadas.⁷ Tal conclusão, que reputamos inafastável,

⁷ É digno de nota que a distinção entre direitos exercíveis em face do Estado e direitos exercíveis em face da sociedade civil guarda um elo histórico-teórico com a separação conceitual que vigorou na antiguidade helênica entre a *liberdade política* e a *liberdade civil*, na forma retratada por BENJAMIN CONSTANT, na conferência de prestígio clássico intitulada "De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes", Paris, 1872 (com tradução e publicação na **Revista Filosofia Política**, Ed. L&PM, UNICAMP-UFRGS, v. 2), que inclusive se espelha na ementa da célebre Declaração francesa de 1789, distinguindo entre os *Direitos do Homem* e *Direitos do Cidadão*. Nesse quadro, os direitos peculiares à cidadania consistiriam nas prerrogativas individuais de participação na condução do poder político, a exemplo do direito de *concorrer para a formação da vontade geral*, previsto no art. 6 desse monumental documento libertário ("La Loi est l'expression de la volonté générale. Tout les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation"), e do direito de consentir na instituição de impostos, inscrito no art. 14 da mesma Declaração revolucionária ("Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la duréee"). Já as liberdades civis referem-se à generalidade das autonomias privadas, todas elas ressalvadas pela sociedade civil ao ensejo de sua adesão para a formação da comunidade política. Assim, segundo a exposição de BENJAMIN CONSTANT, opunham-se a *liberdade dos antigos* (ou liberdade política) e a *liberdade dos modernos* (liberdade civil). A primeira trataria, com arrimo em ARISTÓTELES, na participação dos cidadãos nos negócios públicos, a ponto de a lei, democraticamente elaborada pela Assembléia do Povo, poder, como acontecia em Esparta, regular os vários detalhes da vida quotidiana, até mesmo privando o cidadão da autonomia em muitos aspectos das relações privadas, nem por isso deixando este de ser considerado um homem livre, mercê do consentimento popular original e da participação na vida comunitária. A outra liberdade, de modo diverso, aglutina *la sécurité des jouissances privées*. Semelhante distinção, guardadas as diferenças históricas e de essência, de certo modo sobrevive até nossos dias, tendo desencadeado a distinção entre liberdades-autonomia ou direitos civis e liberdades-participação ou direitos políticos, que mereceu o entusiasmo doutrinário de GEORGES BURDEAU, conforme estudado em tópico específico neste livro.

distensiona o conflito histórico-ideológico entre as conquistas das legiões da liberdade e as virtudes incontraditáveis do socialismo igualitarista, com a vantagem de exorcizar, no campo da hermenêutica constitucional, os preconceitos maniqueistas que desservem ao humanismo planetário do apagar das luzes do século findante. Por esse viés de pacificação teórica, pode-se bem compreender que valores como a intimidade, a imagem das pessoas, a saúde, a segurança, o conhecimento e a cultura, a moradia, o emprego e o salário digno, a qualidade da vida e do meio ambiente, e de tantos outros bens e serviços essenciais ao pleno floreamento da personalidade humana, tornaram-se a um só tempo desafios imperativos para o Estado e para o conjunto da sociedade, de cuja satisfação hoje dependem o ideário tanto liberal, quanto social-democrático ou socialista. Não é por outra razão, aliás, que nas nações de democracia desenvolvida, onde a paisagem social apresenta-se mais homogênea e onde, por essa razão, arrefece a ideologização do inconformismo social, os programas e atuação dos partidos políticos que disputam o poder, quase sempre contrapondo (com as naturais variantes históricas e político-culturais) liberais (neo-liberais e neo-conservadores), de um lado, e social democratas (trabalhistas e socialistas), de outro lado, não se distanciam de forma aguda, caracterizando-se muito mais pelas diferenças gradualistas do discurso eleitoral do que propriamente pelo confronto ideológico.

Eis aí o ponto da exposição a que pretendíamos chegar neste tópico, antecedido por essas amplas e necessárias digressões introdutórias, que pavimentam a travessia por esse terreno minado de contradições históricas e filosóficas e que não raro faz sucumbir expoentes de talento e nomeada. De fato, como visto, para a concepção liberal os direitos fundamentais teriam a sua razão de ser no antagonismo histórico indivíduo-Estado e não incluiriam, máxime em nível da supralegalidade constitucional, regras de comportamento para os particulares. Estas adviriam do direito privado, sedimentado na autonomia privada, e principalmente da autoregulação espontânea dos comportamentos das pessoas, consideradas iguais perante a lei para a assunção de direitos e obrigações na órbita civil. Em tal sistema de igualdade idealizado pelo liberalismo vige a supremacia do contrato privado (*pacta sunt servanda*), que expressa a liberdade de estipulação obrigacional, que não deve sofrer cerceamento no pressuposto de que é justo o que é desejado pelas partes contratantes. Essa igualização abstrata da capacidade civil engenhou um tipo de sociedade de homens supostamente livres e iguais, na qual só o aparelho de Estado, figurado como o monstruoso Leviatã Hobbesiano, poderia exorbitar e comprometer

o exercício da liberdade.

Todavia, o agravamento dos antagonismos sociais que estremeceu definitivamente as premissas do liberalismo econômico no limiar do presente século, impôs, no plano do pensamento constitucional, a convicção de que os direitos fundamentais sediados na Constituição devem ser protegidos não apenas em face do Estado, mas especial e crescentemente em face da própria sociedade, nas multifôrmas relações entre os particulares. Tendo a desigualdade em todas as escalas se tornado a argamassa de sustentação das sociedades na era pós-industrial, a implantação da segregação entre indivíduos e grupos que detêm o poder e indivíduos e grupos que constituem a clientela do poder gerou o surgimento de um nova fonte de ameaça social: a ameaça dos poderosos, que controlam os mercados de produção e consumo de que depende a vida humana, contra a multidão de debilitados social e economicamente que se esfola nas engrenagens da sobrevivência na sociedade de massas. Na verdade, as ameaças que hoje o Estado faz pesar sobre o exercício dos direitos humanos tornam-se a cada dia mais secundárias nas nações de desenvolvimento cultural e político, comparadas às agressões que os indivíduos e grupos detentores de poder social fazem pesar sobre as liberdades daqueles destituidos de influência ou sem condições materiais de participar minimamente da concorrência pela vida em padrões aceitáveis de dignidade. Em suma, tirante os resquícios ainda existentes de deformação da autoridade que caracteriza o autoritarismo oficial e as ditaduras de base militar que atormentaram o terceiro mundo, o Estado deixa gradativamente de ser o grande e único inimigo das liberdades públicas, haja visto que proliferam na sociedade outros focos de poder - poderes inorgânicos e não departamentais da soberania do Estado - a exemplo do poder da mídia e das comunicações, do poder dos bancos no sistema financeiro, do poder tecnológico, do poder patronal-empresarial dos oligopólios e do poder do banditismo paramilitar, dentre outros, todos eles potencialmente em condições de periclitir a todo instante o exercício dos direitos fundamentais do homem. Tal fenômeno da sociedade contemporânea, sobre demonstrar que a opressão pode ser tanto pública quanto privada, enseja uma transmutação do conceito clássico de mando político, o que não deixa de ser paradoxal. A despeito de o Estado intervir crescentemente no domínio de atividades antes relegadas à livre disposição da vontade privada, sob o influxo do constitucionalismo social e econômico, o poder da fonte pública de influência no espaço social cede terreno cada vez mais para o poder de influência social de certos grupos e conglomerados empresariais, a ponto de deixar defasada a antinomia indivíduo-poder político ou Estado-sociedade civil que ainda há pouco

fazia as honras do modelo liberal. De fato, o potencial de influência e de direção da sociedade já não é mais monopólio do Estado, antes começa a se concentrar em outros focos de comando social, cujas decisões interfe-rem decisivamente no mercado dos bens e serviços indispensáveis à vida humana e, assim, na própria existência individual e coletiva.

Essa constatação impôs uma revisão completa no sentido da interpretação e aplicação das normas protetoras dos direitos humanos, que ampliaram de muito o polo de infratores potenciais, de maneira a alcançar, não mais apenas o Poder Público e seus variados agentes, mas também e sobretudo os detentores do poder privado capazes de infligir, nos mais inumeráveis contextos das relações humanas, violações aos direitos fundamentais dos indivíduos e do conjunto da sociedade. Com isso, abriu-se um novo tempo para a efetivação das normas e princípios constitucionais: o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extenção da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias que através dos tempos grangearam assento nos estatutos supremos das nações.⁸ O postulado da dignidade humana passou, assim, a embasar a reivindicação, que já hoje assume foros de universalidade na teoria constitucional, de que

⁸ A doutrina alemã, responsável por essa importante teorização no campo da hermenêutica constitucional, designa tal fenômeno pela locução eficácia *direta* ou *imediata* (*unmittelbare, direkte Drittewirkung*) das normas supralegais, aludindo, também, simplesmente, à eficácia horizontal (*Drittewirkung*) das regras contempladoras dos direitos fundamentais. A literatura sobre o tema já se apresenta assaz volumosa, sendo de destacar-se, não apenas em razão da familiaridade linguística, mas pela excelência doutrinária, alguns autores portugueses que versaram a matéria em comentários ao artigo 18 da Constituição de Portugal de 1976, a ser em seguida analisado, a exemplo de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 2a. edição, 1993, tomo IV, p. 284 e segs.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1992, p. 604 e segs.; JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Ed. Associação Académica de Lisboa, 1990; VASCO PEREIRA DA SILVA, "A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias", na *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa, 1987, ps. 259 e segs.; e VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Lisboa, 1981. Quanto aos demais, ocorre-nos lembrar, também com adequada visão do problema, os estudos de GIORGIO LOMBARDI, *Poteres privato e diritti fondamentali*, Turim, 1971; de ANTONIO LISERRE, *Tutele constituzionali della autonomia contrattuale*, Milão, 1971; de TOMÁS QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981; e de JAVIER BALLARIN IRIBARREN, "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares", publicado na *Revista Española de Derecho Constitucional*, setembro-outubro de 1988, p. 283 e segs.

os preceitos relativos aos direitos e deveres individuais e coletivos, segundo a ementa adotada pelo constituinte brasileiro no Capítulo I do Título II de nossa Carta Política, vinculem também a esfera privada. A rigor, como advierte o jurista português JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, em monografia dedicada à matéria - seria absurdo admitir que a mesma pessoa, apesar de constituir uma unidade autônoma, de ser simultaneamente indivíduo e cidadão, pudesse ser livre perante o Estado, não o sendo em sociedade, isto é, nas relações com os seus semelhantes.⁹ Tal significaria legitimar a contraposição de duas éticas fincadas no mesmo e único fundamento da dignidade humana: a ética pública, sujeita ao dever de respeito aos direitos fundamentais, ao lado da ética privada, liberada de semelhante dever. Por isso, outro autor de superior qualificação - JEAN RIVERO - arremata sustentando que "numa sociedade não há lugar para duas concepções opostas do homem, uma delas válida nas relações de direito público, a outra nas relações de direito privado".¹⁰ É que as normas da Constituição entrelaçam-se sob o princípio da unidade moral, que as associa num feixe único de valores e preceitos qualificados pela nota da essencialidade social. Compreenda-se, pois, que os direitos supralegais, por conterem normas de valor aplicáveis a toda a sociedade, ostentam uma eficácia irradiante¹¹ que extrapola as fronteiras orgânicas do Estado, alcançando as entidades privadas, muito embora invista no Poder Público os encargos e responsabilidade de garantir, com os predicamentos da autoridade e da coerção que lhe são próprios, a reciprocidade do exercício das liberdades por parte de todos os membros da vida civil.¹² Por sinal, a visão liberal não é de todo refratária a essa incursão intervencionista, eis que considera aceitável a regulação de relações privadas pelo Estado enquanto necessário para o

⁹ ARANTES, JOSÉ JOÃO NUNES, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 27.

¹⁰ RIVERO, JEAN, "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées", constante da coleção *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, Ed. A. Pardone, Paris, 1971, v. 3, p. 27.

¹¹ A expressão é utilizada por J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 603.

¹² É interessante notar, que a doutrina liberal legou ao fenômeno da extensividade aos entes privados das normas constitucionais alusivas aos direitos fundamentais o mesmo instrumental coercitivo (a máquina estatal) que utilizara para garantir as liberdades individuais, o que, contudo, não deixava de constituir uma contradição (ao menos aparente) no preconceito do liberalismo contra o Estado. Aponta-se, ai, duas virtualidades antagônicas: de um lado, a desconfiança da ótica liberal face ao Estado, a ponto de impor-lhe um regime de abstenção perante a economia de mercado e as relações privadas; de outro lado, atribui ao próprio Estado, objeto de seu preconceito, a missão de ser o garante dessas mesmas liberdades.

exercício efetivo das liberdades por parte de todos, ou seja, para assegurar a coexistência pacífica das liberdades nas relações entre seres iguais, de acordo com a inferência que se extrai do art. 4 da Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dispondo: “*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi*”. É natural, contudo, que alguns direitos e garantias fundamentais, em razão de sua própria natureza, somente são exercitáveis em face do Estado e de seus agentes, como é o caso, por exemplo, do direito de asilo político, de não sofrer extradição, de representação e de petição aos poderes públicos ou de impetração de mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, na forma do disposto no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988. São modalidades em que a sujeição passiva forçosamente recai nos contornos da autoridade pública. Outros direitos e garantias constitucionais, porém, que representam a grande maioria, aplicam-se e são exigíveis indistintamente em face do Poder Público e das pessoas físicas ou jurídicas privadas, inclusive, por exemplo, a própria garantia secular do *habeas corpus*, que sabidamente se presta para assegurar a liberdade de locomoção em face de coator particular, como ocorre em inúmeras situações de cárcere privado. Há aqueles, ainda, que só são exercitáveis pelos particulares no convívio privado, a exemplo dos direitos peculiares ao âmbito do casamento e da família, o direito de reunião e a generalidade dos direitos inerentes à personalidade humana de assumir obrigações na vida civil.

A jurisprudência das Cortes Constitucionais européias tem dado incontáveis exemplos dessa nova perspectiva de operância das regras protetoras dos direitos fundamentais do homem. Assim, por exemplo, o Tribunal Federal do Trabalho, na República Federal da Alemanha, forte no princípio do livre desenvolvimento da personalidade humana e da liberdade de escolha de profissão, como previstos nos artigos 2º e 12 da Constituição alemã de 1949,¹³ firmou entendimento de que viola aquela Lei Fundamental as cláusula inseridas em contratos privados de trabalho que criam para o trabalhador a obrigação de não prestar serviços, durante um certo prazo após a cessação do contrato empregatício, no mesmo ramo de negócio do

¹³ Eis, na íntegra, os apontados dispositivos da Constituição alemã: "Art. 2º - Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. Art. 12 - Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício de profissão pode ser regulamentado por lei com base numa lei."

antigo empregador. Para tanto, considerou aquele órgão especializado do Judiciário alemão que tais postulados de valor constitucional extendem-se ao empregador privado, uma vez ser este detentor de um poder social e econômico capaz de ameaçar liberdades fundamentais do empregado. Outro importante julgado proferido pela Justiça tedesca, já agora pelo Tribunal Constitucional Federal, refere-se à extensão da liberdade de opinião ou de expressão às revistas e publicações privadas. O litígio, conhecido como o caso Springer, envolvia essa famosa editora, que publica jornais e revistas de grande circulação e controla grande parte da distribuição das publicações em todo o país. Valendo-se de seu poder de influência no mercado, esse grupo empresarial anunciou que encerraria os contratos de distribuição com relação às empresas distribuidoras que continuassem a vender a revista *Blinkfuer*, uma pequena publicação que, ainda depois da construção do Muro de Berlim, continuava a publicar em suas páginas os programas da rádio e da televisão da Alemanha dita oriental, ao contrário da quase totalidade da imprensa do lado ocidental que, nos tempos da guerra fria, deixaram de fazer publicações do gênero, em sinal de protesto contra a divisão da antiga capital germânica. Em ação judicial promovida pela revista *Blinkfuer*, aquele Tribunal Federal Constitucional, em grau de recurso, prolatou acórdão em 26 de fevereiro de 1969, considerando inconstitucional a tentativa de boicote da editora. Para tanto, placitou o entendimento de que a liberdade de expressão e de imprensa, que constitui direito fundamental garantido pelo artigo 5º (1) da Constituição alemã, aplica-se, por igual, às relações sociais e econômicas públicas e privadas em que esteja periclitada tal princípio sublimado pela Constituição.¹⁴ Na França, onde há tempos autores de prestígio propugnam pela extensão às relações privadas dos efeitos das normas constitucionais tutelares dos direitos humanos,¹⁵ pode-se citar a importante decisão do Tribunal do Senado, de 22 de janeiro de 1947, já sob a égide da Constituição de 1946, considerando-se que a esse tempo inexistia o *Conseil Constitutionnel*, que só viria a ser criado com a Constituição da V República, em 1958 (arts. 56 a 63).¹⁶ Nesse julgado a Justiça francesa

¹⁴ O art. 5º (1) da Constituição da Alemanha de 1949 assim se expressa: "Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por meio da palavra, por escrito e pela imagem, bem como de se informar, sem impedimentos, em fontes de acesso geral".

¹⁵ Pode-se mencionar, dentre várias outras, a relevante contribuição de JEAN RIVERO no ensaio intitulado "La protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées", in "**René Cassin amicorum discipulorumque liber**", v. 3, Paris, Éditions A. Pedone, 1971, Paris, p. 311 a 322; bem como no livro **Libertés Publiques**, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1973, v. I, p. 164 ss segs.

¹⁶ Para um estudo do Conselho Constitucional da França, permite-se sugerir a obra coletiva reunindo ensaios de alguns dos melhores especialistas na matéria, intitulada "Le Conseil Constitutionnel", integrante da coletânea *Pouvoirs*, v. 13, **Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques**, Ed. Presses Universitaires de France, 1980.

proclamou incomprazível com a Constituição a disposição testamentária que impunha a revogação do legado caso o respectivo beneficiário viesse a desposar mulher judia. Nesse sentido, considerou-se que o princípio da não-discriminação racial proclamado no preâmbulo da Carta Política da IV República, de 27 de outubro de 1946, constitui princípio de ordem pública e de natureza cogente, como tal extensivo às relações privadas, **y compris** as manifestações de vontade acerca da disponibilidade sucesória.¹⁷ Também na Itália tem sido agitada a questão da extensibilidade dos direitos fundamentais contemplados na Constituição promulgada em 27 de dezembro de 1947 às relações da órbita privada, isto tanto em nível jurisprudencial quanto doutrinário. Monstra-nos GIORGIO LOMBARDI¹⁸ que o fundamento comumente invocado para a ampliação uti universi dos efeitos das normas constitucionais protetoras dos direitos humanos é o desdobramento do princípio da igualdade remodelado pelo artigo 3º da Carta Política italiana, ao dispor: "*Incumbe à República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país*" (com a seguinte versão original: "*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno*

¹⁷ O texto original da abertura do preâmbulo da Constituição francesa de 1946, estabelece: "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" (extraído do volume **Libertés Fondamentales et Droits de l'Homme - textes français et internationaux**, organizado por JACQUES ROBERT e HENRI OBERDORFF, Ed. Montchrestien, 1989, p. 17. Vale registrar que as disposições preambulares da Carta Política de 1946, como de resto a generalidade dos enunciados constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foram expressamente incorporados ao vigente ordenamento constitucional francês, por força do preâmbulo da Constituição de 1958, que reza: "Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946" (idem, p. 18).

¹⁸ LOMBARDI, GIORGIO, **Potere privato i diritti fondamentali**, G. Giappichelli Editore, Torino, 1970, p. 90 e segs.

*sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese").*¹⁹ Assim é que, com base nessas premissas teóricas, a Justiça italiana tem reiteradamente declarado inconstitucionais as cláusulas de contrato de trabalho que consideram justa causa para a dispensa da mulher trabalhadora o compromisso de casamento, sustentando que tal limitação contratual viola o direito de se casar e de constituir família consagrados nos artigos 29 e 31 da Lei Maior da Itália e, ainda, no artigo 12 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que integra a ordem jurídica daquele país.²⁰ Na Espanha, o tema tem merecido apreciável vitalização por parte da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Constitucional criado pela Constituição de 1978 (arts. 159 e segs.), através da aplicação do princípio da **vis expansiva o atrayente**, conforme exposto por ENRIQUE ALONSO GARCÍA: “*Uno de los fenómenos más extendidos en la interpretación de los derechos fundamentales es su ‘vis expansiva’ que tiene innumerables manifestaciones. Otra de las manifestaciones obvias del orden público constitucional es la de la extensión de las normas constitucionales a conductas ‘inter privatos’. No vamos nosotros tampoco a extendermos más, sino simplemente a resumir las conclusiones cuyo fundamento hemos tenido ocasión de exponer en otra parte: 1º) la mera actividad de un juez prestando su fuerza ejecutiva (mediante un proceso) a un derecho privado no basta para entender que hay suficiente ‘acción pública’; 2º) através del artículo 1255 Cc (Código Civil) u otras normas reguladoras del derecho privado puede perfectamente el legislador establecer la vinculación del tráfico jurídico-privado a preceptos constitucionales (‘mittelbare Drittirkung’); 3º) esta acción del legislador puede tener límites en el contenido esencial de otros derechos: 4º) aun sin actividad legislativa, puede el juez constitucional imponerlo especialmente cuando las conductas privadas son susceptible de afectar*

¹⁹ Cf. o volume sob o título **Codice Costituzionale e Amministrativo - Leggi Fondamentali dello Stato Italiano**, organizado por GIUSEPPE VERGOTTINI e FABIO A. ROVERSI-MONACO, integrante da coletânea I Codici Maggioli, Ed. Maggioli Editore, 5a. edição, 1994.

²⁰ Nesse sentido, estabelecem os citados dispositivos da Carta Política italiana de 1947: "Art. 29 - A República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no matrimônio. Art. 31 - A República favorece, com medidas econômicas e outras providências, a formação da família e o cumprimento das obrigações relativas, com especial consideração pelas famílias numerosas." Por seu turno, proclama o art. 12 da Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais aprovada pelos países membros do Conselho da Europa em 1950: "A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm direito a se casar e a fundar uma família segundo as leis nacionais que regerem o exercício deste direito."

en masa a ciudadanos (de ahí la especial ‘Ummittelbare Drittirkung’ de los derechos laborales y de la actuación administrativa, aunque ésta se sujete al derecho privado); 5º) existen derechos fundamentales puntuales en que su ejercicio sólo se concibe frente a entes privados (libertad de cátedra, libertad de informar o comunicar información; aparte, por supuesto, de los laborales)”.²¹ Na égide pretoriana pode-se mencionar, dentre inúmeros outros colacionáveis, o acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha ao proclamar o princípio da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais do homem e, com base no mesmo, declarar inconstitucional as cláusulas de contratos coletivos de trabalho que implicavam em renúncia ao direito de greve (**derecho de huelga**).²²

Cremos que, infelizmente, devido às precariedades do debate constitucional no Brasil e às intermitentes crises político-institucionais que por certo prejudicaram a formação de um robusto sentimento constitucional no seio de nosso povo, a questão da extensão das normas protetoras dos direitos fundamentais às relações privadas tem sido muito pouco estudada entre nós. Urge, porém, uma mudança de postura nesse campo de transcendente importância para a efetividade das normas constitucionais. Para tanto, apresenta-se decisivo o impulso da militância jurídica (juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados, professores de direito etc.) e da indispensável cidadania ativa, na certeza de que a unidade orgânico-social da Constituição, ou seja, o entrelaçamento de suas normas e princípios com o espaço público e privado da nacionalidade é essencial para a elevação qualitativa do sentimento da nação frente aos valores sublimados pela Constituição. □

²¹ GARCÍA, ENRIQUE ALONSO, *La Interpretacion de la Constitucion*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1984, p. 376.

²² Trata-se da decisão do Tribunal Constitucional da Espanha de 8 de abril de 1981, ao examinar a constitucionalidade do artigo 8.1. do *Real Decreto-Ley* nº 17/1977, que permitia fosse pactuado em convenção coletiva de trabalho a renúncia ao direito de greve durante a vigência do mesmo (GARCÍA, ENRIQUE ALONSO, ob. cit., p. 372).

PROPRIEDADE, POLÍTICA URBANA E CONSTITUIÇÃO

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Prof. da UFF, da EMERJ e da EMATRA

1. INTRODUÇÃO

Crítica generalizada entre os estudiosos indica que nem todo assunto disciplinado na Constituição se revela adequado para estar inserido na lei maior do país. A rigor, a Constituição seria o documento fundamental do Estado no qual estivessem reguladas as linhas básicas relativas ao poder. Essas linhas haveriam de alcançar os núcleos centrais do sistema juspolítico do Estado, como as normas relativas à forma de Estado, regime e sistema de governo, Poderes dirigentes, partilha de competências e direitos e garantias fundamentais.

O Poder Constituinte, porém, nem sempre (ou quase nunca) segue tal postulado. Resultado que é de infinitas forças políticas, econômicas e sociais, o Poder Constituinte acaba por adotar, na disciplina constitucional, uma série de comandos que, em circunstâncias diversas e atendendo a resoluções lógicas, melhor se situariam na legislação infraconstitucional.

A despeito dessas idéias tão divulgadas e sedimentadas entre os juristas, o certo é que a evolução dos sistemas estatais tem estimulado a inserção de princípios e normas na Constituição que, embora pudessem parecer, em linha de princípio, desalojados do diploma apropriado, acabam por revelar-se compatíveis com a relevância que passam a ter nas inter-relações sociais.

Matéria que bem poderia enquadrar-se nessa categoria é a relativa à organização e desenvolvimento das cidades e de seus habitantes, que constituem objeto de estudos, pesquisas e normas de política urbana. Anteriormente, não houve, por parte dos Constituintes precedentes, a preocupação com esse tema, necessária para que este pudesse ter sido introduzido nas Constituições. Permeando as Cartas brasileiras anteriores, nenhuma regulação se encontra sobre política urbana.

Houve – é importante ressalvar – disciplina sobre a ordem econômica, às vezes tratada isoladamente e outras, em conjunto com a ordem social. Assim, as Constituições de 1934 (arts. 115 a 143), de 1946 (arts. 145 a 162) e a de 1967 (arts. 157 a 166) tiveram capítulos próprios destinados à ordem econômica e social. A Constituição de 1937, porém, tratou, em capítulo próprio, somente da ordem econômica (arts. 135 a 155). A Carta vigente também separou os temas: a ordem econômica e financeira foi

tratada no Título VII (arts. 170 a 192), ao passo que a ordem social teve sua disciplina no Título VIII (arts. 193 a 232).

A constatação é a de que o Constituinte, a partir de certo momento da história constitucional, voltou-se à disciplina da intervenção do Estado no domínio econômico, tratou da ordem financeira, mas nela não se deteve quanto à política urbana.

Na ordem constitucional, não encontramos, da mesma forma, quadro normativo incidente especificamente sobre a matéria urbanística, de onde se infere que, em outros sistemas, a matéria é objeto de legislação infraconstitucional.

Na análise de algumas Cartas políticas estrangeiras, é possível encontrar as que tratam da ordem econômica, como é o caso da Constituição de Portugal de 1976 (arts. 80 a 110), da Itália de 1948 (arts. 35 a 47), da Alemanha de 1943 (arts. 104 a 115) e da Espanha de 1978 (arts. 39 a 52 e 128 a 136), mas não existe disciplina em nível constitucional dirigida à política urbana. Outras Constituições sequer contêm capítulo próprio destinado à ordem econômica; é o exemplo das Constituições dos Estados Unidos de 1787, da França de 1958 e do México de 1917.

Nesse passeio pelas Cartas mencionadas, fica a certeza de que a vigente Constituição foi original na forma como dispôs de temas tão fundamentais ao Estado moderno: de um lado, a propriedade, e, de outro, o processo de urbanização e organização das cidades. A grande peculiaridade, como veremos adiante, é o inevitável atrelamento entre os temas, numa demonstração de que um não existe sem o outro.

Os presentes comentários, assim, terão seu foco nesses dois temas – a propriedade e a política urbana – tal como delineados na Constituição, completando-se a análise sobre os efeitos que acabaram produzindo no âmbito da legislação infraconstitucional.

Em última análise, nosso intuito é o de revisitar sucintamente tais institutos, ao momento em que a Constituição está completando 15 anos de sua promulgação.

2. PROPRIEDADE

A propriedade constitui, como é sabido, um dos direitos fundamentais dos sistemas modernos, somente não sendo contemplada naqueles em que Estados totalitários detêm a integralidade dos meios de produção. Pela sua relevância no mundo jurídico e político, a propriedade tem sido sempre objeto de atenção por parte das Constituições.

No direito pátrio constitucional, a propriedade deve ser vista sob duas perspectivas diversas.

Primeiramente, deve ser admirada como um dos direitos fundamentais básicos das pessoas, figurando, ao lado da vida, da liberdade, da igualdade e da segurança, no preceito contido no art. 5º, *caput*, da Constituição.

Ainda sob tal visão, o dispositivo consignou as regras básicas sobre o exercício do direito de propriedade. No art. 5º, inc. XXII, numa repetição desnecessária, como anotou JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR (“**Comentários à Constituição de 1988**”, Ed. Forense Universitária, v. I, 1989, p. 186), ficou expresso: “é garantido o direito de propriedade”. Nas palavras do grande publicista, a redundância ficou óbvia: se ficou garantida a inviolabilidade do direito à propriedade (art. 5º, *caput*), logicamente tem que ser garantido o direito (art. 5º, XXII). Concedamos, todavia, nosso perdão por esse afã do Constituinte na repetição da garantia. Devemos entendê-la como *repetição normativa sistemática*, vale dizer, aquela que é novamente reproduzida pela conveniência em situar-se junto de outras normas correlatas, formando um único sistema. De fato, após o inciso XXII, outros se lhe seguem sobre a disciplina da propriedade.

Se essa norma restasse isolada, teríamos que admitir a propriedade total e intangível, o que não se compatibilizaria com o atual conceito do instituto. Por esse motivo, prenunciou o Constituinte, no inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”. Nas entrelinhas do dispositivo, é forçoso reconhecer a veiculação de certa ameaça aos proprietários, como se estes devessem ser advertidos de que, sem o atendimento à função social, não se lhes poderia garantir o direito de propriedade. Quer dizer: a garantia do direito de propriedade (inciso XXII) só tem aplicabilidade concreta se conjugada com o fim social da propriedade (inciso XXIII). Esta, pois, é a outra perspectiva do instituto.

A advertência do Constituinte é de todo consentânea com o lineamento moderno da propriedade. Esta não mais pode ser concebida como absoluta, conforme a sua visão romanística, e sim como instituto destinado a exercer uma função social. A velha definição da propriedade como o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, sem considerar o interesse alheio, espelha concepção individualista e egoísta. São corretas as palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO sobre esse aspecto: “Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só” (“**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**”, Saraiva, v. 1, 1990, p. 46).

A função social da propriedade, como é fácil notar, constitui postulado irreversível no sistema adotado pela Constituição para a ordem econômica e

financeira. Esse aspecto social espelha a antinomia ao individual, ao egocentrismo e à indiferença em relação a outros valores da sociedade além do de propriedade. Repetindo, ainda, as palavras de CRETTELLA JÚNIOR, vemos a confirmação desse aspecto: “Antes, a propriedade tinha um sentido nitidamente **individual**, exclusivo; hoje, a propriedade tem um sentido **social**”.

A expressão ‘destinação social’ opõe-se à expressão ‘destinação individual’. Completa o autor: “‘Social’ e ‘individual’ são pólos da mesma esfera que se contrapõem, antiteticamente” (ob. e v. cit., p. 186).

A premissa de que a propriedade deve estampar instrumento de prestabilidade para fins sociais origina, sem dúvida, a formação do direito atribuído ao Estado de exigir que ela seja criada ou preservada considerando esse alvitre. Conseqüentemente, ao Estado caberá intervir na propriedade sempre que se desviar do fim social que constitui **conditio sine qua** de sua garantia constitucional.

Aliás, já tivemos a oportunidade de deixar anotado que a intervenção estatal pode ser legítima, se exercida dentro do modelo constitucional, mas também pode não o ser, se a atuação refoge a esse modelo. Na ocasião, averbamos que se considera “*intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada*”. Aduzimos então: “*Extrai-se dessa noção que qualquer ataque à propriedade, que não tenha esse objetivo, estará contaminado de irretorquível ilegalidade. Trata-se, pois, de pressuposto constitucional do qual não pode afastar-se a Administração*” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, Lumen Juris, 10ª ed., 2003, p. 599).

A intervenção do Estado, sempre amparada genericamente no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, pode variar de um ao outro extremo em relação ao conteúdo do direito de propriedade. Com efeito, pode limitar-se a mera utilização transitória como também pode extremar-se ao limite da própria supressão do direito. Tudo há de depender da função social a ser tutelada na intervenção. Desse modo, pode considerar-se a existência de duas modalidades básicas de intervenção: a *intervenção restritiva* – limitada ao uso da propriedade pelo Estado – e a *intervenção supressiva* – extintiva do direito do proprietário.

É exatamente nesse contexto que a Constituição, depois de exigir o atendimento da propriedade à sua função social, faz a previsão das referidas modalidades de intervenção, tudo numa ordem lógica, partindo da desapropriação (art. 5º, XXIV) e alcançando o instituto da requisição (art. 5º, XXV). Por fim, nesse mesmo contexto, confere foros de segurança especial à pequena propriedade rural, trabalhada pela família, isentando-a de penhora como garantia de débitos decorrentes de sua atividade produtiva (art. 5º, XXVI).

A desapropriação é a negação da garantia do direito de proprieda-

de. É a sua antítese, o seu paradoxo, a sua *contradictio*, porque implica a transferência coercitiva da propriedade privada para o Estado ou para um de seus delegados. Nem por isso, contudo, se revela despicienda ou inócuia dentro do sistema normativo regulador da propriedade. Conquanto só deva consumar-se diante da efetiva ocorrência dos pressupostos constitucionais, a desapropriação se torna necessária quando outra alternativa não resta ao Poder Público senão a de suprimir o direito de propriedade para adequá-la à função social que naquela situação se exige.

Nesse caso, a propriedade sucumbe diante do interesse perseguido pela demanda coletiva. Por isso, está correto afirmar, como o faz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que “*O fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis*” (“**Curso de Direito Administrativo**”, Malheiros, 15ª ed., 2003, p. 739). De fato, não há como negar a existência de crise de compatibilidade quando, diante da densidade da carga oriunda do interesse público, esteja presente o interesse privado do proprietário. É nesse quadro que a Constituição deixa de assegurar o direito de propriedade e permite ao Estado a extrema providência de expungi-lo, transferindo-o para si próprio, na presunção de que a ele cabe o papel de representante dos interesses coletivos e protetor da função social.

Revisitadas as linhas reguladoras da propriedade, na ótica de sua integração como direito fundamental, vale a pena tecer um breve comentário sobre sua integração no direito privado e no direito público, isso, é óbvio, como mero método de precisão expositiva, já que tal dicotomia tem modernamente a pecha de vetusta e anacrônica.

O direito de propriedade tem sua raiz histórica no direito romano e, desde o início, teve natureza individual e revestimento de certo misticismo e solenidades especiais. Vigorava então o regime jurídico que tinha como característica o fato de que apenas o cidadão romano podia adquirir a propriedade, resultando essa circunstância especial do princípio segundo o qual o domínio propiciava a nacionalização do solo. A aquisição da propriedade era cercada de solenidade especial com formato de cerimônia dotada de alguma pompa – a *mancipatio* – e restringia-se exclusivamente à classe dos cidadãos, que tinham direito próprio (*ex iure quiritium*). Só mais tarde foi o direito estendido de forma a ser objeto de negócio jurídico comum (*ius commercii*), passando-se a adotar novos mecanismos jurídicos para a transferência, como a *traditio* e a *in iure cessio*.

Mas não se pode negar a existência de uma *sociologia da propriedade*, como acentuou, com a costumeira precisão, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. São suas as precisas, e por que não dizer emocionantes, palavras sobre o tema: “*Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra*

o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou em que o estágio atual da propriedade é a derradeira e definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, evolue sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas". Ao completar seu pensamento, registra o grande civilista que a propriedade "está passando por transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal" ("Instituições de Direito Civil", Forense, v. IV, 1970, p. 70).

A dimensão sociológica apontada pelo festejado jurista, no que tange à constante evolução do instituto, é insusceptível a qualquer reparo, por menor que seja. Na trilha dessa evolução é que se consegue perceber que a gestação da propriedade no ventre do direito privado não impediu que viesse a incorporar-se, parcialmente, no seio do direito público. Atualmente, é inegável o reconhecimento de que a propriedade tem sofrido, em seu longo caminho, um contínuo processo de *publicização*, cujo postulado maior reside na qualificação jurídica que passou a ostentar na época contemporânea e no papel que agora lhe cabe desempenhar na sociedade.

A vigente Constituição deixa evidente esse fenômeno. Depois de enfocar a propriedade como direito fundamental condicionado, com revestimento predominantemente privado (apesar da falta de referência expressa desse aspecto no mandamento constitucional), externa uma série de normas que denotam uma indiscutível vinculação entre o titular da propriedade e o Estado - normas essas típicas de direito público. Referido sistema normativo situa-se no capítulo destinado à política urbana e esta, a seu turno, integra o Título VII, relativo à ordem econômica e financeira.

Esses aspectos que salientam o processo de publicização da propriedade, alojados na disciplina da política urbana, é que serão analisados adiante, com a síntese que comporta a natureza deste estudo.

3. POLÍTICA URBANA

Em que pesce o avanço dos estudos e estratégias relacionados à política urbana nos grandes centros juspolíticos europeus, só recentemente a organização das cidades e o processo de urbanização passaram a merecer, entre nós, a adequada relevância no sistema jurídico.

A idéia que a expressão "*política urbana*" traduz não leva em conta a cidade apenas como *locus*, ou como mera área geográfica, mas considera, sobretudo, as suas funções sociais, como habitação, circulação, trabalho, lazer, integração, como bem acentua ODETE MEDAUAR ("Estatuto da

Cidade", vários autores, Ed. RT, 2002, p. 17). Na verdade, a política urbana constitui capítulo do Direito Urbanístico, assim definido por JOSÉ AFONSO DA SILVA, sob o aspecto de direito positivo, "como o conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade" ("Direito Urbanístico Brasileiro", Malheiros, 3^a ed., 2000, p. 48).

As normas urbanísticas, que sempre se apresentaram esparsamente em leis e regulamentos, sem formarem um sistema normativo lógico e uniforme, tiveram agasalho na vigente Constituição, com o realce a ser dado a dois fatores: 1º) estabeleceu as regras básicas de política urbana; 2º) incluiu o respectivo capítulo no título destinado à ordem econômica e financeira.

Semelhantes fatores têm imensa relevância no que se refere à organização das cidades. As regras básicas, por terem *status* constitucional, servirão de ponto de referência para toda a legislação subjacente à Carta Maior que vier a regular algum dos inúmeros aspectos ligados à política urbana. A posição topográfica do capítulo, por outro lado, está a indicar que a organização das cidades guarda estreita correlação com os princípios regedores da ordem econômica e financeira, não devendo, por isso mesmo, ser vista com visão restrita e local, mas sim como um elo, entre muitos outros, necessário ao equilíbrio do setor econômico, indispensável ao regime democrático.

O postulado fundamental da política urbana se aloja no art. 182 da Constituição: "A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes".

O preceito, como é fácil deduzir, tem caráter proativo e finalístico, porquanto estampa processo dinâmico de execução da política urbana e tem objetivos bem definidos a serem alcançados pela operacionalização das respectivas ações. Daí serem acertadas as palavras de CELSO RIBEIRO BASTOS: "O preceito em epígrafe abre campo para que o Estado assuma a função de ditar diretrizes para o desenvolvimento urbano. Não se trata de impor um planejamento cogente, vinculante a todos os habitantes de uma cidade, nem de dispor, de forma coercitiva, sobre a destinação dos imóveis. Esta política de desenvolvimento urbano encontra, portanto, parâmetros que lhe são ditados pelo Texto Constitucional, tais como a propriedade, a livre empresa, o livre exercício de atividades profissionais, assim como o próprio direito de locomoção" ("Comentários à Constituição do Brasil", Saraiva, 7^o v., 1990, p. 203).

De fato, não se vislumbra no conceito nenhuma forma direta de imposição, mas, ao mesmo tempo, não deve o Estado postergar indefinidamente a execução das atividades resultantes das demandas urbanísticas. Os

objetivos básicos da ação estatal nesse segmento – o desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar dos seus habitantes – estão longe de indicar apenas uma opção, abstrata e vazia, por parte dos órgãos estatais; contrariamente, disparam em sua direção a necessidade de perseguí-los com eficiência e continuidade tendo em vista os bens e interesses a que se predispõem.

O mandamento constitucional dá relevo a dois entes federativos: de um lado, à União Federal, à qual foi dada a incumbência de editar a lei traçando as diretrizes gerais de política urbana; de outro, ao Município, ao qual foi destinada a tarefa de dar a necessária operacionalização daquelas diretrizes, exigindo-se-lhe, para tanto, a edição de leis específicas. Observando-se atentamente as regras urbanísticas básicas na Constituição, pode-se constatar que a grande tarefa de organização das cidades coube, de fato, ao Poder Público municipal. Na verdade, de nada valerão as normas federais que traçam as diretrizes gerais se não houver a efetiva ação para concretizá-las.

A comprovação indiscutível da preponderância municipal quanto ao desenvolvimento urbano reside no plano diretor, que, aprovado pelo Legislativo municipal, constitui “*o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana*”, como estampa o art. 182, § 1º, da Carta em vigor. A obrigatoriedade de instituição do plano diretor é direcionada unicamente para Municípios com mais de vinte mil habitantes. Trata-se, contudo, de obrigatoriedade meramente teórica. Pela importância de que se reveste semelhante instrumento, todos os entes municipais deveriam ter o seu próprio plano, sendo até mesmo de refletir se a importância não seria maior para os Municípios menos populosos, diante da perspectiva de serem evitados, desde o início, os graves problemas que a desordem urbana provoca nos habitantes. De qualquer modo, a Constituição não lhes vedou a instituição do plano; apenas não o considerou obrigatório, de modo que nada impede que, apesar da facultatividade, se adiantem na estatuição de sua política urbana.

Não há dúvida de que o plano diretor é realmente o documento básico do desenvolvimento urbano. Conforme anota TOSHIO MUKAI, “*o plano diretor é um instrumento legal que visa propiciar o desenvolvimento urbano (portanto, da cidade) do Município, fixando diretrizes objetivas (metas), programas e projetos para tanto, em um horizonte de tempo determinado*” (“**O Estatuto da Cidade**”, Saraiva, 2001, p. 33). Por sua complexidade e pela quantidade de aspectos que procura informar, o plano diretor deve resultar dos estudos de uma série multidisciplinar de técnicos, sabido que nele se contemplam regras sobre zoneamento, ocupação do solo, serviços públicos, habitação, circulação etc. Significa que a confecção criteriosa do plano diretor enseja não somente uma perspectiva para o Poder Público municipal como também uma garantia para os municípios em face de seu

prévio conhecimento dos propósitos do governo local.

É, todavia, no conteúdo do art. 182, § 2º, da C.F., que se encontra a propriedade vista sob a ótica urbanística e, pois, no âmbito do direito público. Aqui a relação jurídica não se forma entre particulares proprietários, mas sim entre o proprietário e o Estado, a demonstrar que, no caso de colisão de interesses, deverá prevalecer o interesse público a ser perseguido pelo representante estatal.

O referido mandamento tece uma linha conceitual sobre a função social a que deve preordenar-se a propriedade. Diz ele: “*A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”. Nota-se, desde logo, que tal dispositivo guarda total consonância com o art. 5º, XXIII, da C.F.: enquanto este condiciona a propriedade ao atendimento da função social, aquele outro, completando-o, informa o que significa atender à função social. Em outras palavras, teremos, na interpretação dos citados dispositivos, que a propriedade urbana só será assegurada, nos termos do art. 5º, XXIII, da C.F., se estiver em consonância com o plano diretor (art. 182, § 2º, C.F.). Como o plano diretor é da incumbência do Município, não será difícil inferir a extensão do poder jurídico conferida a esse ente federativo para, de algum modo, atingir o direito de propriedade.

O vínculo que atualmente liga a propriedade à política de desenvolvimento urbano demonstra, nitidamente, que o instituto, em tempos modernos, não descansa apenas no seio do direito privado. Várias regras especiais incidem sobre ele, ao mesmo tempo em que poderes estatais têm idoneidade para suprimir ou restringir o direito do proprietário. São normas próprias de um regime especial, em que o alvo a ser perseguido é o interesse público e que, por tal motivo, caracterizam-se como normas de direito público.

O art. 182, § 4º, da Constituição, oferece uma transparente demonstração desse vínculo e daqueles poderes estatais. Admite a Carta que, cumpridas certas condições impeditivas de eventual arbítrio, possa o Município obrigar o proprietário do solo urbano a adequá-lo ao plano diretor da cidade quando o imóvel não for utilizado ou edificado, ou ainda quando estiver subutilizado em relação ao plano. Essa obrigatoriedade de aproveitamento do imóvel segundo os parâmetros do aludido instrumento urbanístico tem natureza impositiva na relação jurídica entre o Estado e o proprietário, sendo facilmente identificável na hipótese uma relação de direito público.

A adequação do imóvel ao plano diretor acarreta providências obrigatórias para o proprietário, que vão desde a determinação no sentido de que proceda ao parcelamento ou à edificação compulsórios, avançam, em caso de descumprimento, pela imposição de IPTU progressivo no tempo, de notória natureza extrafiscal e social, e culminam, se inócuia essa medida,

na desapropriação do imóvel com pagamento efetuado em títulos da dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, com a evidente indicação do caráter punitivo pela inexecução da obrigação urbanística. A própria supressão do direito pelo Poder Público através da desapropriação deixa claro que o regime regedor dessa especial relação jurídica é realmente o de direito público.

Apesar do surgimento de alguma crítica às regras constitucionais relativas à política urbana, baseada sobretudo no fato de que só foram considerados objetivos intra-urbanos, sem levar em conta aqueles aspectos mais globais, além do território das cidades (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “**Curso de Direito Constitucional**”, Malheiros, 20ª ed., 2002, p. 792), o certo é que, como o reconhece o autor, nada obsta que o Estado e os próprios Municípios elaborem planos urbanísticos que visem a alcançar áreas mais extensas do que o território municipal. A Constituição não o proíbe, de forma que tudo dependerá da competência, da probidade e do real interesse público dos dirigentes das entidades federativas.

O que se quer assinalar, contudo, é a intrínseca relação que aproxima a propriedade à política urbana, registrando-se evidente relação de natureza publicística. Pode até mesmo afirmar-se que não há como levar a cabo programas e projetos de desenvolvimento urbano sem, de algum modo, deixar de atingir o direito de propriedade.

Tendo a Constituição, por mais de uma vez, apontado a necessidade de lei federal, nessas disposições sobre política urbana (art. 182, *caput* e § 4º), cumpre examiná-la, ainda com a objetividade que este trabalho comporta.

4. LINEAMENTOS URBANÍSTICOS DO ESTATUTO DA CIDADE

Nos dois momentos em que a Constituição fez referência à lei federal, esta foi tida como condição prévia de qualquer ação municipal. Primeiramente, foi previsto que a lei federal é quem traçaria as diretrizes gerais de política urbana (art. 182, *caput*). Depois, condicionou à lei federal o exercício, pelo governo municipal, do poder de exigibilidade em relação ao proprietário de imóvel urbano cuja utilização estivesse em descompasso com o plano diretor da cidade. Em outras palavras, até a edição da lei federal, esteve o Município de pés e mãos atados no que se refere à execução de política urbana de longo alcance.

Na verdade, os poderes municipais, enquanto não sobrevinha a lei federal, eram carentes de eficácia em virtude da inefetividade do quadro normativo regulador. A efetividade da norma, na lição de KELSEN, representa a circunstância de ser ela realmente aplicada e de uma conduta humana, adotada consoante a norma, ocorrer na ordem dos fatos (“**Teoria Pura do**

Direito", trad. João Baptista Machado, 4^a ed., 1979, Edit. Armênio Amado, Coimbra, p. 30). A norma se afigura efetiva quando exerce a plenitude de sua função social. É o que também proclama LUIZ ROBERTO BARROSO: "Ela (*a efetividade*) representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social" ("O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas", Renovar, 3^a ed., 1996, p. 83).

Se a Constituição, de um lado, exigia a edição de lei federal para a concreta execução das ações e estratégias de política de desenvolvimento urbano, e a União Federal, de outro, não a promulgava, não havia efetividade na regulação constitucional, vez que não havia como concretizar-se a função social alvitrada pelos respectivos mandamentos constitucionais.

Depois de longos anos, entretanto, foi editada a Lei nº 10.257, de 10.07.2001 – autoproclamada de Estatuto da Cidade – a quem coube traçar as diretrizes gerais de política urbana, dando o primeiro passo para a concreção das normas fixadas na Constituição.

Não é o escopo deste trabalho analisar, com a merecida profundidade que se estaria a exigir, o referido diploma legal. Aqui ressaltaremos apenas os lineamentos urbanísticos fundamentais, tratando primeiramente da ***ratio legis*** e das diretrizes gerais da lei, e, no tópico seguinte, dos poderes outorgados ao Município para intervir na propriedade, confirmando-se, assim, a propriedade vista numa ótica de direito público.

Depois de consignar o intento de regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, exatamente os que tratam de política urbana, o Estatuto da Cidade estabelece "*normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*" (art. 1º, parágrafo único).

No dispositivo, repontamos dois aspectos que têm sido objeto de destaque nas presentes considerações. Um deles é o que diz respeito ao direito de propriedade, cujo uso se insere no quadro normativo urbanístico, fato que sujeita o direito a restrições impostas ao proprietário. O outro reside na qualificação dispensada pela lei às normas que a compõem: autoqualificando-se como normas de ordem pública e interesse social, quis o legislador ressaltar o aspecto publicístico de tais comandos e a sua inviabilidade de alteração pela vontade dos particulares, sendo claramente indicado que o quadro normativo é típico de direito público.

Como que a corroborar a posição da propriedade sob a visão urbanística, averbou o Estatuto que a política urbana alitura "*ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana*" (art. 2º). A expressão *funções sociais* deve ser interpretada como qualificativa da cidade e da propriedade urbana. O sentido básico do texto legal indica que

tanto a cidade em si quanto a propriedade urbana devem cumprir funções sociais e, ao exigir a lei, no que concerne à propriedade, guardou inteira congruência com o art. 5º, XXIII, da Constituição, o qual, como tantas vezes mencionado, condicionou a propriedade ao atendimento daquelas funções.

As diretrizes gerais de política urbana apresentam-se em extensa relação contida no art. 2º do Estatuto. Interessam-nos de perto, no entanto, aquelas que, de forma mais contundente, afetam o direito de propriedade.

Uma dessas diretrizes é a que consiste na ordenação e controle do uso do solo (art. 2º, VI). Esses objetivos dão origem ao que os estudiosos denominam de *regime urbanístico do solo*, definido como o conjunto de normas, princípios e institutos que visam a disciplinar o uso do solo para as funções urbanas de habitar, trabalhar, circular e recrear. “Trata-se”, como acentua JOSÉ AFONSO DA SILVA, “da formulação jurídica da política do solo, que constitui requisito essencial e parte integrante do moderno urbanismo” (“**Direito Urbanístico**” cit., p. 161). E relembra o autor conclusão firmada no Congresso de Cidades Alemãs de 1957, com os seguintes dizeres, aqui reproduzidos pela inteira consonância com o que ora se comenta: “Para alcançar os objetivos e metas do urbanismo moderno é necessário contar com uma política do solo que se inspire num justo equilíbrio entre o direito de propriedade imobiliária, constitucionalmente garantido, e o dever que, por sua função social, recai sobre ela e que tem idêntico fundamento constitucional”. Nada mais se precisa acrescentar a tal pensamento; apenas se confirma o indissociável elo entre a política urbana e a propriedade.

O controle e a ordenação do uso do solo não se legitimam senão pelos objetivos a que se preordenam. Quer dizer: nem a propriedade é intangível, nem pode ser arbitrariamente atingida. A afetação do direito deve condicionar-se aos objetivos de direito público que tenham servido de lastro para a ação governamental. Vários são os males urbanísticos que o controle do solo procura evitar. Um deles é a utilização inadequada dos imóveis urbanos, possibilitando que o Município obrigue o proprietário à necessária adequação (art. 2º, VI, “a”). Outro é a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes (art. 2º, VI, “b”), problema hodierno gravíssimo e que, a cada dia, provoca maior irresignação dos habitantes e usuários da cidade, surgindo não apenas em função do uso pelo proprietário, mas também em virtude da modernidade e das novas tecnologias que são introduzidas.

Outra diretriz a ser observada, no que toca ao uso do solo, é aquela por meio da qual se busca impedir a retenção especulativa de imóvel urbano, que provoque utilização inadequada ou não-utilização prejudicial ao regime urbanístico (art. 2º, VI, “e”). A especulação imobiliária, como é sabido, é atividade tipicamente econômica e de interesse predominantemente privado, e, como tal, não pode ser coonestada pelas autoridades

públicas se, de alguma forma, insultam o interesse social estampado nos projetos de política de desenvolvimento urbano.

O uso do solo deve compatibilizar-se com a infra-estrutura urbana existente no local. Entre nós, sempre se tem constituído uma grande distorção, sob o aspecto da urbanização, o licenciamento de construções com demanda de serviços superior à viabilizada pela infra-estrutura local. É o que a lei denominou de “*edificação ou uso excessivos ou inadequados*” em relação à infra-estrutura (art. 2º, VI, “c”). Em projeto de urbanização, a técnica moderna exige que primeiro se devem consolidar os elementos básicos que permitam moradia ou uso imobiliário dignos, incluindo-se os serviços públicos, como energia elétrica, abastecimento de água, vias de esgotamento sanitário, transportes, estabelecimentos hospitalares, entidades de ensino e de educação. Só depois é que o Poder competente deve licenciar a edificação ou o uso especial do solo. É que, ao fazê-lo, poderá exercer plenamente seu poder de polícia, cabendo-lhe verificar se há ou não adequação do uso. Aliás, “*Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades*”, como adverte ODETE MEDAUAR (“**Direito Administrativo Moderno**”, RT, 2ª ed., 1998, p. 346). Portanto, no regular exercício desse poder administrativo, incumbirá ao Poder Público impedir a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana.

O meio ambiente é outro bem suscetível de tutela que reclama a associação entre a propriedade e o direito urbanístico. Assim, figura como diretriz no Estatuto o controle do uso do solo de forma a impedir a poluição e a degradação ambiental (art. 2º, VI, “g”). Neste ponto – diga-se de passagem – a proteção tem parâmetro constitucional, já que o meio ambiente mereceu tutela em capítulo específico (art. 225, C.F.). Considerando esse aspecto, CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, com toda razão, destacou: “*A propriedade urbana deixa de ter natureza jurídica regrada única e exclusivamente pelos valores tradicionalmente situados pelos subsistemas do direito civil ou do direito administrativo e assume decididamente feição constitucional, ou seja, a propriedade urbana tem natureza jurídica constitucional e seus diferentes aspectos, a partir do Estatuto da Cidade, passam a ser regrados pela Lei 10.257/2001*” (“**Estatuto da Cidade**”, RT, 2002, p. 26).

Mas os lineamentos urbanísticos do Estatuto da Cidade não se limitaram a possibilitar restrições ao uso da propriedade. Tanto assim que, no elenco das diretrizes, incluiu a necessidade de ações governamentais objetivando a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, para tanto sendo previstas normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, sempre levadas em conta a situação socioconômica da população e as normas de proteção ambiental (art. 2º, XIV). De

outro lado, foi prevista a simplificação da legislação sobre parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a ensejar a redução de custos e a elevação da oferta de lotes e unidades habitacionais (art. 2º, XV).

Todas essas diretrizes têm hoje sede em diploma legislativo específico, editado com base em normas constitucionais. O destaque dispensado às que ora apontamos decorre unicamente da circunstância de que guardam intrínseca relação com o uso da propriedade, numa outra demonstração – insista-se – de que a propriedade deve mesmo condicionar-se à função social e submeter-se a regime urbanístico, assim considerado como subsistema do direito público.

Diretrizes – todos o reconhecemos – somente se concretizam mediante a implementação de ações, estudos, pesquisas e estratégias necessárias a uma desejável política de desenvolvimento urbano. Com tais ações, o Poder Público, freqüentemente, poderá intervir na propriedade e atingir o direito do proprietário. São essas intervenções que serão agora analisadas.

5. INTERVENÇÕES ESTATAIS NA PROPRIEDADE PRIVADA

Além das diretrizes gerais que enunciou, o Estatuto da Cidade – hoje o mais importante diploma urbanístico do país – relacionou vários instrumentos cuja função seria a de tornar concretas aquelas diretrizes. Trata-se de mecanismos jurídicos dos quais poderão socorrer-se os Municípios para a implementação de suas políticas no setor urbanístico.

Alguns desses instrumentos não guardam estreita relação com a propriedade e, por tal razão, não interessam aos presentes comentários. Outros, porém, podem afetar diretamente o direito de propriedade, ora de forma menos profunda, ora de modo mais drástico e peremptório. Nesses aspectos é que se pode observar, com clareza, a subordinação do direito ao atendimento da função social, como exige o art. 5º, XXIII, da Constituição. Aqui também a propriedade está subjacente a disciplina de direito público, não tendo qualquer relevância a vontade dos proprietários no que concerne aos objetivos de urbanização a que se predispõe o Poder Público.

Ao dizermos que alguns instrumentos previstos no Estatuto afetam o direito de propriedade, queremos admitir que a autoridade pública tem o poder jurídico de *intervenção na propriedade*, sobretudo na propriedade privada, em que os interesses privados, em regra, sobrelevam ao interesse público.

Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de classificar as modalidades de intervenção em *intervenção restritiva* e *intervenção supressiva*. No que se refere à primeira, dissemos então: “A *intervenção restritiva* é aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la de seu dono”. Quanto à segunda, consignamos: “*Intervenção supressiva*, a seu turno, é aquela em que o

Estado, valendo-se da supremacia que possui em relação aos indivíduos, transfere coercitivamente para si propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto na lei. O efeito, pois, dessa forma intervenciva é a própria supressão da propriedade das mãos de seu antigo titular” (nossa “Manual de Direito Administrativo” cit., p. 603).

Ambas as modalidades de intervenção têm espaço no direito urbanístico e algumas delas estampam instrumentos que o Estatuto alinhou como necessários ao desenvolvimento urbano.

O instrumento mais contundente a incidir sobre a propriedade caracteriza-se como intervenção restritiva: o *parcelamento, edificação ou utilização compulsórios* (arts. 5º e 6º, do Estatuto). A eles já fizemos menção quando examinamos a política urbana em sede constitucional, e o fizemos porque foi a própria Constituição que os contemplou inicialmente (art. 182). A restrição a ser viabilizada transparece da denominação de tais mecanismos: contra a vontade do proprietário, pode o Município exigir-lhe um *facere*, consistente na obrigação de parcelar uma área, edificar sobre ela ou utilizá-la em conformidade com as imposições do plano diretor.

Não atendida a obrigação, poderá o Município impor sobre a propriedade o *IPTU progressivo no tempo* como meio de compelir o proprietário a atendê-la. E, se ainda assim, não a cumprir, sujeitar-se-á à *desapropriação* a ser indenizada com títulos da dívida pública (art. 8º). A propósito deste instrumento, dois fatores sobressaem: primeiro, a natureza de intervenção supressiva, por implicar a perda da propriedade; segundo, seu caráter punitivo, só aplicável se frustradas forem as imposições anteriores.

Outro instrumento passível de intervenção restritiva é o *direito de preempção*. Tal direito foi instituído em favor do Município e por ele se confere a essa entidade a preferência para aquisição de imóvel urbano quando for objeto de alienação onerosa ajustada entre particulares. Há, em outras disciplinas, a previsão do direito de preempção ou preferência. Mas este, em especial, tem grande relevância para fins urbanísticos, como anota CARLOS BASTIDE HORBACH (“Estatuto da Cidade”, RT, 2002, p. 132, vários autores). Diversos podem ser os objetivos a que se propõe esse tipo de intervenção: regularização fundiária, programas habitacionais, expansão urbana, proteção ambiental ou histórica e cultural.

É claro que a instituição do direito de preempção se sujeita ao preenchimento de alguns pressupostos. Um deles é a previsão genérica no plano diretor e a delimitação da área por lei municipal específica baseada no plano (art. 25, § 1º, Estatuto). Outro é a vinculação do direito aos fins mencionados na lei (art. 26), e que são aqueles acima referidos. Apesar disso, o direito de preempção retira do proprietário a disponibilidade integral

da propriedade, pela qual lhe seria lícito aliená-la a quem o desejasse. Ficará obrigado a oferecê-la primeiramente ao governo municipal e somente se este não manifestar interesse é que poderá alienar a propriedade a terceiro. Fora daí, o negócio jurídico estará contaminado de vício de nulidade.

O Estatuto contempla, ainda, o *estudo prévio de impacto de vizinhança* (EIV), instrumento segundo o qual certas licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento só serão concedidas pelo Município mediante elaboração de estudo prévio no qual seja analisado o impacto a ser provocado pelo empreendimento nos direitos de vizinhança (art. 36). Para tanto, a lei municipal deverá definir quais os empreendimentos ou atividades, privados ou públicos, que deverão sujeitar-se a essa prévia análise. Há muito a sociedade já reclama semelhante providência, pois, não muito raramente, são licenciados empreendimentos – grandes construções, por exemplo, como são os *shopping-centers* - que acarretam grave ofensa ao direito dos vizinhos, retirando-lhes o maior bem que o habitante deseja: o bem-estar.

Aliás, não custa lembrar que os direitos de vizinhança são regulados também no direito civil, em capítulo especial do título referente à propriedade (arts. 1.277 a 1.313). Em sua disciplina, há regras sobre o uso anormal da propriedade (arts. 1.277 a 1.281); sobre a passagem de cabos e tubulações (arts. 1.286 e 1.287), uma inovação, aliás, do novo Código; sobre os limites entre prédios (arts. 1.297 e 1.298); e sobre o direito de construir (arts. 1.299 a 1.313). Tais regras, contudo, desenvolvem-se e se aplicam sob o manto das relações privadas, procurando solver litígios entre proprietários e usuários da propriedade. As regras do Estatuto, entretanto, permitem a atuação direta do Estado sobre o direito dos proprietários, numa disciplina própria do regime de direito público. Mais uma vez fica demonstrada a interface da propriedade e sua bipolarização no trânsito entre o direito privado e o direito público.

Esses instrumentos, sem qualquer dúvida, qualificam-se como modalidades de intervenção restritiva do Estado na propriedade e em relação a eles não se pode esquecer que seu objetivo é atender à função social através das estratégias urbanísticas previstas no plano diretor. Ao mesmo tempo, porém, fica evidente que não se podem executar planos de desenvolvimento urbano com a intangibilidade do direito de propriedade. A esta cabe exercer função social e, como ao Estado compete definir quais os objetivos que se inserem na função social, a conclusão será a de que legítima será a intervenção estatal para a consecução de tais objetivos.

Não será escusado salientar, todavia, que a propriedade não ficou apenas sujeita a intervenções urbanísticas restritivas nas regras do Estatuto da Cidade. Foram contemplados outros instrumentos que, contrariamente,

oferecem benefícios e vantagens a proprietários. Em alguns deles, sobreleva o caráter de direito privado; em outros, o direito público se apresenta de forma mais nítida. Em todos, porém, a legitimidade depende da previsão que a lei tiver feito e do cumprimento dos pressupostos que exige.

Entre tais instrumentos, encontra-se, por exemplo, o *usucapião especial de imóvel urbano* (art. 9º), instituto que tem o mesmo arcabouço básico do que é tradicionalmente conhecido no direito privado, mas que dele se diferencia pela natureza eminentemente urbanística. Para adquirir a propriedade pelo usucapião especial, o possuidor deve preencher alguns requisitos, e destes talvez o mais importante seja o uso do imóvel para moradia do possuidor ou de sua família. A relevância desse especial requisito decorre da conjugação do fim urbanístico do instituto com a função social a ser atendida pela propriedade, e nenhuma função tem maior altura no contexto social do país do que a residência própria.

No que tange a essa modalidade de usucapião urbanístico, a novidade ficou por conta da criação do usucapião coletivo, forma de aquisição da propriedade por populações de baixa renda, quando não é possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. Aqui também o núcleo central do instituto é o fim de moradia, tal como na modalidade do usucapião individual. O ponto curioso reside em que o juiz, na sentença, impossibilitado de atribuir o devido quinhão a cada possuidor, profere decisão na qual outorga fração ideal idêntica a cada um dos interessados (art. 10, § 3º), ainda que, geograficamente, uma área ocupada tenha extensão diversa de outra.

Mecanismo que merece referência é o *direito de superfície*, instrumento pelo qual o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por prazo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório imobiliário (art. 21). Trata-se de direito real que rende ensejo ao desmembramento da propriedade, de forma que a propriedade abstrata continuará a pertencer ao proprietário, mas o direito de uso (verdadeiro domínio útil) caberá ao superficiário.

Quando tal disciplina foi instituída no Estatuto, ainda não vigorava o novo Código Civil. Este diploma, porém, veio a disciplinar o mesmo instituto em título próprio (Título IV) do Livro relativo ao direito das coisas (Livro III), encontrando-se tais regras nos arts. 1.369 a 1.377. São bastante similares as disciplinas. Para conciliá-las, dever-se-á considerar o velho postulado segundo o qual a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Desse modo, considerando o diploma em que se insere, dever-se-á interpretar as normas

pertinentes do Estatuto – lei geral - como prevendo o direito de superfície de natureza tipicamente urbanística, deixando-se as regras do Código Civil – lei geral - para reger as relações de exclusivo interesse de particulares.

Alguns outros instrumentos foram previstos, como o solo criado, a alteração de uso, a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, todos, porém, sem qualquer imposição urbanística que possa espelhar intervenção estatal. Seu estudo, por conseguinte, está fora do âmbito do presente trabalho.

6. CONCLUSÕES

Do breve estudo a que procedemos acima, e que teve por objetivo examinar a propriedade na ótica do direito público, sob o manto da disciplina relativa à política de desenvolvimento urbano, parece-nos possa chegar-se a algumas pertinentes conclusões.

O instituto da propriedade é regulado tanto no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXII a XXVI, C.F.) como no relativo à política urbana (art. 182, C.F.).

O direito de propriedade, em sua longa evolução, passou a configurar-se como direito relativo, condicionado que está ao atendimento de sua função social.

É de reconhecer-se que o instituto tem duas disciplinas, com fundamentos e fins diversos: uma de direito privado, basicamente contida no Código Civil, e outra de direito público, presente em várias disciplinas jurídicas, especialmente no Direito Urbanístico.

A disciplina pertinente à política de desenvolvimento urbano sofreu processo de constitucionalização normativa, estabelecendo regras que, direta ou indiretamente, afetam o direito de propriedade e se situam no âmbito do direito público.

Nas normas destinadas à política urbana, ficou definida a função social da propriedade urbana, exigindo-se a compatibilidade desta com o plano diretor, instrumento básico de urbanização e organização das cidades.

O Estatuto da Cidade, como lei geral de política urbana, traça diretrizes fundamentais da ação urbanística, e nelas se encontram objetivos destinados ao controle e ordenação do uso do solo, diretamente ligados ao direito de propriedade.

Em decorrência dos projetos urbanísticos alinhados no plano diretor, vários são os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade que estampam formas de intervenção do Estado na propriedade, tanto na modalidade restritiva como na supressiva, tudo visando ao atendimento da função social.

Sempre que o Estado se predispõe ao estabelecimento de normas de política urbana, a propriedade poderá ser atingida, numa demonstração de que, quando em rota de colisão, o interesse público tem prevalência sobre o interesse privado. □

Garantias Constitucionais-Processuais Penais

(A efetividade e a ponderação das garantias no processo penal)*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Juiz de Direito no Rio de Janeiro, Coordenador de Direito Processual Penal na EMERJ, Coordenador Acadêmico do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá

I. Introdução

O exame das garantias constitucionais aplicadas ao processo penal pode ser empreendido por dois prismas diferentes, embora interligados: o da efetividade das garantias e o da ponderação entre as garantias, quando houver choque entre elas ou entre elas e os demais direitos fundamentais.

Nos dois aspectos envolvidos, deparar-se-á com o inevitável tema da efetividade da Constituição de 1988 e suas implicações em relação à legislação infraconstitucional, à doutrina e à jurisprudência. No momento em que se comemora mais um aniversário da Constituição brasileira, vem a calhar o exame de seu enraizamento ou não na prática judiciária e na construção da compreensão dogmática dos institutos infraconstitucionais.

II. Um Introdutório Exame de Caso Concreto

Convém introduzir este trabalho com um caso concreto¹ ocorrido na Comarca de Duque de Caxias e que originou dois processos criminais.

Ocorreu um duplo homicídio em um bairro de Duque de Caxias. As vítimas eram duas mulheres: mãe e filha. A filha por sua vez tinha dois filhos: uma menina de 3 anos, que teria presenciado os crimes, e um adolescente de 13 anos, que não estava em casa no momento.

A investigação policial recolheu os seguintes dados: os tiros foram disparados de uma mesma pistola 9 mm; a vítima mais nova, a mãe das crianças, tinha acabado de romper um namoro com um homem conhecido por R.; cartas de R. foram encontradas revelando que ele não se conformava com a separação e pedia um encontro com a ex-namorada; uma mochila

* Palestra proferida no I Encontro Jurídico da Universidade Gama Filho, no dia 28/05/2003, na EMERJ.

¹ A opção pela menção de um caso concreto - não muito usual nos trabalhos acadêmicos - tem o propósito também de homenagear o método de ensino desenvolvido na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, que passou a priorizar o estudo dos casos concretos no âmbito mesmo das aulas teóricas.

de R., reconhecida posteriormente pelo próprio, foi encontrada junto aos corpos; um cabeleireiro que trabalhava na mesma rua dos crimes disse ter visto R. passar em direção à casa das vítimas pouco antes dos crimes; a menina de 3 anos teria saído de casa correndo e gritando o nome de R.; um carro preto foi visto próximo ao local dos crimes.

Diante destes indícios a polícia fez uma diligência ao local de trabalho de R., ocasião em que os policiais lhe teriam comunicado os crimes. Ele teria chorado *contidamente*, segundo o delegado, teria reconhecido a mochila como sua e teria negado a autoria dos crimes.

Em seguida, foi indiciado, teve a prisão temporária decretada, foi denunciado e teve a prisão preventiva decretada.

No interrogatório alegou que estava trabalhando no dia e horário dos crimes.

No sumário, o cabeleireiro confirmou seu depoimento, esclarecendo que R., no dia dos fatos, parecia portar um *volume* debaixo da jaqueta. O delegado, ouvido, disse que R. era frio e calculista por ter simulado um choro contido quando soube da morte das vítimas. O motivo dos crimes, ainda de acordo com o delegado, teria sido ciúmes em relação a sua ex-namorada porque não se conformava com a separação.

Se a presente narrativa terminasse aqui, bem como se o processo terminasse nesse estado, todos estariam inclinados a condenar R. por um duplo homicídio qualificado. Foi aí que tiveram lugar o sagrado direito de defesa e as garantias constitucionais.

Na prova de defesa depuseram companheiros de trabalho de R. que confirmaram seu álibi. Foi ouvido o chefe do sistema de segurança da empresa de R. que revelou que o acesso à empresa se dá por meio de um cartão eletrônico e que a única hipótese de um empregado sair sem ser notado seria a de um companheiro de trabalho passar o cartão pelo outro.

Diante deste quadro probatório, tornou-se imprescindível encontrar e ouvir os menores. O princípio da celeridade processual haveria de ceder diante da importância de tais depoimentos.

Os menores haviam sido retirados da casa das vítimas logo após o acontecido, pelo pai, que os levara para sua casa, em local desconhecido até aquele momento. Felizmente, dias depois, foram localizados e levados a juízo. A menina não disse nada de relevante, pois ainda se mostrava muito chocada com tudo o que ocorreu. Ao contrário, o adolescente revelou: sua avó era mãe de santo e fizera uma festa de aniversário dias antes dos crimes, tendo comparecido diversos clientes e amigos; um desses clientes, conhecido como L., discutiu com ela - o motivo da discussão seria que L. a consultava sempre antes de cometer um crime e ele estava insatisfeito porque os crimes não estavam saindo a contento, chegando a suspeitar

que a mãe de santo o estava denunciando à polícia; L. costumava portar uma pistola; L. usava vários carros diferentes, mas naquela época estava na posse de um carro preto; o aniversário fora filmado e L. apareceria na filmagem.

Com base neste depoimento, R. foi solto e depois impronunciado.

A fita do aniversário foi entregue pelo pai dos menores e dela foi extraída uma fotografia de L., o que permitiu a sua identificação. Sua prisão preventiva foi decretada.

Dias depois ele foi preso em flagrante durante um seqüestro-relâmpago. Levado a Duque de Caxias para ser interrogado no processo de homicídio ora narrado, confessou os crimes e confirmou o suposto motivo referido pelo adolescente: a suspeita de que estava sendo denunciado pela mãe de santo. A outra vítima acabou sendo morta porque estava com a mãe de santo. A arma usada no seqüestro-relâmpago foi a mesma dos crimes de homicídio. A perícia de balística confirmou que a arma apreendida no seqüestro-relâmpago foi a mesma usada no duplo homicídio.

Esclareceu que pouparia a menina, que realmente saiu correndo chamando o nome de R. Talvez tenha sido o único nome que lhe veio à mente, como um pedido de socorro.

R. dificilmente conseguirá indenização pelo tempo em que ficou preso, nem pelo dano moral acarretado pela injusta acusação, porque a jurisprudência só admite a indenização em caso de erro judiciário, o que pressupõe sentença penal condenatória, o que não ocorreu aqui.

III. O Código de Processo Penal e os Princípios Constitucionais como Tábua de Salvação

O caso foi contado para demonstrar que a sucessão com que os fatos surgem no processo, bem como o modo e a forma como são narrados, influenciam a percepção do mesmo fato e é perfeitamente possível e muito freqüente que isso leve a juízos de valor equivocados. Enquanto esses juízos de valor não passam de uma opinião, o problema não é preocupante. Mas, quando de juízos de valor decorrerem restrições a direitos fundamentais de outrem, aí o problema deixa de ser apenas preocupante para tornar-se um dos mais cruciais do Direito.

No momento em que vivemos, em que a sociedade pede a redução das garantias processuais, em que tramita no Congresso Nacional projeto de lei visando à reintrodução na sistemática processual da prisão preventiva obrigatória, em que o governo acena com medidas legais para combater a violência, o caso citado passa a ser emblemático para lembrar-nos dos R. que ainda estão presos, que ainda estão sendo submetidos a julgamento e que talvez não tenham a felicidade de encontrar uma testemunha salvadora.

Mas é justamente para eles que existem o Código de Processo Penal e as garantias constitucionais. Tornaghi disse que “*o Código de Processo penal é o estatuto protetor dos inocentes*”². Ferrajoli afirmou que “*o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro*”³.

Esse é realmente o papel das garantias processuais: legitimar, pelo estrito controle jurisdicional, a intervenção estatal na esfera individual, de modo que, se qualquer constrição de direitos vier a ser infringida, ela seja necessária, adequada e proporcional. Não é com arbítrio que se combate o crime. Não é com medidas legislativas que se resolve o problema da violência⁴.

IV. A Efetividade das Garantias Processuais Penais

Para atingir aquele escopo justificador é que existem as garantias, algumas expressas em direitos fundamentais e deles decorrentes, como a dignidade, a igualdade das partes, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação, o devido processo legal, a inviolabilidade da intimidade e do domicílio, a proibição de prova ilícita, a presunção de inocência. Isso além de outros princípios e garantias decorrentes, como a imparcialidade do juiz, o duplo grau de jurisdição, o favor rei etc.

Pode parecer que não há novidade alguma nisso, pois todas essas garantias estão presentes no processo penal brasileiro. Sim, estão presentes, mas com que grau de efetividade?

Algumas situações abaixo discutidas servirão para retomar uma antiga discussão a respeito da efetividade das garantias processuais penais e para propor uma reflexão acerca do assunto, ainda que não traga propriamente qualquer novidade. Os temas serão agrupados por princípio constitucional⁵.

² **Instituições de Processo Penal**, p. 75, volume 1, 1977, Saraiva.

³ **Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal**, p. 439, 2002, RT.

⁴ É evidente que os Códigos Penal e de Processo Penal carecem de ampla revisão para tornarem-se efetivos na sua precípua missão acima referida de legitimar, pelo estrito controle jurisdicional, a restrição de direitos, bem como para adequarem-se à Constituição. Mas não se pode esperar de uma eventual reforma e da supressão ou enfraquecimento das garantias processuais que os Códigos venham a servir de combate à violência. O combate ao estado calamitoso de violência que enfrentamos pressupõe, antes de mais nada, atos materiais de investigação e de repressão penal, aliados a uma política social e educacional arrojada, para não dizer revolucionária, por parte dos três níveis de governo, o que não tem ocorrido.

⁵ Não é objetivo deste trabalho discutir o sentido e o alcance da cada um dos princípios enfocados. Para tanto, remete-se à doutrina específica.

1º) *Ampla defesa e contraditório.*

É unânime na doutrina que a cada alegação, cabe a contra-alegação; à cada prova, faculta-se a contra-prova, de modo que o processo se desenvolve numa marcha dialética. Ocorre que essa lógica é quebrada com a intervenção do Ministério Público no segundo grau de jurisdição quando a defesa é recorrida. Neste caso, o promotor arrazoar o recurso da acusação, a defesa o contra-arrazoar e o procurador de justiça manifestar-se após a defesa, sem que esta tenha oportunidade sequer de saber o que foi arrazoado (artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal).

É certo que muitos dirão – e a maioria assim se expressa efetivamente – que o Ministério Público de segundo grau age como fiscal da lei e, não, como parte. Ainda que o argumento não possa convencer, pois o Ministério Público não pode ser parte e fiscal da lei ao mesmo tempo, no processo penal, o que importa é que, se o procurador manifestar-se após a defesa, seja com que sentido for, a defesa *tem o direito constitucional* de ser cientificada do que foi arrazoado e de contra-arrazoá-lo se lhe for desfavorável⁶.

Outra perplexidade decorre da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, realizada pela Súmula 9, em relação ao artigo 594 do Código de Processo Penal, no sentido de não ofender a presunção de inocência o ônus de recolher-se o réu à prisão para recorrer da sentença condenatória. Em que pese a súmula, consiste em evidente violação da ampla defesa impor a alguém o ônus de ficar preso para ver o seu recurso examinado pela instância superior. O recurso contra a sentença condenatória de primeiro grau é um legítimo exercício da ampla defesa que não pode ser dificultado pelo ônus de recolher-se à prisão⁷.

Outra indiferença com o princípio da ampla defesa é exemplificada com a interpretação que se tem dado ao artigo 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que autoriza o aditamento da denúncia. Até aí,

⁶ Não é aqui a sede ideal para debater especificamente o assunto. A propósito, veja-se: MARQUES, José de Frederico - **Elementos de Direito Processual Penal**, volume 4, p. 221, Forense; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - **Processo Penal, Código de Processo Penal Comentado**, volume 2, p. 335/336, 2^a ed., 1997, Saraiva; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - **O Processo Penal em face da Constituição**, p. 85/86, 2^a edição, 1998, Forense, onde argumentos são expendidos no sentido do texto.

⁷ A despeito de a súmula ainda estar vigorando, o STJ tem sido bastante comedido na sua aplicação e na aplicação do artigo 594 do C.P. Penal, exigindo não só a demonstração de fundamento para ter como necessário o recolhimento à prisão mas, também, inadmitindo qualquer embaraço ao conhecimento do recurso pelo fato de o réu não se recolher à prisão. Veja-se, por todos, RHC nº 6.110-SP, relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 22/9/97, p. 46.557.

nada de mais, não fosse a pacífica e reiterada prática de não dar ao réu não só o conhecimento formal do aditamento, por intermédio da citação, bem como a oportunidade de ser interrogado especificamente sobre a circunstância aditada.

Por fim, neste tópico, medite-se sobre a freqüente prática de interrogar o réu sem que lhe seja nomeado defensor. A ofensa ao princípio constitucional se agrava quando a citação é feita por meio de requisição do réu preso que – consabidamente – não tem a oportunidade de entrevistar-se com seu defensor antes do ato. Relembre-se de que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em cujo artigo 8º, letra c, está prevista a concessão de *tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa*.

2^{a)}) Isonomia

A Constituição assegura a isonomia entre homens e mulheres, do que decorre a isonomia entre as partes processuais e a isonomia de tratamento de réus/indiciados que estejam na mesma situação jurídica. No entanto, essa isonomia é rompida pela forma diferenciada de tratamento entre o réu pobre e o não-pobre para efeito de isenção de fiança.

Com efeito, o artigo 322 do Código de Processo Penal permite ao delegado conceder fiança em infrações punidas com pena de detenção ou prisão simples. Assim, o indiciado que pode pagar a fiança não é sequer levado ao cárcere. Mas o artigo 350 do mesmo Código não permite ao mesmo delegado – somente ao juiz – isentar o indiciado pobre daquela fiança: deste modo, o indiciado pobre deverá aguardar preso a comunicação do flagrante, o que pode ser feito até 24 horas depois da lavratura do flagrante, até que o magistrado lhe conceda liberdade provisória isentando-o da fiança.

Nada justifica a diferença de tratamento. É certo que o problema foi minimizado tangencialmente com a edição do artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, que permite não lavrar o flagrante nas infrações de menor potencial ofensivo se o autor do fato assinar um termo de compromisso de comparecimento ao Juizado. Mas a diferença de tratamento legal ainda persiste, pois há crimes punidos com detenção que não se inserem na competência dos Juizados Criminais.

3^{a)}) Sistema acusatório

A doutrina⁸ proclama que a Constituição adotou o denominado sistema acusatório. Dele decorrem diversas consequências importantes como a eqüidistância do magistrado em relação às partes e quanto à atividade probatória. Mas o artigo 209 do Código permite, sem limite algum, a pos-

⁸ Por todos, veja-se PRADO, Geraldo - **Sistema Acusatório**, 2^a edição, 2001, Lumen Juris.

sibilidade de o juiz determinar provas de ofício.

Ainda que ao magistrado se deva reconhecer algum mínimo resíduo de atividade probatória, a prática judiciária registra um razoável e ilimitado poder probatório por parte do juiz, o que desfigura o sistema acusatório preconizado pela Constituição.

4º) Inviolabilidade da intimidade

A Constituição também assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, princípio que é concretizado por outras normas que garantem o sigilo bancário e o sigilo fiscal, que só podem ser *quebrados* nos casos autorizados por lei. Tais leis prevêem que, em caso de restrição, a autoridade que receber os dados bancários ou fiscais oriundos da quebra decretada fica responsável pela sua guarda e sigilo.

Independentemente do que prevêem as leis referidas e a Constituição, a prática judiciária demonstra que os sigilos são quebrados em determinado dia e, no dia seguinte, os dados bancários e fiscais da pessoa envolvida são publicados estridentemente pela imprensa, sem qualquer controle por parte das autoridades responsáveis.

5º) Inviolabilidade do domicílio

O mesmo tem ocorrido com a inviolabilidade do domicílio. A despeito de a Constituição a assegurar, exceto em caso de flagrante delito e de mandado judicial, é muito comum que as diligências policiais de cumprimento de mandados de prisão sejam realizadas à luz dos holofotes da imprensa⁹.

6º) Dignidade da pessoa humana

É princípio específico da República brasileira o respeito à dignidade da pessoa humana. Sabe-se que a investigação criminal e o processo penal representam restrições necessárias ao estado de dignidade do investigado e do réu, bem como a sua intimidade e a sua vida privada. A questão é indagar até que ponto essa restrição necessária é legítima e em que ponto ela se transforma em restrição ilegítima. Todos sabem que há inquéritos que duram seis, sete, oito anos; processos penais que alcançam nove, dez, onze, doze anos. É preciso impor um limite. É preciso que os processos tenham um prazo – ainda que elástico, mas não eterno – para terminarem, sem cogitar-se em prazo prescricional, que é outra coisa. A prescrição provoca a extinção da punibilidade, instituto diferente do que se está cogitando aqui. O que se propõe é que o réu seja julgado em determinado momento, no estado em que se encontrar o processo. Ele tem o direito de ser julgado, esgotado o prazo razoável para término da instrução processual e desde

⁹ Recentemente, a prisão do presidente do sindicato dos rodoviários de São Paulo foi feita no interior de seu domicílio, ao qual teve acesso a imprensa, por óbvia permissão da autoridade policial.

que opte por ser julgado naquele momento.

É intuitivo que não se está advogando a irresponsabilidade da prestação jurisdicional e a indiferença quanto à atividade probatória. É justamente o contrário: o que se está sustentando é que o juiz seja responsável pelo processo – ainda que isso pareça óbvio – que marque um prazo para término das diligências requeridas pelas partes. O juiz deve assegurar que o processo termine em prazo razoável e a lei deve dizer quais sejam os parâmetros da razoabilidade: nada que invabilize a persecução penal, mas que sirva de limite à eternização dos processos.

Tais práticas judiciais, pretensamente amparadas por dispositivos antinômicos – na verdade, revogados pela Constituição ou submetidos à nova interpretação conforme o texto constitucional - indicam um baixo grau de efetividade das garantias constitucionais, que por sua vez, apontam para um imenso grau de ilegitimidade das normas infraconstitucionais, que deve ser declarada definitivamente e sem mais tardança.

V. A Colisão de Direitos Fundamentais e Processo Penal

A par da baixa efetividade das garantias constitucionais, outro problema surge com a colisão entre elas, no caso concreto, com a consequente supressão ou diminuição da esfera de proteção de uma delas.

Essas garantias¹⁰ em colisão localizam-se, muitas vezes, em princípios constitucionais que compõem os denominados direitos fundamentais¹¹.

Para resolver essa colisão – que é uma colisão de direitos fundamentais - propõe-se a seguinte metodologia, com apoio em diversos autores que trataram do tema:

1^{a)}) Verificar a delimitação constitucional dos direitos envolvidos, pois pode ser que determinado direito ou garantia não abrigue ou proteja aquela situação fática, ou seja, aquela situação fática não esteja contida, ou protegida, pelo direito fundamental.

Ignácio de Otto Y Pardo assim se manifesta sobre o assunto:

*“El primer elemento para la determinación del contenido del derecho es, en consecuencia, la identificación del ámbito de la realidad aludida”*¹² porque *“las conductas de las que deriva la eventual amenaza*

¹⁰ Direitos são declarações que investem o titular em situação jurídica de vantagem, enquanto garantias são instrumento de efetivação daqueles direitos. A doutrina reconhece distinção entre os direitos e as garantias. Recorrendo a Paulo Bonavides: “A garantia - meio de defesa - se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 482, 5^a edição, 1995, Malheiros).

¹¹ Segundo Carl Schmitt, o reconhecimento de um direito como fundamental produz três consequências: esfera de liberdade ampla para o indivíduo e ingerência limitada do Estado; intervenção estatal depende de lei; fazem parte da essência da Constituição (*Teoría de la Constitución*, p. 142, Alianza Editorial).

¹² *Derechos fundamentales y constitución*, p. 142, 1988, Editorial Cívitas.

*del bién cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas*¹³.

Por exemplo, pretender o réu não ser citado na frente de seu empregador ou na frente de seus familiares não é um direito fundamental referido à dignidade ou à intimidade e não poderia ser invocado por ele para furtar-se a ato citatório ou mesmo para alegar nulidade do ato.

2º) Identificar o significado dos conceitos contidos nos princípios em colisão. Pode acontecer que determinado conceito seja restritivo e não alcance uma determinada situação fática. Por exemplo, o princípio da inviolabilidade da intimidade não protege documentos públicos, nem o ambiente público, tampouco comunicações públicas entre agentes públicos. É preciso investigar profundamente o significado dos conceitos utilizados pelo legislador e o contexto em que foram usados.

Veja-se a lição de Karl Larenz¹⁴:

"No entanto, a técnica jurídica continua a ser sempre só uma função do princípio valorativo subjacente. Há-de sempre manter-se o olhar por cima das fórmulas positivas em direcção à idéia, ao núcleo de sentido dos institutos jurídicos, que nelas e por meio delas se mantém. Isto não pode significar outra coisa senão que a Jurisprudência científica, se quiser compreender as decisões de valor dadas de antemão numa regulação jurídico-positiva e os problemas delas resultantes, não deve quedar-se nos conceitos técnicos-jurídicos, mas há-de perguntar pelo conceito determinado pela função que se esconde por detrás do conceito técnico jurídico, tanto quanto através dele se deixa transparecer... Tanto o princípio como o conceito determinado pela função remetem para algo que está para além deles: o princípio para as concretizações em que o seu sentido se desenvolve; o conceito determinado pela função remete de novo para o princípio".

3º) Verificar se neste confronto o legislador já estabeleceu uma ponderação, caso em que terá restado pouco espaço para a ponderação judicial.

Essa ponderação normalmente é feita por regras que concretizam determinados princípios, como a proibição da utilização da prova ilícita no processo. Do mesmo modo, a decretação de prisão só pode ocorrer nos termos das previsões legais (artigos 311 a 313 do Código de Processo Penal, Lei nº 7.960, Lei nº 8.072) e, de maneira alguma, como produto de uma ponderação judicial de bens em confronto.

¹³ *Ibidem*, p. 137

¹⁴ *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 691/692, 1997, Calouste Gulbenkian.

De acordo com Canotilho¹⁵, as regras incidem ou não incidem nas situações fáticas a elas submetidas, enquanto os princípios podem ou não incidir, de acordo com a sua densidade ou mediante a intermediação de regras que os concretizem. Conforme o mesmo autor, regras “*são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção*”, enquanto que os princípios “*são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada*”. Se a ponderação entre princípios constitucionais for feita pelo legislador por meio de regras jurídicas, estas, se compatíveis com os valores constitucionais, incidem nas hipóteses concretas e não podem ser afastadas por decisão judicial. Somente se desarrazoadas tais regras, se desconformes com os valores constitucionais, poderiam ser afastadas pela atividade jurisdicional.

4º) Tratando-se realmente de uma colisão de direitos fundamentais e não havendo uma ponderação já realizada pelo legislador, passa-se à ponderação judicial de bens constitucionais, conforme explicou Karl Larenz¹⁶: “*No caso de contradição entre princípios, tem, portanto, cada princípio de ceder perante outro, de modo a que ambos sejam actuados em termos óptimos(...). Em que medida seja este o caso depende do escalão do bem jurídico em causa em cada caso e requer, ademais, uma ponderação de bens*”.

A ponderação tem lugar porque nenhum direito fundamental é absoluto, nenhum é ilimitado. Todos encontram limitação nos demais direitos fundamentais. É exatamente isso que sustenta a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais. Assim a explica Ignácio de Otto y Pardo¹⁷: “*los derechos y libertades, por reconocerse en el interior del ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos*”

5º) Sendo necessário estabelecer uma ponderação de bens, recorre-se à teoria respectiva que construiu um método próprio para tanto, que prevê as seguintes etapas:

a) Confrontar o peso que a Constituição atribui aos direitos em colisão, genericamente. Nessa etapa não se cogita ainda do caso concreto. No processo penal tais direitos normalmente são a segurança pública, de um lado, e os direitos à liberdade e à intimidade de outro. É possível extrair

¹⁵ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 112, 2ª edição, 1988, Almedina.

¹⁶ Op. cit., p. 675/676.

¹⁷ Op. cit., p. 110.

da Constituição uma certa prevalência genérica e abstrata destes últimos em detrimento do primeiro.

b) Confrontar o peso específico que a Constituição atribui aos direitos em colisão, com os olhos postos no caso concreto. Aqui é importante sinalar que o direito à segurança pública precisa ser decomposto nos bens jurídicos políticos, penais e processuais que visa a proteger, no caso concreto. Assim, pode-se ter uma colisão entre a ordem pública e a liberdade; a segurança do bem jurídico penal patrimônio, de um lado, e de outro o direito à intimidade; a segurança do processo (conveniência da instrução criminal), de um lado, e a liberdade do outro. Ou seja, o princípio da segurança pública precisa ser informado à luz de sua específica função de proteger determinado bem jurídico e é este bem jurídico que deve ser confrontado com o outro valor constitucional (liberdade, intimidade etc.).

c) De posse dos pesos genéricos e específicos de cada um dos direitos em colisão, passa-se à última etapa que é estabelecer o valor preponderante no caso concreto e o grau da restrição ao outro direito não preponderante, utilizando-se dos subprincípios da adequação ou idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Nicolas González-Cuellar Serrano¹⁸, o subprincípio da idoneidade ou adequação consiste na relação de causalidade da medida e o fim pretendido. O subprincípio da necessidade exige a intervenção mínima possível na esfera do outro direito. E o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito significa a razoabilidade da restrição imposta a um direito fundamental sobre o outro.

Como se vê, mesmo com todas as cautelas metodológicas para estabelecer parâmetros para a ponderação, esta última etapa recairá, sempre, na valoração subjetiva do intérprete. O objetivo do método, portanto, não é afastar a valoração subjetiva, mas controlá-la para que seja a mais transparente e racional possível.

VI. Conclusão

Como quase nunca é possível reconstruir inteiramente o fato submetido a julgamento penal, tendo-se dele apenas uma versão indireta, é preciso observar muito precisamente os métodos de produção da prova, agir com absoluto respeito às garantias constitucionais e legais do processo penal e ponderar adequadamente os bens jurídicos em confronto.

Afirmou Ferrajoli que o magistrado deve ter “*a dúvida como hábito*

¹⁸ Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, 1990, Editorial Colex..

profissional”¹⁹ e, por isso, a única verdade apreendida pelo processo é a que pode ser verificável objetivamente pelo Juiz e pelas partes, com respeito a todos os princípios constitucionais²⁰.

Em música célebre, Paulinho da Viola disse: “As coisas estão no mundo, só que eu preciso aprender”. Poderíamos parodiá-lo dizendo: os direitos estão na Constituição, só que nós ainda estamos aprendendo a aplicá-los. □

¹⁹ *Ibidem*, p. 439.

²⁰ *Ibidem*, p. 369/370.

Mecanismos de Defesa do Estado e das Instituições Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio

HUMBERTO PEÑA DE MORAES

Defensor Público (RJ) aposentado, professor do Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito - CEPAD e expositor-convidado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

1. Introdução

O Estado de direito,¹ o Estado constitucional democrático,² o “*Governo de leis e não de homens*”, esse na expressão de Norberto Bobbio,³ é o Estado em que a vida social é regulada por normas jurídicas, *mesmo nos momentos de crise*.

Por essa razão, mantém as Constituições contemporâneas, na sua tessitura, *mecanismos excepcionais* para enfrentar situações político-institucionais ou socialmente adversas, de sorte a permitir a substituição, *momentânea e ocasional*, do sistema de legalidade ordinária — coincidente com período de normalidade — pelo de *legalidade extraordinária* — coincidente com *período de crise* —, investindo, em consequência, o Presidente da República no exercício de poderes excepcionais, taxativamente enumerados no instrumento fundamental sobre o qual se apoiam.

É o denominado *sistema constitucional das crises*, considerado por Alexandre de Moraes, citando Paolo Barile, como “*consistente em um conjunto de normas constitucionais, que informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crise e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitutiva*”.

¹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "A Democracia no Limiar do Século XXI", Saraiva: São Paulo, 2001, p. 95 e s.

² Cf. J.J. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 3^a ed., Almedina: Coimbra, 1999, p. 95 e s.

³ Cf. "Governo degli uomini o governo delle leggi", in "Il Futuro della Democrazia", Einaudi, Torino, 1995, p. 169 e s., citado por J. J. Gomes Canotilho, *in* ob. cit.

cional"⁴, impondo limitações *consentidas* a liberdades públicas.

1.1. Mecanismos constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas albergados no Texto vigente e a titularidade do seu exercício

O Texto em vigor albergou sob o pálio do Título V, reservado à *defesa do Estado e das instituições democráticas*, apropriados em capítulos distintos, os mecanismos constitucionais do *estado de defesa* e do *estado de sítio*, sediando-os no espaço compreendido entre os artigos 136 *usque* 141.

Registre-se que, ao lado de tais mecanismos — *estado de defesa* e *estado de sítio* — o legislador constituinte de 1988 fez alocar, também, sob a mesma rubrica — Título V —, as *Forças Armadas*⁵ e a *segurança pública*⁶, conferindo-lhes contorno próprio, na perspectiva constitucional.

A titularidade, no que tange à decretação dos mecanismos cuidados — *estado de defesa* e *estado de sítio* —, satisfeitas as formalidades do estilo, é do Presidente da República, consoante a dicção das disposições catalogadas nos artigos 84, inc. IX, 136, *caput*, e 137, também *caput*, da Constituição Federal em vigor.

1.2. Princípios Regentes

A decretação dos mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas — *estado de defesa* e *estado de sítio* —, inaugurando sistema de *legalidade extraordinária*, deve sujeitar-se a princípios regentes do tema, à vista de peculiaridades que lhes são intrínsecas.

Assim, constituem princípios informadores do *sistema constitucional das crises*, segundo o magistério de Aricê Moacyr Amaral Santos, citado por José Afonso da Silva, o princípio da *necessidade* e o princípio da *temporariedade*, cuja incidência “nos sistemas de legalidade especial determina: a) a declaração é condicionada à ocorrência de pressuposto fático; b) os meios de resposta têm sua executoriedade restrita e vinculada

⁴ "Direito Constitucional", 11^a ed., Atlas: São Paulo, 2002, p. 647.

⁵ CF, art. 142 et 143.

⁶ CF, art. 144.

a cada anormalidade em particular e, ainda, ao lugar e tempo; c) o poder de fiscalização política dos atos de exceção é da competência do Legislativo; d) o controle judicial a tempore e a posteriori é do Judiciário.”⁷

Aos princípios acima elencados — *necessidade e temporariedade* —, Uadi Lammêgo Bulos acrescenta, com propriedade, um terceiro: o da *proporcionalidade*, valendo-se do sólido argumento de que, “*para serem adotadas tais medidas, elas devem ser proporcionais aos fatos que justificaram a sua adoção.*⁸

Releva percutir que a inobservância de qualquer desses princípios compromete a higidez da providência adotada, sinalizando intolerável arbítrio e clara lesão dos postulados democráticos.

1.3 Finalidade

A finalidade da instauração do sistema em referência, próprio para o enfrentamento dos *períodos transitórios* de crise, consultadas as razões que a autorizam, é a *manutenção ou o restabelecimento* da normalidade constitucional, conforme sublinhado alhures, comprometida pela ocorrência, por vezes conjugada, de múltiplos fatores de desestabilização, inclusive social, ou que reclamem providências em ordem que derive, *verbi gratia*, de guerra externa ou resposta a agressão armada estrangeira.

Sobre ser da hipótese, merece transcrita, neste passo, a percutiente observação de José Celso de Mello Filho, guardando absoluta atualidade, *in verbis*:

“A preservação da intangibilidade do ordenamento e da autoridade do Estado, ameaçados por situações de crise político institucional ou social, constitui o objetivo específico desses instrumentos jurídicos postos à disposição do Poder Executivo federal. As regras constitucionais em análise instituem direitos públicos subjetivos deferidos ao Estado, que geram, no âmbito da sociedade civil, o status subjectionis, complexo de relações jurídicas que impõem às pessoas deveres, prestações e encargos, a serem por elas cumpridos e observados em benefício da organização estatal. A excepcionalidade dos mecanismos constitucionais de defesa do Estado torna necessariamente transitório o exercício dos poderes extraordinários de que o Executivo, por autorização constitucional, se investe. O status subjectionis, gerado por tais mecanismos, afeta,

⁷ “O Estado de Emergência”, Sugestões Literárias, 1981, p. 33. Cf. José Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 20^a ed., Malheiros: São Paulo, 2002, p. 737 e s.

⁸ “Constituição Federal Anotada”, 3^a ed., Saraiva: São Paulo, 2001, p. 1037.

*de modo substancial, o regime das liberdades públicas.*⁹

Aduza-se que as disposições constantes dos artigos 136 usque 141, referentes aos mecanismo *sub examine* — *estado de defesa e estado de sítio* —, residem entre os denominados *elementos de estabilização constitucional*, “*consagrados nas normas destinadas a assegurar*”, força no autorizado magistério de José Afonso da Silva, “*a solução de conflitos constitucionais, a defesa da constituição, do Estado e das instituições democráticas, premunindo os meios e técnicas contra sua alteração e infringência, e são encontrados no art. 102, I, a (ação de constitucionalidade), nos arts. 34 a 36 (Da Intervenção nos Estados e Municípios), 59, I, e 60 (Processo de Emendas à Constituição), 102 e 103 (jurisdição constitucional) e Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, especialmente o Capítulo I, porque os Capítulos II e III, como vimos, integram os elementos orgânicos).*” (O destaque não é do original).¹⁰

2. Estado de Defesa

2.1 Conceito

Trata-se o *estado de defesa*, consoante hospedado no sistema em curso, de mecanismo de extração constitucional consistente na adoção de medidas excepcionais que importam em restrições a direitos, ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, além da possibilidade de prisão por crime contra o Estado, na ocorrência de hipóteses a que se refere o art. 136, *caput*, da *Lex Fundamentalis*,¹¹ visando a defesa do estado e das instituições democráticas.

Correspondendo ao instituto das *medidas de emergência*, presente no Texto anterior, o *estado de defesa* consiste em uma forma mais branda de estado de sítio.

Assim, o mecanismo em voga pode ser decretado para preservar, ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidade de grandes proporções na natureza.

Observe-se que a adoção do *estado de defesa* deve circunscre-

⁹ “Constituição Federal Anotada”, Saraiva: São Paulo, 1984, p. 383.

¹⁰ Ob. citada, p. 45.

¹¹ Art. 136, caput. “O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidade de grandes proporções na natureza.”

ver-se a locais restritos e determinados,¹² sendo “defesa sua extensão a todo o País” — no caso, a medida eventualmente cabível seria o *estado de sítio* —de acordo com a opinião de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, em oportuno escólio sobre o tema.¹³

2.2 Fundamento constitucional

O fundamento constitucional para a instauração do *estado de defesa* está lastreado na regra inserta no art. 136, *caput*, do Diploma em curso.

A expedição do decreto que deflagra o mecanismo cogitado inclui-se entre as atribuições exclusivas do Presidente da República, satisfeitos os encargos de praxe.¹⁴

“*Nas sociedades organizadas*”, a afirmação é de José Carlos Cal Garcia, “*as crises, não obstante inevitáveis, são previsíveis nas suas consequências, podendo, assim, ser evitadas ou reduzidas.*”¹⁵

3.3 Pressupostos de fundo

Constituem pressupostos de fundo para a instauração do *estado de defesa*, conforme a pronúncia do art. 136, *caput*, do ordenamento maior, (i) *a grave e iminente instabilidade institucional* e (ii) *calamidade de grandes proporções na natureza* que ameacem, em qualquer das circunstâncias anotadas, a *ordem pública* ou a *paz social*.

Lavre-se que, na primeira hipótese — *grave e iminente instabilidade institucional* —, não basta, tão-somente, a proximidade, a iminência de instabilidade institucional, de comoção localizada que ponha “*em risco as estruturas estabelecidas pelo Estado e pela sociedade*”,¹⁶ de forma a autorizar a decretação do mecanismo telado. É essencial que essa episódica ocorrência seja qualificada por efetiva *gravidade*, isto é, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*que a ordem não possa ser restabelecida pelo recurso aos meios coercitivos normais, com que conta, sempre, o Poder Público.*”¹⁷

No que pertine ao segundo pressuposto — *calamidade de grandes proporções na natureza* —, adverte José Afonso da Silva que “*A calamida-*

¹² CF, art. 136, *caput*.

¹³ “**Curso de Direito Constitucional**”, Saraiva: São Paulo, 1998, p. 300.

¹⁴ CF, arts. 84, IX, e 136, *caput*.

¹⁵ “**Linhas Mestras da Constituição de 1988**”, Saraiva: São Paulo, 1989, p. 142.

¹⁶ “**A Constituição do Brasil - 1988**”, Price Waterhouse, 1989, p. 595.

¹⁷ “**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**”, 2^a ed., Saraiva: São Paulo, v. 2, p. 59.

de é sempre um fato de desajuste no âmbito de sua verificação, mas, nos termos do texto constitucional, ela terá que ser de grandes proporções e ainda gerar situação de séria perturbação à ordem pública ou à paz social para servir de base à decretação do estado de defesa.”¹⁸

2.4 Pressupostos de forma

2.4.1 Prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional

De outro ângulo, a prévia manifestação dos Conselhos da República¹⁹ e de Defesa Nacional,²⁰ inclui-se entre os pressupostos formais e, portanto, inarredáveis, do processo de instauração do *estado de defesa*, pena de inconstitucionalidade da medida.

A oitiva de tais Conselhos, inseridos entre os órgãos superiores de consulta do Presidente da República, quanto obrigatória, não vincula, todavia, o Chefe do Poder Executivo que, ante o caráter meramente opinativo das respostas, poderá decretar a providência mesmo quando as manifestações institucionais se posicionarem em contrário.²¹ O Presidente da República exerce, na hipótese, juízo de interesse e oportunidade.

Observe-se que no *estado de defesa*, o Presidente da República consulta os Conselhos da República e de Defesa Nacional para *decretar* a medida,²² diversamente do que ocorre na hipótese de ordenação do estado de sítio, o que se verá adiante, quando então o Chefe do Poder Executivo consulta os Conselhos para *solicitar* autorização parlamentar necessária à imposição da providência excepcional.²³

2.4.2 Decreto presidencial: conteúdo

O decreto que instaura a medida emergencial, compondo, com a prévia manifestação dos Conselhos consultivos, os *pressupostos de forma* da providência reportada, deverá conter, além da indicação do tempo de sua duração, a especificação das áreas abrangidas e a explicitação das

¹⁸ Ob. cit., p. 740.

¹⁹ CF, art. 90, I.

²⁰ CF, art. 91, § 1º, II.

²¹ Cf. Pedro Lenza, “Direito Constitucional Esquematizado”, 6ª ed., Método: São Paulo, 2003, p. 339 e s.

²² CF, art. 136, caput.

²³ CF, art. 137, *caput*.²⁴ CF, art. 136, § 1º.

medidas coercitivas que serão adotadas.²⁴

Dentre as providências excepcionais, constitucionalmente permitidas, estão (i) as *restrições aos direitos de a) reunião*, ainda que exercida no seio de associações, b) *sigilo de correspondência*, c) *sigilo de comunicação telegráfica e telefônica*, (ii) a *ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos*, na hipótese de calamidade pública — respondendo a União pelos danos e custos decorrentes — e (iii) a *prisão por crime contra o Estado*,²⁵ determinada pelo executor da medida, que será comunicada imediatamente ao juiz competente, para a constatação de sua legalidade, sendo facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial.²⁶

É importante destacar, neste ponto, que a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, caracteriza, igualmente, exceção ao princípio consagrado no art. 5º, inc. LXI, da Constituição da República, segundo o qual ninguém será preso senão em *flagrante delito* ou por *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*.

Note-se que a Constituição atual, no que alude à medida comentada, não faz menção explícita à designação de *executor do estado de defesa*,²⁷ ao contrário do que ocorre em relação ao sítio, sendo factível, no caso, a aplicação analógica do dispositivo constante do art. 138, *caput*, do mesmo diploma.²⁸

Há opinião na doutrina no sentido de que o desrespeito, por parte do Presidente da República, dos pressupostos de fundo e de forma induz o reconhecimento da prática de crime de responsabilidade, previsto na ambicância do art. 85 da Constituição Federal, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais.²⁹

²⁴ CF, art. 136, § 1º.

²⁵ Cf. Nagib Slaibi Filho, "Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais", 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1989, p. 311.

²⁶ CF, art. 136, § 1º, I e II.

²⁷ CF, art. 136.

²⁸ Art., 138, *caput*. "O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas." Cf. Price Waterhouse, ob. cit., p. 598 e s.

²⁹ Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 650.

2.5 Duração

O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado *uma única vez*, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.³⁰ Não haverá, portanto, prorrogação de prorrogação.

Vale mencionar, sobre o assentado, que a prorrogação consentida — *uma vez* —, fica sujeita ao mesmo procedimento imposto, na Constituição Federal, para a decretação inicial da providência — *audiência prévia dos Conselhos da República e de Defesa Nacional e decreto do Presidente da República*.³¹

Findo o período inicial de trinta dias, prorrogado, *uma vez*, por igual lapso de tempo, e persistindo as razões que justificaram a decretação da medida extraordinária, não restará ao Presidente da República outra alternativa senão a de recorrer ao estado de sítio, valendo-se do argumento da *ineficácia das providências tomadas durante o estado de defesa*.³²

6.6 Controles: político e jurisdicional

O estado de defesa não encerra situação de arbítrio, senão mecanismo que objetiva, finalisticamente, a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional, atendidas as situações que autorizam a sua decretação.

Pelo fato, o instituto sobre o qual se versa está submetido, o que ocorre também com o estado de sítio, a um duplo sistema de controle: o (i) político e o (ii) jurisdicional.

É forçoso admitir que a complexidade do regime que envolve o controle integrado à instituição do *estado de defesa* decorre, à toda evidência, da natureza excepcional do sistema das crises, a exigir o irrestrito cumprimento das disposições constitucionais adequadas à espécie.

2.6.1 Controle político

O controle político da medida, a cargo do Congresso Nacional, será operado, em sucessivos momentos, ordenados no tempo.

O primeiro consiste na apreciação do decreto que instituir ou prorrogar o *estado de defesa*, a ser encaminhado, pelo Presidente da República, com a respectiva justificação, em vinte e quatro horas, ao órgão

³⁰ CF, art. 136, § 2º.

³¹ CF, art. 136, *caput*.

³² CF, art. 137, I.

do Poder Legislativo, que decidirá por maioria absoluta, conferindo-lhe, ou não, aprovação.³³

Encontrando-se em recesso, o Congresso Nacional será convocado extraordinariamente, incumbindo-lhe apreciar o decreto, em qualquer caso, dentro de dez dias, contados do seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o *estado de defesa*.³⁴

Recusado o edito, cessa imediatamente a providência extraordinária,³⁵ sendo de admitir que “os atos regularmente praticados em sua vigência são considerados e, assim, têm repercussão no mundo jurídico.”³⁶

Não obstante o gerenciamento do decreto que instituir ou prorrogar o *estado de defesa*, o processo de instituição da medida será submetido, também, a controles *concomitante* e *sucessivo*.

O *controle concomitante* será realizado por Comissão designada pela Mesa do Congresso Nacional, composta de cinco de seus membros, que acompanhará e fiscalizará a execução das medidas em apreço.³⁷ O expediente cuidado e comum, também, ao estado de sítio.

O *controle sucessivo*, de seu turno, atuará após o término do *estado de defesa* e a consequente cessação dos seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes,³⁸ ocasião em que o Presidente da República deverá encaminhar mensagem ao Congresso Nacional relatando as medidas aplicadas, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos, e indicação das restrições impostas.³⁹

Não havendo aceitação, pelo Congresso Nacional, das razões apresentadas pelo Presidente da República, através do expediente sobredito, a ocorrência poderá identificar modalidade de crime de responsabilidade.⁴⁰

³³ CF, art. 140.

³⁴ CF, art. 136, §§ 5º e 6º.

³⁵ CF, art. 136, § 7º.

³⁶ Price Waterhouse, ob. cit., p. 601.

³⁷ CF, art. 140.

³⁸ CF, art. 141, *caput*. Possibilidade de controle jurisdicional sucessivo sobre a conduta dos executores ou agentes da medida. Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 742. Responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º.). Cf. Sylvio Motta & William Douglas, 11ª ed., Impetus: Rio de Janeiro, 2002, p. 509.

³⁹ CF, art. 141, p. único.

⁴⁰ Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 742.

2.6.2 Controle jurisdicional

A decretação dos mecanismos constitucionais de defesa do Estado não impede o acesso das pessoas interessadas ao Poder Judiciário.

Em razão disso, o Poder Judiciário pode e deve ser provocado, formalmente, para pronunciar-se acerca da exação dos atos praticados com espeque nos poderes de crise.⁴¹

Dessa maneira, o controle jurisdicional, em tema de *estado de defesa*, encontra alicerce na disposição contida no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, prestigiando o princípio da *inafastabilidade do controle judicial*.⁴²

Inobstante isso, o legislador constituinte originário fez inscrever, no Texto Fundamental, normas que, identificando fundada preocupação, sinalizam a possibilidade de submetimento a controle jurisdicional de atos praticados com sede em medidas extraordinárias de defesa do Estado e das instituições democráticas.

Servem de exemplo do afirmado o preceito que define acerca da prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, aprazando que seja comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal,⁴³ o que dispõe relativamente à prisão ou detenção de qualquer pessoa, impedindo que seja superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário,⁴⁴ e o que veda a incomunicabilidade do preso.⁴⁵

3. Estado de Sítio

3.1 Conceito

Agasalhado no Título V do ordenamento em vigor, junto ao estado de defesa, consiste o *estado de sítio* no emprego de medidas excepcionais

⁴¹ Segundo José Celso de Mello Filho, "Os atos emanados dos agentes públicos, que excedam as faculdades excepcionais deferidas ao Poder Público ou que desrespeitem as regras constitucionais disciplinadoras dos mecanismos de defesa do Estado, são passíveis de controle jurisdicional, inclusive por meio dos remédios do habeas corpus ou do mandado de segurança." Ob. cit., p. 385.

⁴² CF, art. 5º, XXXV. "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

⁴³ CF, art. 136, § 3º, I.

⁴⁴ CF, art. 136, § 3º, III.

⁴⁵ CF, art. 136, § 3º, IV.

que resultam em suspensão temporária de *garantias constitucionais*, na ocorrência de hipóteses a que se refere o art. 137, *caput*, da Lei Fundamental,⁴⁶ visando a defesa do Estado e das instituições democrática.

É consabida a distinção feita por Ruy Barbosa, em comentário à Constituição de 1891, entre *direitos* e *garantias* constitucionais.

Com efeito, asseverou o insigne brasileiro que *direitos*, no plano em evidência, são normas *declaratórias*, ou seja, as “que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos”, enquanto que as *garantias* são normas *asecuratórias*, é dizer, aquelas que, “em defesa dos direitos, limitam o poder.”⁴⁷

Sem embargo, a doutrina mais atual inseriu na discussão da matéria o tema dos *remédios constitucionais*, isto é, de *ações com sede constitucional que tutelam os direitos, na hipótese de violação das garantias*. Por tal circunstância cogita-se, modernamente, de uma dessemelhança não apenas entre *direitos* e *garantias*, mas entre *direitos*, *garantias* e *remédios*.

Deriva do exposto que, na eventualidade da decretação do *sítio*, dar-se-á a suspensão das *garantias* e não dos *direitos* ou dos *remédios constitucionais*, que permanecerão ilegos.⁴⁸

Acentua Carlo Baldi, em obra coletiva coordenada por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, que “Com a expressão ‘Estado de Sítio’ se quer geralmente indicar um regime jurídico excepcional a que uma comunidade territorial é temporariamente sujeita, em razão de uma situação de perigo para a ordem pública, criado por determinação da autoridade estatal ao atribuir poderes extraordinários às autoridades públicas e ao estabelecer as adequadas restrições à liberdade dos cidadãos.”⁴⁹

Podendo alcançar a totalidade do território nacional, a decretação do *estado de sítio* pressupõe, na aguda apreciação de Kildare Gonçalves Carvalho, “a ocorrência de situações de maior gravidade que as justificadoras do estado de defesa.”⁵⁰

⁴⁶ Art. 137. “O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o de Segurança Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I. - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.”

⁴⁷ “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, Saraiva: São Paulo, 1934, V v., p. 181. Textos coligidos e ordenados por Homero Pires.

⁴⁸ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Curso de Direito Constitucional”, 29^a ed., Saraiva: São Paulo, 2002, p. 331.

⁴⁹ “Dicionário de Política”, 9^a ed., Universidade de Brasília: Brasília, 1997, p. 413. Tradução de Carmen C. Varriale, et al.

⁵⁰ “Direito Constitucional Didático”, 3^a ed., Del Rey: Belo Horizonte, 1994, p. 396.

3.2 Fundamento constitucional

O fundamento constitucional do *estado de sítio*, como instrumento de defesa do Estado e das instituições democráticas, está suportado, o que foi visto, no comando inserto no art. 137, *caput*, da **Lex Fundamentalis** vigente.⁵¹

Da forma como ocorre em relação o estado de defesa, a instrumentalização do *sítio* se insere entre os encargos privativamente confiados ao Presidente da República, como Chefe do Poder Executivo.⁵²

As hipóteses em que a medida poderá ser decretada residem, no dispositivo suso, em rol exaustivo.

3.3 Pressupostos de fundo

São pressupostos de fundo do *estado de sítio*, em ordem a legitimar a efetivação da providência extraordinária sob exame, (i) a *comoção grave de repercussão nacional*, (ii) a *ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa* e (iii) a *declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*.⁵³

Destarte, por *comoção grave de repercussão nacional* deve entender-se a perturbação da ordem que põe em risco a estabilidade do regime e das instituições democráticas tuteladas pela Constituição Federal.⁵⁴ Frise-se, em complemento, que a comoção da qual se trata há de ter, necessariamente, reflexo *nacional*, não se adequando a situações regionalizadas ou locais.

Acerca da decretação do *sítio* com âncora no segundo pressuposto — *ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa* — é relevante notar que o instituto em observação, sobre ser mais denso do que o do estado de defesa, o que é inegável, conta, ainda, com rol de providências restritivas mais amplo.⁵⁵ É útil lembrar, ademais, que o reportado estado de defesa só pode ser prorrogado uma vez.⁵⁶ Assim, findo o período de prorrogação, presentes, ainda, os fatos que auspiciaram a decretação inicial do instituto, não restará ao Presidente da República, efetivamente, outra opção senão a de avaliar a possibilidade de, cumpridas as formalidades

⁵¹ Nota de rodapé nº 46.

⁵² CF, art. 84, IX.

⁵³ CF, art. 137, *caput*. Nota de rodapé nº 46.

⁵⁴ Price Waterhouse, ob. cit., p. 602.

⁵⁵ CF, art. 139.

⁵⁶ CF, art. 136, § 2º.

do estilo, vir a lograr autorização congressual para implementar o estado de sítio.

A guerra estadeada pela Constituição Federal, com possibilidade de permitir a instituição do *estado de sítio*, é a de caráter *externo*, objeto, inclusive, de declaração formal por parte do Presidente das Repúlicas, autorizado pelo Congresso Nacional.⁵⁷

Resposta a agressão armada estrangeira, conforme presente do texto,⁵⁸ deve ser entendida como situação de guerra dependente do referendo do Congresso nacional.⁵⁹

3.4 Pressupostos de Forma

3.4.1 Prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional

Da forma como ocorre com o estado de defesa, também em relação à decretação do *estado de sítio* o Presidente da República deve colher, previamente, o pronunciamento dos Conselhos da República e de Defesa Nacional.

O expediente retratado acima guarda, contudo, característica própria que o identifica em face do previsto para o estado de defesa.

Realmente, quanto na hipótese do estado de defesa o Presidente da República consulta os referidos Conselhos para decretá-lo,⁶⁰ na circunstância do *estado de sítio* o Chefe do Poder Executivo consulta os Conselhos para *solicitar autorização* ao Congresso Nacional, necessária à sua decretação.⁶¹ Esclareça-se que idêntico procedimento deve ser observado quando da prorrogação da medida.

Aqui, como no estado de defesa, a audiência dos Conselhos é obrigatória, ainda que não vinculante.

A solicitação endereçada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional deve ser motivada o *quantum satis*, carecendo a decisão parlamentar de ser adotada por maioria absoluta de votos.⁶²

⁵⁷ CF, arts. 49, II e 84, XIX.

⁵⁸ CF, art. 137, II, *in fine*.

⁵⁹ Cf. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 743 e Fundação Prefeito Faria Lima - Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM, "Breves Anotações à Constituição de 1988", Atlas: São Paulo, 1990, p. 322.

⁶⁰ CF, art. 136, *caput*.

⁶¹ CF, art. 137, *caput*.

⁶² CF, art. 137, p. único.

Instada a autorização para decretar o *estado de sítio* durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal convocará extraordinariamente o Congresso Nacional, a fim de apreciar o pedido.⁶³ O órgão do Poder Legislativo permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.⁶⁴

3.4.2 Decreto presidencial: conteúdo

O decreto que instituir o *sítio* indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas.⁶⁵

Após a publicação do decreto cogitado, o Presidente da República designará o executor da medida e as áreas abrangidas,⁶⁶ que poderá alcançar todo o território nacional.⁶⁷

Afirme-se que as *normas necessárias à execução* cuidada hão de representar diretrizes para orientação do executor da medida extraordinária.

As *garantias constitucionais* que ficarão suspensas, dentre as constitucionalmente possíveis, deverão ser indicadas no decreto de instituição do mecanismo de matiz excepcional.⁶⁸

3.5 Duração

Sendo da essência do instituto que a suspensão de garantias encontre limite no tempo, a decretação do *estado de sítio* fundada na hipótese de *comoção grave de repercussão nacional* ou justificada pela *ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa* não ultrapassará o lapso de trinta dias, nem a medida será prorrogada, de cada vez, por prazo superior.⁶⁹

Vê-se, pois, que, na contingência do *sítio* decretado com fincas em qualquer dos permissivos acima, a norma constitucional autoriza sucessivas

⁶³ CF, art. 138, § 2º.

⁶⁴ CF, art. 138, § 3º.

⁶⁵ CF, art. 138, *caput, in initio*.

⁶⁶ Nada impede que tais providências sejam adotadas no próprio decreto de instituição do *sítio*.

⁶⁷ CF, art. 138, *caput, in fine*.

⁶⁸ Segundo Nagib Slaibi Filho, a norma contida no art. 138, *caput*, da CF, hospeda, implicitamente, o princípio da proporcionalidade, ao cogitar das garantias constitucionais que ficarão suspensas. "Ação Declaratória de Constitucionalidade", Forense: Rio de Janeiro, 1994, p. 42.

⁶⁹ CF, art. 138, § 1º, *in initio*.

prorrogações, sempre por limite de tempo não superior a trinta dias, o que não acontece em relação ao estado de defesa, conforme examinado em sede própria.⁷⁰ A prorrogação sujeita-se ao procedimento previsto para a decretação preambular — *audiência prévia dos Conselhos da República e de Defesa Nacional e solicitação motivada ao Congresso Nacional para decretar a providência extraordinária.*⁷¹ Na situação concreta, há prorrogação de prorrogação.

No caso de decretação do sítio por motivo de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, a providência poderá ser determinada por todo o tempo que perdurar o estado de beligerância.⁷²

3.6 Controles: político e jurisdicional

Da mesma maneira como acontece no processo de decretação do estado de defesa, também no de ordenação do de sítio a providência que instaura o sistema de legalidade extraordinária fica sujeita aos mecanismos de controle político e jurisdicional.

Decerto, não poderia ser diferente, atendida a natureza anômala da medida cuidada.

Prelecionando sobre o tema, asseverou San Tiago Dantas, em judiciosa observação, invocando o magistério de Ruy Barbosa, *in expressis*:

“... Diante da comoção intestina ou da guerra externa não desaparecem os direitos individuais, não cessa o império da lei para se conceder arbítrio ao poder público...”⁷³

3.6.1 Controle político

Expõe-se o controle político do *estado de sítio* à atividade deliberante do Congresso Nacional, que o exercita através de continuas e diversificadas providências de cunho institucional.

Haverá, pelo fato, um controle prévio, atendendo a que a decretação da medida excepcional, depois de consultados os Conselhos da República e de Defesa Nacional, dependerá de autorização do órgão do Poder Legislativo.⁷⁴

⁷⁰ Subtítulo 2.5.

⁷¹ CF, art. 137, *caput*.

⁷² CF, art. 138, § 1º, *in fine*.

⁷³ José Celso de Mello Filho, ob. cit., p. 386.

⁷⁴ CF, art. 137, *caput*.

Serão operadas, também, nos moldes do que ocorre com a instituição do estado de defesa, fiscalizações de índole *concomitante* e *sucessiva*.

A inspeção parlamentar de caráter *concomitante* será efetivada por Comissão instituída pela Mesa do Congresso Nacional, integrada por cinco dos seus membros,⁷⁵ enquanto que a de índole *sucessiva* será deflagrada após o envio, pelo Presidente da República, findo o *sítio*, de mensagem ao órgão do Poder Legislativo, relatando, percucientemente, todo o ocorrido durante o tempo da imposição da legalidade extraordinária.⁷⁶

Cessado o estado de *sítio*, tanto quanto acontece ao término do de defesa, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus agentes e executores⁷⁷ que, se de ordem civil, será de natureza objetiva — CF, art. 37, § 6º.⁷⁸

2.2.2 Controle jurisdicional

Afigura-se estreme de dúvida que os atos praticados com núcleo em sistema de legalidade extraordinária, decretado o *estado de sítio*, podem ser sindicados pelo Judiciário, uma vez provocada a jurisdição.⁷⁹

Viabiliza o afirmado, também aqui, o princípio da *inafastabilidade do controle judicial*, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.”⁸⁰

Ainda de acordo com a advertência de José Afonso da Silva, “*Se os executores ou agentes do estado de sítio cometem abuso ou excesso de poder durante sua execução, é lógico que seus atos ficam sujeitos a correção por via jurisdicional (...)*”.⁸¹

3.7 Medidas excepcionais

3.7.1 Estado de sítio decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa — CF, art. 137, inc. I.

⁷⁵ CF, art. 140.

⁷⁶ CF, art. 141, p. único

⁷⁷ CF, art. 141, *caput*.

⁷⁸ Fundação Prefeito Faria Lima, Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM, ob. cit., p. 326 e s.

⁷⁹ “Não estão, pois, fechadas às reclamações as portas dos tribunais: Pedro Calmon, “**Curso de Direito Constitucional Brasileiro**”, Freitas Bastos: 1947, p. 338.

⁸⁰ CF, art. 5º, XXXV.

⁸¹ Ob. cit., p. 746.

No tocante ao *estado de sítio* decretado com motivo nas hipóteses de *comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineeficácia de medida tomada durante o estado de defesa*, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (i) obrigação de permanência em localidade determinada, (ii) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, (iii) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei, (iv) suspensão da liberdade de reunião, (v) busca e apreensão em domicílio, (vi) intervenção nas empresas de serviços públicos e (vii) requisição de bens.⁸² Trata-se, a toda evidência, de rol exaustivo ou *numerus clausus*.⁸³

Diante disso, impondo o *sítio*, por exemplo, restrições à *inviolabilidade da correspondência*, de maneira a sugerir evidente suspensão da garantia acolhida no art. 5º, inc. XII, da Constituição da República,⁸⁴ será admitida, em consequência, a verificação, por parte da autoridade, do conteúdo de cartas e encomendas em trânsito.

A *busca e apreensão em domicílio*, sem autorização judicial, constituindo exceção ao disposto no inciso XI, do artigo acima nomeado,⁸⁵ é outra faculdade outorgada ao Poder Público em decorrência da decretação do estado de sítio.

Conforme com Wolgran Junqueira Ferreira, na hipótese em referência, “Pode-se violar o domicílio sem que ocorra *infração constitucional*.”⁸⁶

A *intervenção nas empresas de serviços públicos*, estatais ou privadas, será permitida, também, fora dos casos legais, sempre que o Presidente da República entenda necessário, para assegurar a consecução dos objetivos propostos no decreto que autorizar o *sítio*.⁸⁷

⁸² CF, art. 139.

⁸³ Cf. Fundação Prefeito Faria Lima, Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM, ob. cit., p. 325.

⁸⁴ Art. 5º, XII. “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

⁸⁵ Art. 5º, XI. “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

⁸⁶ **Comentários à Constituição de 1988**, Julex: São Paulo, 1989, v. 2, p. 827.

⁸⁷ Cf. Ives Gandra Martins, **“Comentários à Constituição do Brasil”**, obra em conjunto com Celso Ribeiro Bastos, Saraiva: São Paulo, 1997, 5º v., p. 139.

3.7.2 Estado de sítio decretado no caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira — CF, art. 137, inc. II

A Lei Fundamental vigente, ao cogitar do *estado de sítio*, não faz expressa menção às garantias que poderão ser suspensas quando a medida telada decorrer de *declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*.

De fato, o artigo 139 da Constituição da República, ao prover sobre o assunto, reporta-se, apenas, as medidas que poderão ser perfilhadas quando o *sítio* for decretado ao argumento de *comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa*.⁸⁸

A solução reside, por conseguinte, em sede doutrinária.

Enfrentando a *quaestio juris*, preleciona Alexandre de Moraes que, na situação vertente, “*Poderão ser restringidos, em tese, todas as garantias constitucionais, desde que presentes três requisitos constitucionais: 1. Necessidade de efetivação da medida. 2. Tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional no momento da autorização da medida. 3. Devem estar expressamente previstos no Decreto presidencial (CF, art. 138, caput, c.c. 139, caput)*”⁸⁹

No mesmo sentido, a arguta observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao refletir sobre o art. 139, *caput*, da Constituição Federal, enunciando que, “*no caso de estado de sítio resultante de guerra, poderão ser tomadas outras medidas além das abaixo enunciadas. Todas, porém, deverão constar do decreto previsto no art. 138, caput.*” (O destaque não é do original).⁹⁰

3.8 Imunidades parlamentares

Aspecto interessante, também, da questão até aqui versada, é o das *imunidades parlamentares*, como garantias funcionais dos congressistas, durante o período de *legalidade extraordinária*.

A matéria, mercê de sua importância, não remanesceu ao largo das preocupações constituintes, havendo o legislador originário oferecido tratamento específico ao assunto.

Dessarte, no sistema corrente, as imunidades dos Deputados e

⁸⁸ CF, art. 139. “*Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: [...].*”

⁸⁹ Ob. cit., p. 649.

⁹⁰ “*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*”, ob. cit., p. 71.

Senadores subsistirão durante o *estado de sítio*, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva e, ainda assim, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, desde que incompatíveis com a execução da medida.⁹¹

4. Conclusão

A atraente complexidade dos institutos versados e a importância singular de ambos no contexto da democracia, destacam o *estado de defesa* e o de *sítio* dentre os temas recorrentes da Constituição em vigor.

O Estado moderno, o Estado de direito, enfim, o Estado constitucional democrático, só pode sobreviver, consoante a indeclinável advertência de Celso Ribeiro Bastos, “sob um regime de normalidade jurídica”.⁹²

Todavia, no desempenho de seus encargos e resguardo de suas instituições, frente a testilhas que lhe são antepostas no curso de sua atuação, o Estado de opção democrática carece de substituir, por vezes e temporariamente, o desejado sistema de legalidade ordinária pelo de *legalidade extraordinária*, visando, a manutenção ou o restabelecimento da regularidade colimada.

O *estado de defesa* e o *estado de sítio* exsurgem, assim, como vigorosos mecanismos de estabilização constitucional.

O assunto, em consequência do interesse que desperta, continua sensível ao acurado exame da comunidade acadêmica.□

⁹¹ CF, art. 53, § 8º.

⁹² “Curso de Direito Constitucional”, 18ª ed., Saraiva: São Paulo, 1997, 421.

Hermenêutica Constitucional da Responsabilidade Civil

ROBERTO DE ABREU E SILVA

Desembargador do TJ/RJ. Coordenador e expositor do Curso de Responsabilidade Civil - Lato sensu da EMERJ. Professor de Mestrado da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

A hermenêutica constitucional da responsabilidade civil pressupõe o estudo de métodos, técnicas e meios de integração da norma jurídica à luz dos valores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88. No quadro, impõe-se considerar a estrutura das normas jurídicas, noções dos princípios fundamentais de garantia de inviolabilidade de bens imateriais e materiais de pessoa inocente, na perspectiva de solução razoável e justa de conflitos de regras e de colisão de princípios, na ótica pentagonal da constituição, lei, doutrina, jurisprudência e consciência do julgador ou intérprete.

1. VISÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS JURÍDICAS NO ORDENAMENTO POSITIVO

A sociedade organizada em Estado concebe uma arquitetura jurídica estruturada em um mínimo de normas de moral e de ética, por meio de regras e princípios expressos em forma de normas jurídicas. A projeção do panorama estrutural das normas jurídicas na CRFB/88 propicia uma interpretação da norma jurídica constitucional, em sede de responsabilidade civil, integrada pelos princípios e valores que a informam, na proteção da intangibilidade dos direitos fundamentais da pessoa e de seus bens. A Carta Magna é a matriz dos princípios e dos valores maiores da sociedade que permeiam o direito positivo, como normas jurídicas que disciplinam o direito público e o privado, em visão global, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹. Um sistema jurídico equilibrado necessita de normas jurídicas em forma de regras e princípios. O modelo

¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Art. 3º, II.

de ordem jurídica sedimentado em princípios, regras e procedimentos assegura um máximo de razão prática na efetivação do direito. A Constituição tem subjacente em seu conteúdo a idéia de revelação de uma justiça fundamental, em que o injusto se afigura inconstitucional².

Os princípios expressam valores essenciais da sociedade e assumem funções genéticas, normativas e de mandados de otimização da ordem jurídica de um país imprimindo uma melhora do direito, como instrumentos de concretização da justiça, na medida em que vivificam com seus fundamentos as normas e regras jurídicas positivas. A subsunção clássica das normas jurídicas, em ponderação, segundo os fatos, valores e princípios da Carta Magna, estes, com onipresença máxima, quando da concretização do direito, legitima um Estado Constitucional Democrático de Direito, na visão de Robert Alexy³.

As regras jurídicas têm um caráter definido, com pouco ou nenhum grau de abstração, no momento da efetivação de seu conteúdo, ponto em que reside a diferença principal entre princípios e regras jurídicas, conforme proclama o escritor J.J. Gomes Canotilho⁴. Estabelecem normas impositivas de fazer

² SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999, p. 122 § 2, versa sobre: A potencial inconstitucionalidade da lei injusta. Nesse mesmo sentido é a obra de FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**. Petrópolis: Vozes, 1989.

³ ALEXY, Robert. **El Concepto Y la validez del derecho**. Madrid: Gedisa, 1994, p. 159/177, estudios Alemanes. "Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas...el modelo reglas/principios/procedimiento es el modelo de sistema jurídico que asegura un máximo de razón práctica en el derecho y, por esta razón, es preferible a todos los otros modelos...Con los principios constitucionales vectores, especialmente con los tres principios iusfundamentales de la dignidad, la libertad y la igualdad, y con los tres principios de fines y estructura del Estado de derecho, la democracia y el Estado social, se han incorporado como derecho positivo al sistema jurídico de la República Federal de Alemania, las fórmulas principales del moderno derecho racional. Sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón práctica incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación directa."

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a ed. revista, Coimbra: Almedina, 1993, p.167. "...os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida."

⁵ Como, v.g., a norma que fixa a maioridade civil aos 21 anos (art. 9º do antigo Código Civil, Lei nº 3.071/16. 50^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999).

ou de não fazer, satisfazendo-se, normalmente, com a interpretação literal ou gramatical⁵. Quando a lei atenta contra um princípio afigura em si uma potencial constitucionalidade, conforme arguta percepção do jurista e magistrado, William Douglas⁶, afigurando-se falta jurídica de intensidade, mais grave que a transgressão de uma norma, como doutrina Celso Antonio Bandeira de Melo⁷:

“A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou constitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa uma insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”

A visão unitária e harmônica da ordem jurídica pátria impregnada do sentimento do justo advindo dos princípios é ingrediente indispensável ao legislador, exegeta e julgador, no momento de elaboração, interpretação e de aplicação da lei objetivando a manutenção da paz social e realização da Justiça. Por isso, prossegue-se a análise acerca dos princípios jurídicos importantes para o estudo do fenômeno da constitucionalização da responsabilidade civil, esculpidos na CRFB/88.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUAS FUNÇÕES

O princípio é considerado como fonte vital que se consubstancia no próprio fundamento de normas jurídicas. O princípio é um vetor que informa o conteúdo da norma jurídica orientando o legislador na feitura da lei e do julgador na sua aplicação, *ut expressão de João Melo Franco e Herlander Antunes Martins*⁸.

Os princípios jurídicos têm força normativa, no sentido de obrigatoriedade, assumindo, essencialmente, duas funções: a) de norma de conduta, quando indica um modelo de comportamento esperado pela sociedade, contendo preceito e sanção. O art. 5º, *caput*, X da CRFB/88 é o exemplo claro do

⁶ DOUGLAS, William. **Como passar em provas e concursos**. Rio: Impetus, 1988, p. 470. "Além disso, quando a lei atenta contra um princípio, e esse princípio tem sede na Constituição, existe uma intensa chance da lei ser inconstitucional."

⁷ BANDEIRA, Celso Antonio de Melo. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1986, p. 230,

⁸ FRANCO, João Melo e MARTINS, Herlander Antunes. **Conceitos e Princípios Jurídicos**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 556. Princípio "traduz um sentido do direito, um vetor que informa o conteúdo das normas, orientando o legislador e o intérprete, mas que pode, em determinadas condições, ser directamente aplicado a casos concretos. Induz-se de fontes e normas pela construção e sistematização científicas" (apud A. Menezes Cordeiro. **Direitos Reais**, 1979, p. 60).

princípio do ***neminem laedere*** exercendo a função normativa, na medida em que estabelece como preceito o dever jurídico de respeito ao direito à vida, à propriedade, à intimidade, à vida privada, à integridade moral etc., assegurando como sanção, em caso de violação, a obrigação de reparar os danos; e, b) como instrumentos hermenêuticos, que devem ser utilizados pelo intérprete, para aquecer as letras frias dos textos da lei, com o sentimento de Justiça, na adequação do fato à norma legal, tal como o espírito que vivifica o corpo.

Essa visão da dupla função dos princípios é anunciada, com clareza, por Edilsom Pereira de Farias⁹.

A dupla função dos princípios corresponde às normas primárias, aplicáveis, diretamente, a um pressuposto fático ou de norma secundária, que orienta a interpretação normativa, na concepção de Luiz Prieto Sanchis¹⁰.

Os princípios têm ainda a função genética, de fonte legislativa e de otimização da Justiça, inspirando o legislador no momento da feitura da lei e oxigenando a norma jurídica no momento de sua interpretação ou aplicação. Por isso, os princípios, com considerável grau de abstração, nas funções genéticas, normativas, interpretativas e de otimização da Justiça, permitem a densificação ou preenchimento da lacuna da norma jurídica, no sistema jurídico aberto às concepções de *Verdade* e de *Justiça* como é o do Brasil, sensível à mudança da realidade social. Tais princípios possibilitam a integração de valores como os da liberdade, igualdade, eqüidade, democracia, inviolabilidade da vida, integridade corporal e patrimonial, no momento da feitura, interpretação e de aplicação da lei, no caso concreto, *ut J.J. Canotilho*¹¹. No direito pátrio, a permissibilidade de colmatação da

⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 41. "Aqui encontramos essencialmente duas funções: os princípios como instrumentos hermenêuticos e os princípios como normas de condutas."

¹⁰ SANCHIS, Luiz Prieto. **Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.155.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 3 e 111: "Procura-se compreender a normatividade de uma constituição positiva que aqui se pressupõe (cfr. infra, Parte I, Cap. IV) como integradora dos princípios fundamentais de justiça, ou seja, como "reserva" e "garantia" da justiça. O direito constitucional não se esgota na positividade das normas da Constituição; deve ser um direito justo... A validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico..."

lacuna da lei e de sua integração com os princípios gerais de direito¹² e os valores de *Verdade* e de *Justiça* radicam na LICC¹³.

2.1. Princípio da unidade da Constituição

Em face do sistema tridimensional constituído de fatos, valores e normas da ordem jurídica pátria, não se pode olvidar, na interpretação, o princípio subjacente da unidade da Constituição. Esse princípio, embora conduza à rejeição de teses como as das antinomias normativas e das normas constitucionais inconstitucionais, é uma exigência de harmonização do sistema jurídico. O princípio da unidade dirige-se a todas as autoridades encarregadas de aplicar as normas jurídicas, desdobradas em regras e princípios, dentro da lógica do razoável, compreendendo o direito como um todo, uma república de células comandadas pela sabedoria dos órgãos políticos, que representam cabeça e inteligência de um corpo social, na visão metafórica de Platão¹⁴, para fins de concretização do direito e realização da justiça.

¹² Os princípios gerais de direito são considerados como normogenéticos do direito positivo que estão sediados na CRFB/88 atuando como indutores de toda legislação infraconstitucional, devendo ser integrados à norma, no momento de sua elaboração, interpretação e aplicação do direito, nos casos concretos. A eqüidade corresponde às exigências de distribuição da Justiça, em justo meio, enquanto igualdade proporcional, no caso concreto. Exemplos de princípios gerais de direito: a) segurança jurídica - processo civil ou penal; b) exigências de Justiça; c) proteção do bem comum; d) proteção da integridade da pessoa e de sua propriedade; e) a boa-fé nos negócios jurídicos; f) princípio da igualdade jurídica; g) princípio proibitivo de invocação e do benefício da própria torpeza do agente; h) o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado; i) princípio do *honeste vivere neminem laedere, suum cuique tribuere*" (Ulpiano. *Institutas*) etc.

¹³ LICC. Decreto-Lei nº 4.657/42. 50^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

¹⁴ Platón. "La República". De Platón hasta hoy, William Ebenstein. *Wediciones de la Revista de Occidente*. Madrid, 1965, p. 43/59, Los Grandes Pensadores Políticos. Platão, (427-347 A.C.) expandiu suas idéias políticas e jurídicas na obra **A República**. Concebeu um Estado perfeito, comparando-o com o corpo humano, cujos membros se governavam pelo exercício de virtudes, dentre as quais a mais exelsoa é a virtude da *Justiça*, que determina a Ordem e a Harmonia social. Segundo Platão, a pessoa humana tem três potências em seu interior: a) a parte racional, comparada à cabeça do homem, possibilidade o conhecimento das idéias e se rege pela virtude da *Sabedoria* ou *Prudência* dos políticos; b) a parte irascível, que corresponde aos impulsos e afetos do homem compreendida na virtude da *Fortaleza* ou *Segurança*; c) a parte própria das necessidades primárias do homem, que tem como virtude a *Moderação* ou *Temperança*. Nesse Estado ideal, os Governantes se guiam pela virtude da *Sabedoria*, os guerreiros cultivam a virtude da *Fortaleza* e os artesãos e agricultores se dedicam à virtude da *Temperança*. Acrescendo a essas virtudes próprias dos homens de cada classe social, como assinaladas, tem-se a *Justiça*, que é a virtude *Universal*, por excelência, pois, se aplica, a todos os homens, por igual. Platão considera o ato justo como o cumprimento do próprio dever, e, assim, a *Justiça* consegue estabelecer a Ordem e Harmonia na Sociedade.

A legitimidade da interpretação outorgada pela Constituição ao Poder Judiciário, em seus diversos órgãos, permite a identificação ou descoberta da norma, para a sua aplicação amoldada ao caso concreto, flexibilizando a lei com o sentimento de justiça do julgador, atendendo às mudanças sociais, no tempo de sua concretização. Procede-se, portanto, na lacuna da lei, à colmatação do vazio legislativo, integrando a norma, no processo hermenêutico, com os valores fundamentais consagrados na Constituição como: inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bens extrapatrimoniais e patrimoniais do ser humano, no prisma do princípio da unidade da Constituição.

2.2. Princípio da proporcionalidade

Um princípio fundamental que deve integrar a exegese jurídica e aplicação da justiça, em caso concreto, para corrigir eventual injustiça resultante de uma interpretação literal, contrariando, às vezes, o próprio espírito da lei, é o da proporcionalidade. Este princípio, em sede de responsabilidade civil, é aplicável quando se verifica que o exercício de um direito se apresenta excessivo, anormal ou abusivo, transmudando-se o ato lícito em ilícito, de direito em abuso de direito. O princípio da proporcionalidade compreende os subprincípios: da pertinência, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. 1) Princípio da pertinência, aptidão ou adequação: consiste no justo meio para concretizar um fim baseado no interesse público. 2) Princípio da necessidade ou da utilidade: consiste na escolha do meio mais suave, menos gravoso, para realizar o objetivo da lei. Escolhe-se entre os dois males, o menor. 3) Proporcionalidade em sentido estrito: exige a ponderação entre o ônus infligido e o benefício trazido, proibindo a utilização de meios desproporcionais para a realização da vontade concreta da lei. Este princípio foi aplicado pelo Ministro Orozimbo Nonato no RE. 18331, equilibrando em justo meio, o poder de taxar, a liberdade de trabalho, do comércio, indústria e o direito de propriedade¹⁵.

¹⁵ STF RE. 18331 (1953) "O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso ou desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do "**détournement de pouvoir**". Não há que estranhá-la à invocação dessa doutrina ao propósito da *inconstitucionalidade*, quando os julgadores têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da CRFB/88 pode se atender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo indicado".

O princípio da proporcionalidade serve como instrumento de medida de intensidade da gravidade da falta jurídica e dos danos perpetrados pelo lesante em ato ilícito, considerando a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do fato, para fins de arbitramento da reparação (arts. 944, parágrafo único e 945 do Código Civil), como ocorre, v.g., no aquilatar dos danos morais. A proporcionalidade constitui princípio essencial ao Estado de Direito, para materializar-se a vontade concreta da lei, com equilíbrio, quando os direitos e as liberdades fundamentais de pessoas forem lesados ou se apresentarem em rota de colisão. Este princípio tem plena e necessária operatividade, no direito pátrio, para garantia dos direitos e das liberdades, assegurados pela Carta Magna, concretizando a realização de um direito, com eqüidade e Justiça¹⁶. O princípio da proporcionalidade constitui, pois, um instrumento de valor, para colmatarem-se os vazios das insuficiências legislativas do Estado ou corrigirem-se defeitos de interpretações gramaticais que podem conduzir a uma flagrante injustiça, contrariando a própria ***ratio legis*** da norma jurídica, quando desatualizada no tempo, em contraste com a realidade e mudanças de valores sociais. Existe o defeito quando são adotadas medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucional adequada do direito fundamental, como ocorre, v.g., no discurso da criminalização do trabalho infantil a despeito de proteger-se o desenvolvimento da personalidade da criança.

O princípio da proporcionalidade, no Brasil, existe como norma esparsa no texto constitucional, inferindo-se o seu conteúdo de outros princípios que lhe são afins, como os da liberdade, da igualdade-proporcional, de eqüidade e de Justiça, inherentes ao próprio Estado de Direito. A aplicação do princípio da proporcionalidade tem lugar nos casos de incidência das normas dos artigos 5º, *caput*, V, X e XXV e 37, IX da CRFB/88, que dispõem sobre os direitos e deveres individuais, coletivos, difusos e da administração pública, dentre outros, como assinala o constitucionalista, Paulo Bonavides¹⁷.

A descoberta de princípios fundamentais na interpretação da norma

¹⁶ STF, ADIN 958. Relator Ministro Marco Aurélio entendeu que o princípio da proporcionalidade teria assento na cláusula do devido processo legal, entendida enquanto garantia material.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 395. "A aplicação do princípio se insere, do mesmo, passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional: incisos, V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais;... inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; ...inciso IV do art. 175 sobre a prestação de serviços públicos."

jurídica constitui a visão principalista do Direito, como assinala o eminente constitucionalista¹⁸. Seguindo a linha de raciocínio principalista, não se podem olvidar os princípios jurídicos como: Estado de Direito, Democrático, Republicano, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da incolumidade pessoal e patrimonial das pessoas (art. 5º, *caput*, X da CRFB/88), na interpretação e concretização da norma jurídica, na perspectiva da doutrina da jurista Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹. Esses princípios constituem as normas-chaves de todo o sistema jurídico vigente no país²⁰, aplicáveis às normas e instituições, constituindo uma forma de interpretar na visão principalista. Na ótica da exegese, não se pode esquecer que o princípio democrático é densificado pelo princípio do sufrágio universal, com a participação democrática dos cidadãos, na escolha da elite dirigente, devendo respeitar-se a separação e interdependência dos órgãos de soberania do Estado, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e os direitos e garantias fundamentais, considerados como cláusulas pétreas, não se admitindo, sequer, proposta de emenda tendente à abolição desses direitos (art. 60, § 4º da CRFB/88), que equilibram a coexistência do Estado,

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.395. "A este modo de conceber o direito e de realizá-lo e que se move através dos princípios, creio que se lhe pode chamar com justiça de concepção principalista do Direito. Na concepção e no modo de operar principalista, o jurista trata, antes de tudo, de descobrir os princípios gerais atuantes das normas e nas instituições."

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Constituição e Direito Civil: tendências. Direito, Estado e Sociedade.** PUC. V. 15, ago/dez.1999. p. 101. "Se o Estado de Direito, iluminista e racional se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais aberto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto, é, o da dignidade da pessoa humana."

²⁰ O princípio do Estado de Direito é o sustentáculo dos princípios de constitucionalidade, legalidade, vinculação do legislador a direitos fundamentais, e de independência dos Tribunais, dentre outros. A outro tanto, os princípios gerais fundamentais, por sua vez, concretizam-se por meio de outros princípios como, v.g., o princípio da legalidade da administração, que é densificado pelo princípio da prevalência da lei e pelo princípio da reserva de lei. Por outro lado, o princípio da vinculação do legislador aos direitos e deveres fundamentais é densificado por outros princípios, como o da proibição de sua violação, do excesso, da irretroatividade das leis e do respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

da sociedade e das relações entre as pessoas.

2.3. O princípio constitucional *neminem laedere*

Dentre os princípios fundamentais do homem presentes na consciência dos povos civilizados e que deve ser considerado na elaboração da lei e aplicação do direito na efetivação da Justiça, destaca-se o do ***honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere***²¹ (Viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu), que se encontra esculpido, em forma de norma jurídica, contendo preceito e sanção, na disposição do artigo 5º, *caput*, X e XXII, da CRFB/88. O princípio, em foco, constitui um dos postulados básicos da ordem legal, inspirado na sabedoria universal de conhecimento dos povos. É formado de normas jurídicas provindas de regras de moral, que informam e densificam os conteúdos da legislação positiva de cada país.

O princípio ***neminem laedere*** (não lesar a ninguém) se encontra normatizado na CRFB/88 impondo a todas as pessoas os deveres jurídicos fundamentais, legais e constitucionais de respeito à bem de outrem, ao mesmo tempo em que estabelece a sanção do responsável civil em forma de reparação pecuniária dos danos materiais ou morais, na concreta transgressão da norma. O princípio do ***neminem laedere*** foi positivado na ordem jurídica Constitucional, como norma proibitiva de conduta e de proteção positiva dos direitos fundamentais, garantindo a inviolabilidade da vida (art. 5º, *caput*²²) e a integridade do corpo físico, imaterial e do patrimônio da pessoa. O legislador constitucional coloca sob o pátio da proteção do dano moral a intangibilidade das esferas internas da intimidade do ser humano. A Carta Magna estende sua proteção de intangibilidade, também, às esferas externas do homem, assegurando a inviolabilidade da propriedade de bem móvel ou imóvel, nas relações entre o homem, a sociedade, o Estado e o seu meio ambiente.

O princípio ***neminem laedere*** constitui um dos pilares básicos da ordem jurídica vigente, que densificam o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, na medida em que garante a integridade corporal e patrimonial da pessoa, contra ato lesivo e injusto de outrem. O processo de concretização da vontade constitucional densificado, com harmonia,

²¹ ULPIANO, L.1, tit 1, 10 § 1º, *apud* NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 7ª. ed. RJ: Brocardos Freitas Bastos, p. 582 e ainda *apud* CRETTELLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. 13ª ed. Rio: Forense, 1990, nº 11, p. 24.

²² Constituição Federal de 1988. Op. cit. "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

princípios e regras jurídicas deve ser realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo, na elaboração da lei e pelo Poder Judiciário, no momento de interpretação e aplicação da norma jurídica, no caso concreto.

O princípio ***neminem laedere***, originário dos arts. 1º, III e 5º, X, da CRFB/88, que inspirou as normas da legislação ordinária, em sede de responsabilidade civil, nos artigos 186, 187, 188 e 927, 928, 929 a 938, 942 a 954 do Código Civil e todos os outros dispositivos reguladores de direitos provenientes de danos, afigura-se indissociável da norma secundária infra-constitucional, devendo, portanto, integrá-la na interpretação e aplicação no caso concreto de responsabilidade civil, tal como o espírito anima o corpo humano em todas as suas atividades. Os Poderes de legislar e de julgar outorgados aos órgãos competentes jungem-se aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e dos Direitos, Garantias e Deveres Fundamentais, expressos nos artigos 1º a 5º da CRFB/88.

O desrespeito aos princípios fundamentais, dentre os quais se inclui o ***neminem laedere*** pode configurar a ilegitimidade constitucional da lei ou da norma jurídica, nos planos abstrato ou concreto, desencadeando a declaração de inconstitucionalidade (art. 101, III, b, CRFB/88) direta ou incidental resultando na sua inaplicabilidade nos julgamentos de casos concretos ou na sanção judicial de nulidade e de ineficácia dos atos infringentes ao mandamento constitucional²³.

3. A GARANTIA E O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

As normas de direitos fundamentais constituem preceitos constitucionais destinados a proclamar o reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais²⁴, assegurando um *status jurídico-ma-*

²³ O controle da constitucionalidade das leis no Brasil é exercido: a) pela Presidência da República, no exercício de seu poder de voto; b) pelo Supremo Tribunal Federal no controle de legitimidade constitucional das leis federais (art. 102, I CRFB/88); c) pelos Tribunais Estaduais, no controle direto da constitucionalidade das leis estaduais e municipais (art. 97, CRFB/88); e, d) pelos, juízes monocráticos e os tribunais coletivos, por meio do controle difuso da inconstitucionalidade da lei, deixando de aplicá-la, no caso concreto.

²⁴ Os direitos fundamentais podem ser classificados em primeira, segunda e terceira gerações. Direitos de primeira geração são as liberdades clássicas, negativas, com suporte no princípio da liberdade (art. 5º, caput e inciso X, CRFB/88, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas). Direitos de segunda geração pressupõem o princípio da igualdade, configurando as liberdades positivas, nos setores econômicos, culturais e sociais (arts. 6º, 7º direitos sociais, dos trabalhadores, etc.). Direitos de terceira geração têm suporte no princípio da solidariedade ou fraternidade (v.g., direito ao progresso, à paz, ao meio ambiente equilibrado, direitos difusos - arts. 4º, IX, 225 §§ 1º a 6º, etc.)

terial às pessoas. A garantia constitucional é uma disciplina que tutela o exercício de direitos fundamentais, outorgando, ao mesmo tempo, a proteção adequada à concretização da vontade do legislador constitucional, por meio de defesas institucionais.

A Constituição de 1988 proclamou a proteção dos direitos individuais, reproduzindo norma da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Assembléia das Nações Unidas²⁵, estendendo essa tutela a direitos transindividuais, no artigo 5º, abrangendo nesse contexto interesses coletivos, alçados à categoria de direitos fundamentais²⁶. Fomentou a criação de associações e cooperativas (art. 5º, XVII e XVIII), para a tutela dos interesses coletivos comuns permitindo atribuírem-se personalidades jurídicas a grupos de pessoas unidas por interesses de fato e jurídicos comuns. Essa norma, também, outorgou proteção à pessoa jurídica.

A Carta Magna de 1988, com relação à tradição constitucional brasileira, inovou mais uma vez, ao colocar ao lado dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, física ou jurídica, deveres jurídicos de cuidados, igualmente, fundamentais, exigindo de todos o cumprimento do dever de respeito aos direitos e bens das pessoas no exercício de suas liberdades, proibindo, como corolário, a ofensa ilegítima, categoricamente, na expressão impositiva de conduta do **neminem laedere** (não lesar a ninguém), como proclamou-se na Convenção Européia de proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais²⁷. Em consequência, impôs ao responsável a obrigação de reparar os danos morais ou materiais perpetrados contra bem de pessoa inocente, em violação da norma jurídica do artigo 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88.

A norma jurídica que resguarda bem de valor social e moral mais

²⁵ LITRENTO, Oliveira L. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio: Forense, 1968, p. 531/537. Documento nº 7. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Aprovada em Resolução III Sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas. Artigo XXIX 1. "Todo homem tem deveres com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade essencial. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente, com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática."

²⁶ **Constituição Federal de 1988**. Op. cit., Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Capítulo I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

²⁷ Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Protocolo 11, em vigor, a partir de 01.11.98. "Art. 1º. Obrigação de respeitar os direitos do homem. Art. 8º. Direito ao respeito à vida privada e familiar". Protocolo adicional à Convenção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. "Art. 10. Proteção da propriedade. Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito de seus bens..."

elevado recebe para a garantia de seu preceito uma, dupla ou mais sanções, segundo o critério de sua valoração e repressão, situação jurídica conhecida na doutrina, como norma ***plus quam perfectae*** (mais que perfeita), em consideração ao bem da vida tutelado pela ordem jurídica, na lição do professor, Miguel Reale²⁸.

Exemplo clássico dessa situação é o caso de homicídio ou lesão corporal, em que o lesante com uma só ação transgride dois ou mais preceitos, incidindo, em consequência, nas sanções de ordem penal e civil, previstas nas normas dos artigos 5º, *caput*, X da CRFB/88, 129, § 6º do Código Penal e dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que pode consistir na privação da liberdade pessoal do lesante e no comprometimento de seu patrimônio, em vista a obrigação de reparar os danos injustos.

4. A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem da pessoa humana integram os direitos da personalidade e têm na ordem jurídica brasileira dupla proteção: a) de direitos fundamentais na esfera constitucional²⁹; e, b) direitos da personalidade, nas esferas infraconstitucionais (civil e penal).

Na feição de direitos fundamentais³⁰, a Constituição de 1988 garantiu, de forma explícita, no inciso X, do artigo 5º, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem da pessoa, assegurando o direito à

²⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 126. As normas jurídicas classificadas quanto à sua violação podem ser desdobradas em quatro classes, segundo os ensinamentos do Prof. Miguel Reale, com exemplos colacionados por este autor: a) ***plus quam perfectae*** (mais que perfeitas) quando a violação determina duas consequências jurídicas. (Ex. homicídio art. 121 CP e 186 novo Código Civil - CC; outro exemplo: art. 1.521,VI (bigamia) = nulifica o ato o art. 1.548,II, mais a pena pelo crime de bigamia); b) ***perfectae*** (perfeitas) são aquelas que fulminam de nulidade o ato, sem qualquer outra sanção de ordem pessoal. Ex. um menor absolutamente incapaz, que por si só firma contrato de compra e venda. c) ***minus quam perfectae*** (menos que perfeita) são normas que não privam o ato de sua eficácia, mas apenas impõem uma restrição ao agente infrator, como direito real de hipoteca a favor dos filhos (ex. art. 1.523,I c/c 1.489,II, do CC. d) ***imperfectae*** (imperfeitas) são normas jurídicas desprovidas de sanção. Ex. obrigações naturais (Dívidas de jogo, dívidas prescritas - art. 882 CC) que não são exigíveis, judicialmente, porém, se pagas são irrepetíveis.

²⁹ CRFB/1988. art. 5º §§ 1º e 2º. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é signatário recebem tratamento especial como direitos constitucionais fundamentais tendo eficácia imediata no âmbito interno.

³⁰ Os direitos fundamentais visam à proteção da dignidade humana. Há dificuldade doutrinária na precisão desse conceito, utilizando-se expressões sinônimas como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

indenização, pelo dano material ou moral decorrentes da violação dessa garantia. Esses direitos configuram esferas de garantias da proteção maior da vida e dignidade da pessoa humana, consagrados como direitos fundamentais do homem, revestidos do tegumento protetório da imutabilidade das cláusulas pétreas, com plena e imediata eficácia (arts. 60, § 4º e art. 5º, § 1º da CRFB/88). Como direitos da personalidade, essas esferas de proteção da dignidade da pessoa humana podem ser classificadas em três grupos, segundo a lição de Carlos Alberto Bittar³¹: a) direitos físicos: à vida, à integridade física, ao corpo, à imagem (efigie) e à voz humana; b) direitos psíquicos: à liberdade (de pensamento, de expressão, de culto e outros), à intimidade, ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional); c) direitos morais: à identidade pessoal (nome e outros sinais individualizadores), à honra (reputação ou consideração social), desdobrando-se em objetiva (externa) e subjetiva (interna) e às criações intelectuais (entre estas, o direito moral do autor).

A seu turno, doutrina Orlando Gomes³², no mesmo sentido, desdobrando os direitos da personalidade em: 1) direitos à integridade física: a) direito à vida; b) direito sobre o próprio corpo; e, c) o direito ao cadáver; e 2) direitos à integridade moral: a) direito à honra; b) direito à liberdade; c) direito ao recato; d) direito à imagem; e) direito ao nome; f) direito moral do autor.

5. A INTEGRIDADE DA VIDA HUMANA COMO OBJETO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A vida humana é a essência do ser e do direito da personalidade de uma pessoa, assegurando a ordem jurídica na sua proteção, a integração harmônica do homem consigo mesmo e na relação com os seus semelhantes no mundo exterior.

A CRFB/988 consagra a tutela integral da personalidade, em todas as suas expressões, física e moral, confluindo com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, no magistério de Maria Celina Bodin de Moraes³³.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 10.

³² GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, nº 78, p. 133.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin. **Revista do Departamento de Direito da PUC**. Rio, nº 9, 1991. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. "A pessoa humana - e, portanto, sua personalidade - configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as suas manifestações, tendo tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (art. 1º. III)." "

A vida humana constitui o objeto próprio da proteção do direito, no sentir do constitucionalista José Afonso da Silva³⁴. A proteção do direito à vida³⁵ engloba o direito à existência, à dignidade da pessoa humana³⁶, à integridade corporal, (física e moral). A proteção do direito à integridade física e moral, no preceito do artigo 5º, *caput*, IX e X, da CRFB/88, completa a tutela do direito à vida, por quanto se afigura inegável que a agressão ao corpo humano é uma violência que se perpetra contra a própria vida do indivíduo, na visão deste ilustrado professor³⁷: “Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo.”

Daí porque as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Qualquer pessoa que as provoque fica sujeita às penas da lei. Na lição de Cleber Francisco Alves³⁸, utilizando expressões do profº Diogo Leite de Campos, na monografia *Indenização do Dano a Morte*, em 1975: “A lesão do direito à vida produz o dano da morte que seria o “prejuízo supremo”, enquanto representa “a lesão de um bem superior a todos os outros”,... havendo pois um “imperativo ético de indenizar o dano da morte” sob pena de se fomentar, indiretamente, um estímulo ao homicídio e às lesões mais graves, capazes de provocar a morte imediata.” Assim, a tutela da integridade corporal do indivíduo representa uma forma de proteção constitucional

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 182. “A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais).”

³⁵ Convenção dos Direitos do Homem... “Art. 1º. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei... Art. 6º. Direito a um processo equitativo e da proteção da vida privada das partes no processo.”

³⁶ O direito à existência digna, embora seja tema controvertido, pode ser considerado como proteção constitucional em interpretação sistêmica da Carta Magna, envolvendo o preâmbulo, arts. 1º, III, 3º, 5º, 7º, IV, 227, § 7º, etc.

³⁷ SILVA, José Afonso. Op cit., p. 183.

³⁸ ALVES, Cleber Francisco. “Considerações sobre os direitos da personalidade e o respeito à integridade física do ser humano”. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, v. 41, p.51/58, 1999. “Reproduz, ainda, às fls. 55, o magistério do professor Diogo Leite de Campos, concernente ao direito à vida, como um dever de respeito que se impõe aos outros, como um direito absoluto, na expressão: “o direito à vida é um direito ao respeito da vida perante outras pessoas (grupos e Estado). É um direito excluindo aliens e, nô esta medida, é um direito.”

à integridade da vida, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana.

5.1. A vida privada

A Constituição de 1988 protegeu, de forma autônoma, a vida privada, como uma das esferas da intimidade do ser humano. Vida privada tem o sentido de privacidade em níveis de relacionamentos sociais que o indivíduo mantém ocultos ao público em geral, como: a vida em família, as atividades profissionais, bancárias, etc. Darcy Arruda Miranda fundamenta que o legislador separa a vida privada da vida íntima da pessoa. Considera como integrantes da vida da pessoa os fatos da vida íntima, bem como todos aqueles que não sejam de interesses da sociedade³⁹. Edilsom Pereira de Farias⁴⁰ entende a expressão vida privada, utilizada pelo legislador constitucional, como equivalente ao termo intimidade, no sentido amplo, direito da personalidade que se preserva do conhecimento público e no sentido estrito, significa uma das esferas da intimidade.

Em verdade, a intimidade é uma das expressões da vida privada, em sua esfera mais interna e restrita. Compreende o direito de reservar-se da intromissão alheia, como: impedir a violação de domicílio (art. 150 do C. Penal), possuir um diário íntimo, manutenção de segredos, sigilo de uma relação amorosa íntima, etc.).

A rigor, o direito protege a vida individualizada do ser humano, em sua essência, assegurando a inviolabilidade corporal e moral, fenômeno que envolve as esferas jurídicas internas do indivíduo, como a honra subjetiva, a intimidade, a vida privada e a imagem da pessoa. A vida do ser humano é a fonte primária de todos os direitos fundamentais e das relações jurídicas que a ela concernem reguladas pela lei. Não tem sentido assegurar-se a liberdade, a privacidade ou intimidade privada, se não se protege a vida individualizada da pessoa humana, que é a expressão de maior valor dentre os direitos fundamentais do homem. Por isso, a interpretação mais adequada da norma do artigo 5º, *caput* e X, da Carta Magna de 1988 consiste na outorga de garantia categórica à incolumidade integral da vida do ser humano, abrangendo o corpo físico e o imaterial. O manto dessa proteção acoberta a inviolabilidade da vida individualizada humana e a vida privada no sentido de privacidade, abrangendo as esferas jurídicas internas da intimidade, honorabilidade e da imagem da pessoa. Essa norma constitucional de conduta se afigura

³⁹ MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 279.

⁴⁰ FARIA, Edilsom Pereira de. Op. cit., p.117/119.

perfeita no mundo jurídico, na medida em que nela se identifica o preceito que contém dever jurídico de não causar danos a outrem (*neminem laedere*), que é proibitivo de conduta, e a sanção de reparar os danos morais ou materiais que se impõem ao infrator em decorrência da violação legal.

A expressão utilizada, vida privada, significa um dever jurídico imposto a todos, de respeito à privacidade da pessoa, que é uma faceta, um *minus*, do objeto maior de sua proteção a vida individualizada no corpo de um ser humano.

As normas de direitos fundamentais, liberdades e garantias têm aplicação direta e independente de intervenção legislativa, porquanto são de eficácia plena, valendo até mesmo contra a lei, que lhes estabeleça restrição ou regule a situação de forma diversa. Nesse diapasão, manifesta-se J.J. Canotilho⁴¹. A norma do artigo 5º, X, da Carta Magna de 1988, como cláusula de proteção à vida privada do indivíduo se apresenta auto-aplicável, conforme lição de Pietro Perlingieri⁴², porquanto contém os pressupostos indispensáveis à sua auto-executoriedade, que são: preceito e sanção.

O Superior Tribunal de Justiça, nessa trajetória hermenêutica, cristalizou este pensamento depurado nos Tribunais, na Súmula 37, na medida em que estabeleceu a possibilidade de cumulação do dano material e do moral defluentes do mesmo fato lesivo à vida ou incolumidades física e moral da pessoa, com eficácia imediata e independente de lei complementar, como, v.g., ocorre no caso de se perpetrarem lesões corporais ou a morte de pessoa inocente.

5.2. O direito à integridade moral

A vida humana se integra de elementos materiais e de valores imateriais, conhecidos, também, como extrapatrimoniais ou morais. A Constituição de 1988 (art. 5º, *caput*, X) reconheceu o valor da moral individual,

⁴¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 186. "2. Aplicabilidade directa das normas de direitos, liberdades e garantias... A aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfs. arts. 17.º e 18.º). Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição".

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3ª ed. Rio: Renovar, 1997, p.154/155. No capítulo V, cuida da análise do fato, efeito, situação subjetiva e relação. Fundamenta que o fato concreto constitui o ponto de confluência entre a norma e a realidade. Entende que a tutela constitucional da integridade corporal e da saúde da pessoa repugna o dano injusto (art. 2043CC Italiano), concluindo que a cláusula de tutela dos direitos invioláveis do homem, é norma diretamente aplicável.

sintetizando a honra, o bom nome, a imagem, a boa fama e a reputação, nas esferas jurídicas que integram a personalidade do homem.

Em decorrência, atribuiu a todos, que não o titular, o dever jurídico fundamental de respeito à integridade moral do ser humano, tornando reparável a sua lesão injustificada em lei. A moral da pessoa física compreende um somatório de virtudes que formam o seu caráter, conferindo-lhe uma *performance* extrapatrimonial, conforme assinala Clayton Reis⁴³. A proteção à integridade moral, na CRFB/88, alcançou a pessoa jurídica no propósito de resguardar a sua credibilidade e respeito, preservando o seu bom nome ou a boa imagem.

A CRFB/88 protege, assim, o valor social e moral da pessoa, física ou jurídica, como se depreende do artigo em estudo e da legislação ordinária, notadamente, nas relações de consumo, quando, v.g., se negativa alguém no sistema de proteção de crédito, indevidamente, como se infere das normas do artigo 6º, inciso VI, c/c o art. 2º da Lei nº 8.078/90.

Na atualidade, o conceito de dano moral consiste no sofrimento causado por lesão à esfera jurídica interna da pessoa física, malferindo as honras subjetivas, próprias do indivíduo, que não se restringem à dor. A pessoa jurídica é passível de lesão em sua honra objetiva, compreendendo esta, como ofensa à imagem, o seu bom nome, diminuindo o conceito público de que goza na sociedade, como ocorre na situação de protesto de título indevido⁴⁴, que é ato cartorário de publicidade, em que o dano moral resulta evidente *ipso facto*.

O dano moral puro, por sua vez, que se verifica quando ocorre lesão

⁴³ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 54. "A integridade moral de uma pessoa é o seu caráter. É, ainda, o somatório de virtudes que compõem a estrutura patrimonial da pessoa. Cada indivíduo possui uma "performance" moral, que identifica e justifica seus atos e palavras."

⁴⁴ RIO DE JANEIRO. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Ap. nº 8.238/96. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho. Julgado em 28.01.97. Esse foi o entendimento lapidar desta Egrégia Corte de Justiça. "Responsabilidade civil. Dano moral. Pessoa Jurídica. Admissibilidade. Prova do Dano Moral. A honra objetiva da pessoa jurídica, consoante entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, pode ser ofendida pelo protesto indevido do título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente. Por se tratar de algo imaterial, ou ideal, não se pode exigir que a comprovação do dano moral seja feita pelos mesmos meios utilizados para a demonstração do dano material. Jamais poderia a vítima comprovar a dor, a tristeza, ou a humilhação através de documentos, perícia ou depoimentos. Neste ponto, a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, de tal modo que, provado o fato danoso *ipso facto*, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *Homini ou facti* que decorre das regras da experiência comum. Provimento parcial do segundo recurso."

a qualquer das esferas jurídicas internas da pessoa, é admitido de forma expressa no direito brasileiro, com o advento da Carta Magna de 1988, na expressão do artigo 5º, *caput*, X, em comento, por conter os elementos suficientes à sua aplicação imediata. Negar o efeito incontinenti dessa norma de proteção à vida individualizada e privada, à incolumidade físico-moral da pessoa e de seus bens é desconhecer direito vivo, que vem sendo aplicado pelos Tribunais, desde o advento da Carta Magna de 1988, sem que houvesse lei especial regulamentando a matéria. O arbitramento dos danos morais deve proceder-se à luz das regras de experiência comum, com base nos princípios de proporcionalidade, eqüidade e Justiça (arts. 944, parágrafo único e 945 do Código Civil de 2002), *ut abordagem, afinal (itens 7 e 8)*.

5.3. Direito à honra

O direito à honra constitui uma das esferas de proteção da personalidade e dignidade da pessoa humana. No entendimento de Adriano de Cupis⁴⁵, consiste na “dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.” O conteúdo da dignidade da pessoa desdobra-se em honras subjetiva e objetiva. A honra subjetiva consiste na reputação e decoro que conflui na dignidade da pessoa humana refletida em si mesmo. A honra objetiva é a reputação que a pessoa física ou jurídica goza no meio social.

5.4. Direito à intimidade

Os direitos da personalidade de proteção à honra e à intimidade não se confundem, por quanto apresentam diferenças fundamentais. O direito à honra preserva a personalidade individual de ofensas externas que denigrem a reputação ou decoro da pessoa, enquanto que o direito à intimidade protege uma parcela da personalidade mais profunda, na medida em que a reserva da indiscrição alheia, para satisfazer uma exigência de ordem moral e jurídica. Releva notar que pode ocorrer a ofensa à honra, sem que haja a violação da esfera jurídica mais interna da intimidade do ofendido, conforme lição de René Ariel Dotti⁴⁶.

O direito à intimidade configura uma proteção à esfera mais interna da personalidade do titular, para afastar a indiscrição alheia nos assuntos particulares. Consiste na proteção jurídica individual em face de abusos cometidos dentro da esfera privada. O direito à intimidade outorga maior proteção à pes-

⁴⁵ CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Morais, 1961, p. 112, *apud* FARIAS, Edilsom Pereira. Colisão de Direitos. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p.109.

⁴⁶ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e a liberdade de informação; possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 85.

soa comum do povo do que aos homens públicos. As pessoas célebres mais se expõem aos comentários sociais e da imprensa, tendo, em consequência, que tolerar, em maior resistência, as alusões feitas à sua pessoa, em função da posição social que ocupam. O homem público sofre uma limitação em seu direito à intimidade, mas não, a supressão. O seu direito à intimidade remanesce latente, emergindo quando a divulgação de fato íntimo possa ofender o núcleo da sua esfera jurídica mais interna, denominada direito à intimidade.

O Código Penal Brasileiro ampara o direito à intimidade por meio das sanções nos ilícitos criminais de: a) violação de correspondência (art. 151); b) sonegação ou destruição de correspondência (art. 151, § 1º); c) violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (inciso II) e violação de correspondência comercial (art. 152); d) inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154). Cada uma dessas situações configura, também, ilícito civil, que por si só, justifica o pleito de reparação por danos morais. A violação ao dever jurídico de respeito à intimidade, como ilícito civil, pode ocorrer com a intromissão não autorizada de pessoa alheia em assuntos privados, por meio de instrumentos físico, visual ou eletrônico e na divulgação de fatos que proporcionam abatimento ou diminuição (**capitis diminutio**) moral do ofendido.

5.5. Direito à imagem

A Carta Magna de 1988, no mesmo dispositivo (artigo 5º, *caput*, X), assegura a integridade física e a incolumidade da imagem, não só do rosto, mas de qualquer parte do corpo humano, como um direito autônomo da personalidade, conferindo ao titular a faculdade de dispor de sua aparência, autorizando ou não a captação ou difusão, por qualquer meio. A proteção do direito à imagem pode ser violada por captação ou utilização, não consentida de fotografia, impressão gráfica, gravação magnética, sonora e visual, pintura, escultura, caricatura, desenho, radiodifusão, cinema, vídeo, televisão etc. A violação do direito à imagem pode ocorrer sem se atingir a honra da pessoa, por não lhe afetar o decoro ou a reputação. Caso típico dessa situação é o da publicação, não autorizada, de fotografia, para fins comerciais, mesmo que a foto possa prestigiar e propagar a beleza corporal do lesado, conforme doutrina de Edilsom Pereira de Farias⁴⁷, citando na

⁴⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit., p. 122. "Todavia, a tese de que o direito à honra absorve o direito à imagem não se justifica porque, "l'esposizione o pubblicazione dell'immagine può essere illegittima, anche se non arrechi pregiudizio al decoro o alla reputazione. 35 "1. Por exemplo, constitui violação do direito à própria imagem, sem atingir o direito à honra, a publicação da fotografia de uma pessoa para fins comerciais sem a sua anuência, "mesmo que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade 352". Nessas notas refere-se o autor às obras de Adriano de Cupis. **Teoria e prática del diritto civile**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1967, p. 127 e de Walter Moraes. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 443, p. 69. Set. 1972.

oportunidade obras de Adriano De Cupis e Walter Morais. A publicação não autorizada no uso comercial lesa direito à imagem, ofendendo o direito da personalidade, situação que implica a reparação civil arbitrável segundo os princípios da eqüidade, proporcionalidade e de Justiça.

O Código Civil Italiano versa sobre o uso abusivo da imagem, que não se confunde com o abuso do direito⁴⁸, salvo em caso de exercício anormal, irregular ou excessivo de um direito (art. 187 do CC/02). No Brasil, a lesão ao direito de imagem, em publicação comercial não consentida, viola a norma do artigo 5º, *caput*, X da CRFB/88, ensejando a reparação civil.

5.6 A INVOLABILIDADE DA PROPRIEDADE PRIVADA

A Constituição, no artigo 5º, *caput*, incisos X e XXII, garante a inviolabilidade do direito de propriedade⁴⁹, respeitada a sua função social, assegurando ao dono o direito de uso, gozo e disposição, densificado no art. 1.228 do Código Civil, afastando a ingerência alheia, por reconhecimento do direito de exclusão conferido ao titular. A perpetração de danos materiais a bem móvel ou imóvel, contra a vontade de seu titular, configura dano injusto e ilícito, em princípio, por violação da norma constitucional em comento. A norma constitucional, em estudo, contém o preceito proibitivo de

⁴⁸ **Códice Civile Italiano**. Padova, CEDAM, 1980. Art. 10 "Abuso dell'immagine altrui. Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti coniugi, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni (l. alut. 96,97)."

⁴⁹ A propriedade, na Carta Magna de 1988, se submete a regimes jurídicos diferenciados *ut artigos*: 5º, XXII a XXVI (garantia, função social, desapropriação, uso e indenização pela autoridade em caso de iminente perigo público, impenhorabilidade da pequena propriedade rural, por ser bem de família) 170, II (propriedade privada) e III (função social), 176 (recursos minerais), 182 (política urbana); 183 (usucaípo); 184 (desapropriação para reforma agrária); 185 (propriedades insuscetíveis de desapropriação); 191 (usucaípo constitucional); 222 (empresa jornalística e radiodifusão). Propriedade urbana (art. 328 § 1º do CTN). A propriedade rural tem conceito por exclusão, é aquela que não integra as áreas urbanas ou urbanizáveis. Propriedade pública é aquela titularizada por entidade de direito público e instituída a favor do interesse público. A propriedade intelectual confere direitos do autor em obras artísticas, científicas, literárias, musicais, filmes, etc., que se desdobram em morais e patrimoniais. Direitos morais do titular consistem em: ser reconhecido como autor da obra, impedir sua modificação, alterá-la e retirá-la de circulação. Direitos patrimoniais do autor são de usar, fruir e dispor (art. 5º, XXVII, XXVIII, "a" e "b"). Propriedade industrial (art. 5º, XXIX, invenções, marcas de fábrica ou de comércio, etc.). Invenção consiste em novidade (não evidente) e imediatamente aplicável na indústria - patentes. Marcas de indústria ou comércio relacionando o produto ao fabricante ou distribuidor são protegidas pela Carta Magna por meio dos nomes, signos e distintivos das empresas. Direito de herança (art. 5º, XXX, XXXI).

causar danos a outrem, consagrando o princípio do ***neminem laedere***, ao mesmo tempo em que atribui a todos, que não o titular, dever fundamental de respeito à integridade patrimonial de bem alheio impondo a sanção expressa de reparar os danos materiais ao infrator.

Não se pode olvidar, na interpretação da lei, que violar um princípio constitucional normatizado, causando dano injusto, patrimonial ou extrapatrimonial à pessoa inocente, por falta de diligência e prudência na ação do lesante é muito mais grave que transgredir uma norma ou uma regra jurídica infraconstitucional. Atenta-se contra todo o sistema da ordem jurídica, por quanto o dano injusto compromete o equilíbrio das relações entre pessoas.

A infringência de um princípio como o impositivo do dever jurídico ***neminem laedere*** em conduta causadora de danos injustos à pessoa ou coisa de outrem é a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, na medida em que violenta valores fundamentais do homem e da sociedade, trincando a estrutura da ordem jurídica de um país e comprometendo a paz social. O atentado a direito absoluto do titular constitui uma falta ao dever de respeito à intangibilidade de bem da vítima inocente, lesando o seu interesse e de todos os demais componentes da sociedade. Em consequência, deve desencadear-se a obrigação de reparar os danos injustos, no propósito de restabelecer o equilíbrio das relações jurídicas pessoais e sociais, restaurando a paz na sociedade.

A ordem jurídica impõe, nesse caso, dupla sanção, penal e civil, como punição ao lesante e advertência, de cunho pedagógico, para o lesante e os demais membros da sociedade, inibindo, dessa forma, comportamentos danosos e reincidentes. A integração da norma infraconstitucional com o princípio ***neminem laedere*** deve ser consolidada pelo juiz, no caso concreto, por ser ele o aplicador dos direitos fundamentais inscritos nas modernas constituições, conforme a lição do professor Alberto Nogueira⁵⁰: “Em suma, o juiz moderno (século XIX em diante) cumpriu seu papel de assegurar as liberdades tradicionais, notadamente no campo da cidadania, mas não teve oportunidade para desenvolvê-lo na perspectiva da época por estar comprometido com as normas codificadas, que predominavam na realização da justiça no caso concreto. O juiz moderno atual é o aplicador dos Direitos Fundamentais inscritos nas modernas Constituições... A era do juiz está começando. E com ela, a da Justiça” ...

Alicerçado no pensamento de que ao juiz hodierno compete assegurar as liberdades públicas e converter os direitos fundamentais do homem em Justiça contra atos arbitrários de pessoas e de autoridades, adentra-se no estudo da hermenêutica constitucional da responsabilidade civil, transpassando os umbrais do tempo e ingressando na era do terceiro milênio.

⁵⁰ NOGUEIRA, Alberto. **O Devido processo legal tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 154/155 e 164.

5.7. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A hermenêutica jurídica é uma forma de pensar em conformidade com a dogmática do direito, que compreende um corpo de conhecimentos que constituem o saber jurídico ensinado pela doutrina. Tal como o médico utiliza um instrumento para fazer uma cirurgia no corpo humano doentio, o julgador aproveita o instrumental da dogmática para a realização do direito, possibilitando a neutralização e solução de conflitos privados ou sociais, numa dimensão harmoniosa de interpretação e integração do direito, como instrumento de realização da Justiça.

Na doutrina de Alejandro Bugallo Alvarez, procede-se à análise e compreensão da norma jurídica como expressão axiológica do conteúdo do direito, resultante de uma correlação de fatores sociais formalizados pelo Estado⁵¹.

No processo de identificação e interpretação da norma, não se pode deixar de integrá-la com o princípio que lhe deu vida jurídica. A Constituição é o fundamento básico de um Estado que confere validade a todas as leis infraconstitucionais, consubstanciando uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia.

Na visão do jurista Lassale, os fatores reais do poder que formam a sociedade consistem na força ativa e eficaz que informa todas as leis e as instituições jurídicas vigentes. As forças atuantes na sociedade, na ótica deste jurista, são: rei, nobreza, burguesia, banqueiros, classe operária, etc., que instituem e reconhecem a Constituição real como o produto resultante da tensão no jogo de forças travado entre as classes sociais.

Na ótica de Ferdinand Lassale⁵², a essência da Constituição forma-se pelos fatores reais de poder, vigentes em determinada sociedade e no

⁵¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Reflexões para um estudo da norma no direito civil. A norma jurídica.** Coord. Sérgio Ferraz. Rio: Freitas Bastos. 1980, p. 113. "Isto nos leva a analisar e compreender a norma jurídica não como uma realidade substancial em si mesma, mas como expressão de uma correlação de fatores sociais formalizados ou sancionados pelo Estado, de acordo com o modelo, aberto ou fechado, constitucionalmente escolhido, porém acionados pela ação política, avaliada esta em razão do poder real ou potencial, o que garante o caráter prudencial da norma em relação à realidade social normada...Entre esses fatores merece destacar-se o fator ideológico. Por outro lado, se prestarmos atenção a que o conteúdo do direito é eminentemente axiológico, fica evidenciada a relevância da ideologia como fator determinante da evolução do próprio direito e sua conexão com a sociedade real." Georges Riper, **Les Forces Créatrices du Droit**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1955, p. 71-115."

⁵² LASALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** Trad. Walter Stonner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p.11/19. "a essência da Constituição (material) é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, sendo a Constituição escrita nada mais que um pedaço de "folha de papel" onde esses fatores são documentados, impressos, tornando-se verdadeiro direito."

conflito entre a Constituição Real e a escrita deve a primeira prevalecer, porquanto a segunda se afigura como uma “folha de papel”.

Por outro lado, o jurista Konrad Hesse⁵³ sustenta que a essência da normatividade da Constituição está na pretensão de eficácia e nas condições de sua realização, em caso concreto, como elementos, dialeticamente, inseparáveis. No seu pensamento, na tensão existente entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica, não pode, esta última, ser considerada a parte mais fraca. Em posição eclética, o jurista Paulo Ricardo Schier⁵⁴ entende que, na discussão dessa bipolaridade teórica a respeito da força normativa da Constituição, não devem prevalecer os fatores reais de poder nem a “folha de papel”, porquanto ambas as situações integram a mesma realidade. Utiliza a expressão: “Filtragem Constitucional” na medida em que denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob as perspectivas formal e material, somadas a seus procedimentos e valores, deve passar sempre e necessariamente, pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, no momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. O direito deve reafirmar-se como categoria ética e reafirmar-se, efetivamente, no campo da prática social, na perspectiva da lição de Francisco Amaral⁵⁵.

O processo hermenêutico na solução de conflitos de interesses inicia-se pela aplicação das técnicas tradicionais de interpretação: a) literal ou gramatical; b) lógica; e, sistemática, seguida dos métodos: a) gênese ou histórico; b) axiológico; c) teleológico; e, d) indução amplificadora.

⁵³ HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: SAFe, 1991, p. 20. "quanto maior a intensidade da vontade normativa (vontade da constituição), menores os limites que a Constituição real pode impor... a Constituição jurídica não significa uma simples "folha de papel" impotente para dominar a distribuição real de poder."

⁵⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p. 121. "Nesta perspectiva, de certo modo, perde o sentido, como já se afirmou anteriormente, a bipolaridade teórica no que diz respeito à força normativa da Constituição: não prevalece nem os fatores reais de poder nem a "folha de papel", pois ambos integram a mesma realidade interativa/relacional. A Constituição Jurídica (o texto, folha de papel) aparece apenas como a ponta do iceberg normativo, não constituindo toda a realidade jurídica, que continua reclamando a sua base, sua materialidade e dimensão fática".

⁵⁵ AMARAL, Francisco. "Sobre o processo histórico da codificação e da descodificação. A descodificação do Direito Civil Brasileiro". **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, V. 8. Nr. 4, out-dez. 1996, p. 649 - "O direito reafirma-se como uma categoria ética e como prática social. E o civilista surge como um intelectual crítico, empenhado, não mais na defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e dos seus interesses inalienáveis".

5.7.1 Técnicas de interpretação

No quadro hermenêutico aplicam-se as técnicas de interpretação: a) literal ou gramatical; b) lógica; e, c) sistemática, bem, ainda, os métodos da gênese, axiológico, sociológico e teológico, procedendo-se a integração da lei, com os princípios gerais constitucionais de direito.

Não se pode hoje fazer nenhuma interpretação de norma jurídica legal ou contratual, em dispositivo isolado. Em primeiro passo, o exegeta utiliza a interpretação literal ou gramatical, que é um instrumento assentado na análise léxica de dispositivo legal para conhecimento da proposição jurídica ou descrição normativa, em cujo interior se encontra a norma prescritiva de conduta - preceito e garantia efetiva do cumprimento, que é a sanção. O hermeneuta busca na interpretação literal a ***voluntas legis, voluntas legislatoris, ratio legis ou l' esprit de loi***, ou seja, o sentido da norma. Serve, quase sempre, para demonstrar o problema ou a dificuldade interpretativa. A interpretação lógica é um instrumento técnico a serviço da identificação de inconsistências com o todo do mesmo diploma legal. As interpretações das normas dos artigos 186 e 187 do Código Civil/02 devem ocorrer no cotejo com todas as normas que tratam do tema em estudo e leis especiais, como as excludentes da responsabilidade civil do artigo 188, combinado com os dispositivos dos artigos 929 e 930, observando-se, ainda, as normas dos artigos 932 a 938, 942, 944, parágrafo único e 945 (da quantificação) na novel constituição do direito privado (Código Civil/02), as do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e do transporte ferroviário (Lei nº 2.681/1912), dentre outras, nos casos pertinentes. Outro passo fundamental no procedimento exegético a considerar é a interpretação sistemática. A Constituição é um todo, coerente e harmônico consubstanciado no princípio da unidade do ordenamento. Por isso, suas normas estão em estrita conexão. Nenhuma norma pode ser interpretada, isoladamente, nem de forma a quebrar a harmonia do sistema. Trata-se de um instrumento técnico que exige do hermeneuta um cuidado na verificação de um preceito, que, nunca pode ser isolado, impondo-se, sempre, um cotejo com os princípios gerais, fontes da legislação infraconstitucional, para que se preserve a coerência integral e harmônica de todo o sistema jurídico construído e sediado na CRFB/1988.

5.7.2 Métodos de interpretação

Não se pode, ainda, deixar de aplicar os métodos de interpretação: gênese ou histórico, sociológico, axiológico e teleológico. O método da gênese ou histórico detecta o sentido da norma no momento histórico de sua elaboração, motivos, razões, discussões, ponderações e conclusões. A interpretação histórica permite ao intérprete buscar as raízes da norma jurídica, analisando as circunstâncias que levaram o legislador a editá-la.

Efetiva-se com o estudo dos trabalhos e discussões que precederam a aprovação da lei. Método sociológico - Analisa as condicionantes sociais no momento da aplicabilidade da norma, segundo as exigências sociais. Método axiológico - Busca os valores sociais e morais do bem a tutelar pela ordem jurídica, fundantes do Direito, no momento de elaboração, interpretação e aplicação da lei (ex. Dano morte, art. 5º, *caput*, X da CRFB/88). Teleológico - Busca o fundamento racional da norma (***ratio legis***), sua finalidade, valor ou bem jurídico visado pela norma imanente do direito pelo ideal de Justiça. Os fins sociais a que a lei se destina e as exigências do bem comum. Exemplos: Artigo 5º da LICC e artigos 188, II e 929 do Código Civil, no dano injusto causado a bem de pessoa inocente, devendo implicar a obrigação de reparar.

5.7.3 Modos de integração normativa

A questão da integração normativa consiste na possibilidade de se pesquisar além da ***ratio legis***, para decidir situações não previstas ou julgadas insatisfatórias no ordenamento jurídico, por meio dos modos de integração da lei: analogias legal e jurídica, e indução amplificadora. Diz respeito a instrumentos técnicos de integração do direito ou colmatação da lacuna da lei, com dupla finalidade: constatação da lacuna e o seu preenchimento. A inspiração analógica pode suprir o claro da legislação brasileira. A analogia desdobra-se em legal e jurídica. Analogia legal permite a aplicação de um preceito de lei a casos semelhantes (v.g. Lei nº 2.681/12 – Lei das Estradas de Ferro, aplicada em transporte rodoviário). A inspiração analógica pode ser buscada em norma esparsa, até mesmo, luzes, no direito comparado, como as dos artigos 494 do Código Civil de Portugal e 1.069 do Código Civil da Argentina, para compreensão da exata dimensão da norma do art. 944, parágrafo único do Código Civil de 2002, no momento da quantificação da indenização dos danos e prejuízos materiais e morais. Igualmente, na hipótese de quantificação de reparação de dano morte.

A analogia jurídica consiste na aplicação de princípios comuns a casos semelhantes não, expressamente, previstos em dispositivo legal (ex. dissolução de sociedade de fato com partilha de bens adquiridos com esforço comum, Súmula 380 do STJ e união estável, de fato (homem casado e separado da esposa, adquirindo bens, por esforço comum, no período de convivência com mulher solteira, por período considerável). Há, ainda, a indução amplificadora que é um instrumento de integração do direito pelo qual o exegeta extrai a norma de um princípio geral para aplicação em caso concreto, não previsto pela lei ou pelas partes. É uma espécie de eqüidade por intuição. Exemplos: a) indenização de ato

ilícito por morte, danos materiais causados aos dependentes, fixação do resarcimento equivalente à necessidade alimentar dos dependentes, com base nos rendimentos auferidos pelo falecido (2/3), à época do fato ilícito; b) arbitramento da reparação por danos morais, considerando a gravidade da falta (culpa), condições sócio-econômico-financeiras do lesante e do lesado (arts. 944, parágrafo único e 945 Código Civil/02); c) estatutos de 4 sociedades prevêem a prevalência da decisão da maioria sobre a minoria, princípio que deve ser observado em consórcio formado por elas, sem previsão expressa nesse sentido; a cláusula geral da boa-fé; a proibição da vantagem injusta ou da onerosidade excessiva, lesão, enriquecimento sem causa (arts. 113/442, 478/479, 157, 884 e 885 do Código Civil/02), bem como o neo-formalismo, na perspectiva do princípio de preservação da relação de consumo, afastando-se o excesso injusto (art. 39, V, 51, IV e § 2º, do CPDC).

No campo do abuso do direito (art. 187 CC/02), impende considerar o princípio de vedação ***venire contra actum proprium***, por excesso manifesto do limite imposto pela boa-fé, no propósito de não se validar conduta contraditória ou para fim de neutralização de direito, como v.g., demolição de prédio sem necessárias precauções, causando danos a prédio vizinho; invocação de nulidade de contrato de locação, assinado por apenas um sócio, quando o estatuto exigia assinaturas em conjunto, para fim de não pagar aluguérées; violação qualificada do princípio da confiança, em conduta censurável evidenciando danos ou prejuízos e nexo de causalidade à pessoa, como no exercício de direito de preferência ou de indenização, quando enorme a diferença entre o valor real e o declarado na escritura de compra e venda.

Pontue-se que a finalidade da interpretação civil-constitucional consiste na identificação em texto legislativo do verdadeiro sentido da norma, que se destina no campo da efetividade em converter o direito em Justiça, no caso concreto. Na lição da magistrada e mestra, Flávia de Almeida Viveiros de Castro⁵⁶, a interpretação constitucional também tem por finalidade a concretização da Lei Fundamental, assinalando em feliz expressão: *Se a lei é uma forma de atuação da Carta Magna, a sentença representa, por sua vez, a atuação da Constituição e da Lei.*

Não obstante, as técnicas e métodos tradicionais de interpretação, somente, revelam o verdadeiro sentido hodierno do dispositivo legal quando a norma jurídica radicada, nos pressupostos do fato, valor e norma de um caso concreto, em unidade simbiótica da exegese, perpassa pelo proces-

⁵⁶ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação constitucional e prestação jurisdicional.** RJ: Lumen Juris, 2000, p. 18

so de purificação em cinco filtragens: a constitucional, legal, doutrinária, jurisprudencial e consciência (razão) do julgador ou intérprete, imantada pelo sentimento de Justiça. Tal procedimento deve ser observado no trato de qualquer trabalho jurídico, v.g., petição inicial, contestação, sentença, acórdão, artigo, dissertação, tese, livro etc.

6. Solução de conflito de regras e de colisão de princípios

O conteúdo do direito constitucional é formado de regras concretas e de princípios jurídicos abertos como: justiça, liberdade, igualdade, imparcialidade, competindo aos magistrados concretizar a vontade da lei fundamental no julgamento dos casos, conforme assinala o jurista J. J. Gomes Canotilho⁵⁷.

No discurso metodológico, o conflito de regras jurídicas que regulam, diferentemente, uma situação jurídica, resolve-se no plano de validade das normas. Na colisão de princípios dirime-se o confronto, na dimensão dos valores, conforme doutrina do jurista, Paulo Bonavides⁵⁸: “O conflito de regras se revolve na dimensão da “validade”, a colisão de princípios, na dimensão do “valor”. No conflito de regras, a solução que se impõe é a declaração de nulidade ou invalidade de uma delas, introduzindo uma cláusula de exceção, quando se aplica, adequadamente, um dos critérios: hierárquico, cronológico ou da especialidade.

A colisão de direitos fundamentais tem lugar quando alguma situação jurídica é vedada por um princípio, mas, permitida por outro, hipótese em que um dos princípios deve prevalecer. Isto não significa que o princípio do qual se abdica na solução, seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. A hermenêutica atribui maior valor a um bem do que a outro na adequação do fato ao modelo tipificado na norma jurídica, no propósito de solucionar a colisão de direitos fundamentais, com substrato em normas de igual estatura e similar nobreza constitucional. É o caso, v.g., da colisão entre as normas que protegem a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem e a que assegura a liberdade de expressão e de informação. Nesta hipótese, a própria ordem jurídica estabelece uma reserva legal qualificada, no artigo 220, § 1º, da

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 199. "... A interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o direito não é apenas o "conteúdo" de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes."

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 251.

Carta Magna, privilegiando os direitos fundamentais da pessoa humana, igualmente na hipótese de exigência de pagamento de multa de trânsito para fim de licenciamento de veículo (art. 131, §§ 2º e 3º da Lei nº 9.503/97) em confronto com os preceitos fundamentais, que asseguram o direito de propriedade e o acesso à Justiça (arts. 5º, *caput* e XXXV, LIV, LV, da CRFB/88).

No entanto, quando a colisão verificar-se no plano tenso do conflito de interesses de ordem privada e pública, no direito de imagem, v.g., a prevalência do interesse público pode legitimar a liberdade de expressão, de informação⁵⁹ e de veiculação da imagem, como exercício regular de direito, para atender-se aos interesses públicos atuais, em matéria científica, didática ou cultural. Neste sentido converge a lição do jurista Edilsom Pereira de Farias⁶⁰. Na visão pretoriana, a liberdade de informação em confronto com os direitos fundamentais da pessoa humana constitui tema importante e controvertido nos Tribunais⁶¹.

Esse fenômeno ocorre, igualmente, no conflito do princípio da liberdade de ação da pessoa e do princípio proibitivo de lesar a outrem

⁵⁹ O direito à liberdade de informação é assegurado na Carta Magna no art. 220, *caput* e § 1º, c/c 5º, IV, V, X, XIII e XIV, tendo como limite a norma do art. 5º, *caput*, X, que protege a intimidade, vida privada, a honra e imagem da pessoa. Tem restrições no art. 220 § 3º e § 4º. Direito de se informar consta do art. 5º, XXXIII, XXXIV, "b", XIV, LXXII (habeas data). Direito de ser informado - quando há o dever de informar - art. 5º, XXXIII e XXXIV, "b" c/c 37, *caput*; 5º, LXXII. Direitos a meios para informar - direito de antena - art. 17 § 3º.

⁶⁰ FARIA, Edilsom Pereira de. Op. cit., p. 138/147 e 157. "43 Constituem limites ao direito à própria imagem: notoriedade (as pessoas célebres, em face do interesse que despertam na sociedade, sofrem restrição no seu direito à imagem); acontecimentos de interesse público ou realizados em público (não exige o consentimento do sujeito quando a divulgação de sua imagem estiver ligada a fatos, acontecimentos ou cerimônias de interesse público ou realizadas em público); interesse científico, didático ou cultural (justifica-se a publicação da imagem de uma pessoa quando se visa a alcançar fins científicos, didáticos ou culturais); interesse da ordem pública (diz respeito à necessidade de divulgar a imagem da pessoa para atender "interesses da administração da justiça e da segurança pública")."

⁶¹ RJDTA- Crim. SDP, 17:206. Rio: Revista de Jurisprudência de Direito do Tribunal de Alçada. 9 "No cotejo entre direito à honra e o direito de informar, temos que este último prepondera sobre o primeiro. Porém, para que isto ocorra, necessário verificar se a informação é verídica e o informe ofensivo à honra alheia inevitável para a perfeita compreensão da mensagem. RT, 743: 381 (RJ) Dano moral. Indenização. Órgão de imprensa que publicando notícia verdadeira, o faz de forma insidiosa e abusiva, dando-lhe contornos de escândalo. Inadmissibilidade. Verba devida."

(neminem laedere). A liberdade externa de ação da pessoa⁶² está limitada pela liberdade de ação de outro indivíduo, na forma regulamentada em lei.

A liberdade externa é de ordem jurídica constitucional, conforme lição da Dra. Zoraide Amaral de Souza⁶³: “Aí temos a liberdade externa, que extrapola o campo da ação humana e passa a interessar ao mundo jurídico, isto é, deixa de pertencer ao mundo dos fatos, para pertencer ao mundo jurídico. Neste ponto, o ordenamento jurídico limita a liberdade humana, ou a liberdade interna, pois a ação praticada pelo homem pode atingir o direito de outrem...”. Nesta hipótese, vislumbra-se que a natureza da liberdade externa é de ordem constitucional, a de um direito individual fundamental, constitucionalmente, assegurado, pertencente ao mundo jurídico, e não, simplesmente, ao mundo da natureza.” A CRFB/88 privilegia o princípio da liberdade, mas impõe o dever jurídico fundamental de respeito à vida e incolumidade corporal e patrimonial de outrem, como padrão de conduta, proibindo as ações danosas e injustas a bens de pessoas inocentes, por ato próprio do lesante, de dependentes, de coisas ou de animais, sob sua posse ou guarda intelectual e jurídica.

Os princípios que compõem o sistema jurídico democrático brasileiro, como o da liberdade, igualdade, responsabilidade, de respeito à incolumidade física, moral e patrimonial de outrem, devem integrar a interpretação e a aplicação da lei, no processo da dialética da norma e valores sociais do caso, em relação direta com a realidade.

O princípio da liberdade de ação do homem deve ceder ante o princípio impositivo do dever jurídico - **neminem laedere** - densificado em normas que asseguram a integridade da vida e de bem patrimonial ou extrapatrimonial (física e moral) da pessoa⁶⁴. Neste confronto, o resguardo da integridade dos bens da vida é de maior valia para a ordem jurídica do que a liberdade de ação, que deve ser empreendida com responsabilidade e no limite legal.

Não se nulifica com esta interpretação o princípio da liberdade, que se limita na linha divisória do campo da liberdade de outro indivíduo, impondo uma conduta responsável e proporcional na necessária medida de respeito a direito de pessoa inocente. Remanesce, no entanto, prestigiado

⁶² A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não é prejudicial a outrem. A liberdade desdobra-se em interna e externa. Liberdade interior é o livre arbítrio. A liberdade externa consiste na possibilidade de o indivíduo realizar a vontade interior, nos limites da lei, no sentido estabelecido pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, artigo 4º "A liberdade de cada um só tem limite na dos demais e só a lei determina esses limites."

⁶³ SOUZA, Zoraide Amaral de. **Associação sindical no sistema das liberdades públicas.** RJ: Lumen Juris, 1996, p. 36/37.

⁶⁴ **Constituição Federal de 1988.** Op. cit. Art. 5º, caput, X.

e em pleno vigor, o princípio da liberdade mais ampla em situações especiais, podendo até chegar-se ao extremo de se permitir a ocisão da vida de uma pessoa, se necessária, à proteção da integridade da própria vida do lesante ou de outrem, condicionado à prova dos requisitos da legítima defesa ou do estado de necessidade⁶⁵ e nos limites da lei.

Com a finalidade de manter a paz, a ordem jurídica equilibra as forças contrárias de determinados princípios estabelecendo a limitação da liberdade de ação de uma pessoa no confronto com a liberdade de outra, ou na colisão com outro princípio de maior peso axiológico, como é o caso do princípio da inviolabilidade da vida e preservação dos direitos extrapatrimoniais e patrimoniais de outrem.

Cuidando-se de colisão de direitos fundamentais não submetidos à reserva qualificada da lei, a solução compete aos juízes e tribunais, na casuística, buscando-se o ponto de equilíbrio entre os interesses do indivíduo e os da sociedade. Utilizam-se, para tanto, os critérios da concepção individualista, socialista ou transpersonalista, que a Justiça exige, no caso concreto, aplicando-se a ponderação dos valores.

Na visão individualista, a pessoa é considerada como um bem de maior valia. Na ótica socialista, os interesses e valores sociais devem prevalecer sobre o interesse individual. Na concepção transpersonalista, busca-se a solução do conflito através de uma conciliação entre as posturas individualista e socialista, compatibilizando-se as posições, mediante o critério da ponderação de valores envolvidos.

Deve orientar-se o intérprete ou julgador pelos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da máxima proporcionalidade. Na lição de Roberto Alexy⁶⁶, a afetação de um direito somente se justifica pelo grau de importância de satisfação do direito oposto.

Assim, a colisão de princípios jurídicos deve ser solucionada no **plano Axiológico (de valores)** inspirado no bom senso e com o sentimento de justiça, segundo os parâmetros da Carta Magna. Por outro lado, o conflito de normas jurídicas defluentes de princípios jurídicos, na dimensão da legislação infraconstitucional, tem solução no **plano da Validade**, aplicando um dos critérios: a) cronológico (*lex posterior derogat priori*); b) hierárquico (*lex superior derogat lex inferior*); e, c) o da especialidade (*lex specialis derogat generali*). É o caso, v.g., da interpretação no conflito de normas derivadas de contrato alicerçado no princípio da autonomia da vontade, na

⁶⁵ **Código Civil.** Op. cit., arts. 160, I, II. **Código Penal.** Maurício Antonio Ribeiro Lopes (Coord.) 4^a ed. SP: RT, 1999. Arts. 24 e 25

⁶⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 161 e 164.

relação entre o fornecedor e consumidor, podendo impor-se o afastamento das cláusulas abusivas do pacto, consubstanciado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (artigo 51 da Lei nº 8.078/90), que é um conjunto de normas constitucionais fora de seu texto formal, na medida em que cumpre o preceito fundamental da Carta Magna de 1988, de proteção e defesa do consumidor (arts. 170, V, e 5º, XXXII da CRFB/88).

A iniquidade das cláusulas consideradas abusivas ou potestativas implica a declaração de nulidade e ineficácia, pela autoridade judiciária, nas relações jurídicas de consumo, das cláusulas excepcionais de abusividade, sem, contudo, comprometer-se o conteúdo do contrato, que deve ser preservado, no padrão compatível com a lei, consubstanciando os princípios jurídicos da boa-fé e de tutela do hipossuficiente⁶⁷.

Em síntese, enquanto o conflito de regras jurídicas soluciona-se no **plano da validade**, declarando-se a nulidade ou ilegitimidade constitucional da norma jurídica, a colisão de direitos fundamentais, expressando princípios em forma de normas jurídicas da Constituição, resolve-se na **dimensão de valor**, considerando o maior grau e qualidade dos princípios em fricção, dando-se prevalência ao de proteção do direito à vida, à integridade corporal, nas esferas física e moral, em confronto com interesses obrigacionais, contratuais ou patrimoniais, observando-se, em razão prática, o valor da norma em sua proporcionalidade máxima, na prestação jurisdicional equilibrada e temperada com o senso de Justiça.

As lacunas constitucionais, em regra, demandam integração e não interpretação, salvo excepcional norma jurídica reguladora de determinada situação considerada relevante na lei fundamental, como a do artigo 5º, X, da CRFB/88. No plano infraconstitucional, a lacuna é uma omissão da lei, impondo-se a colmatação do vazio no procedimento hermenêutico com a integração da norma com o princípio do qual se originou, como exigência de eqüidade e de Justiça, na expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶⁸. O conteúdo do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, do qual o artigo 126 do CPC é um desdobramento, permite ao juiz, quando

⁶⁷ art. 4º, III e 6º da lei nº 8.078/90; **Constituição Federal de 1988**, arts. 170, V c/c 5º, XXXII.

⁶⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 281. "uma válvula pela qual entram no ordenamento os fatores extrapositivos, como os ideais de Justiça, as exigências da eqüidade, os raciocínios quase formais."

a lei for omissa, decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes⁶⁹ e os princípios⁷⁰ gerais de direito.

Releva notar que a responsabilidade civil configura uma província de direito privado na Constituição, em que o princípio impositivo ***neminem laedere*** constitui a matriz da norma jurídica proibitiva de conduta danosa injusta a bem de pessoa inocente contendo preceito e sanção. O panorama estrutural das normas jurídicas, desdobrado em princípios e regras jurídicas.

⁶⁹ Costume é um conceito que exige repetividade da situação fática e jurídica e não se pode confundir com mera prática, que é apenas uma situação de fato.

⁷⁰ Os princípios gerais de direito que devem ser considerados na interpretação constitucional são: a) Princípio da Unidade da Constituição, que deve ser considerada como um todo, em busca de uma interpretação sistemática e harmoniosa; b) Princípio da Máxima efetividade (eficiência) - Deve ser atribuído à norma constitucional o sentido de maior eficácia, notadamente, no âmbito dos direitos fundamentais; da Justeza ou conformidade funcional, que visa a estabelecer competências na Constituição, impedindo a alteração ou repartição de funções; c) Princípio da Concordância prática ou harmonização - Coordena e combina normas em conflito, impedindo o sacrifício total de uma em relação a outras, na medida em que estabelece limites e condicionamentos recíprocos; d) Princípio da Força normativa da Constituição - confere prevalência às soluções hermenêuticas que compreendam a história das estruturas e propicia a atualização normativa assegurando sua permanência e eficácia; e) Princípio da Supremacia da Constituição - A interpretação deve ter como pressuposto a superioridade jurídica da Constituição; f) Princípio da Presunção de Constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público - Deflui do princípio geral de separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade jurisdicional. Somente se devem invalidar atos em casos de flagrante e incontestável ilegalidade; g) Princípio da Interpretação em conformidade com a Constituição - Consiste em um controle de constitucionalidade das normas, em que o exegeta atribui primazia à interpretação em conformidade com a Constituição, afastando as demais interpretações. A norma constitucional tem que ser interpretada em conformidade com o sistema e de acordo com os valores e princípios que informam a Carta Magna. Esse princípio desdobra-se em: princípio da prevalência da Constituição; da conservação da norma e de exclusão da interpretação contra a lei; h) Princípio da inicialidade. A interpretação da norma à luz da Carta Magna em sua visão sistemática constitui um passo prioritário e indeclinável do exegeta no processo hermenêutico. A norma constitucional tem que ser interpretada em conformidade com o sistema e de acordo com os valores e princípios que informam a Carta Magna; h) Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade - consiste na aferição da norma dentro (razoabilidade interna) e fora do corpo da lei (razoabilidade externa), conferindo-lhe um balanço de freios e contrapesos, adequando os meios e fins estabelecidos na Constituição, na medida em que permite o encontro do justo meio, na realização da Justiça, em grau elevado; i) Princípio da irretroatividade das leis quanto ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada é assegurado na Carta Magna como direito fundamental (art. 5º, XXXVI) e cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). Não há direito adquirido contra a Constituição Federal. Pode haver direito adquirido contra emenda constitucional, porquanto ela em si é lei no lato sentido. A irretroatividade da lei é regra de interpretação, porquanto a retroatividade, como exceção, deve ser expressa pelo legislador. Não se pode confundir aplicação imediata da lei com retroatividade (v.g., redução de vencimentos, art. 17, ADCT).

dicas, demonstra a necessidade da integração do conteúdo dos princípios e dos valores dos direitos fundamentais na hermenêutica constitucional da responsabilidade civil, em procedimento de reconstrução do sistema, na observação de Maria Celina Bodin de Moraes⁷¹. Qualquer que seja o procedimento hermenêutico utilizado, deve o intérprete ou julgador colmatar o vazio legislativo, quando existente, integrando a norma jurídica do direito privado com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, *neminem laedere*, proporcionalidade, eqüidade e Justiça, observando a triangularidade: Justiça, Direito e Lei.

A Justiça é uma virtude transcendental que deve nortear a feitura da lei, sua interpretação e concretização da paz social, que é o fim colimado pela ordem jurídica. O direito, sempre vivo na consciência do povo, é o meio de realização da Justiça. A lei é o espírito da comunidade e principal instrumento a ser utilizado na hermenêutica jurídica. Na exegese não se pode olvidar que o verdadeiro vetor da Justiça é o Direito e deste, o principal vetor é a Lei. Deve o julgador procurar descobrir o real significado da vontade da lei atentando para o seu resultado justo.

Na esteira do entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes⁷², constitui metodologia obrigatória proceder-se à “releitura do Código Civil e das leis especiais, isto é, da normativa do Direito Civil – à luz da Constituição.” O raciocínio jurídico do exegeta deve alicerçar-se na norma constitucional e na lei, nos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência e, ainda, na consciência do julgador⁷³, influenciado pelo sentimento de Justiça.

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Constituição e direito civil: tendências. Direito, Estado e Sociedade.** PUC. V. 15, ago/dez.1999, p. 107. "Para a adequada e coerente reconstrução do sistema impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas." A seguir, em sede de responsabilidade civil, assinala (p.108): "enquanto o Código tem por cláusula geral a responsabilização decorrente da culpa, significando dizer que alguém somente pode ser responsável civilmente se agiu de acordo com sua vontade, a Constituição e diversas leis especiais consagram o sistema da responsabilidade objetiva, estabelecendo o dever de indenizar independentemente de qualquer comportamento do causador do dano, valorizando a pessoa da vítima, a qual jamais deve permanecer irressarcida."

⁷² MORAES, Maria Celina Bodin. **O direito civil constitucional. Uma década de Constituição.** Org. Camargo, Margarida Maria Lacombe. Rio: Renovar, 1999. p. 124.

⁷³ DOUGLAS, William. Op. cit., p. 471/482. Na visão deste escritor, o raciocínio jurídico deve ser norteado, em visão metafórica, por 5 mulheres: a lei, a doutrina, a jurisprudência, a Justiça e a mãe do intérprete, esta, no sentido de Consciência ou Razão, na filosofia de Immanuel Kant (Crítica da razão Pura).

Na exegese, não se pode olvidar que a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, porquanto o rigor excessivo na interpretação literal pode conduzir à prática de injustiça, na lição do Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo⁷⁴.

Não se pode, entretanto, confundir o poder de identificação ou descoberta com criação ou invenção de norma. A integração da lei no processo hermenêutico tem limites na lacuna da lei ou da norma, sob pena de se transformar a interpretação, em ato arbitrário, o que é rechaçado pelo direito⁷⁵.

7. DA SANÇÃO

No campo da sanção de ilícito civil-constitucional, impende considerar as circunstâncias do fato, a gravidade da lesão e, notadamente, a intensidade da falta jurídica. Sim, porquanto na prática de ilícito civil-constitucional não se pode igualar no campo da censura jurídica as condutas de intensidades nocivas diferentes. Com efeito, na falta intencional (dolo direto e indireto), a vontade é dirigida ao resultado, e, por isso, de natureza grave. Na falta não intencional (culpa, por negligência, imprudência ou imperícia), a vontade do agente é direcionada à ação e não ao resultado, afigurando-se, portanto, de intensidade média. No defeito da prestação de serviço, a vontade do fornecedor de produto ou do serviço é dirigida à prática do bem,

⁷⁴ Revista do Superior Tribunal de Justiça. nº 4, p. 154. Rel. Min. FIGUEIREDO, Sálvio de. ... "A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar à injustiça." Nesse mesmo diapasão, manifestou-se ainda este eminentíssimo Ministro e jurista (RSTJ, 26/384) "A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil...Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando "contra legem", pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum."

⁷⁵ O processo integrativo deve conter-se nas fronteiras assinaladas a seguir. 1) O meio integrador não surte efeitos generalizantes. As Súmulas e jurisprudências dos Tribunais funcionam como normas orientadoras de julgados nas instâncias inferiores, sem obrigatoriedade de acatamento pelo julgador, se entender de forma diferente. 2) As normas penais que estabelecem tipos delituosos, penas e seus efeitos, excluem a possibilidade de analogia legal ou jurídica. A analogia em matéria penal somente pode ocorrer para beneficiar o réu, como nas causas de justificação, excludentes de antijuridicidade e causas excusas. Exemplo: inexigibilidade de conduta diversa, do Direito Alemão. 3) O artigo 6º da LICC prescrevia: "a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica". Esse princípio continua como regra de controle da integração do Direito. 4) Os princípios de exclusão da analogia não são absolutamente rígidos, sofrendo abrandamento nas situações em que se verifica similitude de casos, cujo tratamento não deve ser diferenciado. 5) O controle da integração por meios institucionais é mais difuso. 6) Proíbe-se, em tese, o costume contra a lei.

como na cirurgia benéfica, v.g., ou em caso de culpa leve ou levíssima, configuram falta de intensidade mínima, no campo da responsabilidade civil subjetiva (Aquiliana ou extracontratual - art. 186 do Código Civil/02).

8. QUANTIFICAÇÃO MINORADA

Por isso, cuidando-se de defeito na prestação de serviço, sem culpa provada do lesante, respondendo o fornecedor por fato de outrem, ou em caso de culpa média ou mínima do infrator ou responsável legal, na teoria subjetiva, a quantificação da indenização pressupõe a consideração da gravidade da lesão, da intensidade da falta e as circunstâncias do fato, na ótica dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, equidade e Justiça (a exemplo dos arts. 494 do Código Civil Português e 1.069 do Código Civil Argentino), estabelecendo-se valor da reparação menor do que se arbitria na sanção por ato ilícito próprio intencional (dolo direto ou indireto) ou não intencional (negligência, imprudência ou imperícia), ou em caso de culpa concorrente da vítima, obedecendo em todas essas situações a proporcionalidade adequada, como autorizam os artigos 944, parágrafo único e 945 do Código Civil de 2002.

CONCLUSÃO

O presente estudo revela o fenômeno hermenêutico da constitucionalização da responsabilidade civil proveniente de danos, com matriz sediada no artigo 5º, caput, X e XXII, da Carta Magna de 1988, a ser aplicado, nas funções repressiva e preventiva (arts. 186, 187, 927, 12, 20 e 21, dentre outros do Novo Código Civil), quando houver lesão ou ameaça de grave dano ou de difícil reparação, implementando-se a tutela indenizatória, inibitória ou de urgência (arts. 461 e parágrafos, 249 e 251 e parágrafos únicos, e 84, § 3º, do CPDC (Lei nº 8.078/90), bem como, para a supressão de ilícitos em incômodos de vizinhança, meio ambiente, política urbana, de defesa do patrimônio artístico, cultural e histórico, em regramento de concorrência, na perspectiva da regra de ouro da responsabilidade civil – mais vale prevenir do que remediar. Como corolário, a norma originária do princípio impositivo do dever jurídico *neminem laedere* (não lesar a ninguém) deve integrar o conteúdo de todas as normas infraconstitucionais derivadas ou recepcionadas pela Constituição, no direito público e no privado, em sede de responsabilidade civil ou direito provenientes de danos injustos, na tutela de bem de pessoa inocente, considerando como tal, a vítima que não deu causa ao fato, no prisma da teoria da Falta contra a Legalidade Constitucional⁷⁶, no propósito de efetiva conversão do direito em Justiça. □

76 A Falta Contra a Legalidade Constitucional. ABREU, Roberto. Rio de Janeiro. 2002.

Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988

TÂNIA DA SILVA PEREIRA

Advogada e Professora de Direito de Família e Direito da Criança e do Adolescente na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

CAROLINA DE CAMPOS MELO

Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-Rio e bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ).

O aniversário do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA.) inflamou a doutrina no sentido de avaliar os resultados de seus 10 anos de vigência.

Optamos aqui por analisar os direitos da criança e do adolescente em sede constitucional. Afinal, o constituinte teve junto a estes sujeitos preocupação especial, garantindo aos mesmos capítulo específico, “esposado” com a família e o idoso.

Pretendemos definir os direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais duplamente garantidos em sede constitucional: primeiramente, de forma expressa, no art. 227, *caput*, e outros artigos conexos, e ainda como direitos fundamentais originários de tratados referentes à matéria de direitos humanos. Asseveramos como corolário de tal *status a impossibilidade de emenda por parte das maiorias parlamentares eventuais*.

Como decorrência da importância dada pelo constituinte aos direitos da criança e do adolescente, examinaremos também o princípio do melhor interesse da criança como princípio dirigente de nosso ordenamento jurídico.

Em resumo, como sugere o próprio título *“Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988”* pretendemos mapear a proteção da criança e do adolescente na sistemática constitucional.

Direitos Fundamentais da Criança e Adolescente

Os direitos fundamentais constituem elemento basilar do constitucionalismo hodierno. Um breve apanhado histórico dos direitos fundamentais confunde-se com a própria construção do constitucionalismo.

Muitos autores apontam a inglesa Carta Magna de 1215 como inauguradora do capítulo dos direitos fundamentais na história dos direitos. Subscrita pelo Rei João Sem-Terra, bispos e barões caracterizou-se pela

concessão de privilégio aos referidos estamentos e pelo consequente estabelecimento de obrigações reais. Parte da doutrina indica em seu artigo 39¹, o qual afirma que nenhum homem livre seria detido ou despossuído de seus bens sem juízo prévio, o enraizamento da tendência de se garantirem direitos aos indivíduos. Conduz-se à ilação de que o germe dos direitos fundamentais estaria no direito de ir e vir como pressuposto necessário aos demais. Por outro lado, asseveraram outros autores que a Carta Magna não seria mais do que uma concessão mútua entre grupos privilegiados, afastando-se diametralmente de qualquer pretensão de universalidade.

Surge assim o dissídio doutrinário, do qual não tomaremos partido, acerca da real paternidade dos direitos fundamentais, tradicionalmente disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

As liberdades constituídas na Inglaterra ao longo do Séc. XVII – *Petition of Rights* de 1628, Lei do *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 – foram incorporadas à sistemática jurídica dos Estados Unidos, agora em sede constitucional, na Declaração de Virgínia. Ingo Wolfgang SARLET afirma que a nota distintiva desta declaração encontra-se em sua supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade.²

A Declaração francesa de 1789 eleva ao grau máximo seu caráter universal, já que baseada restritamente na racionalidade, da qual absolutamente todos os homens seriam dotados. Os mesmo ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram também garantidos na Constituição de 1791 – inspiração girondina – e de 1793 – de inspiração jacobina. Esta última chega a acrescentar direitos como ao trabalho, à proteção contra a pobreza e à educação.

PEREZ LUÑO assegura que, a partir de então, as Declarações de direitos passam a ser incorporadas à história do constitucionalismo³. A

¹ *In verbis*, "(n)enhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seu pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*)". Como lembra Fabio Konder COMPARATO, "convém observar que na civilização feudal todo direito estava ligado à terra. Não havia, propriamente, um país objetivamente separável da pessoa do monarca." *In A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 70

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 45

³ PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución Española*. 6^a edición. Madrid: tecnos. 1995

Constituição belga de 1831 e as cartas constitucionais da Alemanha e Itália confirmam o processo de relativização do caráter jusnaturalista, e, portanto, universal, e o enquadramento dos direitos nos sistemas positivos dos Estados. De acordo com apontamento de Paulo BONAVIDES, a universalidade material e concreta passa a substituir a universalidade abstrata, e mesmo metafísica, dos direitos na versão jusnaturalista do séc. XVIII.⁴

O Séc. XIX foi marcado pela denúncia da insuficiência dos direitos individuais e consequente reivindicação dos direitos econômicos e sociais. As inspirações operárias foram consagradas pela Revolução Russa e celebradas na Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. Não apenas se inaugurava um novo sistema político como também uma nova forma de pensar os direitos fundamentais.

São de capital importância duas constituições do início do séc. XX: a mexicana de 17 e a de Weimar de 19. Estas primaram pelo intento de conjugar em um único sistema direitos de cunho individual e econômico-social. Mais especialmente a Constituição de Weimar serviu como modelo para as constituições européias do pós-guerra que implantaram o regime do Estado de bem-estar social, como a francesa de 1946, a italiana de 47 e a própria Lei Fundamental de Bonn de 1949, as duas últimas ainda vigentes.

A mesma tendência foi reforçada nas constituições consagradas após regimes autoritários como a da Grécia (1975), da Espanha (1975) e a de Portugal (1978). Há de se destacar que os estudos comparativos realizados após a promulgação da Constituição brasileira de 1988 indicam a aproximação aos ibéricos. Nossa Texto possui, entre os direitos fundamentais, uma composição dos direitos individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais.

Valemo-nos assim do auxílio das doutrinas nacional e ibérica para melhor delimitar-se o campo dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico em que reza o princípio da primazia da Constituição Federal.

Na doutrina brasileira, o constitucionalista José Afonso da Silva sugere as seguintes características dos direitos fundamentais:

- a) *"Historicidade - são históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem (...);*
- b) *"Inalienabilidade - são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial (...);*
- c) *"Imprescritibilidade - (...) não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis (...); e*

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7º edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 517.

*d) Irrenunciabilidade - não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados*⁵.

Os direitos fundamentais constituem “direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”⁶ A breve afirmativa de J.J. Gomes CANOTILHO, constitucionalista português, encerra duas considerações de extrema relevância. Primeiramente, seu caráter positivo, enquanto incorporação no ordenamento escrito. Em segundo lugar, esta positivação deve ocorrer do bojo do mais importante diploma jurídico: a Constituição. Derivam assim 4 consequências de extrema relevância:

1) *“as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica;*

2) *como normas constitucionais, encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão⁷;*

3) *como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; e*

4) *como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes público constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.”⁸*

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 179-180.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999. p. 353

⁷ O poder de revisão estabelecido pela Constituição de 1976 deve ser entendido da seguinte forma:

1) estabeleceu-se, na versão originária, um período inicial de quatro anos durante o qual não seriam admissíveis quaisquer alterações (art. 284 /1, conjugado com o art. 194 / 1, na redação primitiva);

2) fixou-se o espaço temporal de 5 anos como o lapso de tempo que deve mediar entre as revisões ordinárias da Constituição (art. 284 / 1); e

3) aceitou-se a revisão extraordinária em qualquer momento (art. 284 / 2), desde que se satisfaçam os restantes requisitos exigidos (maioria qualificada de 4/5). In CANOTILHO, op. cit. p. 993.

Cabe ressaltar que se utilizam outros termos no constitucionalismo brasileiro. Deriva do poder constituinte o poder de reforma, entendido em sua natureza genérica; este pôde ter sido exercido por revisão constitucional, entendida como modificação relativamente ampla - o art. 3º do A.C.D.T. abriu a possibilidade de revisão no ano de 1993 -, ou por emenda, concebida como ajustes mais específicos, desde que seguidos os requisitos estabelecidos pelo art. 60 CF.

⁸ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 355

Pretendemos sustentar aqui que, realizando um paralelo ao Texto brasileiro, os direitos fundamentais não são passíveis de reforma, como assinala a segunda consequência apontada por CANOTILHO, e sim constituem limites materiais ao poder de emenda – número 3.

Complementamos ainda o conceito de direitos fundamentais com a afirmativa de Vieira de ANDRADE, constitucionalista português, de que estes possuem juridicidade específica por constarem desse instrumento de direito interno denominado Constituição; e ainda complementa que “*seu valor jurídico, a sua força de conformação não foram sempre os mesmos, mas não há dúvida hoje que comandam todo o ordenamento jurídico, impondo-se à própria função legislativa por força do princípio da constitucionalidade.*”⁹

A utilização das expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos merecem alguma explicação.

Por um lado, parte da doutrina afirma que a expressão “Direitos Humanos” tem origem inglesa – **human rights** - enquanto “Direitos Fundamentais” seriam fruto da tradição continental, notadamente germânica. Diferentemente, outros autores acreditam que a diferença encontra-se no âmbito da aplicação do conceito: os Direitos Fundamentais restringem-se ao âmbito constitucional, garantidos e limitados no tempo e no espaço, enquanto os Direitos Humanos ao âmbito internacional; constituem direitos de todos os povos.¹⁰

Constituem assim classes variáveis ao longo do tempo, modificando seu elenco no compasso da alteração das condições históricas. Como salienta Celso Albuquerque Mello¹¹, não estão tais direitos relacionados em uma lista imutável, porque “*a natureza humana está em construção, vez que ela apenas pressupõe a sociabilidade do homem, e esta vai criando novas formas de pensar*”. O mesmo argumento pode ser aplicado tanto para os direitos humanos quanto para os fundamentais.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. p. 33

¹⁰ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 369. PEREZ LUÑO estabelece a seguinte distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os primeiros formam “*um conjunto de facultades y instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*” enquanto os direitos fundamentais correspondem “*aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y suelen gozar de una tutela reforzada*” Op cit.. p. 46.

¹¹ MELLO, Celso Albuquerque. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**, Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 4 e 28.

Hoje as Constituições fixam princípios e linhas gerais para guiar o Estado e a vida em sociedade com a finalidade de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes. Os Direitos Fundamentais declarados nas Constituições não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.

No tocante à Constituição brasileira de 1988, à primeira vista, poderíamos afirmar que os direitos fundamentais eleitos pelo constituinte estariam restritos ao art. 5º em seus 77 incisos. No entanto, cabe atenta leitura de seu parágrafo 2º, *in verbis*:

“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte”.

Outrossim, pode-se afirmar que o constituinte não teve a intenção de restringir os direitos fundamentais àqueles enumerados no artigo em tela. Não o teria redigido se não tivesse o nítido desejo de possibilitar a expansão e atualização destes direitos ao longo da ‘vida’ constitucional.

Considerando nossa cláusula aberta, este parágrafo encerra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, de forma a confirmar o não congelamento destes direitos naqueles determinados no processo constituinte. E ainda, como leciona Ingo Wolfgang SARLET, os direitos fundamentais *“podem ter acento em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais e internacionais.”*¹²

Adicione-se ainda que ao referir-se aos ‘direitos e garantias expressos nesta Constituição’, o legislador teve como preocupação não fazer qualquer menção à posição a ser ocupada pelos mesmos no Texto. Destarte, pode-se concluir que são considerados direitos e garantias fundamentais de mesma hierarquia aqueles que ocupam diversas posições na Constituição Federal de 1988. Consideramos que os direitos fundamentais da criança e do adolescente, inobstante não constantes do rol do artigo 5º, tem mesma hierarquia constitucional.

Sustentamos ainda que devem ser tidos como direitos fundamentais de duas formas. Primeiramente, o artigo 227, *caput*, e outros ao mesmo alinhados, enumeram com clareza quais os direitos fundamentais que devem ser assegurados a estes sujeitos de direito *com absoluta prioridade*. Em segundo lugar, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, em outras palavras, esta pode ser considerada parte dos *“Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte”*. Sabe-se que as vigas-mestras da Convenção foram transpostas

¹² SARLET, I. op. cit. p. 85

para o plano interno por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, pretendemos afirmar que os direitos fundamentais garantidos na Convenção, ao terem sido recebidos pelo parágrafo 2º do artigo 5º, galgaram ao *status* de direito fundamental em nosso sistema constitucional.

Passamos, outrossim, à análise de cada uma das duas hipóteses, para que possamos analisar a possibilidade ou não de emenda a tais direitos.

A) Direitos Fundamentais dispersos

J.J.Gomes CANOTILHO¹³ refere-se a “*Direitos Fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo*” enumerados na Parte I da Constituição Portuguesa. É precisamente o que denomina de “*Direitos Fundamentais dispersos*”. Analogamente, afirma-se que a Constituição brasileira também enumerou direitos fundamentais de forma dispersa.

Na doutrina nacional, Ingo Wolfgang SARLET¹⁴ identifica os “*Direitos Fundamentais fora do catálogo, mas com status constitucional formal*” os quais, segundo ele, “*são idênticos no que tange à sua técnica de positivação e eficácia*”. O referido Autor identifica, entre eles¹⁵, o art. 227-CF relativo aos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente. Este artigo é reconhecido como a *Declaração de Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil*. São garantidos “*à criança e ao adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado, com prioridade absoluta, o direito à*

¹³ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 380

¹⁴ SARLET, I. op. cit. p. 124

¹⁵ Com o intuito de valorizar a tarefa de fôlego realizada por parte de SARLET de enumerar os diversos direitos fundamentais situados fora do catálogo, passamos a expor seu resultado:O direitos de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, inc. I); os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, inc. VI e VII), o direito dos servidores públicos à estabilidade no cargo (art. 41) – não mais existente devido à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998; o direito à legitimação ativa para a iniciativa popular legislativa (art. 61, parágrafo 2º); a garantia de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX); limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, inc. I a IV) – confirmado pelo Supremo Tribunal Federal na A.D.In nº 939 – 7 de 1994 ; direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (art. 220); a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, parágrafo 5º); o direito dos filhos a tratamento igualitário e não discriminatório (art. 227, parágrafo 6º).No tocante à ordem social, acrescenta ainda o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (art. 230, parágrafo 2º), o direito à proteção do meio ambiente (art. 225), os direitos à previdência social e à aposentadoria (arts. 201 e 202); bem como o direito à assistência social.Por fim, adiciona o direito à saúde (art. 196), à educação (art. 205); ao ensino público fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, inc. I); a garantia do exercício dos direitos culturais (art. 215); o direito ao planejamento familiar incentivado pelo Estado (art. 226, S 7º); à proteção da entidade familiar (art. 226) , bem como o direito à proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227). Op. cit. p. 122 a 124.

vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Se a história constitucional brasileira pode vangloriar-se da presença permanente da Declaração de Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, a Constituição de 88 introduz direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente.

Apregoamos ainda que estes não se restringem ao artigo 227 C.F. Podemos citar, enumerativamente, outros direitos fundamentais diversos, entre eles:

- Proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos, conforme redação dada ao art. 7, inc. XXXIII pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Observe-se que tal emenda ampliou campo de proteção ao trabalho infanto-juvenil, já que a redação original proibia qualquer trabalho apenas aos menores de 14 anos;
- A equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação, consoante o art. 226, parágrafo 6º;
- A inimputabilidade dos menores de 18, sujeitos à legislação especial, conforme o artigo 228. Há de se ressaltar que diversa é a forma de se deparar com o adolescente infrator: a aplicação de medidas socio-educativas;
- Assistência e educação por parte dos pais, de acordo com o art. 229. O fato de mencionados direitos encontrarem-se dispersos no texto constitucional - art. 227 e os demais citados – não lhes retira o *status de direitos fundamentais*, devendo ser tratados da mesma forma que todos os demais.

B) Decorrentes de tratados

Para assegurar a posição proposta, indica-se o mesmo art. 5º, parágrafo 2º. C.F., ao referir-se aos “*Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte*” como receptor em sede constitucional de todos os diplomas referentes aos direitos humanos.

Endossamos a posição de SARLET de que o conceito utilizado pelo constituinte engloba diversos instrumentos internacionais, referindo-se a “*Tratados*” como gênero em cuja espécie encontram-se convenções e pactos e, ainda, os tratados propriamente ditos. Reporta-se à própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual os considera como termo genérico determinante de um acordo internacional independentemente de

sua designação particular. Apenas esta interpretação é capaz de evitar um considerável estreitamento da abertura constitucional referente ao direito internacional.¹⁶

Entendida a extensão do termo tratado, destaque-se a importância da **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Nascida de um árduo trabalho de dez anos por parte de representantes de 43 países-membros da Comissão de Direitos Humanos daquele organismo internacional, representou a comemoração dos 30 anos da **Declaração Universal dos Direitos da Criança**.

Segundo Michel BONNET¹⁷ (1988), na fase de elaboração da Convenção, a principal questão debatida “era definir direitos universais para as crianças, considerando a diversidade de percepções religiosas, sócio-ecônicas e culturais da infância nas diversas nações”.

Fruto de compromisso e negociação, tal Convenção representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar a sua ordem interna. A Convenção exige, por parte de cada Estado que a subscreva e ratifique, uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições (e obrigações). Deve, inclusive, servir de instrumento básico para todos aqueles que direta ou indiretamente trabalham em prol da população infanto-juvenil.

No entanto, a preocupação no tocante à infância não tem origem nesta data. Destacam-se, ainda, neste século, outros documentos internacionais de proteção à infância e à juventude:

A proteção especial já aparece na **Declaração de Genebra de 1924**, em que foi declarada a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”. A **Declaração Universal de Direitos Humanos**, aprovada no seio das Nações Unidas em 1948, reconheceu que a “infância tem direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social” (art. XXV, 2).

¹⁶ Ressalta ainda o autor que outra interpretação levaria necessariamente à desconsideração dos direitos fundamentais previstos nos Pactos Internacionais da O.N.U. sobre direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da O.E.A. (1969), apenas para citar alguns dos mais relevantes nesta matéria. (p. 125)

¹⁷ BONNET, MICHEL "Convention on the Rights of the Child", In **Second Asian Regional Conference on child abuse and neglect**. p. 71.

Coube à já mencionada **Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959** determinar no seu segundo princípio que “*a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança*”.

Tomando como modelo a Convenção Européia de Direitos Humanos destaque-se, em nosso continente, a **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica de 1969), que estabelece no seu art. 19 que “*toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado*”. O Brasil veio a ratificar esta Convenção mais de vinte anos depois, através do Decreto 678 de novembro de 1992.

Não se pode omitir especial referência às **Regras de Beijing** (Resolução 40.33 da Assembléia Geral da ONU de 29 de novembro de 1985), que estabeleceram normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude. Da mesma forma, as **Diretrizes de Riad** para a “prevenção da delinqüência juvenil” e as **Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade** foram aprovadas pela Assembléia Geral da ONU de 1990, as quais somaram-se aos demais documentos internacionais de proteção à infância deste século. Estes dois documentos, embora ainda não ratificados pelo Brasil, tiveram seus princípios incorporados ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Fazemos *quorum* à doutrina que afirma que os direitos fundamentais oriundos das regras internacionais aglutinam-se à Constituição por meio do parágrafo 2º do art. 5º. Adquirem, outrossim, junto ao sistema constitucional *status* igual ao concedido aos demais direitos fundamentais. No tocante a nossa proposta, os direitos fundamentais referentes à criança e ao adolescente, celebrados nos diplomas internacionais dos quais o Brasil é parte, pertencem à Constituição Federal de acordo com o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.

Conclui-se, por fim, que tanto por constituírem direitos assinalados no texto constitucional, os denominados direitos fundamentais dispersos, ou por terem sido celebrados em acordos internacionais, os direitos da criança e do adolescente constituem direitos duplamente fundamentados no sistema constitucional oriundo de 1988.

Impossibilidade de Emenda

O fato de haver o legislador constituinte garantido aos direitos fun-

damentais a impossibilidade de emenda (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV) e ainda a aplicabilidade imediata dos mesmos (art. 5º parágrafo 1º C.F.), pode ser apontado como indicador da essencialidade dos mesmos.

Pretendemos dar maior destaque aqui à impossibilidade de emenda, já que presenciamos hodiernamente grande ímpeto reformador por parte do legislador ordinário. Sustentamos que qualquer emenda que pretenda ou tenda a abolir qualquer dos direitos fundamentais da criança e adolescente fere frontalmente a Constituição Federal.

O legislador constituinte reservou certa rigidez para o processo de emenda, já que formulada para ajustes de natureza restrita e específica. Estabeleceu assim limites denominados formais, temporais e materiais. Interessam-nos, especificamente, os *limites materiais* que visam a assegurar a permanência de determinados conteúdos constitucionais tidos como fundamentais. O reconhecimento de limitações de cunho material significa um ponto de equilíbrio entre a necessidade de preservação de um conteúdo mínimo estabelecido pelo constituinte e a contínua imperiosidade de adequação da Constituição à realidade social.

As limitação materiais – não entraremos aqui na seara das limitações implícitas – encontram-se manifestas no parágrafo 4º do artigo 60 C.F., entre elas, *in verbis*: I) a forma federativa de Estado; II) o voto direto, secreto, universal e periódico; III) a separação de poderes; e IV) os direitos e garantias individuais. Tais elementos foram assim considerados pelo legislador constituinte, sem qualquer critério hierárquico, *cláusulas pétreas*, não passíveis de emenda, elemento caracterizador de força jurídica reforçada na ordem jurídica constitucional pátria.

No tocante à abrangência da restrição material de emenda, devemos estabelecer, mesmo que com a brevidade necessária a um artigo, o alcance da imutabilidade apregoada pelo parágrafo 4º, especificamente no tocante aos direitos fundamentais.

Defendemos aqui uma interpretação extensiva da expressão “*direitos e garantias individuais*”, já que a restrição a sua literalidade ameaçaria o próprio conceito de direitos fundamentais. Levaria à ilação de que apenas os direitos individuais seriam protegidos pela impossibilidade de emenda. Mesmo os direitos coletivos enumerados no próprio art. 5º não teriam guarda: por ironia, o mandado de segurança individual constituiria cláusula pétreia e o coletivo estaria disponível ao ímpeto reformador de maiores eventuais.

Sustentamos que o legislador constituinte não propôs expressamente qualquer distinção significativa entre direitos individuais, políticos e sociais que possibilitesse diferença em sua fundamentalidade ou possibilidade de hierarquização. Lembra ainda Ingo Wolfgang SARLET que o próprio

Preâmbulo da Constituição de 88 elenca a necessidade de **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)** Ressalte-se ainda a consagração dos princípios estruturantes mapeados no art. 1º, inc. I a III, e art. 3º, inc. I, III e IV C.F.

A possibilidade de restrição ou abolição dos direitos políticos e sociais levaria ao comprometimento da estrutura e identidade da própria Constituição. Afinal, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira, foi densificada pelo constituinte por meio da garantia dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais.

No que tange à nossa proposta de reconhecer os Direitos Fundamentais da criança e adolescente como *cláusulas pétreas*, sejam estes de cunho individual ou coletivo, cabe novamente lembrar que estes encontram-se no sistema constitucional de duas formas, como *supra* sustentado.

Portanto, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, fundados dispersamente no Texto Constitucional, ou ainda os consagrados pela ratificação dos diplomas acima relacionados constituem um limite mínimo a ser respeitado pelo legislador ordinário.

Princípios Constitucionais

O ordenamento jurídico brasileiro emergente da Constituição de 1988 encerra um sistema normativo de regras e princípios. As normas de nosso sistema revelam-se tanto sob a forma de regra quanto de princípios. Note-se desde já que os princípios não possuem apenas função integrativa ou programática no ordenamento jurídico; contêm expresso grau de normatividade. Tanto as regras como os princípios carregam *em si* diretrizes deontológicas, impressas nas expressões de mandato, permissão e proibição.

A distinção entre regras e princípios constitui um dos principais pilares para a compreensão da ordem jurídica. Foi de capital relevância para a compreensão desta nova perspectiva normativa o trabalho de Ronald DWORKIN de 1967¹⁸, no qual distingue as regras, os princípios e as polí-

¹⁸ O artigo "Is Law a system of rules?" foi primeiramente publicado em "The Model of Rules" no ano de 1967. Reimpresso em 1977 para a coletânea "The Philosophy of Law", editada pelo autor, foi revisitado e integrado a um de seus livros mais importantes: "Taking Rights Seriously", de 1977/78. Em contundente crítica ao Positivismo Jurídico, pretende o autor afirmar a existência de princípios na sistemática jurídica norte-americana, os quais acirram conteúdo de moralidade. Relembra assim o julgamento Riggs V. Palmers, ocorrido na Corte de

ticas públicas (**policies**). No entanto, acredita-se mais proveitoso, para o âmbito deste trabalho, explorar a contribuição de Robert ALEXY, jusfilósofo e constitucionalista alemão, mesmo que realizada quase 20 anos depois, já que este descreve o denominado sistema civil ou continental, família à qual pertence a sistemática brasileira.

Desafia ALEXY o tradicional critério da generalidade para a distinção entre os dois tipos de norma: os princípios teriam caráter mais geral que as normas. Afirma que, na realidade, a distinção entre as regras e princípios seria **qualitativa**.

As regras são normas que, quando válidas, podem ser cumpridas ou não em sua totalidade. “(C)ontienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.”¹⁹ Por sua vez, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor/maior maneira possível; são “*mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.*”²⁰ Os princípios ordenam algo que deve ser cumprido em sua maior medida possível, consideradas as condições jurídicas e fáticas. São assim chamados mandatos ***prima facie***, e não mandatos definitivos como as regras.

Não somente se diferenciam regras e princípios por seu aspecto qualitativo, mas também pela forma através da qual solucionam seus *conflictos e colisões*, respectivamente.

O conflito entre regras pode ser solucionado por meio do estabelecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma das regras. A eliminação de uma das regras ocorre, no mais das vezes, por recursos tradicionais como ***lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali***.

Enquanto o conflito de regras considera a questão da validade, a colisão de princípios, por sua vez, tem como foco central seu peso. Sob certas circunstâncias, um princípio tem precedência sobre o outro; alteradas as circunstâncias, a precedência pode apresentar resposta diversa. No caso concreto, cede o princípio que tiver menor peso, considerando ambos como

Nova Iorque em 1889, no qual restou decidida a exclusão de um dos legatários contemplados no testamento, já que este teria sido responsável pelo assassinato do testador. Afinal, como considera DWORKIN, não seria permitido o benefício próprio por meio fraudulento.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1986. p. 87

²⁰ idem p. 86

dotados de validade. Os princípios “podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, ***prima facie***, devem ser realizados.”²¹

Elege ALEXY a máxima da proporcionalidade como a regedora da colisão dos princípios: critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito decidirão a precedência do caso concreto. Note-se que o autor teve o cuidado de não caracterizar a proporcionalidade como princípio, o que o tornaria passível de ponderação.

A decisiva contribuição de ALEXY à discussão acerca das regras e princípios foi adicionar o importante elemento da Argumentação. Afirma o autor que “(e)l carácter ***prima facie*** de los principios puede reforzar-se introduciendo una carga de argumentación en favor de determinados principios o determinados tipos de principios.” A argumentação é determinante para a aplicabilidade da máxima da proporcionalidade e a obtenção da precedência nos casos concretos de colisão de princípios.

Princípio do Melhor Interesse da Criança

Procura-se afirmar, no bojo deste trabalho, que o melhor interesse da criança constitui um princípio consagrado por nossa sistemática constitucional. Com tal *status*, afirma-se novamente seu caráter normativo e a necessidade de sua ponderação em frente a outros princípios constitucionais. Destarte, o mandato ***prima facie*** inerente ao princípio do melhor interesse deverá adequar seu peso aos demais princípios em colisão em um caso concreto.

Sua origem é encontrada no instituto inglês do ***parens patriae*** como prerrogativa do Rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. É recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso **Commonwealth v. Addicks**, no qual a Corte da Pensilvânia afirma a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais. No caso em exame, a guarda da criança foi concedida à mãe acusada de adultério, já que este resultado representava o melhor interesse para aquela criança mediante as circunstâncias dadas.

²¹ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 1087 e 1088. O constitucionalista acompanha a discussão apresentada por Ronald DWORKIN e Robert ALEXY. Na doutrina brasileira, cabe destaque ao capítulo "Dos Princípios Gerais de Direito aos Princípios Constitucionais" de autoria de Paulo BONAVIDES em seu **Curso de Direito Constitucional**.

Em outra oportunidade²², afirmamos que a proposta de se reconhecer, nos documentos internacionais, a proteção especial para a infância já aparece na **Declaração de Genebra de 1924**, onde foi declarada a “necessidade de proclamar à criança uma proteção especial”. Por sua vez, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 destaca, para a criança, “o direito a cuidados e assistência especiais”.

Coube à Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determinar que “a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.²³

Por sua vez, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 teve papel fundamental na confirmação e alargamento deste princípio. Ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, destaque-se, em sua tradução oficial, o que dispõe o art. 3.1: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

O texto original em inglês declara: “In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, **the best interests of the child shall be a primary consideration**”.

Há de se ressaltar que a Convenção proclama como seus destinatários as “crianças”, identificadas no art. 1º, como “**todo ser humano com menos de 18 anos**”. Entretanto, entendeu o legislador estatutário brasileiro, dentro de critérios puramente de política legislativa, dividir estes titulares de Direitos Fundamentais em duas faixas de idade, buscando, nas ciências humanas, sobretudo, na psicologia e biologia, fundamentos para esta divisão legal.

²² SILVA PEREIRA, Tânia da. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

²³ O texto original da Declaração assim dispõe: “The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, **the best interests of the child shall be the paramount consideration**”.

Outrossim, o art. 2º. do Estatuto da Criança e do Adolescente considera como criança “*pessoa até 12 anos de idade incompletos*” e adolescente “*aquela entre 12 e 18 anos de idade*”. Neste sentido, qualquer menção ao princípio do melhor interesse da criança deve ser necessariamente estendido aos adolescentes, já que uma inovação legislativa não pode excluir parte da população de seus direitos garantidos tanto em âmbito interno quanto internacional.

Cabe ressaltar ainda que a versão em inglês enfatiza o caráter qualitativo do interesse da criança – ***the best interest*** – enquanto a versão brasileira tem como foco o critério quantitativo – *o maior interesse*. Optamos pelo conceito qualitativo por acreditar que este aponte com mais precisão a orientação proveniente dos diplomas *supra* relacionados.

A aplicação de melhor interesse da criança foi bastante ampliada pela Convenção em destaque. Realizando um paralelo entre a extensão consagrada na Declaração (1959) e na Convenção, Daniel O'DONNELL esclarece que esta “*amplia o alcance deste princípio, o qual, pelo teor do artigo 3. (1), deve inspirar não apenas a legislação, mas também todas as medidas concernentes às crianças, tomadas pelas instituições públicas ou privadas de bem-estar social, pelos tribunais, pelas autoridades administrativas...*”²⁴ Afirma assim a vinculatividade imediata dos poderes públicos, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário, ao princípio do melhor interesse da criança.

Passamos assim a examinar, a título de exemplo, oportunidades em que deve o princípio do melhor interesse da criança ser aplicado. Para tal tarefa, tomamos, primeiramente, o Legislativo e as ressalvas realizadas em nossa legislação no tocante à criança e ao adolescente. Em seguida, examinamos ocasiões em que o magistrado pode fazer uso do princípio em tela. Note-se que, em regra geral, as mesmas considerações tecidas quanto ao Judiciário podem ser aplicadas ao procedimento administrativo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidador das normas já informadas pela Constituição Federal, representa a mais eficaz de nossos diplomas legais no sentido de especificar linhas de apreensão do melhor interesse da criança. No entanto, não se pode deixar de lembrar

²⁴ O'DONNELL, Daniel. **A Convenção sobre os Direitos da Criança: Estrutura e Conteúdo.** Infância: Boletin del IIN, nº 230. Tomo 63, Julio. Montevideo. 1990. p. 11.

que diversas normas constantes tanto no Código Civil²⁵, Código Penal²⁶ e demais diplomas foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, mais especificamente no tocante à proteção da infância-adolescência.

Em especial, as regras do art. 387 do C.C., do art. 9º C.P.C. e o art. 142, § único E.C.A. asseveram a nomeação de um *Curador Especial* na hipótese de “*colisão de interesses*”. O posicionamento do Ministério Públlico orienta o Magistrado na identificação do mais conveniente ou menos prejudicial à criança e ao adolescente.

No tocante ao Poder Judiciário, deve-se destacar a imperiosidade de um procedimento rápido e eficiente que respeite os parâmetros processuais autorizados pela Constituição. Há de se evitar um processo demorado, o que, em regra, representa grande prejuízo à criança e ao adolescente.

A oitiva do sujeito infanto-juvenil é identificada como importante orientação ao magistrado rumo à identificação do melhor interesse da criança.

O art. 12 da Convenção assegura àquela que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o **direito** de expressar suas opiniões livremente sobre os assuntos relacionados com ela, considerando a sua idade e maturidade. Garante-lhe, inclusive, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que lhe afete diretamente, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no § único do art. 28 indica que “*sempre que possível será ouvida a criança*”. Para tal fim, criança deve ser informada sobre sua situação e os assuntos sobre os quais deverá emitir sua opinião, devendo ser facilitada a intervenção de profissionais especializados que possam interpretar, de maneira apropriada, a sua palavra.

Duas são as situações em que se faz mais especificamente relevante a oitiva da criança e adolescente: o abuso sexual e a guarda.

²⁵ O art. 225 CC reflete a nítida intenção do legislador em proteger os interesses patrimoniais dos menores sob o Pátrio Poder. O inventário dos bens do falecido identificará aqueles que compõem a meação do cônjuge sobrevivente e aqueles pertencentes aos filhos. É também flagrante a intenção em se proteger os interesses dos descendentes incapazes ao privar o progenitor do usufruto do Pátrio Poder caso este não faça o inventário e promova a partilha. O art. 215 CC demonstra que as rígidas regras pertinentes à validade dos atos jurídicos foram amenizadas em nome da unidade familiar. Quis o legislador proteger a criança concebida no casamento, ainda que marcado pelo vício decorrente da idade. Assim, diz a lei que por defeito de idade não se anulará o casamento de que resultou gravidez. (SILVA PEREIRA. Op. cit. p. 27 e 28)

²⁶ Entre as várias formas de violência, deter-nos-emos às situações especiais carecedoras de tratamento jurídico e interdisciplinar e de qualificação adequada, as quais envolvem e transcendem os conceitos penais de Estupro (art. 213 do Código Penal), Atentado violento ao pudor (art. 214, CP) e crimes correlatos, a exemplo do Lenocínio (art. 227, CP), Favorecimento da prostituição (art. 228, CP), Manutenção de Casa de Prostituição (art. 229, CP), Rufianismo (art. 230, CP), Tráfico de mulheres (art. 231, CP) e Abandono moral (art. 247, II, CP).

Explicar situações identificadas como **abuso sexual** contra crianças e adolescentes têm exigido dos profissionais e dos magistrados maior atenção em suas decisões. A “*lei do silêncio*”, por meio da qual tais formas criminais são mascaradas, cria uma relação de poder difícil de ser desafiada. Em geral, a vítima é a única testemunha e as evidências físicas de abuso sexual existem apenas em uma pequena porcentagem de casos.

Na hipótese de abuso sexual no âmbito familiar, os procedimentos do atual sistema criminal desencorajam e dificultam os cuidados especiais com a criança. Não é rara a traumática experiência de uma *acareação* entre a criança e o acusado. Nestes casos, a criança pode sentir uma culpa adicional caso este seja condenado. Sentimentos conflitantes para com o acusado são, em geral, uma causa significante do trauma experimentado pela criança abusada sexualmente.

A oitiva da criança nessas circunstâncias merece especiais cuidados devendo ser criadas condições que facilitem a expressão espontânea da criança, evitando situações de angústia e linguagens técnicas incompreensíveis, permitindo-lhe expressar seus interesses e conflitos com maior liberdade. Deve ser implantada uma efetiva *mudança de cultura no atendimento* de crianças vítimas de abuso sexual. Deve o Instituto Médico Legal, por exemplo, proporcionar um atendimento especial à criança por técnicos capazes de ouvir e manifestar a sua compreensão à vítima; a possibilidade do exame do DNA por este órgão permite a identificação imediata e irrefutável do abusador.

A aplicação de medidas emergenciais em casos de abuso sexual apregoadas civilmente como o afastamento do abusador do lar, busca e apreensão da criança, destituição do pátrio poder deve necessariamente atender o princípio do melhor interesse da criança. A permanência da criança no âmbito familiar deve ser priorizada, sendo afastado de imediato o agressor, já que existe o risco de que o agressor, permanecendo junto à família, perpetue sua conduta em relação à vítima ou a outros familiares. Uma assistência material à família é prioritária, considerando que, na maioria das vezes, o agressor é seu principal mantenedor.

Por sua vez, nos processos de **guarda**, é fundamental a oitiva da criança suficientemente madura. No entanto, esta manifestação volitiva da criança, por si só, não é o suficiente. Há que se considerar, também, a estabilidade, continuidade e a permanência na relação familiar.

Tratando-se de criança de tenra idade, deve-se levar em conta qual é a pessoa com quem a criança mantém laços mais fortes de afetividade e carinho e que possa lhe dar um atendimento diário às suas necessidades biofísicas e psicológicas. Daí a necessidade de um acompanhamento, pelo

menos temporariamente, dos desdobramentos familiares das decisões referentes à guarda, dando ao Magistrado a certeza de uma decisão coerente.

Enfim, o fator determinante para se garantir a Guarda a um dos pais deve estar na habilidade de se colocar o interesse da criança acima dos próprios interesses.

Destaque-se, ainda, que a Lei de Divórcio (Lei 6.515/77), em seu art. 13, autoriza ao Juiz, “*em qualquer caso e a bem dos filhos*”, regular a situação dos mesmos em relação aos pais. Abre, portanto, espaço para se atribuir a Guarda até mesmo para terceiros (avós, tios ou estranhos na relação familiar) na hipótese de graves conflitos entre os pais.

De qualquer forma, as decisões judiciais nessas hipóteses não fazem coisa julgada definitiva, permitindo alterações por iniciativa daquele que se mostra insatisfeito com as condições do resultado. Procedimentos judiciais conhecidos como *tutela de urgência*, a exemplo das medidas cautelares e antecipações de tutela, permitem iniciativas imediatas nos casos de violações de direitos fundamentais.

É necessário que os operadores de Direito, sobretudo, o Advogado, priorizem soluções amigáveis, desmotivando os pais contra disputas judiciais e ajudando-os a compreender que quando ganha um dos genitores, quem acaba por derrotado é a criança ou adolescente.

Por fim, cabe ressaltar que a aplicação do princípio do melhor interesse da criança por parte do magistrado não encerra um poder discricionário ilimitado. A consolidação de uma proteção especial à infância e adolescência por parte da Constituição e a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente incorporaram ao ordenamento jurídico pátrio o princípio do melhor interesse da criança.

Inobstante as inúmeras dificuldades que podem ser encontradas no que diz respeito ao grau de aplicabilidade do princípio em questão, enfatize-se, mais uma vez, seu caráter normativo. É papel do magistrado prezar pela máxima grau de optimização do princípio do melhor interesse da criança, fazendo uso das regras constitucionais e infraconstitucionais que o respaldam.

No entanto, não há receita mágica para a identificação do melhor interesse da criança. Podemos apontar aqui como indicativos para tal identificação a *opção menos prejudicial* ou a que *cause menos dano à criança ou ao adolescente*. Cabe lembrar que as regras, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, constituem apenas o primeiro grau de adensamento dos princípios constitucionais. Cabe notadamente ao Poder Judiciário, por meio de sua atividade jurisdicional, consolidar em sua prática diária, a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

CONCLUSÃO

É indiscutível a atual confluência entre o público e o privado. Analisando estas mudanças, Maria Celina Bodin de MORAES esclarece que “(d)ante de um Estado interventionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o Direito Civil viu modificadas as funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes de um direito individualista dos séculos anteriores.”²⁷ A publicização do direito privado pode ser vislumbrada no fato de que os Códigos Civis perderam “a posição central que disputavam no sistema”, ocupada hoje pela Constituição Federal.

Esboça assim a fundação de um Direito Civil Constitucional, “um Direito Civil efetivamente transformado pela normativa constitucional”²⁸, como propõe a autora. Há nosso ordenamento de se render perante a supremacia da Constituição como o “coordenador” de todo o sistema jurídico, não só do Direito Civil, como sobre os demais campos.

Assim, ao se criarem novas áreas de especialização, fundadas em leis especiais, a exemplo das locações, da defesa do consumidor, da proteção ao meio ambiente, e mesmo, da criança e adolescente, não podemos nos abstrair dos princípios constitucionais que orientam todo o ordenamento jurídico. É nesta nova dimensão que colocamos o direito da criança e do adolescente, orientado por princípios constitucionais e entremeado de regras públicas e privadas.

Assim, tratando o direito da criança e do adolescente enquanto calçado em direitos fundamentais constitucionalmente consolidados, defende-se a impossibilidade de emenda que fira a estrutura especialmente dedicada a estes sujeitos considerados pelo legislador em especial condição.

Postula-se ainda a definitiva consagração do melhor interesse da criança como regedor de toda forma de tratamento à criança e ao adolescente, seja este pautado pela conduta do Executivo, Legislativo e Judiciário. Somente assim poderá o direito da criança e do adolescente almejar para o terceiro milênio, a reconciliação do ser humano, com ele próprio e com a realidade do novo tempo.

Ao fim e ao cabo, a história da humanidade não é uma história de crianças. Estas sempre foram vistas restritamente como sujeitos em potencial. Cabe ao aplicador do direito consolidar na prática nova forma, com a qual a criança e o adolescente são vislumbrados por meio da Constituição de 88. Em meio ao naufrágio de todas as utopias, acreditamos que falar nos direitos da criança e do adolescente, é garantir simplesmente o direito de serem crianças e adolescentes, reconhecidas sua particularidades.□

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. "A caminho de um direito civil constitucional". In **Revista de Direito Civil**. nº 65. p. 21/32. Julho/setembro. 1993; p. 22.

²⁸ idem. p. 29.

A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado

DANIEL SARMENTO

Procurador da República, Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado) e da EMERJ

1. Introdução

No paradigma do Estado Liberal, a Constituição não se imiscuía no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do Código Civil, o qual se centrava na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia. Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos. A Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas.

Sem embargo, esta ampliação do espaço constitucional não bastou para elevar a Constituição à posição de centro gravitacional do Direito Privado. Um sério obstáculo para isso era oposto pela concepção que vislumbrava nas normas constitucionais que atingiam a esfera jurídico-privada meros programas políticos, desvestidos de eficácia jurídica imediata, que carece-riam sempre da mediação do legislador para produção dos seus efeitos. Poder-se-ia até reconhecer o caráter preceptivo das normas constitucionais clássicas, ou seja, daquelas que estabeleciam a organização do Estado e definiam os direitos individuais e políticos do cidadão, até porque estas não continham nenhum projeto de alteração do *status quo*. Mas às normas que extravasassem deste papel devotava-se muito pouca importância, pois não se lhes atribuía valor jurídico efetivo.

Só a superação desta visão, com o reconhecimento da “força normativa” de toda a Constituição, em especial dos seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional. Tal

concepção vai acarretar uma verdadeira “virada de Copérnico”¹ no Direito Privado, reunificando, em torno dos seus valores existenciais, um sistema que fora fragmentado pelo advento de um sem-número de leis especiais. Estes valores vão fecundar o Direito Privado com os ideais igualitários e solidarísticos entranhados no tecido constitucional, impondo uma releitura, sob nova ótica, de conceitos e institutos tradicionais, elaborados em outro contexto social e axiológico.

No presente capítulo, pretendemos descrever esta trajetória, mostrando a relação intrínseca entre o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos seus princípios e o processo de constitucionalização do Direito Privado. Abordaremos também as críticas endereçadas contra esta tendência, para tentar, num esforço de síntese, firmar nossa posição sobre a relação entre a Constituição e a ordem privada.

2 – A Força Normativa da Constituição

A noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de caráter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer uma completa obviedade, demorou algum tempo para se firmar. Durante um bom período campeou, sobretudo nos países europeus, em razão da ausência de jurisdição constitucional, a idéia de que a Constituição conteria uma proclamação de princípios políticos, que dependeriam sempre do legislador para a produção de efeitos concretos². Ela dirigir-se-ia aos poderes constituídos, e em especial ao Executivo e ao Legislativo, mas não seria acessível ao juiz, nem muito menos ao cidadão³.

Sustentava-se, inclusive, que as declarações de direitos incorporadas às constituições teriam conteúdo exclusivamente moral, mas não qualquer eficácia jurídica⁴. Assim, os direitos fundamentais só valiam no âmbito e

¹ A expressão é de FACHIN, Luiz Edson, utilizada em “Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo”. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 317-324.

² Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3^a ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 41.

³ Esta concepção não se estendia aos Estados Unidos, que, desde o início da sua trajetória constitucional, consideram que a Constituição vincula também o legislador, que pode ser censurado através da **judicial review**, conforme ficou estabelecido a partir do julgamento pela Suprema Corte norte-americana de *Marbury v. Madison*, em 1803.

⁴ Cf. CANOTILHO. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1997, p. 1051/1052, e BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 4^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 105.

no limite das leis que os reconhecessem, como sustentou Jellinek, na sua famosa teoria dos direitos públicos subjetivos, não sendo possível a invocação direta da Constituição pelos jurisdicionados.

Todavia, a adoção generalizada de instrumentos de controle de constitucionalidade em todo o mundo, ao longo do século XX, foi modificando esta concepção, tendo importado na afirmação prática do valor jurídico e da superioridade normativa da Constituição. Passa-se, desta forma, do Estado de Direito para o Estado Constitucional, que é aquele no qual, consoante o magistério de Gustavo Zagrebelsky, “a lei (...) pela primeira vez na época moderna, é posta numa relação de conformidade e por isto subordinada a um estrato mais elevado do direito, estabelecido pela Constituição”⁵.

Ocorre que, paralelamente a esta mudança, foi também se desencadeando outro processo, vinculado à emergência do Estado Social, consistente na redefinição dos papéis da Constituição: se, no Estado Liberal, ela se cingia a organizar o Estado e a garantir direitos individuais, dentro do novo paradigma ela passa também a consagrar direitos sociais e econômicos e a apontar caminhos, metas e objetivos, a serem perseguidos pelos Poderes Públicos no afã de transformar a sociedade.

Dante deste fenômeno, o pensamento constitucional hegemonicó não atribuiu caráter vinculante a toda a Constituição, mas apenas à sua parte orgânica e às normas consagradoras dos direitos liberais e políticos. Como ressaltou Ana Prata, segundo esta doutrina, “todas as normas que excedessem o estatuto organizatório do Estado e o elenco dos direitos assegurados aos cidadãos contra este tinham um cariz não preceptivo, traduzindo-se num conjunto de declarações políticas de princípio sem força vinculativa”⁶. Os demais mandamentos constitucionais, característicos das cartas sociais do século XX, eram vistos como “normas programáticas”, desprovidas de aplicabilidade imediata e que por isso dependeriam da *interpositio legislatore* para deflagração de efeitos. Assim, a ampliação da Constituição pagou no primeiro momento um preço caro: a crise da sua juridicidade⁷. Daí sedimentou-se a doutrina que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, lançando as últimas num verdadeiro “limbo” jurídico, ao negar-lhes qualquer eficácia vinculante.

Tal doutrina, que dominou o Direito Constitucional durante boa parte do século XX, e que, apesar do seu anacronismo, ainda não foi definitiva-

⁵ **Il Diritto Mite.** Torino: Einaudi, 1992, p. 39.

⁶ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.** Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 123.

⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional.** 8^a ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 208.

mente destronada, pelo seu enraizamento no imaginário dos operadores jurídicos, acabava neutralizando os avanços das constituições sociais e dos seus princípios e valores de justiça distributiva. Ela reconhecia plena eficácia jurídica à parte da Constituição que garantia o ***status quo***, mas negava qualquer aplicabilidade às normas que impunham transformações e representavam risco para os interesses das classes hegemônicas. Tais normas tornavam-se dependentes do legislador ordinário, cuja inércia ou timidez frustrava as potencialidades transformadoras da Constituição, relegando-a a um papel meramente simbólico.

É verdade que a negativa de eficácia a certas partes da Constituição não resulta apenas de resistência ideológica. A esta se agregam razões jurídicas ponderáveis, como o grau de indeterminação semântica de algumas normas, assim como o fato de que a aplicação de outras depende da utilização de recursos escassos, bem como da formulação de políticas públicas, e não de um mero comportamento absenteísta do Estado.

Sem embargo, contra a referida doutrina tradicional vai se erguer uma forte reação na Itália, sobretudo a partir da obra de Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Princípio*⁸, publicada em 1952, na qual o autor vai afirmar que todas as normas constitucionais, inclusive as chamadas programáticas, geram efeitos jurídicos ponderáveis. No Brasil, esta tese vai se refletir nas lições de autores como J. H. Meirelles Teixeira⁹, José Afonso da Silva¹⁰ e Luís Roberto Barroso¹¹, dentre outros. Tais autores, embora usando classificações e terminologias distintas, vão estar de acordo na pregação de que, embora existam graduações entre os efeitos dos preceitos constitucionais, todos eles possuem pelo menos uma eficácia mínima, já que influenciam na interpretação e integração do ordenamento jurídico, vinculam negativamente o legislador e a administração, que não podem agir de modo contrário à norma, e acarretam a não recepção do direito anterior incompatível.

⁸ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Princípio*. Milano: Giuffrè, 1952.

⁹ No país, deve-se o pioneirismo desta corrente ao Prof. José Horácio Meirelles Teixeira que, nas suas lições, ainda na década de 50, divulgava esta posição, com base na doutrina europeia mais atualizada. Entretanto, as lições de Meirelles Teixeira só vieram a público em 1991, com a publicação das apostilas que continham suas aulas ministradas na Faculdade de Direito da USP, no livro organizado e atualizado pela Profª. Maria Garcia, intitulado **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991, no qual a questão dos efeitos das normas constitucionais é tratada com grande profundidade às fls. 295-361.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3^a ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

¹¹ **O Direito Constitucional** ..., op. cit, p. 75-120.

Sem embargo, o certo é que a falta de efetividade das normas constitucionais contribui decisivamente para comprometer a credibilidade da Constituição, e impedir a difusão de um genuíno “sentimento constitucional” entre o povo. De fato, quando os textos constitucionais acenam no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não logram nenhuma eficácia social, cria-se um profundo abismo entre o mundo do “dever ser” e a realidade, que corrói a crença na Constituição como norma¹². Ela passa a ser vista pelos seus destinatários como um repositório de utopias e de proclamações políticas, de pouca valia prática. No imaginário social dá-se uma completa inversão de valores: mais do que a Constituição, vale a lei, e ainda mais do que esta, a portaria do Ministro.

O modelo corresponde ao que Karl Lowenstein¹³ qualificou como Constituição nominal: ela não possui maior eficácia jurídica, em razão do seu descompasso com a realidade social, mas ainda mantém um certo efeito educativo e prospectivo. Para Lowenstein, a Constituição nominal é inferior à Constituição normativa, que consegue submeter aos seus regramentos a realidade política, mas superior à Constituição semântica, que apenas formaliza uma dominação de fato existente na sociedade, em proveito exclusivo dos detentores do poder, sem qualquer pretensão de subordiná-los a limites jurídicos.

É verdade que, além das suas dimensões normativas, as constituições também desempenham uma função simbólica¹⁴, que não pode ser negligenciada. Elas condensam valores que devem gerar unidade e coesão social, e que servem de pauta para os movimentos sociais que reivindicam a sua efetivação¹⁵. São o estandarte de certas lutas e idéias, caras à cultura e à história de um povo, portando um apelo emotivo e agregador¹⁶. Mas a hipertrofia das funções simbólicas de uma Constituição, em detrimento da sua vocação normativa, afigura-se nefasta e pode levar até a anomia constitucional, que se instaura quando prevalece, de modo generalizado,

¹² No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional**..., op. cit., p. 59-65.

¹³ LOWENSTEIN: Karl. **Teoria de la Constitucion**. Trad. Alferdo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965, p. 217 et seq.

¹⁴ Veja-se, sobre a matéria, o denso estudo de NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

¹⁵ Cf. KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 28.

¹⁶ Sobre o papel da Constituição, como elemento que, pelos seus valores, deve gerar coesão e integração na sociedade, são clássicas as lições de Rudolf Smend, que datam da década de 20 do século passado, e estão coligidas na obra **Constitucion e Derecho Constitucional**. Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

a crença de que a Constituição não vale como norma, e de que é possível descumprir impunemente os seus comandos. Em alguns casos, a Constituição passa a ser usada como álibi¹⁷, para criar a falsa imagem, interna e externamente, de que o Estado está agindo para resolver certos problemas sociais, quando, na verdade, a promessa estampada no texto constitucional é insincera, pois não há nenhum empenho efetivo em concretizá-la no mundo real.

Neste contexto, não causa espanto que setores da comunidade jurídica profundamente comprometidos com a luta pela justiça social não devotassem, no passado recente, maior apreço à Constituição, vista como mais um instrumento ideológico a serviço da classe burguesa. De fato, durante algum tempo esta era a visão prevalecente no Brasil, dentre os juristas integrantes do movimento do Direito Alternativo¹⁸, que, descartando a dogmática, preferiam o discurso da desconstrução do saber jurídico tradicional, apontado como instrumento a serviço da dominação burguesa, na linha da doutrina marxista, que enxergava no Direito um mero elemento da superestrutura, completamente condicionado pela infra-estrutura das relações de produção¹⁹. Correspondia a esta visão, na seara constitucional, a teoria céctica de Ferdinand Lassale, jurista alemão contemporâneo de Marx, que, em famoso ensaio intitulado *A Essência da Constituição*²⁰, negava qualquer valor à lei constitucional, equiparada por ele a um mero “pedaço de papel”. Afirmava Lassale que a Constituição real de um Estado consiste exclusivamente nos “fatores reais de poder que regem uma Nação”, e que a lei constitucional só teria alguma eficácia se os refletisse com fidelidade.

Foi para combater, de um lado, o niilismo de Lassale, e, do outro, certas concepções constitucionais mais tradicionais, que implicavam no amesquinhamento da eficácia da Lei Maior, que Konrad Hesse esboçou sua teoria

¹⁷ Cf. Marcelo Neves, op. cit., p. 92/95.

¹⁸ Cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo". In: **Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. São Paulo: Ed. RT, p. 36-39; e SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 29-60.

¹⁹ Cumpre advertir que esta concepção adotada pelo marxismo clássico foi posteriormente revista e sofisticada, sobretudo em razão da influência do pensamento de Antonio Gramsci, que defendia a existência de um efeito de retroação da superestrutura sobre a infra-estrutura econômica, o que já abre a possibilidade de reconhecimento de alguma força transformadora no Direito. Nesta linha, encaminha-se o pensamento de Pashukanis, principal teórico do Direito marxista. Veja-se, a propósito, POULANTZAS, Nico. **O Estado, o Poder, o Socialismo**. Trad. Rita Lima. 2^a ed, Rio de Janeiro: Graal, 1985.

²⁰ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stönnies. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

sobre a “força normativa da Constituição”²¹. O pensamento de Hesse²² se opõe tanto ao normativismo kelseniano, que, no plano constitucional, isola a Constituição da realidade social, preocupando-se apenas com a primeira, como ao sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas do fenômeno constitucional. Para ele, a Constituição opera a síntese dialética entre o mundo do ser e do dever ser, que não podem ser vislumbrados isoladamente. A realidade social influencia a Constituição, até porque quem a aplica não é uma máquina, mas um ser humano, que vive imerso numa comunidade, partilhando dos seus valores e tradições. Mas a Constituição tem uma pretensão de eficácia, pois aspira ordenar o fato social e influir sobre ele. Ela não se contenta em ser um mero espelho das relações de poder.

Mas, para que a Constituição tenha como desencadear a sua força normativa, ela não pode se desvincular dos seus condicionamentos materiais, nem ignorar as leis espirituais, sociais e econômicas da sua época, senão não logrará efetivar-se. Além disso, o ingrediente essencial para a força normativa é o que Hesse chamou de “vontade de Constituição”. Deve haver o anseio de realização concreta da Constituição, e é importante que a sociedade se mobilize neste sentido. Quanto maior a vontade de Constituição, menores serão os limites que a realidade social poderá lhe impor. Mas os limites sempre existirão, e será preciso respeitá-los. Não é recomendável, portanto, que o constituinte se entregue a devaneios, e confira direitos cujo atendimento não seja possível, sob pena de descrédito da Constituição, com a consequente erosão da sua força normativa.

Hoje, assiste-se em todo o mundo a um movimento de “retorno ao Direito”²³, e as diversas correntes filosóficas e ideológicas presentes no debate contemporâneo convergem para o reconhecimento de que o Direito é peça fundamental para que seja possível a convivência social com um mínimo de harmonia e justiça. Neste quadro, no Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípios

²¹ Veja-se HESSE, Konrad. “La Fuerza Normativa de la Constitución”. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2^a ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 57-78.

²² Para uma visão mais completa sobre o pensamento constitucional de Konrad Hesse, vale consultar seu curso, já traduzido para o português, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

²³ A expressão é de BOURETZ, Pierre, e é utilizada e desenvolvida no ensaio “La Force du Droit”. In: BOURETZ, Pierre (Org). **La Force du Droit: Panorama des Débats Contemporains**. Paris: Éditions Esprit, 1991, p. 09-38.

e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social²⁴. Trata-se de usar a interpretação constitucional como um “espaço de luta”, pois, como salientou Clémerson Merlin Clève:

“Num Estado Democrático de Direito, alicerçado numa Constituição comprometida com a dignidade do homem, o ofício do jurista ligado com a práxis libertária assumirá vastas proporções, em face das inúmeras possibilidades argumentativas que poderão ser descobertas. Uma Constituição democrática é uma fonte inesgotável de argumentos que podem ser utilizados com o sentido de democratizar o direito, inclusive, se for o caso, para o fim de negar a aplicação à lei que viole valor protegido pela Lei Fundamental. Em face da Constituição brasileira atual, não é difícil sustentar-se a potencial inconstitucionalidade da lei injusta, na medida em que o constituinte definiu entre os princípios fundamentais da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).”²⁵

²⁴ Sem embargo, num recente e instigante artigo, o jovem e brilhante jurista Cláudio Pereira de Souza Neto criticou o que chamou de "constitucionalismo brasileiro da efetividade", identificado com a doutrina de autores como José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso e Clémerson Merlin Clève. Para ele, esta orientação doutrinária teria chegado a um esgotamento, pelo seu escasso êxito prático, na medida em que os critérios formais que elaborou no sentido de extrair maior normatividade da Lei Maior acabaram sendo usados pelo STF na direção opos- ta, como forma de neutralizar os avanços sociais da Constituição. Mas a grande falha desta orientação estaria, segundo o jurista, em desconsiderar o elemento material e o fundamento filosófico necessários à definição do grau de eficácia das normas constitucionais. Assim, partindo sobretudo da filosofia de Habermas, o autor postula uma eficácia direta, com ampla possibilidade de controle judicial, para as normas definidoras de direitos fundamentais básicos, inclusive os sociais, no que diz respeito ao chamado mínimo existencial, aduzindo que isto não significaria restrição à democracia, mas garantia dos seus pressupostos. Sem embargo, o autor discorda da atribuição de força diretamente vinculante às normas que estabeleçam políticas públicas, pois tais políticas, numa sociedade democrática, deveriam ser resolvidas pelo legislador, através do critério majoritário, e não pela jurisdição constitucional, diante do seu déficit democrático. (SOUZANETO, Cláudio Pereira de. "Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático". In: MELLO, Celso Albuquerque de, e TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Arquivos de Direitos Humanos nº 4.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17-61)

²⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. "O jurídico com espaço de luta: sobre o uso alternativo do Direito". In: **O Direito e os Direitos.** 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 207.

Assim, não é apenas por razões de coerência sistêmica que se deve postular a constitucionalização do Direito Privado. Trata-se de movimento necessário para quem aspire a pautar as relações privadas por parâmetros normativos substancialmente mais justos, à luz da inobjetável constatação, feita por Luís Roberto Barroso, de que “(...) o legislador constitucional é invariavelmente mais progressista do que o legislador ordinário”²⁶. Neste contexto, é importante conceber a Constituição como o “topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”²⁷, para, com isso, mergulhar todo o direito infraconstitucional na axiologia transformadora da Lei Maior.

3-O Direito Privado em Busca de um Centro: do Código Civil à Constituição

O movimento de codificação, que se desenvolveu na Europa ao longo do século XIX, a partir da experiência precursora do Código de Napoleão de 1804²⁸, representou, na época, o coroamento dos ideais rationalizadores do Iluminismo, que buscava assentar o direito sobre bases seguras e unitárias. A consagração política do princípio da igualdade, com a abolição dos privilégios estamentais, exigia a existência de um direito único para todas as pessoas, que deveria primar pela generalidade e abstração²⁹, e regular, de modo completo e exaustivo, as relações sociais. Intentava-se pôr fim à multiplicidade de normas, emanadas das mais variadas fontes, que conviviam, numa relação muitas vezes conflituosa e desordenada no **Ancién Regime**, fundando o Direito sobre regras simples e harmônicas,

²⁶ **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260.

²⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 225.

²⁸ É sabido que na Roma Antiga foram elaboradas codificações, como o *Codex Justiniano*, que entretanto não possuíam o caráter sistematizador dos códigos modernos, constituindo antes uma coletânea das leis anteriores, sem ordem ou unidade, Cf. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Beni e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 64; e MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 176-177.

²⁹ Neste sentido, Ana Prata ressalta, com razão, que "a hipoteticidade, a abstracção e a generalidade, características que a concepção liberal do direito atribuiu à lei, são incindíveis da noção de igualdade, no sentido em que esta é seu pressuposto e sua consequência. Porque todos os indivíduos são iguais, é possível aplicar-lhes a lei (hipotética, abstracta e geral), mas, simultaneamente, é a lei, com tais características, que assume como iguais os indivíduos, isto é, é porque são iguais à face da lei que eles são iguais entre si." (**A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 87).

derivadas de uma hipotética razão universal³⁰, de forma a garantir a segurança jurídica e adaptar o direito às necessidades de uma economia capitalista em processo de expansão³¹.

Os pressupostos filosóficos do ideal codificador eram os do jusnaturalismo. Vale dizer, existiria uma ordem jurídica anterior ao direito positivo, eterna e transcendente, à luz da qual a legislação civil deveria ser moldada. Nas palavras de Hespanha, “(...) os códigos serão, assim, um repositório não do direito ‘voluntário’, sujeito às contingências e às mudanças da vontade humana, mas do direito ‘natural’, imutável, universal, capaz de instaurar uma época de ‘paz perpétua’ na convivência humana”³². A idéia de Código associa-se, por outro lado, à de sistema³³. Se a sistematização favorece a clareza, a harmonia e a ordem no objeto sistematizado, codificar o Direito significava revesti-lo com aqueles mesmos predicados, tornando-o mais simples e seguro.

O “direito natural”, que se cristalizara nos códigos, fundava-se na idéia de autonomia da vontade dos indivíduos, igualizados pela abstração da lei. E desta autonomia decorriam, como ressaltou Wieacker,

“(...) as grandes figuras do direito privado: o direito subjetivo como poder da vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjetiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade (e os direitos limitados) como um direito em princípio ilimitado, cuja função social não vem à luz no seu conceito; as pessoas jurídicas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas.”³⁴

Os códigos encampavam assim os interesses da burguesia, protegendo a propriedade e a autonomia contratual, e conferindo segurança ao

³⁰ A idéia de codificação gerou, no panorama alemão, uma intensa reação por parte dos juristas da Escola Histórica, à frente Savigny, que, partindo das premissas do pensamento romântico, preferiam o direito costumeiro, porque mais próximo ao espírito do povo, rejeitando a universalismo racionalista dos códigos. A codificação na Alemanha vai ocorrer quase um século depois, com a edição do BGB em 1896. Veja-se, a propósito, WIEACKER. **A História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 2^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980., p. 398 et. seq.

³¹ Cf. LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 42.

³² **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 162.

³³ Cf. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação: Crônica de um Conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 29.

³⁴ WIEACKER, Franz, op. cit., p. 717.

tráfico jurídico, essencial para o desenvolvimento do capitalismo. Vivia-se, como registrou Natalino Irti, na “Era da Segurança”³⁵, na qual o protagonismo cabia ao burguês proprietário, sujeito de direito e pai de família. Embora todos fossem iguais e autônomos perante o Código, dentro do modelo de produção capitalista só o burguês possuía bens para proteger e comprometer através de contrato, e era ele, portanto, o típico sujeito de direito mirado pela codificação. Era o modelo do individualismo possessivo, em que prevalecia o ter sobre o ser.

Portanto, o ideal da codificação relacionava-se estreitamente com o modelo do Estado Liberal, que era aquele no qual, segundo Habermas, “(...) uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado”³⁶. Tratava-se de uma “sociedade de Direito Privado”, na qual cabia ao Código delimitar a esfera da liberdade privada dos indivíduos, nas relações que estes mantinham no mercado.

O Direito ainda não se abrira para os interesses das classes desfavorecidas, inclusive em razão do caráter censitário do voto, que alijava do processo político a imensa maioria da população. O papel do Direito Privado era o de garantir as regras do jogo, estabilizando as relações econômicas, e ele o fazia assentando-se sobre dois pilares: propriedade e contrato, ambos vistos como expressões necessárias da autonomia do indivíduo³⁷. Este indivíduo, identificado pelo Código Civil, não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito, em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil³⁸. A ordem jurídica cerrava os

³⁵ IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997., p. 138.

³⁷ Cf. BARCELLONA, Pietro. *Diritto Privato e Società Moderna*. Napoli: Jovène, 1996, p. 320; e MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Direito Civil Constitucional”. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. 1988 - 1998: *Uma Década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 119.

³⁸ Neste sentido, vale reproduzir o autorizado magistério de NEGREIROS, Teresa: “Refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo abstratamente considerado como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial (...). A propriedade privada erige-se em fundamento e símbolo da liberdade, ao mesmo tempo que o exercício daquele direito se supõe igualmente livre, assim como a sua circulação, através do livre exercício da autonomia negocial. Todos podem casar, ser proprietários e testar; todos são iguais.” (*Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15-16).

seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado, e com a sua aparente neutralidade, chancelava a opressão.

O Código aspirava à completude, visando disciplinar todos os aspectos da vida humana, do nascimento ao óbito. Na França, desenvolve-se no século XIX a Escola da Exegese, cultivando o fetichismo da lei, e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil³⁹, e negando o papel criativo dos juízes na aplicação do Direito. Os professores franceses de então se vangloriavam de ensinar não o Direito Civil, mas o Código de Napoleão, o que revelava com clareza o endeusamento daquele monumento legislativo e a crença na sua completude. Para eles, o Direito era o Código⁴⁰.

A partir de premissas um tanto diversas deu-se, quase um século mais tarde, a Codificação na Alemanha, com a edição do BGB, em 1896. Este pôde se beneficiar de todo o desenvolvimento teórico proporcionado pela pandectística, que buscou reformular e dar maior racionalidade aos institutos do Direito Romano, pretendendo cunhar uma ordem jurídica fundada em conceitos (jurisprudência dos conceitos), elaborados num elevado nível de abstração teórica e de dogmatismo⁴¹. O código alemão, diferentemente do francês, abrangia uma parte geral, que visava assegurar sua unidade sistemática, costurando os institutos da parte especial. Além disto, valia-se com mais freqüência de cláusulas gerais, abrindo um espaço mais amplo para a jurisprudência. Sem embargo, era também um código do liberalismo e do positivismo, surgido numa fase em que já se prenunciava a decadência de ambos.

O modelo de codificação do Estado Liberal vinculava-se a uma estrita e rígida separação entre o Direito Público e o Privado. No primeiro, que disciplinava as relações desiguais entre o cidadão e o Estado, incidia a Constituição, e o segundo, que regulava as relações entre iguais na sociedade e no mercado, centrava-se no Código Civil. O Direito Público era visto como o reino do contingente, enquanto que o Direito Privado pautava-se por regras imutáveis, porque derivadas da razão⁴². Na dicotomia

³⁹ Cf. TEPEDINO, Gustavo. "O Código Civil e os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa". In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil - Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 02.

⁴⁰ Cf. REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 96-97.

⁴¹ Sobre as diferenças filosóficas entre a codificação napoleônica e alemã, veja-se CORDEIRO, António Menezes, introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. LXXXIV - C.

⁴² Emanuel Kant radicalizou esta concepção, ao identificar o Direito Privado ao direito natural, existente no Estado de Natureza, e o Direito Público àquele posto pelo Estado, próprio da sociedade civil. Veja-se, a propósito, BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed., Brasília: Ed. UNB, 1997, p. 82-87.

público/privado, a prioridade axiológica recaia sobre o segundo termo, o que expressava o enfoque preferencial sobre a “liberdade dos modernos” em relação à “liberdade dos antigos” e a primazia do **bourgeois** sobre o **citoyen**.

Neste quadro, o Código Civil desempenhava o papel correspondente ao de uma Constituição das relações privadas e da sociedade civil⁴³, de “diploma básico de toda a ordem jurídica”⁴⁴. Como destacou Michele Giorgianni,

“Esse significado ‘constitucional’ dos códigos civis do início do século XIX (...) é imanente neles, se se fixar a idéia de que a propriedade privada e o contrato , que constituíam, como se disse, as colunas do sistema, vinham, por assim dizer ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção de vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal.”⁴⁵

Ademais, nos códigos civis estavam disciplinadas as principais matérias comuns aos vários ramos do saber jurídico, como as fontes do direito, sua interpretação, aplicação da lei no tempo e no espaço etc. Numa época em que a produção de normas era ainda escassa, as raras leis extravagantes editadas em matéria privada não disputavam a primazia com o Código Civil, mas gravitavam ao seu redor, recebendo seus influxos e sendo interpretadas ao seu lume.

A forma de regulamentação utilizada pelos códigos de então correspondia ao que Gustavo Tepedino rotulou de “exasperação da técnica legislativa regulamentar”⁴⁶. Dentro do modelo oitocentista e do primeiro quartel do século XX, cabia ao código disciplinar detalhadamente todas as condutas humanas juridicamente relevantes, contendo a precisa definição da **fattispecie** normativa, assim como de suas consequências⁴⁷, de forma que a aplicação do direito aos fatos pelos juízes pudesse se realizar através de um simples silogismo. A onipotência do legislador deveria corresponder ao servilismo judicial, de acordo com a visão esquemática e simplificadora do princípio da separação de poderes, então prevalecente. O que não

⁴³ Cf. TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 04.

⁴⁴ Cf. VARELA, João de Matos Antunes. "O Movimento de Descodificação do Direito Civil". In: **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 454.

⁴⁵ GIORGIANNI, Michele. "O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras". Trad. Maria Cristina de Cicco. In: **Revista dos Tribunais** nº 747. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35-55, p. 41.

⁴⁶ "O Código Civil e os microssistemas ... ", op. cit., p. 02.

⁴⁷ Cf. MARTINS-COSTA Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

estivesse explicitamente previsto na lei não era bom direito, não sobrando espaço para os princípios ou para a atuação construtiva do intérprete. As características centrais dos códigos, segundo Gustavo Zagrebelsky, eram “(...) a vontade positiva do legislador, capaz de se impor indiferenciadamente por todo o território do Estado, operante para a realização de um projeto jurídico de razão (a razão da burguesia liberal, assumida como ponto de partida); o caráter dedutivo do desenvolvimento das normas, *ex principiis derivationes*; a generalidade e abstração, a sistematicidade e a completude.”⁴⁸

Sem embargo, com a progressiva transformação do Estado Liberal no Estado Social, esta hegemonia do Código na disciplina das relações privadas será ameaçada. Merece destaque, em primeiro lugar, a autonomização do Direito do Trabalho, regido por princípios intervencionistas e solidaristas, absolutamente diversos dos que prevaleciam no Direito Civil. A revolta contra o nível de exploração do trabalhador, que atingira o paroxismo na Europa durante a Revolução Industrial, a democratização do Poder Legislativo, com a progressiva universalização dos direitos políticos, e a influência de correntes de pensamento como o socialismo utópico, o marxismo e a doutrina social da Igreja contribuíram decisivamente para o advento deste novo campo do Direito⁴⁹, que vai subtrair dos domínios do Direito Civil a regulamentação das relações de trabalho, até então disciplinadas pelo direito contratual, sob o rótulo de contrato de locação de serviços. Se o Direito Civil, com absoluta desconsideração dos fatos reais, presumia a igualdade entre as partes contratantes – patrão e empregado –, e por isso, na sua crônica cegueira, confiava na autonomia da vontade, não intervindo senão excepcionalmente nas relações laborais, o Direito do Trabalho vai evoluir para o reconhecimento do brutal desequilíbrio entre estas partes, para assim assumir a tarefa de proteção do empregado diante do empregador, ampliando as normas cogentes e restringindo a liberdade contratual. O fenômeno, que se inicia com a edição de esparsa legislação social no curso do século XIX, chega ao ápice após a Primeira Guerra Mundial, com a consagração de direitos trabalhistas nas novas Constituições, ao lado da intensificação da legislação ordinária que abrangia os mais variados aspectos das relações de trabalho⁵⁰. No entanto, este processo

⁴⁸ II **Diritto Mite**, op. cit., p. 37.

⁴⁹ Sobre o processo histórico de surgimento do Direito do Trabalho, e suas bases teóricas e filosóficas, veja-se SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délia; VIANNA Segadas e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**, v. I. 19^a ed., São Paulo: LTR, p. 27-101; SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5-16; e GALVÃO, Paulo Braga. **Os Direitos Sociais nas Constituições**, op. cit.

⁵⁰ Cf. GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 04-05; e GALVÃO, Paulo, op. cit., p. 27.

só vai ser desencadeado no Brasil depois da Revolução de 30, e será um dos legados mais marcantes da chamada Era Vargas.

Mas a decadência do Código Civil não se esgotou no surgimento do Direito do Trabalho. Na verdade, também a partir da Primeira Guerra Mundial começa a operar-se na Europa uma significativa mudança no panorama da legislação civil, com a intensificação do intervencionismo estatal, e a multiplicação das leis especiais, que criavam novos microssistemas legislativos, regidos por princípios e valores que se afastavam daqueles consagrados nos códigos. Manifesta-se, na legislação, uma tendência centrífuga⁵¹, de afastamento do Código Civil. De fato, enquanto este se mantinha fiel ao ideário liberal, na legislação extravagante já se infiltrava a preocupação com o social e com a tutela de interesses da coletividade, ampliando-se o universo de normas de ordem pública, limitadoras da autonomia da vontade das partes. Já era possível, nesta época, falar-se numa “revolta dos fatos contra os códigos”⁵², representativa do fato de que nas fórmulas neutras e abstratas inscritas nos códigos civis já não cabia a realidade social, na sua crescente complexidade e conflituosidade.

A quantidade de normas especiais se avolumava, disciplinando novos institutos do Direito Privado, surgidos com a evolução econômica, ou subtraindo outros do âmbito do Código Civil, para submetê-los a nova disciplina, mais consentânea com as necessidades de uma sociedade que se industrializava e de um Estado que mudava de feições, tornando-se social. Este processo intensifica-se na Europa depois da 2ª Guerra Mundial, pois a evolução do cenário econômico e social passara a reclamar uma intervenção cada vez mais intensa do legislador. Como destacou Orlando Gomes,

“(...) as transformações econômicas e políticas ocorridas alteraram consideravelmente a consciência jurídica dos povos cultos, suscitando idéias de valor diferente, e não raro oposto, às que se consubstanciaram nos Códigos oitocentistas e do primeiro quartel do século XX (...). O propósito de dar ao equilíbrio social sentido mais humano e moralizador conduziu a política legislativa para vigorosa limitarão da autonomia privada”⁵³

Advém, neste contexto, a fase dos estatutos, que tratam de forma completa certas matérias, contemplando, ao lado de preceitos de Direito Civil, também normas administrativas, econômicas e até penais.

⁵¹ IRTI, Natalino, op. cit., p. 33.

⁵² A expressão é de Gaston Morin, em obra publicada em 1937, conforme MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed., São Paulo: Ed. RT, p. 84.

⁵³ GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 06.

Estes estatutos encerram novas características. Valem-se com maior freqüência de cláusulas gerais e de diretrizes hermenêuticas, fugindo à técnica de regulamentação exaustiva, própria aos códigos do passado. A elaboração destas normas vai decorrer, com freqüência, de intensa negociação entre os segmentos interessados na sua promulgação (governo, sindicatos, associações civis, grupos de interesse etc.), com debates e concessões recíprocas. A lei, sob este prisma, aproxima-se do contrato, e surge a figura do legislador-negociador⁵⁴. Ela visa cada vez mais à pessoa concreta, situada, integrada a determinado grupo ou estamento (o trabalhador, o locatário de imóvel urbano, etc.), e não o homem abstrato dos códigos do liberalismo.

Por outro lado, as novas leis editadas já não se revestem da generalidade e abstração características das codificações⁵⁵. A legislação perde a sua neutralidade axiológica, passando a visar a objetivos concretos, dentro da lógica emergente do Estado Social. As normas jurídicas são desta forma funcionalizadas em prol do atingimento de certos fins, e o legislador começa a valer-se delas com muito maior freqüência, no decantado fenômeno da inflação legislativa. O Direito passa a ser utilizado com finalidades promocionais⁵⁶, e as normas jurídicas tornam-se efêmeras, pois são alteradas com muito mais facilidade, ao sabor das contingências e conveniências do Estado.

No Brasil, como se sabe, o antigo Código Civil só veio a ser editado em 1916, enquadrando-se no que Antonio Menezes Cordeiro denominou de “codificação tardia”⁵⁷. Até então, vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas, de Portugal, mantidas mesmo após Declaração da Independência. Quando o Código foi editado em 1916⁵⁸, já estava em franco declínio na Europa a Era das Codificações, e o intervencionismo estatal começava a despontar. De qualquer forma, na década de 30, quando se instaura no país o **Welfare State**, já se inicia um processo de intensa intervenção legislativa, com a edição de uma profusão de normas contendo políticas públicas e

⁵⁴ Cf. TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas ...", op. cit., p. 10.

⁵⁵ Cf. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 43-44.

⁵⁶ Veja-se, sobre a função promocional do Direito, o já clássico estudo de BOBBIO, Norberto, **Dalla Struttura alla Funzione**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

⁵⁷ Op. cit., p. XCVIII

⁵⁸ O projeto do antigo Código Civil redigido por Clóvis Bevilacqua foi apresentado ao Legislativo em 1900, mas só foi aprovado em 1916, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917. A demora pode em parte ser debitada à enorme resistência oferecida por Rui Barbosa nos

espelhando diretrizes e valores que não se reconduziam ao liberalismo do Código. O fenômeno se exacerba durante a década de 60, com a edição de uma plethora de leis versando matéria de Direito Privado, como locação urbana, condomínios, estatuto da mulher casada etc.

Neste contexto, a doutrina passa a tratar do processo de descodificação do Direito Privado⁵⁹, consistente no advento de microssistemas legislativos, que vicejam à margem do Código Civil, baseados sobre princípios muitas vezes contraditórios àqueles refletidos na codificação. A descodificação, neste sentido, não se resume à multiplicação de normas setoriais, fora do âmbito do Código⁶⁰. Ela reflete um fenômeno mais profundo, na medida que os microssistemas são independentes do Código Civil e se inspiram em objetivos e valores muito divergentes daqueles que norteiam a codificação. O Código Civil não pode mais ser considerado como lei geral em face destes microssistemas, apto a dirigir a interpretação das suas normas e a colmatar as suas lacunas, diante desta irreconciliável divergência axiológica.

Com a fragmentação do sistema de Direito Privado, a Constituição, que no contexto do Estado Social passara também a disciplinar as relações econômicas e privadas, vai converter-se em centro unificador do ordenamento civil. Neste sentido, é lapidar a lição de Pietro Perlinger, que, quanto referida à realidade italiana, vale também para o Brasil:

“O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolu-

⁵⁹ Sobre o tema é clássico o estudo de Natalino Irti, **L'Età della Decodificazione**, op. cit., publicado pela primeira vez em 1978. Porém, o autor reviu em parte a sua posição na obra **Codice Civile e Società Politiche**. Roma: Laterza, 1999, na qual fala da recuperação da centralidade do Código e da sua função de unificação do Direito Privado, diante da crise das constituições sociais. Segundo ele, já seria possível falar em um processo de "recodificação". No mesmo sentido, no direito brasileiro, manifesta-se Judith Martins Costa, em "O novo Código Civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'. In: **Diretrizes Teóricas** ... , op. cit., p. 97.

⁶⁰ ARCE Y FLÓRES-VALDÉS, Joaquim, fala de duas acepções distintas para o conceito de descodificação: (a) a proliferação de leis especiais para atender às novas exigências sociais, sem quebra da unidade, quando o Código Civil continuar desempenhando o seu papel de direito comum, como polo central do sistema, e (b) a multiplicação destas leis especiais que, por se basearem em princípios contraditórios aos do Código Civil, fazem com que este perca sua prerrogativa de direito geral, expulsando-o do centro do sistema e causando uma desagregação no Direito Privado (**El Derecho civil Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 59-61). Empregamos aqui o termo "descodificação" no segundo sentido, que é o mais usual na doutrina.

*tamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global (...). O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.*⁶¹

Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura das suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam também sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a Lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e a informar seu conteúdo. Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição. A unidade do ordenamento, não apenas no sentido lógico-formal, mas também no substantivo, fica recomposta, pois a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo⁶².

Por outro lado, é importante destacar, no caso brasileiro, que o advento do novo Código Civil, recentemente editado, não teve o condão de reunificar sob a sua égide todo o Direito Privado, deslocando a Constituição do centro do sistema. Para isso, faltariam poderes ao legislador ordinário, que não teria como subverter a hierarquia do ordenamento. Sem entrar no mérito da discussão sobre a conveniência ou não da nova codificação civil⁶³, e dos seus erros e acertos, afigura-se indubioso que num sistema

⁶¹ **Perfis do Direito Civil**, op.cit., p. 06.

⁶² Em sentido contrário manifesta-se ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação** ..., op. cit., p. 126/128. O autor gaúcho, embora reconheça a existência de uma "profunda intromissão da Constituição em setores anteriormente regidos pelo Código Civil", invoca, contra a tese da substituição do Código pela Constituição como centro do Direito Privado, os seguintes argumentos: (a) falta da eficácia de muitas normas constitucionais, dependentes de regulamentação legislativa; (b), a distância existente entre a Constituição e o cotidiano do homem comum; (c) a decisão do próprio constituinte de não regulamentar certas matérias do Direito Privado, relegando-as ao legislador ordinário; e (d) o fato de que os códigos costumam ser mais estáveis do que as constituições, e de que compõem, ao contrário daquelas, um verdadeiro sistema.

⁶³ Destacando a inconveniência do novo Código e sua incompatibilidade com a visão contemporânea do Direito Privado, veja-se TEPEDINO, Gustavo. "O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição...", op. cit., e AMARAL, Francisco. "A Descodificação do Direito Civil Brasileiro". In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 8, nº 4., 1996, p. 635 et. seq. Contra, apontando a validade e atualidade da idéia de codificação e louvando os méritos do novo Código Civil, MARTINS-COSTA, Judith. "O Novo Código Civil Brasileiro ...", op. cit., p. 115 et. seq.

jurídico fundado sobre uma Constituição rígida e dirigente, pródiga em normas incidentes sobre as relações privadas, caberá sempre a esta o papel de centro unificador do sistema.

Registre-se, no particular, que o novo Código, apesar dos seus avanços em relação à vetusta codificação, fica ainda bem aquém da Constituição Federal no que concerne ao alicerçamento do Direito Privado sobre bases mais solidarísticas. Assim, até por razões hierárquicas, é evidente que a visão emergente da Constituição terá sempre absoluta primazia em relação àquela que deriva do Código. Portanto, é antes à Constituição que ao Código que deve o jurista recorrer para iluminar a exegese de preceitos de outros diplomas normativos privados. Ademais, as próprias cláusulas gerais do novo Código, - às quais falta, como frisou Tepedino, "um conteúdo axiológico preciso"⁶⁴- deverão ser lidas ao lume da Constituição, afigurando-se, por outro lado, inválidas as suas normas contrárias à letra ou ao espírito da Constituição (como, v.g., o art. 1641, inciso II, do novo Código, que, de forma preconceituosa, e em ostensiva afronta aos princípios constitucionais da privacidade e da igualdade, impôs o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 60 anos).

Cumpre, por outra banda, destacar que a constitucionalização do Direito Privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram versadas no Código Civil. O fenômeno é muito mais amplo, e importa na "(...) releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição Republicana"⁶⁵. Propriedade, posse, contrato, empresa e família são exemplos de institutos centrais do Direito Privado, que terão de ser redefinidos para harmonizarem-se com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição. E não apenas as normas especificamente relacionadas às relações privadas hão de comparecer nesta reconstrução conceitual do Direito Privado. Nela terão papel essencial os direitos fundamentais, portadores dos valores mais relevantes da ordem constitucional, além das grandes diretrizes políticas do Estado, consagradas nas normas programáticas.

Cabe ainda frisar que a incidência das normas constitucionais no Direito Privado dá-se através de múltiplas formas. Por um lado, a Constituição representa um limite para o legislador privado, o que importa na inconstitucionalidade das normas editadas em contrariedade a ela, bem como na não recepção dos diplomas anteriores com ela colidentes. Esta eficácia invalidatória e derogatória da Constituição assume especial relevância

⁶⁴ "O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição...", op. cit., p. 09.

⁶⁵ PERLINGERI, Pietro. **Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 189.

no caso brasileiro diante de duas circunstâncias. Em primeiro lugar, existe uma profusão de normas privadas editadas antes da Constituição, em outro contexto social e axiológico, que por isso vão se chocar com a normativa constitucional com certa freqüência. É importante que, nestes casos, o jurista assuma uma posição corajosa, de afirmação dos valores constitucionais, menos reverente ao passado e mais voltada ao futuro, e ouse reconhecer, quando for o caso, a revogação destas normas, ainda que a colisão com a Constituição não seja expressa e textual. Por outro lado, diante da crise do Estado Social e do retorno aos valores individualistas de antanho, propugnando pelo pensamento neoliberal hoje hegemônico, há o risco de retrocessos na legislação privada, em contrariedade à dimensão social e solidária da Carta de 88. Em ambas as hipóteses, o papel da Constituição como limite ao legislador será vital para num caso afirmar, e no outro preservar, os avanços proporcionados pela ordem constitucional na disciplina das relações privadas.

Mas além de atuar como limite para o legislador, a Constituição também projeta relevantes efeitos hermenêuticos, pois condiciona e inspira a exegese das normas privadas, que deve orientar-se para a proteção e promoção dos valores constitucionais centrados na dignidade da pessoa humana⁶⁶. Destaca-se, neste particular, o princípio da interpretação conforme à Constituição, segundo o qual o operador, dentre várias exegeses possíveis de uma norma, tem de optar por aquela que mais prestigie a Constituição, mesmo que não seja ela a mais evidente⁶⁷.

Demais disso, é importante ressaltar a possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas, sempre que possível. Como norma jurídica que é, dotada de imperatividade, a Constituição não necessita da mediação do legislador civil para incidir sobre tais relações, podendo, por si só, alcançá-las com seus comandos⁶⁸. O fato de o legisla-

⁶⁶ Este tema será explorado com maior profundidade no próximo Capítulo, que trata da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quando apreciaremos a eficácia irradiante das normas constitucionais.

⁶⁷ A interpretação conforme à Constituição, além de princípio hermenêutico, constitui também um tipo de decisão no controle de constitucionalidade de normas, que foi introduzido na jurisprudência brasileira por inspiração das Cortes Constitucionais alemã e italiana, e que está atualmente previsto no art. 28, Parágrafo único, da lei 9.868/99. Ela possibilita ao STF declarar, com eficácia *erga omnes* e força vinculante, a inconstitucionalidade de determinada exegese de texto normativo, sem fulminar a norma, mantendo intacta a sua redação. Sobre a matéria há vasta literatura, valendo consultar, na doutrina brasileira, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, op. cit., p. 174 et seq.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 221 et seq.; e SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208 et seq.

⁶⁸ Cf. PERLINGERI, II **Diritto Civile** ..., op. cit., p. 10-12.

dor privado quedar-se inerte não frustra a possibilidade de incidência das normas constitucionais no âmbito privado, desde que tais normas, pela sua natureza, comportem aplicação imediata. Como afirmou Marc Frangi, “(..) os princípios fundamentais, a partir do momento em que receberam valor constitucional, passaram a constituir direito positivo, tornando-se suscetíveis de aplicação, mesmo na ausência de qualquer lei”⁶⁹. Esta aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas guarda estreitas relações com a compreensão do caráter normativo da Lei Fundamental, bem como da eficácia jurídica dos seus princípios, temas com os quais já nos ocupamos neste capítulo.

Sem embargo, embora as eficácia invalidatória, derrogatória e hermenêutica da Lei Maior no campo do Direito Privado não sejam hoje objeto de maiores questionamentos, o mesmo não pode ser dito a propósito da possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas. Uma sólida corrente doutrinária insurge-se contra tal possibilidade⁷⁰, ou a admite apenas em casos extremos, com grandes reservas⁷¹. Argumenta-se que a eficácia direta da Constituição nas relações privadas “marginaliza o legislador, (...) degrada o princípio da autonomia privada e dissolve a certeza da letra impressa na lei numa nebulosa de valores com o conseqüente sacrifício da segurança jurídica, até consagrar uma espécie de totalitarismo

⁶⁹ FRANGI, Marc. **Constitution e Droit Privé**. Paris: Ed. Economica, 1992, p. 12. Observe-se, contudo, que na doutrina francesa, a posição de Frangi está longe de alcançar a unanimidade, havendo ampla corrente que sustenta que as normas constitucionais só vinculam diretamente os poderes públicos, competindo ao legislador introduzir nas relações privadas normas que tutelam os direitos fundamentais. Neste sentido inclina-se o magistério de LU-CHAIRE, François. "Les fondements constitutionnelles du droit civil". In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, nº 2, p. 245 et seq. O próprio Marc Frangi reconhece que na França é rara a aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas, em razão da timidez dos juízes, que preferem fundar suas decisões em textos legais e precedentes jurisprudenciais, ao invés de fundamentá-las diretamente na Constituição (op. cit., p. 266-271).

⁷⁰ No direito belga, RIGAUX, François nega a possibilidade de invocação direta das normas constitucionais na resolução de litígios privados, mas não recusa a influência destas normas na interpretação das leis civis. Registra o Professor da Faculdade de Louvain: "A idéia de que os particulares extraiam diretamente do ordenamento constitucional direitos subjetivos privados não previstos em leis civis não encontra nenhum apoio nem na jurisprudência nem numa dogmática jurídica sadia (...). A Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas contém normas objetivas cujo efeito de irradiação impregna necessariamente a interpretação e aplicação das leis civis." (**La Protection de la Vie Privée et des Autres Biens de la Personnalité**. Bruxelles: Bruylant, 1990, p. 680).

⁷¹ Uma lúcida análise e refutação das críticas contra a constitucionalização do Direito Privado encontra-se em NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, op. cit., p. 67-103.

dos valores constitucionais aos quais deverão se submeter os particulares em todas as suas decisões privadas juridicamente relevantes”⁷². Teme-se a descaracterização completa do Direito Privado, com perigos intoleráveis para a autonomia privada⁷³. Afirma-se, ainda, que, diante do caráter aberto das normas constitucionais incidentes sobre as relações privadas, caberia ao legislador a primazia na sua concretização, competindo ao Judiciário um papel mais acanhado, de aplicação direta da Constituição apenas nas hipóteses de lacuna na legislação civil. Neste sentido, inclina-se o magistério de Karl Larenz:

*“Los principios jurídicos contenidos en la Constitución, como, por ejemplo, el fundamento social del Estado (arts. 20 y 28 da Lei Fundamental) o la vinculación social de la propiedad, son en definitiva módulos que requieren recibir un contenido. Su concretización corresponde, em primer término, a los autores de las leyes ordinarias, y a los tribunales sólo en tanto en cuanto aquellos hayan dejado margen para ello. La vinculación del juez a la ley conforme a la Constitución (art. 97, ap. 1, Ley Fundamental) condiciona la ‘primacía de concretización’ del legislador. En tanto que el legislador haya dictado una regulación específica y ésta se mantenga dentro de los límites prefijados por los principios constitucionales, el juez, por tanto, há de tomarla en consideración y no puede eludirla mediante una distinta concretización de los principios a la cual quisiera dar preferencia. Por ello sólo hay margen para una concretización directa de los principios constitucionales por la jurisprudencia en tanto en cuanto el legislador no haya hecho uso de su derecho preferente de concretización, y por tanto, especialmente, cuando el Derecho legal ordinario ponde de manifesto lagunas, así como en el caso de que la regulación legal no pueda ser interpretada conforme a la Constitución y, por consiguiente, se le haya de negar validez.”*⁷⁴

No Brasil, Carlos Alberto Bittar manifestou-se neste sentido, quando, tratando da incidência da Constituição de 88, então recém-editada, sobre o

⁷² FERRER I RIBA, Josep e SALVADOR CODERCH, Pablo. "Asociaciones, democracia y Drittewirkung". In: SALVADOR CODERCH, Pablo (coord). **Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 95-96.

⁷³ Esta linha é majoritária na Alemanha. Veja-se, por exemplo, HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 59-67; e STARCK Cristian. **La Constitution, Cadre et Mesure du Droit**. Paris: Ed. Economica, 1994, p. 104 et seq.

⁷⁴ LARENZ, Karl. **Derecho Civil - parte general**. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picaeva. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p.100/101.

Direito Civil, averbou que “as relações privadas (...) somente se conduzirão pelos novos princípios uma vez adaptada a legislação interna correspondente”⁷⁵. Já em Portugal, Carlos Alberto da Mota Pinto, mesmo reconhecendo que a Constituição contém “força geradora de direito privado”, já que seus comandos “(..) não são meras directivas programáticas de caráter indicativo, mas normas vinculativas que devem ser acatadas pelo legislador, pelo juiz e demais órgãos constitucionais”⁷⁶, afirmou que a aplicação direta da Lei Maior à atividade privada, independentemente de mediação legislativa, faz-se apenas “em casos absolutamente excepcionais”⁷⁷.

Dentre as preocupações destes autores, avulta o temor de que a aplicação direta da Constituição nas relações privadas possa acarretar um ativismo judicial exacerbado, tendo em vista a maior vagueza das normas constitucionais em relação às regras clássicas do Direito Civil. Esta indeterminação das normas constitucionais seria prejudicial ao tráfico econômico, pois aumentaria a dose de insegurança na aplicação do direito para além dos limites toleráveis.

Para estes juristas, o papel de concretização destas normas constitucionais mais abertas numa sociedade democrática deve competir, primariamente, ao legislador eleito e não ao juiz⁷⁸. De acordo com esta visão, a clareza das normas ordinárias elaboradas pelo legislador, em substituição à nebulosidade dos princípios constitucionais, preservaria a segurança jurídica necessária às relações jurídico-privadas. Ademais, segundo eles, deve-se considerar que, com freqüência, a solução dos casos mais complexos de Direito Privado vai depender de uma intrincada ponderação entre interesses constitucionais, na qual, de um lado, vão comparecer direitos fundamentais ou outros valores solidarísticos, e, na outra banda, vai figurar a autonomia privada dos sujeitos de direito. Como, numa democracia, a primazia na ponderação deve recair sobre instâncias legitimadas pelo voto popular, ficaria reforçado o papel do legislador, e prejudicado o do juiz, neste cenário de reconfiguração do Direito Privado. Sob este prisma, caberia sobretudo ao Legislativo a tarefa de harmonizar o Direito Privado com os

⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. 2^a ed., São Paulo: RT, p. 21.

⁷⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 72.

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 74.

⁷⁸ Neste sentido, HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 59 et seq. Veja-se, a propósito, a exposição detalhada e profunda constante em BILBAO UBILLOS, Juan María. **La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares**, op. cit., p. 289 et seq.

valores constitucionais, afigurando-se excepcional a aplicação direta das normas constitucionais sobre as relações privadas, sem a mediação da lei. Assim, a discussão em torno da possibilidade e dos limites para aplicação direta da Constituição no Direito Privado acaba se reconduzindo, em larga medida, à questão da separação dos poderes e do papel do Legislativo e do Judiciário na interpretação constitucional.

Contudo, não se compadece com a moderna hermenêutica constitucional, que tem enfatizado a importância da preocupação com efetividade da Constituição, a visão de que só em casos excepcionais as normas da Lei Maior podem incidir diretamente sobre as relações privadas, máxime em face do quadro normativo brasileiro, no qual foi deliberada a intenção do constituinte de intervir sobre o Direito Privado. Negar ou reservar para hipóteses excepcionais a incidência direta da Constituição sobre as situações da vida significa desprestigar a idéia da Constituição como norma jurídica⁷⁹, tornando-a dependente da incerta boa-vontade do legislador ordinário.

Também não parece adequado fundar nossa discussão sobre uma visão ortodoxa e monolítica do princípio de separação de poderes, que rejeite a legitimidade democrática das decisões judiciais que não se reconduzam ao silogismo. É inequívoco que o advento da jurisdição constitucional e o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios ampliaram o espaço de atuação do Judiciário na concretização da Constituição, impondo a ele a assunção de uma posição mais ativa, em defesa dos direitos humanos e dos valores democráticos, diante do eventual arbítrio ou do descaso das maiorias parlamentares⁸⁰.

⁷⁹ Assim, parece-nos paradoxal que Konrad Hesse, um dos maiores defensores da "força normativa" da Constituição, alinhe-se à tese que rechaça, ou reserva para hipóteses excepcionais, a possibilidade de aplicação direta da Constituição nas relações privadas.

⁸⁰ A discussão contemporânea sobre os limites democráticos do ativismo judicial na afirmação da Constituição é extremamente ampla e complexa, envolvendo diversas posições, que não teremos como analisar aqui. Há a respeito do tema bibliografia vastíssima. Na doutrina estrangeira, veja-se, em especial, DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, v. I., op. cit., p. 241-354; ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; TRIBE, Laurence H.. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993; GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses*. Paris: Editions Odile Jacob, 1996; e QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Na doutrina brasileira, o tema só mais recentemente vem despertando interesse, valendo destacar as excelentes obras de BIENEMBOJN, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*, op. cit; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; VIANA, Luis Werneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende, MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, op. cit.

Com esta afirmação, não se pretende refutar a existência de um âmbito onde viceja a liberdade de conformação do legislador no Direito Privado⁸¹. Numa Constituição aberta e democrática, nem tudo se encontra de antemão decidido e subtraído do poder de disposição das instâncias legislativas eleitas pelo povo. Se é verdade que a Constituição converteu-se no centro de gravidade do Direito Privado, não é menos certo que ela não pretende desempenhar papel semelhante ao dos códigos do passado, disciplinando de forma exaustiva as condutas humanas em sociedade. Fica preservado o espaço de concretização do legislador, nos limites talhados pela ordem constitucional, que não devem ser ameaçados pela jurisdição. O acesso direto dos juízes à Constituição não pode desvirtuar-se em amputação do espaço de deliberação das instâncias de representação da vontade popular.

Portanto, quando o legislador, movendo-se dentro do âmbito de possibilidades demarcadas pela ordem constitucional, adotar determinada opção no que tange à regulação das relações privadas, é evidente que esta vai vincular o Judiciário, que continua jungido pelo princípio da legalidade. Todavia, daí não resulta a impossibilidade de o Judiciário aplicar diretamente a Constituição em casos concretos de Direito Privado, nem tampouco que se possa apontar a excepcionalidade desta prática. Rotular de excepcional esta aplicação direta da Constituição importa em desestimulá-la. O recado para os juízes embutido nesta posição seria o de que devem manter-se distantes da Constituição e fiéis às leis privadas, recorrendo diretamente à primeira só em circunstâncias especiais, de rara ocorrência, quando as normas ordinárias forem absolutamente lacunas. Teríamos aqui uma inversão completa, pela qual a norma superior converter-se-ia em mero instrumento de integração das que lhe são subordinadas, o que repugna ao próprio princípio da supremacia material e formal da Constituição. Na verdade, o que cumpre fazer é exatamente o contrário: estimular a aplicação dos princípios constitucionais sobre as relações privadas, como meio não apenas de afirmação da normatividade da Lei Maior, mas sobretudo como forma de humanização do Direito Privado, que só terá a ganhar com esta ligação mais íntima e estreita com a Constituição e com seus valores sociais.

Ademais, vale ainda destacar que a rejeição à incidência direta da Constituição sobre as relações privadas não teria o condão de ressuscitar o modelo lógico-subsuntivo de aplicação do Direito, tendo em vista que a legislação infraconstitucional contemporânea também se vale, com grande

⁸¹ Sobre o espaço de conformação do legislador, veja-se o aprofundado estudo de CANOTILHO, J. J. Gomes, em **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, op. cit., p. 209-288.

freqüência, de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que carecem igualmente de preenchimento judicial nos casos concretos.

Também não nos parece procedente a afirmação de que a freqüência das mudanças na Constituição, quando comparada com a perenidade das regras estampadas no Código Civil, justificaria, em nome da estabilidade, a manutenção do segundo no centro do sistema do Direito Privado⁸². Na verdade, a rigidez da Constituição torna-a, sob o ângulo normativo, mais estável do que a legislação ordinária. Ademais, a maior parte dos princípios constitucionais que mais freqüentemente incidem nas relações privadas estão ligados aos direitos fundamentais, sendo portanto intangíveis para o próprio constituinte derivado, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior.

E, para não “tapar o sol com a peneira”, cumpre não escamotear que a opção pelo reconhecimento de que a Constituição, e não o Código Civil, deve figurar no centro do sistema do Direito Privado, decorre não apenas de um posicionamento jurídico, calcado na dogmática. Trata-se também de uma escolha ideológica⁸³, que leva em consideração as peculiaridades da Constituição brasileira de 1988, voltada para a promoção da dignidade da pessoa humana, da justiça material e da igualdade substantiva.

4. Conclusão

A sociedade brasileira é profundamente injusta, e as relações privadas que nela se travam são permeadas pela assimetria e opressão. A violação dos direitos humanos, neste quadro, não provém apenas do Estado e dos seus agentes, mas de múltiplos atores, presentes em cenários variados como a família, a empresa, o mercado e a sociedade civil.

Neste contexto, postular a constitucionalização do Direito Privado implica em apostar na Constituição como um poderoso instrumento de emancipação dos hipossuficientes nas relações sociais. Defender a plena normatividade dos princípios constitucionais bem como a possibilidade de que os mesmos se projetem sobre Direito Privado, é pugnar pela humanização das relações privadas e submissão das mesmas à tábua de valores inscrita na Constituição, que se centra na proteção e promoção da dignidade humana.□

⁸² Esta parece ser a posição de Miguel Reale, que averiou: “Uma Constituição pode ser fruto de uma criação cerebrina ou de uma Assembléia Constituinte improvisada e condicionada. O Código Civil é fruto de um processo histórico, resultado de um amadurecimento social e econômico segundo as exigências que brotam no seio da sociedade. (...) Também por isso, mostra-se mais razoável a preservação do Código Civil como eixo central do sistema de direito privado, pois apresenta maior estabilidade que a Constituição.” (*O Projeto do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986, *apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, op. cit., p. 91)

⁸³ No mesmo sentido, NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**, op. cit., p. 91-92.

Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado

GUILHERME PEÑA DE MORAES

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e CEPAD/RJ.

1 – INTRODUÇÃO

O trabalho que ora vem à lume encerra uma proposta de sistematização das teorias a respeito dos fundamentos filosófico-jurídicos das ações afirmativas, tendo sido dividido em cinco partes.

A primeira é dedicada ao estudo do princípio da igualdade, como inadmissibilidade de diferenciações de tratamento arbitrárias, exteriorizadas sob a forma de discriminações ou privilégios, cuja implementação é possibilitada pelas ações afirmativas.

A segunda é deliberada ao exame do conceito das ações afirmativas, como políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, com vistas ao estabelecimento de relações de emprego, à delegação de serviços de comunicação social, à contratação e dispêndio de recursos públicos e à admissão em instituições de ensino superior.

A terceira é destinada à exibição da sustentação filosófica das ações afirmativas, como compensação de danos causados por discriminações ocorridas no passado ou distribuição de benefícios entre os membros da sociedade, de sorte a viabilizar o acesso de minorias a determinadas posições no futuro, em atenção à diversidade de origem, raça, sexo, cor e idade.

A quarta é devotada à exposição do sustentáculo jurídico das ações afirmativas, como primeiro fator de promoção da integração social de setores desfavorecidos, a partir do cotejo entre as experiências do Brasil, Canadá, África do Sul e Estados Unidos da América no limiar do século XXI.

A quinta sintetiza as conclusões do presente.

2 – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é conceituado como *inadmissibilidade de diferenciações de tratamento arbitrárias, exteriorizadas sob a forma de*

discriminações (situações de desvantagem) ou privilégios (situações de vantagem), à luz dos conceitos de igualdade na lei e perante a lei e igualdade formal e material.

Com efeito, há a distinção entre *princípio da igualdade na lei* e *princípio da igualdade perante a lei*, na medida em que aquela define que a produção das regras jurídicas não pode consubstanciar desequiparações não autorizadas pela ordem constitucional, destinada precipuamente aos órgãos legislativos, ao passo que esta determina que a aplicação das regras jurídicas deve ser realizada em consonância com o estatuído pelas mesmas, ainda que resulte em desigualdades, dirigida principalmente aos órgãos judiciais, reunidas sob a elocução “iguais perante a lei”¹.

Demais disso, há a divisão entre *princípio da igualdade formal*, também denominada de igualdade perante a lei, civil ou jurídica, e *princípio da igualdade material*, também designada de igualdade na sociedade, real ou fática, uma vez que a primeira assegura a produção e aplicação igualitária das regras jurídicas, enquanto que a segunda objetiva a igualdade efetiva perante os bens da vida, sendo uma condição da outra, pois a atribuição de direitos em paridade antecede à alteração da estrutura social e econômica, mediante a remoção de obstáculos que impeçam a sua efetiva verificação².

Por último, considerando o caráter relativo do princípio em análise, por quanto são “legítimas as desequiparações quando fundadas e logicamente subordinadas a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional”³, a ordem jurídica brasileira dispõe dos três principais meios de implementação da igualdade, revestidos de natureza liberal, social e democrática. Os primeiros, inerentes aos ordenamentos franco-germânicos, são consagrados em normas que proíbem a prática de discriminações baseadas em critérios de origem, raça, sexo, cor e idade⁴, como,

¹ JACQUES, Paulino Ignácio. **Da Igualdade Perante a Lei: Fundamento, Conceito e Conteúdo.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 48.

² DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 56.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Temas Atuais do Direito Brasileiro.** 1^a série. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1987, p. 91.

⁴ LENEAERTS, Koen et alii. **Constitutional Law of the European Union.** 1^a ed. London:Sweet & Maxwell, 1999, pp. 111-121. V., também, sobre o mesmo assunto: BEAUMONT, Paul e LYONS, Carole. “Convergence and Divergence” in **European Public Law.** 1^a ed. London: Hart Publishing, 2002, p. 151-175.

por exemplo, as preceituadas nos arts. 5º, inc. I (igualdade entre homens e mulheres), 7º, inc. XXX (igualdade no exercício de trabalho, ofício ou profissão), 14, *caput* (igualdade no valor do voto) e 37, inc. I (igualdade no acesso a cargos, empregos e funções públicas). Os segundos, intrínsecos aos ordenamentos nórdico-escandinavos, são consignados em normas que obrigam a prestação de benefícios e serviços que atendam às necessidades básicas da pessoa humana, de arte a protegê-la suficientemente de determinados riscos a que se encontra exposta⁵, como, por exemplo, as prescritas nos arts. 194, parágrafo único, inc. II (igualdade das prestações da segurança social), 196 (igualdade na saúde), 201, § 1º (igualdade na previdência social) e 204, *caput* (igualdade na assistência social), todos da Constituição da República. Os terceiros, imanentes ao ordenamento norte-americano, são consubstanciados em normas que permitem a realização de ações afirmativas⁶, sendo certo que estas constituem o mais eficaz meio de implementação do princípio da igualdade no contexto das sociedades pós-convencionais, nas quais não há consenso acerca de valores, porém os interesses são expressos através de grupos, categorias ou classes de pessoas⁷.

3 – AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas são definidas como *políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício a minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social, em razão de discriminações, existentes ou passadas, como as pessoas portadoras de deficiência física, idosos,*

⁵ CHRISTENSEN, Anna et alii. **Swedish Law in the New Millennium.** 1ª ed. Stockholm:Norstedts Juridik, 2000, pp. 134-153. V., também, sobre a mesma matéria: DAHL, Borge e MELCHIOR, Torben. **Danish Law in a European Perspective.** 2ª ed. Copenhagen: Forlaget Thomson, 2002, p. 299-318.

⁶ TRIBE, Laurence et alii. **American Constitutional Law.** 2ª ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 1437-1521. V., também, sobre o mesmo tema: GRAGLIA, Lino e RAKOVE, Jack. **How the Constitution Disappeared.** 1ª ed. Boston: Northeastern University Press, 1994, p. 52-78.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade.** 1a ed., v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 279-305. V., também, do mesmo autor: "A Justificação Processual do Estado Democrático de Direito" in **A Constelação Pós-Nacional: Ensaios Políticos.** 1a ed. São Paulo: Littera Mundia, 2001, p. 143-149; "A Luta por Reconhecimento no Estado Democrático de Direito" in **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política.** 1a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 229-267 e "O Estado Democrático de Direito - uma Amarração Paradoxal de Princípios Contraditórios?" in **Era das Transições.** 1a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

índios, mulheres e negros, ao teor de três considerações acerca da sua origem, meios e fins.

A um: com pertinência à *origem*, as ações afirmativas remontam à Lei do Serviço de Libertos (*Freedman's Bureau Act*), que instituiu um serviço no Departamento de Guerra dos Estados Unidos da América para dispensar cuidados e proteção aos escravos libertos e realizar a supervisão de terras abandonadas em 1865⁸.

A dois: com referência aos *meios*, as ações afirmativas são efetivadas pelo sistema de cotas ou pontuação, assim como pela oferta de treinamentos profissionais e reformulação de políticas de contratação e promoção de empregados⁹.

A três: com relação aos *fins*, as ações afirmativas são efetuadas para o estabelecimento de relações de emprego, bem como para a delegação de serviços de comunicação social, a contratação e dispêndio de recursos públicos e a admissão em instituições de ensino superior¹⁰, com diferentes fundamentações filosóficas e jurídicas¹¹.

4 – FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA

Por um lado, a fundamentação das ações afirmativas não é uníssona, de arte que duas teorias filosóficas são antagônicas sobre o tema.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. "Ação Afirmativa na Experiência Americana" (palestra proferida no Seminário sobre Ações Afirmativas e Cotas no Ensino Público do Estado do Rio de Janeiro, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 27.06.2003).

⁹ BERNARDINO, Joaze. "Ações Afirmativas no Brasil. A Construção de uma Identidade Negra?" (Dissertação de Mestrado, Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 1999).

¹⁰ VILAS-BÔAS, Renata Malta. "Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade" (dissertação de Mestrado, Departamento de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002).

¹¹ As expressões "discriminações positivas" e "sistemas de cotas" não se nos afiguram corretas. Primo, a discriminação corresponde à violação do princípio da igualdade de oportunidades, dado que importa em diferenciação de tratamento arbitrária, que atribui uma situação de desvantagem a seus destinatários. Secundo, a cota designa uma modalidade de política ou programa, eis que as ações afirmativas também podem ser implementadas pelo sistema de pontuação, oferta de treinamentos profissionais e reformulação de políticas de contratação e promoção de empregados. Em conclusão, a *Affirmative Action Review - White House Report to the President* deixou consignado que as "ações afirmativas são quaisquer esforços empreendidos para ampliar a oportunidade de minorias ou grupos sociais, usando a participação dos membros destas categorias ou classes de pessoas, que estiveram sujeitas a discriminação, como consideração no estabelecimento de relações de emprego, delegação de serviços de comunicação social, contratação e dispêndio de recursos públicos e admissão em instituições de ensino superior". Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/WH/EOP/>>

A teoria da justiça compensatória, acolhida por Michel Rosenfeld e Jules Coleman, acentua que as ações afirmativas configurariam uma reparação ou resarcimento dos danos causados pelas discriminações ocorridas no passado, *in expressis*: “como as desvantagens competitivas são um produto de causas sociais e não naturais, o princípio da igualdade de oportunidades exige a sua eliminação. As ações afirmativas parecem ser particularmente adequadas para reconduzir as perspectivas de cada um ao ponto onde elas provavelmente estariam caso não houvesse a discriminação. Sempre que uma deficiência de meios (educacionais ou não) for atribuível a uma violação de direitos, as ações afirmativas concebidas para eliminar a redução de perspectivas de sucesso correspondente a essa deficiência de meios são por natureza compensatória”¹², de maneira que a realização da justiça compensatória é uma questão de princípio, “não porque se promova justiça na distribuição dos bens, mas porque se remediam injustiças no ponto de partida inicial da distribuição de benefícios”^{13 14}.

A teoria da justiça distributiva, adotada por Richard Wasserstrom e Mary Segers, adverte que as ações afirmativas conformariam uma redistribuição dos ônus e bônus entre os membros da sociedade, com o desiderato de viabilizar o acesso de minorias ou grupos sociais a determinadas posições, *in litteris*: “as ações afirmativas alteram diretamente a composição de instituições. Isto é deseável em si mesmo, por configurar uma redistribuição de posições, com o escopo de criar uma nova realidade social, na qual, em grau substancialmente superior ao observado no presente, as posições de relevância serão ocupadas por minorias ou grupos sociais”¹⁵, de sorte que “a adoção de oportunidades especiais para extirpar certas desvantagens oriundas de injustiça do passado pode-se justificar como um meio de se construir uma sociedade na qual todos os indivíduos tenham parcelas mais eqüitativas dos bens da vida”^{16 17}.

¹² ROSENFELD, Michel. *Affirmative Action and Justice: a Philosophical and Constitutional Inquiry*. 1a ed. New Haven: Yale University Press, 1991, p. 288.

¹³ COLEMAN, Jules. *Moral Theories of Torts: their Scope and Limits*. 1a ed., part II. Law and Philosophy, 1983

¹⁴ A teoria da justiça compensatória é objeto de censura, na medida em que a reparação ou resarcimento somente poderia ser postulada em face de quem houvesse praticado a conduta impugnada, por parte de quem houvesse sofrido os danos causados pelas discriminações ocorridas no passado. FISCUS, Ronald. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. London: Duke University Press, 1992, p. 12.

¹⁵ WASSERSTROM, Richard. *Philosophy and Social Issues: Five Studies*. 1a ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1980, p. 54.

¹⁶ SEGERS, Mary. *Elusive Equality: Liberalism, Affirmative Action and Social Change in America*. 1a ed. New York: Schocken Books, 1983.

¹⁷ A teoria da justiça distributiva é objeto de crítica, uma vez que não seria hábil a identificar as diferenciações oriundas de discriminações e as distinções originárias de outros fatores, como, por exemplo, a idade e a herança cultural. SOWELL, Thomas. *Civil Rights: Reality or Reticence?* 1a ed. New York: Morrow, 1984, p. 114.

Nesta ordem de idéias, em conformidade com o magistério de Ronald Dworkin, a doutrina estadunidense prestigia a teoria da justiça distributiva, “tendo sido desenvolvida a convicção de que as ações afirmativas são necessárias não como uma compensação de minorias ou grupos sociais por discriminações passadas contra eles, mas como uma contribuição para que a distribuição das posições de prestígio e influência beneficie a sociedade como um todo”¹⁸.

5 – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Por outro lado, as ações afirmativas, consubstanciadas em alguns textos constitucionais, como o art. 23, § 2º da Constituição da Namíbia¹⁹ e o art. 15, § 4º da Constituição da Índia²⁰, e tratados internacionais, como o art. 1º, § 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial²¹ e o art. 4º, inc. I da Convenção sobre a Eliminação de

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. 1a ed. Massachusetts: Harvard University Press, 1985, cap. XIV e *Sovereign Virtue*. 1a ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2000, cap. XII. V., também, do mesmo autor: "The Bakke Decision: Did it Decide Anything?" in *The New York Review*, 17.08.1978, p. 8 e "Race and the Uses of Law" in *The New York Times*, 13.04.2001, p. A17.

¹⁹ Constituição da Namíbia, art. 23, § 2º: "Nada constante no art. 10 da presente - igualdade perante a lei - impedirá o Parlamento de aprovar legislação que possibilite, direta ou indiretamente, o desenvolvimento de pessoas dentro da Namíbia que tenham estado socialmente, economicamente ou educacionalmente, em desvantagem devido a leis ou práticas discriminatórias passadas, ou à implantação de políticas ou programas voltados para a correção de desequilíbrios sociais, econômicos ou educacionais na sociedade da Namíbia, oriundos de leis ou práticas discriminatórias passadas, ou para alcançar uma estruturação equilibrada do serviço público, força policial, força de defesa ou do serviço carcerário". Disponível em: <<http://www.un.int/permreps/namibia.htm>>. Acesso em: 29.06.2003.

²⁰ Constituição da Índia, art. 15, § 4º: "Nada constante no art. 29, § 2º da presente - igualdade perante a lei - impedirá o Estado de elaborar qualquer disposição especial para o progresso de qualquer classe social e educacionalmente atrasada de cidadãos ou das Castas Programadas e Tribos Programadas". Disponível em: <<http://www.un.int/permreps/india.htm>>. Acesso em: 29.06.2003.

²¹ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 1º, § 4º: "Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos". Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/2003/d4738.htm>>. Acesso em: 29.06.2003.

Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher²², foram desenvolvidas na África do Sul, Canadá e Estados Unidos, sem prejuízo da experiência do Brasil.

5.1 – ÁFRICA DO SUL

A história sul-africana é delimitada pela implementação do **apartheid** em 1948, tendo sido a *política de segregação racial* antecedida pela edição do **Industrial Dispute Prevention Act** (1909) e **Native Regulation Act** (1911), que prescreviam o direito à obtenção de empregos públicos por trabalhadores brancos, com a combinação de sanções para a contratação de negros, e sucedida pela elaboração do **Bantu Labor Act** (1953) e **Industrial Conciliation Act** (1956), que excluía todos os negros da definição de empregado e proibia o registro de sindicatos integrados por eles, assim como habilitava o Ministro do Trabalho a reservar certas posições de emprego a pessoas de determinada raça, respectivamente²³.

Destarte, o propósito das ações afirmativas seria a *neutralização dos efeitos do apartheid*, em consonância com as diretrizes estabelecidas no art. 9º, nº 2 da **Constitution of South Africa**, pela qual a igualdade perante a lei incluiria a plena e igual fruição de todos os direitos e liberdades, de forma que, para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas ou grupos sociais prejudicados por discriminação injusta poderiam ser tomadas, bem como no **Green Paper on Employment and Occupational Equity** (1996) e **Gren Paper on Affirmative Action** (1997), segundo os quais o princípio da igualdade seria o fundamento da edificação de uma sociedade democrática, de modo a viabilizar a diversidade no serviço público²⁴. Ademais, a Corte Suprema sul-africana têm proferido decisões acerca das ações afirmativas na instituição de relações de emprego, com ênfase para a iniquidade das discriminações nos estabelecimentos de trabalho²⁵.

²² Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, art. 4º, inc. I: "A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos da igualdade de oportunidades e tratamento houverem sido alcançados". Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/2002/d4377.htm>>. Acesso em: 29.06.2003.

²³ JAARSVELD, Izelde Louise. "Affirmative Action: a Comparison between South Africa and United States" in **Managerial Law**, v. XLII, nº 6, 2000, p. 17.

²⁴ ADAMS, Charl. **Affirmative Action in a Democratic South Africa**. 1a ed. Cape Town: Juta & Co., 1993. V., também: SACHS, Abraham. **Affirmative Action and the New Constitution**. 1a ed. Bellville: University of Western Cape, 1995.

²⁵ Western Cape Education Department v. George (1996) 1 ILJ 347 (AHH) p. 349 D. V., também: Public Servants Association of South Africa v. Minister of Justice (1997) 18 ILJ 241 (T) p. 247 D-H.

5.2 – CANADÁ

As ações afirmativas, no ordenamento jurídico canadense, são estatuídas em diferentes *normas, constitucionais ou legais, federais ou provinciais*, consoante estejam dimensionadas às relações no setor público ou privado.

No que tange às *relações públicas*, as políticas afirmativas são estabelecidas em normas constitucionais federais, inseridas no art. 15, nos. 1 e 2 do **Canadian Charter of Rights and Freedoms**, que preceitua a igualdade de todos os indivíduos perante e sob a lei, com direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental, o que não impediria qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos²⁶.

No que toca às *relações privadas*, os programas afirmativos são estabelecidos em normas legais provinciais, como, por exemplo, a insertada no art. 14, nº 1 do **Ontario Human Rights Code**, que prevê a exequibilidade de projetos especiais de atenuação de desequilíbrios ou desvantagens econômicas, auxílio de indivíduos ou grupos em desvantagem e contribuição para a eliminação da violação de direitos civis ou obtenção de oportunidades iguais²⁷.

Portanto, a Suprema Corte canadense vêm submetendo a constitucionalidade das ações afirmativas à análise do fator de diferenciação e à correspondência entre este e a distinção implantada²⁸, a partir do conceito daquela como “termos e condições impostos em benefício de grupos que sofrem desvantagens econômicas e sociais, normalmente como resultado de discriminação passada, e destinados a auxiliá-los a alcançar igualdade com outros segmentos da população são denominados programas de ação afirmativa”²⁹.

²⁶ PEIRCE, Michael. "A Progressive Interpretation of Subsection 15 of the Charter" in **Saskatchewan Law Review**, nº 57, 1993, p. 263-323.

²⁷ JURIANSZ, Russel. "Recent Developments in Canadian Law: Anti-Discrimination Law" in **Ottawa Law Review**, nº 19, 1987, p. 667-687.

²⁸ COATES, Mary Lou. **Employment Equity: Issues, Approaches and Public Policy Framework**. 1a ed. Kingston: Queen's University, 1986. V., também: ABELLA, Rosalie Silberman. **Employment Equity: Implications for Industrial Relations**. 1a ed. Kingston: Queen's University, 1987.

²⁹ Robert William Latimer v. Her Majesty the Queen in Right of Saskatchewan (Criminal, case 26.980). V., também: Delwin Vriend et alii v. Her Majesty the Queen in Right of Alberta et alii (Civil, case 25.285).

5.3 – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O vocábulo “ações afirmativas” foi introduzido no **Executive Order nº 10.925/63**, pelo qual, nos contratos celebrados com o governo federal, “o contratante não pode discriminar nenhum funcionário ou candidato a emprego devido à raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante deve adotar *ações afirmativas* para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração de sua raça, credo, cor ou nacionalidade. Essa ação inclui, sem limitação, o seguinte: emprego, promoção, rebaixamento ou transferência, recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término, índice de pagamento ou outras formas de remuneração e seleção para treinamento, inclusive aprendizado”³⁰.

Neste sentido, a partir da consideração de que as ações afirmativas são classificadas em políticas ou programas resultantes da iniciativa privada (**Voluntary Affirmative Action Plans**), assim como do Poder Executivo (**Federal Affirmative Action Plans**) e Poder Judiciário (**Court-ordered Affirmative Action Plans**), como exsurge do *Weber case*³¹, bem como do *Fullilove case*³² e *Paradise case*³³, as medidas de implementação do princípio da igualdade de oportunidades na admissão de grupos sociais em instituições de ensino superior foram delineadas pelo *Bakke case*, referente ao sistema de cotas da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, segundo o qual 16% (dezesseis por cento) das vagas do curso de ensino superior seriam destinadas a estudantes pertencentes a minorias, e pelo *Bollinger case*, relativo ao sistema de pontuação da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, segundo o qual 20 (vinte) pontos seriam conferidos a determinadas minorias, até o limite de 150 (cento e cinqüenta) pontos.

Sem embargo, a partir da constatação de que a Supreme Court of the United States, quanto aos litígios que envolvem direito de minorias, recorre a *tests*, prévia e discricionariamente formulados pelo órgão para cada tipo de matéria submetida à apreciação judicial, a controvérsia, em

³⁰ MENEZES, Paulo Lucena de. **A Ação Afirmativa no Direito Norte-Americano**. 1^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88. V., também: GOMES, Joaquim Benedito Joaquim. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos Estados Unidos da América**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 58.

³¹ United Steelworkers of America v. Weber, 443 US 193 (1979).

³² Fullilove v. Klutnick, 448 US 448 (1980).

³³ United States v. Paradise, 480 US 149 (1987).

ambos os *leadings cases*, dizia respeito ao *standart* a ser empregado no julgamento da lide, principalmente as técnicas jurisdicionais designadas como *rational basis test* – que impele um legítimo interesse governamental, racionalmente relacionado à política –, *intermediate scrutiny* – que impõe um significativo interesse governamental, substancialmente relacionado ao projeto – e *strict scrutiny test* – que imprescinde um imperativo interesse governamental (*compelling governmental interest*), explicado por uma finalidade social, que deflui do imperativo de redução das desigualdades sociais, e outra finalidade educacional, que decorre da importância da diversidade racial no corpo discente, e um programa estritamente desenhado para a satisfação do interesse em jogo (*narrowly tailored*), explicitado pela limitação do projeto de integração social de setor desfavorecido a certo propósito e intervalo de tempo, evitada a sua utilização indiscriminada, tendo sido demonstrada a impossibilidade de consecução daquele sem a implantação deste (*minorities must not be able to pursue that goal adequately without them*), de maneira a exteriorizar o nexo de causalidade entre a desigualdade social e o programa de integração da minoria destinatária das ações afirmativas.

O caso *Regents of the University of California v. Bakke* permitiu que a Suprema Corte estadunidense firmasse jurisprudência no sentido da submissão dos programas ou políticas que envolvam direitos das minorias ao *strict scrutiny test*, sendo manifesto que o Tribunal havia utilizado o critério de escrutínio estrito para reconhecer a validade de norma jurídica que envolvesse direito de minorias em duas oportunidades, como demonstram o *Hirabayashi case*, no qual foi declarada a constitucionalidade do programa de restrição da liberdade de locomoção de nipo-americano³⁴, e o *Korematsu case*, no qual foi declarada a constitucionalidade do programa de relocação de americanos de descendência japonesa durante a Segunda Grande Guerra Mundial³⁵. A propósito, o Justice Lewis Powell Jr., em voto proferido nos autos do processo acerca do sistema de cotas da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, assegurou que “todas as restrições legais que cerceiam os direitos civis de um grupo racial singular são imediatamente suspeitas. Isso não significa que todas essas restrições sejam inconstitucionais. Significa sim que a Corte Suprema deve submetê-las ao mais rigoroso exame”³⁶.

³⁴ *Hirabayashi v. United States*, 320 US 81 (1943).

³⁵ *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944).

³⁶ *Regents of the University of California v. Bakke* 438 US 265 (1978).

O caso **Jennifer Gratz et alii v. Lee Bollinger et alii** possibilitou que a Suprema Corte norte-americana fixasse jurisprudência no sentido da possibilidade de utilização do critério racial na admissão em instituições de ensino superior, ao lado de outros fatores de diferenciação de tratamento, desde que sejam levadas em consideração as circunstâncias individuais de cada postulante, sob pena de violação da XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos (**equal protection clause**), sendo notório que o Tribunal têm adotado posição restritiva em relação às ações afirmativas, como denotam o **Croson case**, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de programa do Município de Richmond, que impunha aos contratantes com o Poder Público a obrigação de repassar, nas subcontratações, 30% (trinta por cento) das verbas destinadas para projetos financiados pelo Governo Federal, em favor das **Minority Business Enterprises**³⁷, e o **Hopwood case**, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do programa da Universidade do Texas, que instituía o **Law School's Affirmative Action Plan**³⁸. A respeito, a Justice Sandra Day O'Connor, em voto prolatado nos autos do processo sobre o sistema de pontuação da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, assinalou que “a Constituição não proíbe a utilização de critério racial em programas de admissão em instituições de ensino superior, estritamente desenhados para a satisfação de imperativo interesse governamental, traduzido pela obtenção dos benefícios educacionais proporcionados pela diversidade do corpo discente, tendo em vista que a efetiva participação dos membros de todos os grupos étnicos e raciais na vida cívica é essencial para a consecução do sonho de uma nação americana”^{39 40}.

5.4 – BRASIL

As políticas de ações afirmativas estão lastreadas em algumas normas veiculadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, como também pela legislação ordinária de todas as entidades federativas.

³⁷ City of Richmond v. J. A. Croson Company, 488 US 469 (1989).

³⁸ Hopwood v. Texas, 116 S.Ct. 2581 (1996)

³⁹ Jennifer Gratz et alii v. Lee Bollinger et alii, 539 US 234 (2003).

⁴⁰ GREENE, Kathanne. **Affirmative Action and Principles of Justice**. 1a ed. New York: Greenwood, 1989 e EDLEY, Christopher. **Affirmative Action and American Values**. New York: Hill and Wang, 1996. V., também: DRUMBL, Mark. "Affirmative Action in Question" in **Review of Constitutional Studies**, nº 4, 1997, p. 80-123 e DWORKIN, Ronald. "The Court and the University" in **The New York Review**, 15.05.2003, p. 8-11.

5.4.1 – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A fundamentação constitucional das ações afirmativas deflui do art. 3º, incs. I, III e IV, segundo o qual a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, seriam objetivos fundamentais da Federação, art. 4º, inc. VIII, segundo o qual o repúdio ao terrorismo e ao racismo seria princípio informativo das relações internacionais, art. 5º, inc. XLII, segundo o qual a prática de racismo seria crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, art. 7º, incs. XX e XXXI, segundo o qual a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, e a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência seriam direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, art. 23, incs. II e X, segundo o qual a prestação de saúde e assistência pública, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência e o combate das causas da pobreza e dos fatores de marginalização, com a integração social dos setores desfavorecidos, seriam de competência administrativa comum entre os entes federativos, art. 24, inc. XIV, segundo o qual a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência seriam de competência legislativa concorrente entre as entidades federativas, art. 37, inc. VIII, segundo o qual o percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e os critérios de admissão seriam definidos em legislação ordinária federal, art. 170, inc. VII, segundo o qual a redução das desigualdades regionais e sociais seria princípio informativo da ordem econômica, art. 203, incs. IV e V, segundo o qual a habilitação e reabilitação, a promoção de integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal aos idosos e pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família são objetivos da assistência social, art. 206, inc. I, segundo o qual a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola seria princípio informativo da educação, art. 208, inc. III, segundo o qual o atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, seria garantia das pessoas portadoras de deficiência, e art. 227, § 1º, inc. II, segundo o qual a criação de programas de prevenção e atendimento especializado e a integração social, mediante o treinamento para o trabalho e convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, inclusive com a eliminação de preconceitos e obstáculos arqui-

tetônicos, seriam diretrizes dos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes portadores de deficiência física, sensorial ou mental, entre outros, todos da Constituição da República⁴¹.

5.4.2 – FUNDAMENTOS LEGAIS

A *fundamentação legal* das ações afirmativas decorre de atos legislativos produzidos por todas as unidades da federação, a exemplo da Lei federal nº 10.558/02, que instituiu o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afro-descendentes, a Lei estadual nº 3.708/01, que instituiu a cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negras e pardas no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), e a Lei municipal nº 2.325/95, que instituiu a cota de até 40% (quarenta por cento) para artistas e modelos negros na idealização e realização de comercial ou anúncio no Município do Rio de Janeiro. Outrossim, algumas ações afirmativas para o dispêndio de recursos financeiros e a admissão em instituições de ensino superior de minorias ou grupos sociais têm sido consagradas em atos administrativos, à luz do Decreto nº 3.228/02, que institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas, sob a coordenação da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, tal como o “Programa de Ação Afirmativa do Instituto Rio Branco e do Conselho Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico”, cujo objetivo é incentivar e apoiar o ingresso de afro-descendentes na carreira diplomática, por meio da concessão de bolsas-prêmio de vocação para a diplomacia, com o fim de custear os estudos preparatórios ao concurso de admissão à carreira de diplomata, e o “Plano de Metas para a Integração Social, Étnica e Racial da Universidade de Brasília”, que reserva 20% (vinte por cento) das vagas do vestibular para negros e índios durante um período de 10 (dez) anos, como também o “Projeto Afro-Ascendentes”, cujo objetivo é preparar, acadêmica e socialmente, jovens negros de comunidades carentes para o ingresso em universidades públicas ou privadas, e o “Programa de Pós-Graduação da Fundação Joaquim Nabuco”, que reserva 40% (quarenta por cento) das vagas da seleção para o curso de mestrado em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Governo para os afro-brasileiros⁴², cuja validade deve ser aferida sob os ângulos formal e material.

⁴¹ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. "Óptica Constitucional. A Igualdade e as Ações Afirmativas" in **COAD Seleções Jurídicas**, nº 1, 2002, p. 33-36.

⁴² ROCHA, Cármen Lúcia. "Ação Afirmativa. O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica" in **Revista de Informação Legislativa**, nº 131, 1996, p. 283-295.

5.4.2.1 – CONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Sob o ângulo formal, considerando que as normas jurídicas que preceitam as ações afirmativas devem ser produzidas pelos órgãos competentes, por intermédio do procedimento adequado, a *repartição de competência no Direito Constitucional brasileiro* é dividida em dois planos. Com alusão à repartição de competências em plano horizontal, imanente à ordem jurídica norte-americana, há a distribuição de matérias distintas entre as entidades federativas, compreendendo as competências exclusivas e as competências privativas de cada unidade da federação, dado que aquelas são indelegáveis, ao passo que estas são delegáveis a outro ente estatal. Com atinência à repartição de competências em plano vertical, inerente ao ordenamento jurídico austríaco, há a distribuição de matérias idênticas entre as entidades federativas, contendo as competências comuns e as competências concorrentes entre todas unidades da federação, já que aquelas são cumulativas, pois a atividade dos poderes nacional, regional e local não são excludentes, ao passo que estas não são cumulativas entre os entes políticos, porque a atividade do poder nacional exclui a atuação supletiva dos poderes regional e local na elaboração de normas gerais, isto é, princípios que incidem uniformemente no território nacional, cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios complementá-las, mediante a elaboração de normas específicas, ou seja, regras que objetivam adaptar os princípios às necessidades e particularidades regionais e locais⁴³. Deveras, o art. 21 enumera a *competência exclusiva* da União, assim como o art. 22 expressa a *competência privativa* da União, enquanto que o art. 23 firma a *competência comum* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como o art. 24 fixa a *competência concorrente* entre a União, Estados e Distrito Federal⁴⁴, tendo salientado a mais autorizada doutrina que os Municípios são revestidos de competência concorrente, cumprindo-lhes a edição complementar de regras específicas e, na hipótese de inexistência de normas gerais, a elaboração supletiva de princípios, para

⁴³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988. O Equilíbrio Federativo" in **Temas de Direito Público**. 1^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 368-369.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Competência Concorrente Limitada. O Problema da Conciliação das Normas Gerais" in **Revista de Informação Legislativa**, nº 100, 1988, p. 127 e BORGES, Alice Gonzalez. "!Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos" in **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 16, 1996, p. 81.

o atendimento das necessidades e peculiaridades locais, com fulcro no art. 30, incs. I e II, todos da Constituição da República⁴⁵.

Ante o exposto, somos do entendimento de que todas as entidades federativas dispõem de competência para legislar sobre as ações afirmativas, bem assim para implementar as políticas ou programas respectivos, de maneira a combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, com fundamento nos arts. 23, inc. X e 24, inc. XIV, ambos da **Lex Fundamentalis**. Por exemplo, embora o parecer elaborado pela Procuradoria-Geral da República, nos autos da ação direta de constitucionalidade nº 2.858, tenha opinado no sentido da constitucionalidade formal da cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negras e pardas no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), em decorrência da infringência da autonomia universitária, garantida no art. 207 da Constituição da República, na forma da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, temos que a norma inscrita no art. 1º da Lei estadual nº 3.708/01 é formalmente válida, na medida em que o Estado do Rio de Janeiro dispunha de competência para legislar sobre ações afirmativas na área da educação.

5.4.2.2 – CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Sob o ângulo material, considerando que as normas jurídicas que prescrevem as ações afirmativas constituem a expressão democrática mais atualizada da igualdade, sendo certo que todas as medidas restritivas de direitos fundamentais devem revelar-se adequadas, necessárias e proporcionais, o princípio da razoabilidade é fracionado em três sub-princípios, a saber: adequação – correlação lógica entre motivos, meios e fins, de modo que, em face de determinados motivos, devem ser providos meios, para a consecução de certos fins –, necessidade ou exigibilidade – intervenção mínima, vale dizer, a inexistência de meio menos gravoso para a obtenção do fim pretendido – e proporcionalidade – ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido.

A doutrina pátria, à semelhança da alemã e portuguesa, delimita o conceito de proporcionalidade, de sorte a viabilizar a aferição da constitucionalidade da ação afirmativa, *in textus*: “o princípio da razoabilidade

⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. "O Município: sua Evolução Histórica e suas Atuais Competências" in **Cadernos de Direito Constitucional e Ciéncia Política**, nº 1, 1992, p. 61-63 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Discriminação Constitucional de Competências Legislativas: a Competência Municipal" in **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Direito Administrativo e Constitucional**. 1ª ed., v. II. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 276.

pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos ('Geeignetheit') e a necessidade de sua utilização ('Notwendigkeit oder Erforderlichkeit'). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)"⁴⁶, "a limitação de direitos fundamentais, deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional no sentido estrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental"⁴⁷ e "o princípio da proporcionalidade (também chamado 'princípio da proibição do excesso') desdobra-se em três sub-princípios: a) princípio da adequação, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas deve revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); b) princípio da exigibilidade, ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornaram-se exigíveis), porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa 'justa medida', impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos"⁴⁸.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu do recurso ao princípio da razoabilidade de modo implícito, e até mesmo "inconsciente"⁴⁹, para a utilização do princípio da razoabilidade como parâmetro de validade dos atos emanados do Poder Público, de forma a embasar "tanto as decisões de invalidação de atos administrativos como as de pronúncia de constitucionalidade de leis"⁵⁰, como é revelado pelos v. *arestos, in*

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 1^a ed. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 68.

⁴⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 1^a ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3^a ed. Coimbra, 1993, p. 152.

⁴⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 192.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. "Entre a Lei e a Justiça: o Princípio da Razoabilidade no Direito Brasileiro" in **AMAE RJ Notícias**, n° 41, 1998, p. 3.

verbis: “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, visto que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘détournement de pouvoir’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da constitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, bem assim, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado”⁵¹ e “eis aí outro fundamento igualmente suficiente para conduzir à invalidade da lei por ofensa ao princípio da razoabilidade. Eles servem, de um lado, não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar - ao menos provisoriamente - as inovações por ela impostas, as quais, onerosas e de duvidosos efeitos úteis, acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese - que não é de afastar - de que venha ao final a declarar a constitucionalidade da lei ou ato normativo”⁵².

Pelo fio do exposto, a constitucionalidade material das ações afirmativas é submetida à análise do fator de diferenciação de tratamento, como também à avaliação da correspondência entre este e a distinção implementada, ao teor do princípio da razoabilidade. Por exemplo, malgrado a cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negras e pardas no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF) tenha sido lastreada em fator de diferenciação de tratamento individualizado, comungamos da opinião de que a norma inserida no art. 1º da Lei estadual nº 3.708/01 é materialmente constitucional, uma vez que não apresenta correspondência entre aquele e a distinção implementada, de acordo com o princípio da razoabilidade, tendo as ações afirmativas na área da educação dado ensejo à “discriminação invertida” no acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, em desapreço à norma insertada pelo art. 208, inc. V da Constituição da República⁵³.

⁵¹ STF, RE nº 18.331, Rel. Min. Orozimbo Nonato, RF 145/164.

⁵² STF, ADIN nº 855, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 01.10.1993.

⁵³ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro suspendeu a eficácia da norma veiculada pelo art. 2º da Lei estadual nº 3.524/00, que dispõe sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes da rede pública estadual de ensino no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). TJRJ, RI nº 21/03, Rel. Des. Murta Ribeiro, J 14.04.2003. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 29.07.2003.

6 – CONCLUSÃO

Ex positis, as experiências do Brasil, Canadá, África do Sul e Estados Unidos da América revelam que “as ações afirmativas são as melhores armas contra a desigualdade”⁵⁴, de arte que “qualquer política ou programa pode ser compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido”⁵⁵. □

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *The Court and the University*. p. 11.

⁵⁵ GOMES, Joaquim Benedito Joaquim. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos Estados Unidos da América*. p. 106.

O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Civil e Processo Civil da EMERJ

1 – A pessoa humana como fundamento, medida e fim do direito

No centro do direito encontra-se o ser humano. O fundamento e o fim de todo o direito é o homem, em qualquer de suas representações: *homo sapiens* ou, mesmo, *homo demens*; *homo faber* ou *homo ludens*; *homo socialis*, *politicus*, *aeconomicus*, *technologicus*, *mediaticus*. Vale dizer que todo o direito é feito pelo homem e para o homem, que constitui o valor mais alto de todo o ordenamento jurídico. Sujeito primário e indefectível do direito,¹ ele é o destinatário final tanto da mais prosaica quanto da mais elevada norma jurídica.

Constitui lugar comum a afirmação de que o interesse público ou social deve prevalecer sobre o individual. Mas isso é apenas pensar no homem de forma coletiva. Quando se prioriza um interesse público ou social em detrimento de um interesse individual, supõe-se estar a tutelar, ainda que de forma indireta, o interesse de um número maior de pessoas, ainda que não individualizadas. Assim, seja por que ângulo for, o ser humano está no centro de toda e qualquer reflexão jus-filosófica.

Por essa razão, todos os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem, fundamento de todo o dever-ser. E, justamente por ser *fundamento*, o homem não constitui, em si, um *princípio*, pois o “fundamento não é um princípio, mas a *justificação radical* dos próprios princípios.”² A humana condição não fundamenta e justifica o que é, mas o que *deve ser*, tanto no campo da moral como no do direito.

No plano jurídico, como em tudo mais, “o homem é a medida de todas as coisas”.³ A finalidade última do direito é a realização dos valores do ser humano. Pode-se, pois, dizer que o direito mais se aproxima de sua

¹ TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. 1952, p. 6.

² COMTE-SPONVILLE, André. *A Sabedoria dos Modernos*. 1999, p. 90.

³ Na célebre frase de Protágoras: “O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são.”

finalidade quanto mais considere o homem, em todas as suas dimensões, realizando os valores que lhe são mais caros.

2 – A dignidade da pessoa humana

Um indivíduo, pelo só fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes⁴.

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.⁵

A dignidade é composta por um conjunto de *direitos existenciais* compartilhados por todos os homens, em igual proporção. Partindo dessa premissa, contesta-se aqui toda e qualquer idéia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia da vontade. A titularidade dos direitos existenciais, porque decorre da própria condição humana, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir. Dispensa a autoconsciência ou a compreensão da própria existência, porque “um homem continua sendo homem mesmo quando cessa de *funcionar* normalmente.”⁶ Como observa Ingo Wolfgang Sarlet: “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada.”⁷

Dentro dessa linha de pensamento, há que reconhecer que o conjunto

⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, analiticamente, define a dignidade da pessoa humana como: “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2001, p. 60).

⁵ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**, 2002, p. 8.

⁶ COMTE-SPONVILLE, André. *Op. cit.*, p. 126.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2001, p. 50.

de direitos existenciais que compõem a dignidade pertence aos homens em igual proporção. Daí não ser possível falar em maior ou menor dignidade, pelo menos no sentido aqui atribuído à expressão, de *conjunto aberto de direitos existenciais*. O homem – apenas por sê-lo – não perde a sua dignidade, por mais indigna ou infame que seja a sua conduta.⁸

Quando se atribui a alguém a pecha de indigno ou quando se afirma que alguém não tem ou perdeu a dignidade a expressão está a ser utilizada com sentido diverso, para fazer referência ao conceito desfrutado por alguém no meio social, à sua respeitabilidade. A qualificação de indigno não pode, portanto, ser tomada como referente a alguém privado de direitos existenciais, mas a alguém merecedor de censura, castigo ou pena, em razão de algum comportamento contrário às regras de decoro, moral ou direito.

A dignidade pressupõe, portanto, a *igualdade* entre os seres humanos. Este é um de seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais.⁹ Os interesses em evitar a dor, manter relações afetivas, obter uma moradia, satisfazer a necessidade básica de alimentação e tantos outros são comuns a todos os homens, independentemente da inteligência, da força física ou de outras aptidões que o indivíduo possa ter.¹⁰

O princípio da igual consideração de interesses consiste em atribuir aos interesses alheios peso igual ao que atribuímos ao nosso. Não por *generosidade* – que consiste em doar, em atender ao interesse alheio, sem o sentimento de que, com isso, se esteja a atender a algum interesse próprio –, mas por *solidariedade*, que é uma necessidade imposta pela própria vida em sociedade. O solidário é aquele que defende os interesses alheios porque, direta ou indiretamente, eles são interesses próprios. A solidariedade, como bem sintetizado por André Comte-Sponville, “é uma maneira de se defender coletivamente”¹¹.

O respeito à dignidade humana, por esse prisma, não constitui ato de

⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁹ Peter Singer pondera que: “O princípio da igual consideração de interesses não permite que a nossa prontidão em considerar os interesses dos outros dependa das aptidões ou de outras características destes, excetuando-se a característica de ter interesses.” (SINGER, Peter. **Ética Prática**, 1998, p. 32).

¹⁰ Cf. SINGER, Peter. *Op. cit.*, p. 32.

¹¹ COMTE-SPONVILLE, André. **Apresentação da Filosofia**, 2002, p. 32.

generosidade, mas *dever de solidariedade*. Dever que a todos é imposto pela ética, antes que pelo direito ou pela religião.

A igual consideração de interesses, é importante frisar, constitui não um princípio de igualdade absoluta, já que esta é virtualmente inalcançável, mas um “*princípio mínimo de igualdade*”, que pode impor até um tratamento desigual entre as pessoas, se necessário for para a diminuição de uma desigualdade.¹²

O outro pilar da dignidade é a *liberdade*. É a liberdade, em sua concepção mais ampla, que permite ao homem exercer plenamente os seus direitos existenciais. O homem necessita de liberdade interior, para sonhar, realizar suas escolhas, elaborar planos e projetos de vida, refletir, ponderar, manifestar suas opiniões. Por isso, a censura constitui um grave ataque à dignidade humana. Isso não quer dizer que o homem seja livre para ofender a honra alheia, expor a vida privada de outrem ou para incitar abertamente à prática de crime. A liberdade encontra limites em outros direitos integrantes da personalidade humana, tais como a honra, a intimidade, a imagem. Liberdade exige responsabilidade social, porque sem ela constitui simples capricho.

O exercício da liberdade em toda a sua plenitude pressupõe a existência de condições materiais mínimas. Não é verdadeiramente livre aquele que não tem acesso à educação e à informação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, ao lazer.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu art. 1º, põe em destaque os dois pilares da dignidade humana: “Todas as pessoas nascem *livres e iguais em dignidade* e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com *espírito de fraternidade*.”

Sempre que se cuida do tema da dignidade humana é lembrada a afirmação kantiana de que: “o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”¹³ Dessa contraposição entre meio e fim, Kant extraiu o princípio fundamental de sua ética: “age de tal maneira que tu possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio.”¹⁴ Tratar o outro como fim significa reconhecer a sua inerente humanidade, pois “o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre e em todas as suas ações como fim em si mesmo.”¹⁵

¹² SINGER, Peter. *Op. cit.*, p. 33.

¹³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 2003, p. 58.

¹⁴ *Ibidem*, p. 59.

¹⁵ *Ibidem*, p. 60.

A *dignidade* constitui, na moral kantiana, um valor incondicional e incomparável, em relação ao qual só a palavra *respeito* constitui a expressão conveniente da estima que um ser racional lhe deve prestar.¹⁶ Para ilustrar o caráter único e insubstituível da *dignidade*, Kant a contrapõe ao *preço*: “Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, comprehende uma dignidade.”¹⁷

A existência de uma dignidade inata a todo homem não significa, em absoluto, afirmar que ele seja bom por natureza. Neste ponto há que concordar com Schopenhauer, para quem a consideração para com o outro não é natural ao homem. Ao contrário: “A motivação principal e fundamental, tanto no homem, como no animal, é o egoísmo, quer dizer, o ímpeto para a existência e o bem estar.”¹⁸ O que distingue o homem dos animais, dentre outras coisas, é a circunstância de que o homem é capaz de guiar o seu egoísmo pela razão e pelo cálculo, perseguindo seus objetivos de modo planejado. Daí porque os animais podem ser chamados de egoístas, mas apenas o homem pode ser chamado de *interesseiro*.¹⁹

Para Schopenhauer, o egoísmo humano é sem limites e comanda o mundo, pois o homem quer tudo dominar. Tomando-se pelo centro do mundo, o homem relaciona tudo ao seu interesse, ainda que esse interesse seja dirigido a uma recompensa a ser recebida fora deste mundo. A própria cordialidade entre os homens nada mais é do que mera hipocrisia reconhecida e convencional.²⁰

Apesar de sua visão pessimista, Schopenhauer reconhece que, diariamente, há pessoas – “os poucos *aequi* [justos] no meio dos inumeráveis *iniqui* [injustos]”²¹ – que não buscam apenas a própria vantagem, mas que também consideram os direitos do outro, com o qual se identificam, fazendo com que a diferença total entre o eu e o outro, sobre a qual repou-

¹⁶ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o Fundamento da Moral**. 2001, p. 120. Diferentemente de Kant, que fundamenta sua ética em princípios *a priori*, extraídos da razão pura, Schopenhauer busca na experiência ou no caminho empírico o fundamento da ética.

¹⁹ *Ibidem*, p. 121.

²⁰ *Ibidem*, p. 123.

²¹ *Ibidem*, p. 130.

sa o egoísmo, seja em certa medida suprimida. Trata-se do fenômeno da compaixão, “base de toda a justiça livre e de toda a caridade genuína”.²²

É na metafísica que Schopenhauer encontra a explicação última para a compaixão, o companheirismo e toda e qualquer preocupação desinteressada pelo outro. Embora no mundo fenomênico, único alcançado pelos sentidos, cada um de nós seja de fato diferente do outro, disto não se segue que o mesmo ocorra com a “nossa essência em-si interior”.²³ No nível mais essencial do nosso ser, fora do tempo e do espaço – ou seja, no mundo numenal –, não há diferenciação. Por essa razão, aquele que fere outrem é como se estivesse ferindo a si próprio.

Seja fundada na racionalidade, como pretendido por Kant, seja encontrada na metafísica, como sustentado por Schopenhauer, a ética impõe o respeito mútuo e a consideração recíproca entre todos os homens, porque dotados todos de igual dignidade.

A complexidade inerente ao conceito de dignidade torna difícil a determinação do seu conteúdo. O que venha a compor o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de cada sociedade. Toda essa dificuldade teórica em identificar com precisão o conteúdo da dignidade da pessoa humana decorre da circunstância de que o conceito de dignidade se insere na categoria dos denominados *conceitos jurídicos indeterminados*,²⁴ caracterizados pela vagueza e subjetividade de sentido, a exigir do intérprete a formulação de juízos intelectivos mais ou menos complexos.

O dado cultural é indissociável da noção de dignidade. Comportamentos considerados degradantes ou inaceitáveis em uma determinada cultura podem ser considerados normais em ambiente cultural diverso. Essas diferenças tendem a ser salientes em se tratando de culturas marcadamente diversas, como, por exemplo, as de países ocidentais em contraste com as de alguns países orientais. Mas até em sociedades supostamente menos distanciadas culturalmente as divergências aparecem.

²² *Ibidem*, p. 136.

²³ *Ibidem*, p. 213.

²⁴ A denominação empregada na doutrina para designar esses vocábulos é variada: “conceitos jurídicos indeterminados”, “conceitos juridicamente indeterminados”, “conceitos legais indeterminados”, “termos legais indeterminados”, “conceitos vagos”, “conceitos de valor”, “conceitos normativos”, “conceitos imprecisos”, “conceitos fluidos” (cf. OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em Perspectiva. Os termos indeterminados à luz da hermenêutica.** 2000. Porto Alegre : Livraria do Advogado, p. 15, nota 7).

Além do elemento cultural, há que considerar, ainda, que o conceito de dignidade tende a ser ampliado ou restringido por outros fatores, dentre os quais o econômico. Assim, em uma sociedade economicamente mais desenvolvida o conceito de dignidade – e, consequentemente, daquilo que a ofende – tende a ser mais alargado do que em outra menos desenvolvida. Trata-se apenas de uma tendência, que, em casos pontuais, pode não se confirmar, porque outros fatores sociais podem apresentar maior peso. Mas, a princípio, constitui fenômeno observável o de que certos atos considerados ofensivos à dignidade de uma pessoa em uma sociedade economicamente desenvolvida são aceitáveis ou indiferentes em uma sociedade menos desenvolvida.

Essas diferenças, porém, não eliminam o caráter universal da idéia de respeito à dignidade humana ou da existência de um direito inato da pessoa de ser tratada dignamente.

Embora reconheça a dificuldade na definição do conceito de dignidade, Ingo Sarlet enfatiza que: “a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida”.²⁵ Com efeito, a dignidade parece revelar-se com clareza em algumas situações concretas de violação. Todavia, a complexidade das relações sociais desafia constantemente o juízo, apresentando situações diante das quais o intérprete hesita.

3 – A dignidade humana como princípio fundamental

O respeito à dignidade humana constitui princípio fundamental.²⁶ Exatamente em razão dessa sua fundamentalidade, o princípio da dignidade independe, para a produção de efeitos jurídicos, de inclusão expressa em texto normativo.

Sem que haja necessidade de recorrer à idéia da existência de direitos naturais, dissemina-se o entendimento de que o direito não se resume ao texto legal, nem constitui produto exclusivo da ação estatal. O fenômeno jurídico é muito mais amplo do que sugere um positivismo exacerbado, que desemboca em um normativismo formal, que só vê o direito em sua repre-

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 39. V., também, do mesmo autor, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2001, p. 105.

²⁶ Canotilho define os princípios jurídicos fundamentais como aqueles: “historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 1999, p. 1.090).

sentação textual. Nas palavras de José de Oliveira Ascensão: “O Direito é uma ordem da sociedade, e não uma secreção do Estado”.²⁷ Até porque o Estado se forma em torno de uma dada sociedade, não o inverso. Decorre daí ser o direito aquilo que se integra à sociedade.

Que o direito é integrado também por princípios gerais, não escritos, que fundamentam todo o ordenamento jurídico é uma idéia antiga, mas que passou a ser discutida mais seriamente e aplicada de forma mais ampla há não muitos anos. Obras de juristas importantes, originários de países integrantes de diferentes famílias de direito, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, têm propagado a noção de que o direito é um sistema não apenas de regras, mas também de princípios, que atuam não apenas como fontes subsidiárias, na lacuna do sistema ou na ausência de lei, mas como fontes primárias, sobrepondo-se inclusive aos textos legais. Reconhece-se – não sem muitas resistências – que sem o recurso aos princípios não há solução justa ou equânime para diversos conflitos sociais.

Impõe-se, admitir, porém, que a introdução do princípio da dignidade humana no texto constitucional é importante para a sua efetiva proteção e o seu amplo desenvolvimento pelos órgãos públicos em geral e, em especial, pelos órgãos de aplicação do direito. Como observa Ingo Sarlet: “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”.

Por isso, é auspíciosa a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, da nossa Constituição Federal. Significativa, mesmo, é a inclusão do princípio no pórtico da Constituição como fundamento da própria República Federativa do Brasil, como símbolo do compromisso assumido pela Constituição Federal com os valores mais caros ao homem.

A expressão dignidade aparece, ainda, em outros dispositivos da Constituição Federal. Assim é que o art. 226, § 7º, estabelece que o planejamento familiar é fundado nos princípios da “dignidade da pessoa humana” e da paternidade responsável; o art. 227, *caput*, institui que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à “dignidade”; o art. 230, *caput*, comete à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, “defendendo sua dignidade”.

O princípio da dignidade está contido, ainda que sob roupagem diversa, em outros dispositivos constitucionais, como o artigo 3º, que estabelece,

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral.** 2001, p. 52.

dentre os objetivos fundamentais da República Brasileira, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (inciso I). Liberdade, justiça e solidariedade são valores que estão vinculados, indissociavelmente, à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação.

O mesmo dispositivo constitucional indica, como outro objetivo fundamental, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). Consagra-se, aqui, princípio ético já mencionado, qual seja, o da igual consideração de interesses. Todos são merecedores de igual consideração por parte do Estado e de seus semelhantes.

Neste ponto, cabe observar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é representativo de um “direito à dignidade”. A dignidade não é algo que alguém precise postular ou reivindicar, porque decorre da própria condição humana. O que se pode exigir não é a dignidade em si – pois cada um já a traz consigo –, mas respeito e proteção a ela. Com razão, portanto, Ingo Sarlet, ao observar que: “quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna”.²⁸

É importante assinalar expressamente, embora constitua verdadeiro truismo, que a dignidade humana, em sua dimensão principiológica, ostenta eficácia normativa. Em outras palavras, do próprio princípio da dignidade humana, com abstração de qualquer outra norma, “podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados”.²⁹ Não é necessário, pois, que a invocação ao princípio da dignidade venha acompanhada da indicação de algum direito fundamental específico que tenha sido alvo de violação ou de alguma norma infraconstitucional que constitua concretização legislativa do princípio. Neste sentido, Sarlet faz referência à dupla função do princípio: *defensiva* e *prestacional*. Em sua função defensiva, o princípio “encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade)”; já em sua função prestacional, o princípio “impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade”.³⁰

4 – A relação do princípio da dignidade humana com os direitos da

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 71.

²⁹ *Ibidem*, p. 70.

³⁰ *Idem*.

personalidade e os direitos fundamentais

A par de sua aplicabilidade direta, o princípio da dignidade humana, com toda a sua carga valorativa, também atua como “critério interpretativo do inteiro teor do ordenamento constitucional”.³¹ O princípio impregna, com maior ou menor intensidade, todas as normas jurídicas. Relaciona-se, porém, de forma mais próxima com duas categorias de direitos: os *direitos da personalidade* e os *direitos fundamentais*.

A doutrina cada vez mais se refere a essas duas categorias, mas quase sempre separadamente, raras vezes preocupando-se em indicar se constituem, efetivamente, classes distintas de direitos ou simples expressões diferenciadas de uma única categoria. Cabe, pois, empreender um exame dessas figuras.

4.1 Os DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão *direitos fundamentais* não é consensual na doutrina, que, para fazer referência à mesma categoria de direitos, emprega outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos fundamentais do homem” e “direitos naturais”.³² A Constituição Federal de 1988 repercute essa pluralidade terminológica, aludindo a “direitos humanos” (art. 4º, II, e 7º), “direitos e garantias fundamentais” (Título II e art. 5º, § 1º), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI) e “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17).

Embora essas expressões sejam comumente empregadas como sinônimas, Ingo Sarlet chama a atenção para a necessidade de apartar os sentidos das expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. A primeira expressão (*direitos fundamentais*) deveria ser reservada “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto que a segunda (*direitos humanos*) deveria ser empregada para fazer referência “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional

³¹ FARIAS, Edilsom Pereira. **Colisão de Direitos**. 1996, p. 54.

³² V. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2001, p. 31; e SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 1990, p. 157.

(internacional)".³³

Idêntico é o entendimento de Edilsom Pereira de Farias, para quem os direitos fundamentais constituem a positivação dos direitos humanos na constituição de um determinado Estado, com a sua consequente transmutação de reivindicações políticas em normas jurídicas.³⁴

Canotilho também assinala a distinção: "*direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão juss-naturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente."³⁵

Essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais de modo nenhum aparta substancialmente as duas categorias, mas apenas indica se os respectivos direitos são objeto de análise no âmbito do direito internacional (*direitos humanos*) ou do direito constitucional de um determinado Estado (*direitos fundamentais*).³⁶ O que se verifica, com mais freqüência, é que o catálogo dos direitos humanos é mais extenso que o dos direitos fundamentais, embora algumas constituições estabeleçam direitos fundamentais que não encontram correspondência nos textos internacionais.

Do ponto de vista da efetividade dos direitos, a distinção é de relevância inquestionável, pois a incorporação expressa dos direitos humanos em uma dada constituição lhes confere (embora, por óbvio, por si só não lhe assegure) condições de maior efetivação.³⁷

É extenso o rol dos direitos fundamentais na Constituição brasileira. Dentro do Título II da Constituição Federal, que trata especificamente dos "Direitos e Garantias Fundamentais", encontra-se o art. 5º, que, em 77 incisos, estabelece os direitos (e deveres) individuais e coletivos. Os artigos 6º e 7º (este último com 34 incisos) relacionam os denominados direitos sociais e dos trabalhadores. Fora do Título II, é reconhecido como direito fundamental (de terceira geração ou dimensão) o "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", estabelecido pelo art. 225.³⁸ Outros direitos previstos expressamente no texto constitucional, também excluídos do Título

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2001, p. 33.

³⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**. 1996, p. 59/60.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 1998, p. 369.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2001, p. 35.

³⁷ *Ibidem*, p. 36.

³⁸ *Ibidem*, p. 72.

II, seriam passíveis de enquadramento entre os direitos fundamentais.³⁹

Finalmente, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, assumindo a impossibilidade de estabelecer de forma rígida e inflexível todos os direitos que possam vir a merecer o *status* de fundamentais, previu os chamados direitos fundamentais “implícitos” e “decorrentes”, não constantes expressamente do texto constitucional.

A diferença meramente formal entre os direitos humanos e os direitos fundamentais tende a diminuir na medida em que a ordem jurídica interna mais se aproxima da ordem jurídica internacional. Somente com o reconhecimento da primazia do direito internacional sobre a ordem jurídica interna, dentro de uma concepção *monista internacionalista*,⁴⁰ a distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais perderá sua razão de ser.

4.2 Os DIREITOS DA PERSONALIDADE

Categoria que tem sido objeto de muitos estudos é a dos chamados “direitos da personalidade”.⁴¹ Parte da doutrina considera-os como direitos inatos ou inerentes ao homem, existentes independentemente do direito positivo, que se limita a reconhecê-los e sancioná-los, conferindo-lhes maior visibilidade e dignidade. Assim, antes mesmo da positivação estatal os direitos da personalidade já seriam passíveis de proteção jurídica. Esse é o entendimento de Carlos Alberto Bittar, que se insere francamente entre os adeptos do Direito Natural. Para ele o direito não se reduz às normas positivas, nem o Estado é o único definidor e identificador dos direitos. O Estado, na verdade, tem por papel “reconhecer os direitos que a consciência popular e o direito natural mostram.”⁴²

O triunfo do liberalismo e a influência da Escola do Direito Natural – no qual o direito natural desfrutava a primazia sobre o direito positivo – deram impulso à concepção de direitos “inatos”, “originários” e “irrenunciáveis” do homem. Cunhou-se a idéia de um direito geral derivado da personalidade

³⁹ V., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia...**, p. 123, que menciona vários direitos fundamentais fora do catálogo mas com status constitucional formal.

⁴⁰ MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. “A Influência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno”. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1608>>. Acesso em: 02 ago. 2003.

⁴¹ A denominação “direitos da personalidade” é a preferida em nossa doutrina. Carlos Alberto Bittar relaciona outras denominações: “direitos essenciais da pessoa”, “direitos subjetivos essenciais”, “direitos à personalidade”, “direitos essenciais (ou fundamentais) da pessoa”, “direitos personalíssimos” (BITAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 3).

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 8.

humana como *ius in se ipsum*, à feição de um mero poder da vontade individual, “mais reivindicado face ao Estado do que em relações de alteridade com os demais indivíduos”.⁴³

A idéia de um direito inato, de caráter universal, foi recusada pela Escola Histórica. O Positivismo Jurídico, por seu turno, negou a existência de um direito de personalidade de caráter geral, reconhecendo como direitos (subjetivos) apenas aqueles positivados pelo Estado.⁴⁴

Essa crítica do positivismo jurídico aos direitos inatos ou naturais redundou na consagração legislativa de “direitos especiais da personalidade”, com vistas à proteção de bens ou interesses jurídicos de personalidade específicos, como a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a honra.

A idéia de um “direito geral de personalidade” reemergiu a partir da segunda metade do século passado, com o fim da segunda grande guerra. O impacto causado pelas atrocidades cometidas no conflito mundial e o crescimento da sociedade de consumo levaram a uma busca pela ampliação da tutela da personalidade humana. A tutela de aspectos particulares da personalidade se mostrou insuficiente para a proteção do homem na sociedade atual. Passaram as constituições e os textos infraconstitucionais de diversos países, então, a admitir a existência de um direito geral de personalidade,⁴⁵ sem deixar de enfocar algumas de suas expressões particulares.

Seguindo essa tendência global, a nossa Constituição Federal, como já se viu, estabeleceu no art. 1º, III, como um dos fundamentos da República a *dignidade da pessoa humana*, expressão síntese dos atributos que compõem a pessoa e que apela ao respeito ao indivíduo, enquanto tal, nas diversas e complexas manifestações de sua personalidade.

Além disso, o já mencionado inciso X do art. 5º da Constituição da República faz alusão a direitos especiais da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Outros dispositivos constitucionais aludem a atributos especiais da personalidade, como o inciso III do art. 5º, segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; o inciso XLIX do mesmo artigo, que assegura aos presos o “respeito à integridade física e moral”; os incisos

⁴³ V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo (**O Direito Geral de Personalidade**. 1995, p. 81).

⁴⁴ V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo (*Ibidem*).

⁴⁵ V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo (*Ibidem*, p. 85).

IV e IX, que asseguram a liberdade de manifestação e expressão; o inciso VIII, que assegura a liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política. A doutrina já observou que essa enumeração é meramente exemplificativa.⁴⁶ Como reconhece Carlos Alberto Bittar, o estudo dos direitos da personalidade está eivado de dificuldades⁴⁷, principalmente no que se refere à sua extensão ou enumeração⁴⁸.

O novo Código Civil dedicou um Capítulo específico (o Capítulo II) a essa categoria de direitos.

Mais que à lei, cabe à doutrina e à jurisprudência a identificação e definição dos direitos da personalidade, que se encontram em constante expansão. A cada dia um novo aspecto da personalidade humana é destacado e elevado à condição de interesse juridicamente protegido. Por isso, qualquer tentativa de enumeração exaustiva desses direitos estaria fadada ao fracasso.

A impossibilidade de enumerar os diversos atributos da personalidade passíveis de proteção talvez decorra de que a personalidade não constitua, em si, um “direito”, mas, como sustenta Pietro Perlingieri, um “valor” (o valor fundamental do ordenamento) que: “está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.”⁴⁹

Todavia, conforme observa Roberto Brebbia⁵⁰, a imprecisão reinante acerca dos atributos que integram a personalidade não pode constituir

⁴⁶ Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de *construction*.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 1990, p. 65).

⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 1.

⁴⁸ Essa dificuldade é remarcada por Rabindranath V. A. Capelo de Souza, segundo o qual: “A determinação do conteúdo do bem da personalidade juridicamente relevante é um problema jurídico-positivo, cuja solução só pode retirar-se a partir da correcta interpretação, integração e sistematização dos comandos concretos ou dos princípios gerais de cada ordenamento jurídico. Mas é também um problema de compreensão científico-cultural, (...) face à complexidade, à dinâmica e à ilimitabilidade da personalidade humana” (*op. cit.*, p. 118).

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 1999, p. 155.

⁵⁰ BREBBIA, Roberto H. **Daño Moral**, p. 61.

obstáculo ao reconhecimento, hoje, da existência de um conjunto de direitos ou faculdades que, por suas características próprias, se diferenciam claramente dos direitos patrimoniais e devem ser tutelados juridicamente da forma mais ampla possível.

4.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO CATEGORIA DISTINTA DA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Parte da doutrina vê os direitos da personalidade como forma de defesa do indivíduo frente a outro indivíduo (ou de particular a particular), enquanto os direitos fundamentais atuariam como forma de defesa do indivíduo frente ao Estado. Os primeiros (direitos da personalidade) estariam fundados no direito civil, os últimos (direitos fundamentais), no direito constitucional. Essa é a posição sustentada por Santos Cifuentes, para quem a diferença entre essas duas espécies de direitos não está no conteúdo ou na substância, mas na norma positiva que regula a matéria, nos sujeitos que participam da relação e nas finalidades postas em consideração. Assim, os direitos personalíssimos pertenceriam “à ordem privada, pois estão reconhecidos e proclamados como uma espécie de direitos dotados de proteção civil”, enquanto os direitos humanos ou fundamentais constituiriam uma forma de “tutela pública, aspirando a pôr o indivíduo sob a proteção do ordenamento político.”⁵¹

Carlos Alberto Bittar também alude a esse tipo de distinção, que vê os *direitos fundamentais* como “objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado” e os *direitos da personalidade* como “os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens”.⁵²

Mas o fato de o Estado ser o violador do direito não é, por si só, indicador de que se trate de direito fundamental e não de direito da personalidade. Capelo de Souza, analisando o direito geral de personalidade, observa, acertadamente, que as previsões do art. 70 e seguintes do Código Civil português referentes aos direitos da personalidade valem: “nas relações paritárias entre os particulares ou entre os particulares e o Estado destituído do seu *ius imperii* e são tuteladas através de mecanismos coercitivos juscivilísticos, v. g., em matéria de responsabilidade civil

⁵¹ CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. 1995, p. 225. Observe-se que o autor, em sua obra, emprega ao expressão direitos humanos para referir não apenas os direitos de caráter supranacional, mas também aqueles incorporados na constituição de um Estado (ou seja, os direitos fundamentais).

⁵² BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2000, p. 22.

e de providências especiais preventivas ou reparadoras.” Já as previsões constitucionais relacionadas com os direitos fundamentais: “pressupõem, em primeira linha, relações juspublicisíticas, de poder, são oponíveis ao próprio Estado, no seu exercício do seu *ius imperii*, embora também produzam efeitos nas relações entre os particulares (...), e têm mecanismos próprios de tutela constitucional”.

Para além dessa distinção, Capelo de Souza observa que nem todos os direitos da personalidade correspondem a direitos fundamentais, uma vez que: “nos bens da personalidade humana juscivilisticamente tutelados através dos direitos da personalidade podem divisar-se certos elementos, zonas ou manifestações periféricos, não essenciais, aos quais não corresponderão direitos fundamentais.”⁵³ Por outro lado, nem sempre os direitos fundamentais se traduzem em direitos da personalidade, pois: “há direitos da personalidade que, por não terem como objecto tutelado directamente a personalidade humana, não se traduzem, ao nível juscivilístico ou nem sequer no plano da garantia juspublicística, em direitos da personalidade.”⁵⁴

No mesmo sentido, Canotilho, para quem: “nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade”.⁵⁵ É o caso do direito de propriedade, de nítido caráter patrimonial, alçado pela nossa Constituição, em seu art. 5º, *caput* e XXII, à condição de direito fundamental.

A ampliação do raio de ação do princípio da dignidade humana tem, cada vez mais, levado os direitos de uma categoria a se incluir na outra. Há, por assim dizer, uma inclinação pela constitucionalização dos direitos da personalidade e, de outro lado, uma vinculação dos direitos fundamentais à esfera personalíssima do indivíduo.⁵⁶

5 – A concretização judicial do princípio da dignidade humana

Chegando a Constituição Federal a 15 anos de vigência, ainda é relativamente escassa na nossa jurisprudência a aplicação explícita do princípio da dignidade humana. Isso é consequência, dentre outras razões, da tendência dos juristas dos países integrantes da família romano-germânica em ver o direito como um ordenamento fechado de normas escritas,

⁵³ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *Op. cit.*, p. 584.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 585.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1999, p. 372.

⁵⁶ V. CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. (*Op. cit.*, p. 585); e CANOTILHO, J. J. Gomes (*Op. cit.*, p. 372).

aplicáveis mediante um processo interpretativo de subsunção do fato à norma (*rectius*, ao texto normativo), como se essa já trouxesse consigo o seu próprio sentido.

Há uma considerável dificuldade em aceitar que os princípios, explícitos ou implícitos, também constituem normas jurídicas. A doutrina moderna substituiu a clássica oposição entre *princípios* e *normas* pela distinção entre *princípios* e *regras*.⁵⁷ Ambos (os princípios e as regras) constituem espécies distintas de normas jurídicas, embora com características diferenciadas.⁵⁸

É importante salientar que os princípios constituem o *fundamento* ou *razão de ser* das regras jurídicas, o que, desde logo, salienta a precedência daqueles sobre estas. Os princípios possuem aquilo que Canotilho denomina de natureza normogenética,⁵⁹ de fundamentação das regras, que nada mais são do que aplicações ou concreções daqueles.⁶⁰

A escassez de decisões fundadas no princípio da dignidade humana deve-se, também, certamente, ao receio do operador do direito de que, ao aplicar princípio de tamanha abstração e indeterminabilidade, esteja a invadir terreno que supõe pertencente ao poder político.⁶¹ Enquanto as regras trazem a (aparente) sensação de que se pisa em terreno firme e próprio, os princípios, com sua textura aberta, deixam a impressão de que se está a pisar em terreno movediço e alheio. Como resultado, o julgador, freqüentemente, realiza uma interpretação avalorativa e mecânica dos textos, descomprometida dos ideais de justiça incorporados na Constituição.

O julgador não deve supor que, por não exercer um mandato popular, lhe falte legitimidade para, no julgamento de um caso concreto, afastar alguma norma infraconstitucional em prol da aplicação de um princípio constitucional, como o da dignidade humana. A legitimidade decorre não apenas da origem daquele que exerce o poder, mas, principalmente, da forma como tal poder é exercido.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 1993, p. 137.

⁵⁸ V., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes (Op. cit., 1.086).

⁵⁹ *Ibidem*, p. 1.087.

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2002, p. 43.

⁶¹ Ronald Dworkin, refutando a tese de que o juiz, na ausência de uma regra de direito clara, estabelecida de antemão, exerceria um “poder discricionário”, criando novos direitos (*new legal rights*), distingue os argumentos de princípio dos argumentos de política. Assim preleciona: “Os argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2002, p. 141).

Assim, desde que a decisão seja proferida com vistas ao atendimento do interesse público e esteja devidamente fundamentada, legitimada estará a conduta do juiz.

A doutrina abandonou antiga concepção que via os princípios constitucionais como simples aspirações morais ou programas políticos, sem força normativa. Uma tal concepção aceitava como fatalidade a idéia, expressa por Ferdinand Lassale, de que as questões constitucionais não são jurídicas, mas de natureza política, razão pela qual há uma constituição real – composta pelos denominados fatores reais e efetivos de poder, imperantes na realidade social – que não corresponde necessariamente à constituição escrita, mera “folha de papel”.⁶² Essa idéia era a própria negação do Direito Constitucional enquanto ciência jurídica.

A Constituição deve resgatar a sua normatividade através de um trabalho de interpretação que, sem ignorar os fatos concretos da vida, consiga concretizar “de forma excelente” os seus princípios.⁶³

Para que o princípio da dignidade humana não constitua uma promessa não cumprida e “não se desvaneça como mero apelo ético”⁶⁴ é fundamental sua concretização judicial, através de um constante e renovado trabalho de interpretação/aplicação, que busque dar ao princípio a máxima efetividade.⁶⁵

Em um país como o nosso, em que grande parte da população carece dos bens e serviços mais básicos, com freqüência o princípio da dignidade servirá de fundamentação de direitos prestacionais exigíveis do Estado. Em tais situações, o julgador, eventualmente terá de lidar com o limite da “reserva do possível”.⁶⁶ Caber-lhe-á, então, buscar a solução através da ponderação dos princípios constitucionais em jogo, com atenção para o “conceito-chave da proporcionalidade” e para a “noção de mínimo existencial”.⁶⁷

Aos poucos, percebe-se uma mudança de rumos na jurisprudência, que vai conferindo densidade ao princípio da dignidade humana, relacio-

⁶² LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2000, *passim*.

⁶³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. 1991, p. 22-23.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 46.

⁶⁵ Dentre os princípios tópicos da interpretação constitucional, Canotilho refere-se ao princípio da máxima efetividade ou da máxima eficiência, segundo o qual: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.” Observa que se trata de princípio invocado, sobretudo, no âmbito dos direitos fundamentais: “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1999, p. 1.149).

⁶⁶ O tema é abordado extensamente por SARLET, Ingo Wolfgang (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, *passim*).

⁶⁷ GOUVÉA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. 2003, p. 32.

nando-o com diversas situações conflituosas.

Cada vez mais numerosos são os julgados, por exemplo, que têm invocado explicitamente o princípio da dignidade humana em conexão com o direito fundamental à saúde. Nesse sentido, acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, condenando ente público a fornecer medicamento indispensável para o tratamento de doença grave que acometeu pessoa sem condições econômicas, encareceu a necessidade de interpretar a lei de forma mais humana, com observância dos: “preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à *dignidade humana*, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.”⁶⁸

Em dois outros arrestos, o STJ, também com invocação do princípio da dignidade humana, decidiu pelo levantamento de saldos do FGTS em hipóteses não elencadas na Lei: reconstrução de casa própria destruída parcialmente por enchente⁶⁹ e tratamento de familiar portador do vírus HIV.⁷⁰ No primeiro caso, a dignidade humana foi relacionada com o direito básico de habitação; no segundo, com o direito à saúde.

Interessante arresto do STJ concedeu mandado de segurança em favor de Deputada Estadual, portadora de deficiência física, para determinar a criação de condições materiais que lhe permitissem fácil acesso à Tribuna, a fim de exercer as prerrogativas do mandato em posição equânime com os demais parlamentares, garantindo-lhe o livre exercício do mandato. Assinalou o acórdão que a medida constituía homenagem à Constituição Federal: “que deve ser prestada para o fortalecimento do regime democrático, com absoluto respeito aos princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da dignidade da pessoa humana e do exercício livre do mandato parlamentar.”⁷¹

Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro determinou a entrega de histórico escolar de aluno menor, o qual fora retido por estabelecimento particular de ensino em razão de inadimplência de mensalidades escolares, observando que: “O direito à educação é de natureza social, está previsto na Constituição, tem a ver com a dignidade da pessoa humana e com o exercício da cidadania.”⁷²

⁶⁸ ROMS 11183/PR – DJU de 04.9.2000.

⁶⁹ RESP 390154/SC – DJU de 29.04.2002.

⁷⁰ RESP 249026/PR – DJU de 26.6.2000.

⁷¹ ROMS 9613/SP – DJU de 01.7.1999.

⁷² TJRJ – Ap. Cível nº 1999.001.07448 – 6ª Câmara Cível – Rel. Des. Ronald Valladares.

Aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou o cancelamento de desconto voluntário em folha de pagamento, salientando que: “Os descontos voluntários em folha de pagamento, quando comprometem a dignidade humana e mesmo a subsistência, podem ser cancelados”.⁷³

Encontram-se hoje pendentes de julgamento questões de grande importância. É o caso, por exemplo, das cotas destinadas pelas universidades para estudantes negros, questão que demanda uma interpretação do princípio da dignidade pelo ângulo da isonomia.

Mas é principalmente nos domínios da responsabilidade civil que a discussão acerca do princípio da dignidade mais se faz presente nos tribunais, que vêm redimensionando o conceito de dano moral, para abarcar situações antes consideradas sem relevância jurídica. Reconhece-se, hoje, que o dano moral pode surgir até em casos de descumprimento de obrigação contratual, se desta resultar a lesão a algum direito da personalidade.

Os arestos antes citados constituem uma pequena amostra da concretização judicial do princípio da dignidade da pessoa humana. Mais não é necessário para encarecer a importância do tema, que deve ser objeto de reflexão pelos operadores do direito em geral.

Se Schopenhauer estiver certo sobre a motivação principal e fundamental do homem (o egoísmo), muitas outras questões envolvendo ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana ainda serão trazidas ao Poder Judiciário. Em todos os casos, caberá ao julgador, na dignidade do exercício de sua função, buscar a defesa e a concretização do princípio constitucional que exige o respeito à dignidade inerente a todo ser humano.□

⁷³ TJRS – Ap. Cível nº 70006469456 – 16ª Câmara Cível.

A Imunidade de Jurisdição e de Execução do Estado Estrangeiro no Brasil.

RODOLFO KRONEMBERG HARTMANN

Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 2^a Região. Professor de Direito Processual Civil na EMERJ na pós-graduação da UCP (Universidade Católica de Petrópolis) e na graduação da Universidade Estácio de Sá.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal foi novamente instado a se manifestar sobre litígios envolvendo particulares e Estados estrangeiros dentro do território brasileiro.¹ Vale dizer que esta questão, a respeito da possibilidade de um Estado se submeter a jurisdição de outro, é ainda hoje muito delicada, por envolver assuntos que muitas vezes podem deflagrar conflitos internacionais, razão pela qual o seu delineamento vem sendo realizado de forma lenta e gradual.

No início, vigorava a tese de que o Estado estrangeiro não podia se sujeitar a jurisdição de outro.² Esta imunidade de jurisdição era, portanto, absoluta. Contudo, este posicionamento foi sofrendo algum abrandamento, ante a constatação de que alguns países não observavam esta diretriz, quando o ente de Direito Público externo se nivelasse ao particular, em atos de negócio ou de gestão. A justificativa para esta conclusão é simples: os Estados se dedicam cada vez mais às atividades comerciais e não seria crível que eles tivessem maiores vantagens perante os tribunais do que os próprios particulares.³

Este mesmo raciocínio, empregado nas atividades comerciais, também se aplica nos litígios envolvendo questões trabalhistas e fiscais, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

¹ A questão chegou ao STF através de recurso extraordinário, uma vez que a competência originária desta Corte, para processar e julgar Estados estrangeiros, somente se dá naque-las hipóteses em que o outro litigante for a União, o Estado, o Distrito Federal ou Territórios. Inteligência do art. 102, inciso I, alínea e da CRFB.

² REZEK, J. Francisco. **Direito internacional público, curso elementar**. 8^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166. Assevera este autor que: “nemhum Estado soberano pode ser submetido contra a sua vontade à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado”.

³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2^a Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 353.

O Estado estrangeiro não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista. Doutrina. Precedentes do STF (RTJ 133/159 e RTJ 161/643-644). - Privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em injusto detimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar inaceitável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e com os grandes postulados do direito internacional.⁴

Em decorrência, verifica-se que foi forjado o entendimento de que o Estado estrangeiro não se submete a jurisdição de outro Estado quando seus atos praticados forem *jure imperii*, assim entendidos como os atos legislativos, os atos concernentes à atividade diplomática, aqueles relativos às forças armadas, os atos da administração pública interna dos Estados e os empréstimos públicos contraídos no estrangeiro.⁵ O mesmo já não ocorre, todavia, em relação aos demais atos praticados pelo Estado estrangeiro, que serão considerados como *jure gestionis*.

Assim, quando Estado estrangeiro atua em matéria de ordem privada, notadamente em conflitos de natureza trabalhista ou fiscal, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se no sentido de atribuir caráter meramente relativo à imunidade de jurisdição, tal como reconhecida pelo direito internacional público e consagrada na prática internacional.⁶ Resta saber, todavia, se eventual sentença contrária ao Estado estrangeiro seria ou não executável nos limites territoriais do país que a proferiu.

A questão envolvendo a imunidade de execução é ainda mais tormentosa, entendendo a doutrina majoritária que esta possui contornos de absoluta. Isto significa que, ainda que determinado Estado profira sentença desfavorável a outro, não poderá executá-la em seu próprio território. Buscou-se prestigiar, portanto, o relacionamento entre os países, a fim de se evitar os desgastes que batalhas judiciais poderiam ocasionar.

Ocorre que, este posicionamento, que prega o caráter absoluto da imunidade de execução, também vem sofrendo algum abrandamento em situações muito específicas, tal como naquela em que o Estado estrangeiro

⁴ Recurso Extraordinário nº 222.368-PE, Min. Celso de Mello, **Informativo do Supremo Tribunal Federal** nº 259.

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Ob. cit.* p. 353.

⁶ Recurso Extraordinário nº 222.368-PE, Min. Celso de Mello, **Informativo do Supremo Tribunal Federal** nº 259.

tenha, no âmbito espacial da jurisdição brasileira, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular, uma vez que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida semelhante em razão da proteção assegurada pelas Convenções de Viena de 1961 e 1963.⁷ Sobre o tema já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição ora em exame), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como sendo prerrogativa institucional de caráter mais abrangente, ressalvadas as hipóteses excepcionais (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ 167/761, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ACor 543-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) ou (b) de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, sejam estranhos, quanto à sua destinação ou utilização, às legações diplomáticas ou representações consulares por ele mantidas em nosso País.⁸

De qualquer modo, a imunidade de execução não chega a ser um revés insuperável, uma vez que a prática recente revela que o Estado condenado no processo de conhecimento propende a não criar embaraços à execução.⁹ Em conclusão, verifica-se que, muito embora hoje seja praticamente pacífico no Brasil que a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro é relativa, persiste o entendimento de que a imunidade de execução é absoluta, salvo em hipóteses excepcionalíssimas, conforme já demonstrado acima.

Com esta afirmação encerra-se o presente estudo, que muito embora seja extremamente sucinto, tem o escopo de tentar contribuir para o debate sobre estas intrincadas questões de Direito Internacional Público.□

⁷ REZEK, J. Francisco. *Ob. cit.* p. 169.

⁸ Recurso Extraordinário nº 222.368-PE, Min. Celso de Mello, **Informativo do Supremo Tribunal Federal** nº 259.

⁹ REZEK, J. Francisco. *Ob. cit.* p. 169.

Texto, Norma e Valor – a Evolução na Constituição Federal de 1988

NAGIB SLAIBI FILHO

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

1. A consciência progressiva da Constituição

Talvez ainda não se tenha suficiente distanciamento histórico para apurar o quanto a Constituição de 1988 contribuiu para o aprimoramento das instituições sociais, políticas e econômicas de nosso país.

Nem se diga que os 15 anos que transcorreram desde a sua promulgação representa um período significativo, período pequeno na vida das nações, embora tenham sido relevantes no nosso Direito Constitucional, levando em conta que as Constituições de 1934, 1937 e 1967 (na versão original) tiveram existência bem menor.

Os estudiosos da Ciência Política que vieram do regime decaído, curtidos com as idiossincrasias de diversos governos autoritários que constituíram monótona constância da História pátria, estão hoje impressionados com o quanto a compreensão da norma constitucional evoluiu desde aquele 5 de outubro, às 16:00 horas, em que Ulysses Guimarães promulgou a denominada *Constituição-cidadã*.

Constituição-cidadã, sim, pois aí está a diferença entre a Carta de 1988 e a Constituição anterior, esta voltada para o poder, aquela para a pessoa, o cidadão, o indivíduo, o ser humano, que é a razão, o meio e a destinação do Poder.¹

Rememore-se trecho do prefácio que acompanhava a primeira edição da nova Constituição preparada pelo Centro Gráfico do Senado Federal, sob ordem de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, texto que depois foi expurgado das edições posteriores, pois, realmente, não se inclui no texto constitucional oficial:

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País. Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem.

Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança.

¹ Das palavras de Abraham Lincoln em seu curto discurso de Gettysburg se extrai o conceito analítico da democracia: o governo do povo, para o povo e pelo povo.

É a Constituição-cidadã.

Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.

Até hoje há quem diga que a Constituição de 1988 qualifica-se como *constituição utópico-idealista*, expressão criada pelo sociólogo fluminense Oliveira Vianna, para significar os documentos constitucionais que se permitem visionariamente sem nunca alcançar um lugar (*topoi*) onde pudessem se estabelecer e cumprir a sua destinação histórica.

Mas a Constituição nada mais é do que o reflexo de seu criador, como lembrei na apresentação de obra editada logo após a entrada em vigor da nova Lei Maior:

A Constituição, legitimada pela aceitação da maioria, não é só um fenômeno restrito ao interesse dos juristas: antes de ser o Código Político, é o estuário em que se precipitam as dúvidas, as crises, os sonhos e a realidade de toda a sociedade.

A Constituição é a criatura cujo criador, consciente de suas imperfeições, tenta mudar a História, aspirando a um ato tão perfeito que suplante seus caracteres humanos.

Depositam-se na nova Constituição todas as esperanças.

Dela se pretende que, em um só mágico movimento, o destinado seja alterado pela libertação de todas as cadeias; nela suspeitam-se as artimanhas do inimigo e escamoteiam-se os pecados que refletem a própria alma – alguns apenas vislumbram os próprios direitos e privilégios, esquecidos de que os mesmos só existem porque todos temos deveres e obrigações. Ela não é somente uma neutra enumeração de órgãos públicos, fins do Estado, direitos e deveres individuais e coletivos ou um nebuloso programa de atuação – o que nela importa prepondera sobre todas as outras facetas, é o modo de funcionamento, pelo qual se realiza, transforma a realidade e cumpre o fim esperado.²

À época da promulgação do nosso longo texto de Constituição tínhamos o estranho hábito de menosprezar os imensos esforços de redemocratização³ e de afirmação do indivíduo perante o Poder, muitos lem-

² Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988 – aspectos fundamentais*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989.

³ E por acaso éramos antes uma democracia? Na década de 70 até mesmo se falava em *democracia possível*, enquanto alguns poucos ainda resistiam dizendo que a democracia dispensa adjetivos, pois o que nela importa é a substância da consciência individual e social, da participação e da responsabilidade, não a qualificação... Hoje se mostra incompreensível a cena da multidão reunida na Candelária, na malograda campanha das Diretas-já, em 1984, emocionada até às lágrimas ao presenciar o velho advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto reduzir o seu discurso a uma frase: *Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido!* Aliás, jocosamente alguém lembrara que não existe *democracia à brasileira*, mas somente *peru à brasileira...*

brando que devíamos haurir exemplo na concisa Constituição americana, promulgada em setembro de 1787, que teria somente 13 artigos e só 26 emendas, enquanto o Brasil espantava o mundo, pois já contávamos com 7 Constituições, a metade delas outorgada, e somente a última, editada em 1967 e reformulada completamente em 1969, já contava com 26 emendas...⁴

O que poucos timidamente ousavam dizer é que os 13 artigos da Constituição estadunidense não podem ser comparados aos nossos artigos, mas, sim, aos nossos capítulos e títulos legislativos, e que lá, como aqui, o que importa não é o texto ou o dispositivo, mas as regras de conduta ou normas que dele podem ser extraídos, e que tais regras eram e são estabelecidas a cada momento histórico pelos juízes, principalmente as Cortes constitucionais, encarregadas da guarda da Constituição, pois os magistrados tem por função concretizar o que a lei prevê genérica e abstratamente.

Nestes 15 anos, já tivemos quase meia centena de emendas constitucionais e de revisão à Constituição, número que parece expressivo, mas que na verdade ainda se mostra tímido, pelo que tanto anseia o País por reformas como a política, a tributária, a previdenciária, a da Justiça e tantas outras.

Evidentemente, eventuais reformas serão procedidas através de mutações formais (ou emendas constitucionais),⁵ o que não afasta a importância das mutações informais da Constituição, aliás as que realmente sobrelevam, em verdadeira revolução silenciosa que o Brasil tem realizado sob a vigência da Constituição de 1988.⁶

⁴ Contudo, a França já ofereceu ao mundo um número bem mais elevado de Constituições, algumas delas inovadoras, noticiando-se que a Constituição da V República, de 1958, está em processo de reforma para introduzir – quem diria! – o controle incidental de inconstitucionalidade que herdamos dos Estados Unidos.

⁵ Aliás, a reforma (*re+forma*) significa simplesmente conceder ao objeto uma forma ou exteriorização diferente, sem relevante alteração da essência; já a revolução (*re+evolução*) é uma alteração da essência ou da substância e não, simplesmente, um novo meio de exteriorização. Por exemplo, desde a Constituição de 1934 se fala em reforma do Judiciário, o que parece hoje tão difícil de acontecer, pois o Congresso Nacional sequer se animou, em 10 anos, a debater o projeto de lei que lhe foi remetido pelo Supremo Tribunal Federal, como previsto no art. 93 da Constituição de 1988. Sucessivos governos, ao menos em época de eleições, se dizem interessados no tema mas nada tem sido feito, o que nos traz à lembrança a afirmação do grande político mineiro, Bernardo Pereira de Vasconcellos, em 1840, a lembrar que *nada mais parecido com um saquarema (conservador) que o luzia (liberal) no poder*. Os governantes oriundos de correntes ideológicas antagônicas se alternam no poder e a reforma do Poder Judiciário não sai...

⁶ Utilizamos a expressão *mutação* no sentido que Anna Cândida da Cunha Ferraz apresentou em sua obra **Processos informais de mudança na Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, 1^a edição, São Paulo, Editora Max Limonad, 1986. A mutação informal se dá através da alteração da compreensão da Constituição através dos processos de sua realização pelos agentes concretizadores, como o Congresso Nacional, a magistratura, a mídia etc.; enfim, o destinatário e sujeito da História, o cidadão que atua na

Enfim, a grande reforma constitucional não se fez através de emendas formais, mas através de uma formidável mutação informal conduzida judicialmente e motivada pela consciência progressiva da comunidade jurídica brasileira sobre o significado da Constituição.⁷

O que pretendemos aqui é examinar sumariamente a revolução histórica de evolução da consciência jurídica pátria, o que é o principal legado da Constituição de 1988.

2. Texto, norma e valor

Estamos saindo daquele nível jurídico rudimentar que se assentava na bronca e presumida sacralidade do texto legal para alcançar a compreensão da norma concreta de resolução de cada caso inspirada nos valores protegidos pela Constituição.

Finalmente, nos desentocamos da mera interpretação literal ou gramatical, transcendendo a interpretação sistemática, para chegar à compreensão da Constituição muito além da sua letra.

Note-se que tal idéia é somente possível para aqueles que conseguem distinguir entre *texto* ou *dispositivo*, *norma* ou *regra de conduta* e *valor* ou *objetividade jurídica*, institutos claramente diferenciados.

O texto consiste nos símbolos gráficos que pretendem expressar o significado, o conteúdo e a extensão das regras de conduta; assim, o texto é finito e limitado.

A norma tem no texto o seu ponto de partida, mas vai muito além dele, como se pode ver, por exemplo, no texto do inciso LVI do art. 5º – são *inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* –, do qual podem se extrair várias normas, entre elas são *admissíveis no processo todas as provas obtidas por meios lícitos*. Em consequência, como são admissíveis no processo quaisquer provas, desde que obtidas por meio lícito, tem-se norma de supremacia, assim revogadora das inferiores, sobre as normas infraconstitucionais que regulavam a formulação de prova, como, por exemplo, o disposto no art. 401 do Código de Processo Civil, ao limitar a prova exclusivamente oral aos contratos que não ultrapassem o valor de dez salários mínimos.

Veja-se, neste exemplo, a impressionante força normativa da Constituição, pois o que está escrito no art. 5º, LVI, é o mesmo que está, com pequenas alterações, no art. 332 do Código de Processo Civil; contudo, a norma processual civil não tem o condão de revogar as normas ordinárias, que, por sua vez, cedem à supremacia da norma constitucional.

⁷ Trata-se de paráfrase à expressão de Hegel que mestre Luiz Pinto Ferreira tanto divulgou: *a História é a consciência progressiva da Liberdade*.

Da idéia de que de um texto constitucional ou legal ou contratual (dispositivo, artigo, parágrafo, cláusula etc.) podemos extrair diversas normas de conduta para o caso concreto, inspiraram-se os autores em apontar as infinitas possibilidades normativas na resolução dos casos concretos.⁸

A interpretação da Constituição passou a ser livre, legitimados para tal empreendimento cívico todos os integrantes da comunidade e até mesmo o cidadão comum; contudo, tal interpretação livre não exclui a autoridade dos agentes públicos que fazem cumprir a Lei Maior, principalmente os magistrados e, entre eles, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

O texto é genérico e abstrato, a norma é concreta e individual e somente incide na resolução do caso concreto pela intrínseca e invencível impossibilidade do legislador, por mais bem intencionado que seja, de regular toda a multidão de casos que surgem a cada momento histórico em sociedades pluralistas e de segmentos tão diferenciados como a brasileira.

Na tríade dos Poderes da República, o texto legal é obra do legislador, mas a norma que constitui a regra de conduta no caso concreto é produto do governo na atuação em prol do interesse público ou da jurisdição, na satisfação da parte que estiver com a razão.

E é por isso que se aponta que o século XIX foi o século do Parlamento, o século XX ficou estigmatizado pelo que se denomina no Brasil de *hipertrofia do Poder Executivo* e o século XXI será o século do Poder Judiciário, o único segmento do Poder Público que pode ser acionado pelo indivíduo, até mesmo pelos mais fracos, ainda que em antagonismo ao próprio Estado ou a poderosa organização econômica.⁹

Nos países que adotam o sistema de direito positivado, o legislador se viu forçado a reconhecer a sua incapacidade de previsão dos fatos, como se vê no art. 126 do Código de Processo Civil: *O juiz não se exime de sen-*

⁸ A ampla possibilidade normativa da Constituição moderna, muito mais do que a extensão da nossa Lei Maior, é que desanimou os publicistas de realizar obras, como aquelas tão conhecidas na área de Direito Penal e de Direito Processual, em que se examina exaustivamente cada dispositivo legal. Aliás, a extensão da nossa Constituição, muito mais do que as sucessivas emendas constitucionais, desanimou os autores na tentativa de produção de comentários como aqueles que Pontes de Miranda fez para as Constituições anteriores.

⁹ A Ciência Política tem apontado, nos últimos 50 anos, que a grande ameaça de opressão ao indivíduo não mais tem fonte no Poder Público, mas nos organismos econômicos e sociais, notadamente as empresas que dominam com exclusividade a produção de bens e serviços essenciais como as corporações profissionais que instituem entraves ao direito da livre iniciativa econômica.

tenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Pela própria dicção legal, do texto somente decorrem as *normas legais*; se o texto é lacunoso ou obscuro, ainda assim o juiz se vê compelido a decidir, pois ele é segmento do Estado e não pode dispor da própria autoridade.

O texto pode se apresentar como artigo, seção, inciso, parágrafo, como recomenda a tradição nomográfica¹⁰ brasileira.

A norma, quanto à sua abrangência, pode se denominar *princípio* (a norma dotada de maior abstração, como os princípios fundamentais constantes do Título I da Constituição) e *regra* ou *preceito* (a norma mais específica, como o disposto no art. 242, § 2º); quanto à sua eficácia, já não se fala mais em normas de eficácia plena, contida ou limitada, na classificação popularizada por José Afonso da Silva, partindo-se do pressuposto de que toda norma, com fonte na Constituição, tem eficácia e aplicação direta e imediata, como está no art. 5º, § 1º.

O texto é produto da Política, a Ciência do poder, que é a capacidade de alterar a conduta.

A norma é produto do Direito, a Ciência, da norma de conduta.

O valor é produto da Ética, a Ciência, da conduta.

A supremacia da Constituição sobre todos os atos estatais vincula juridicamente os atos dos Poderes da República, lembrando-se, neste aspecto, Carl Schmitt, que, há oitenta anos, apontava a natureza jurídica da Constituição como a *transição entre a Política e o Direito*, isto é, a Constituição é a limitação jurídica do poder político.

O extenso texto da Constituição de 1988 alberga valores que geralmente se mostram conflitantes, como se extrai, por exemplo, do disposto do art. 220, § 1º: *nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*. Enfim, a lei não pode instituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, valor que o juiz deve sopesar em cada caso com os valores da dignidade

¹⁰ Nomografia é a ciência cujo objeto é a escrita das leis: *nomo=norma* e *grafia=grafar ou escrever*. A técnica de redação das leis guarda características próprias em cada país, embora cada vez mais se internacionalize por força dos modelos adotados pelas declarações universais, tratados e demais atos internacionais, inclusive e principalmente aqueles formulados por agentes que não constituem pessoas jurídicas de direito público, entre elas as entidades esportivas como a FIFA e o Comitê Olímpico, que usualmente adotam os padrões nomográficos da Europa Continental.

humana decorrentes do disposto nos mencionados incisos do art. 5º.¹¹

A cada momento de seu ofício, incumbe ao juiz descobrir a norma aplicável ao caso concreto, lembrando-se, aqui, de Ronald Dworkin: o Direito, e desde logo o Direito Constitucional, não se inventa, descobre-se.

Então o Direito não está somente no texto, nem o direito subjetivo (o poder da vontade voltado à satisfação de um interesse juridicamente protegido, no conceito de Andréas von Thur) se confunde com o direito objetivo (a previsão jurídica do interesse), daí se apurando que não se mostra fechado ou estrito o imenso rol dos direitos objetivos constantes nos diversos incisos do art. 5º da Constituição, mesmo porque os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime (democrático) e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

3. Ultrapassagem dos conceitos de constituição formal e material

A avançada (para a época) Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, dispunha que somente seriam constitucionais as matérias referentes à declaração de direito e à organização do Poderes, e que tudo o mais poderia ser modificado pelo legislador ordinário.

Até hoje se fala em Constituição do Estado, isto é, o segmento constitucional que regula o funcionamento do Poder e, consequentemente, declara os direitos e garantias dos indivíduos em face do Poder Público. Note-se: nesta visão da Constituição, o que importa é o Poder, não o indivíduo.

Mas as Constituições do século XX extrapolaram desse restrito conteúdo e cada vez mais dispuseram sobre os mais variados temas, como se pode ver na Carta de 1988, cujas disposições avançam sobre temas tão variados como o casamento, a união estável, o regime jurídico dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, dos indígenas, da localização do Colégio Dom Pedro II no Rio de Janeiro, do confisco de

¹¹ *Imprensa. Ofensas à honra de professor. Dano moral. A imprensa, por sua indiscutida importância no regime democrático, considerado mesmo um quarto poder, tem e deve ter a sua liberdade e expressão garantida, como preservado deve ser o direito da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, uma e outra coisa merecendo expressa garantia constitucional. Admite-se, portanto, que a imprensa noticie os fatos em que se envolvem as pessoas, não importando sejam eles criminosos ou que venham a afetar a sua intimidade ou a sua honra. Preciso é, no entanto, que os fatos sejam verdadeiros. Desse modo, havendo publicação, em órgão da imprensa, de fatos que não se comprovaram verdadeiros e em linguagem grosseira e altamente ofensiva à honra de um professor, cabe o quantum indenizatório por dano moral fixado dentro dos limites estabelecidos pelo art. 51, inc. IV, combinado com o art. 52 da Lei 5.250/67 (TJ-RJ, 2ª Câmara Cível, unânime, reg. em 19-5-94, Ap. 2.507/93, Capital, Rel. Des. Murillo Fáregas).*

bens dos traficantes etc.¹²

Daí resultou que o conteúdo constitucional se tornou extremamente variado e até mesmo decorre de regulação indireta pela Constituição, como, v. g., o princípio da proibição de discriminação (art. 3º, IV) que é utilizado pelas minorias como fundamento de transformação.¹³

Ficou assim ultrapassado o conceito de constituição material, assunto que somente se destacou no século XIX.

Também quanto ao conceito de constituição formal, grandes alterações se verificaram, alterando o posicionamento anterior de se admitir como forma de constituição todos os atos emanados dos poderes constituintes originário e de emenda.

Hoje se fala em interpretação principiológica, a significar o peso preponderante dos princípios em face das regras ou preceitos, aqueles dotados de maior abrangência e menor densidade, estes específicos e de maior concretude.¹⁴

Nesse aspecto, os princípios da razoabilidade e da proporciona-

12 O que se vê nestes últimos anos é o texto da Constituição servir de bloqueio ou seguro contra eventuais maioriais parlamentares; a matéria que deveria ser tratada em lei infra-constitucional ou mesmo em decreto regulamentar acaba ganhando patamar constitucional. Destaque-se, neste aspecto, a minudência das disposições que são propostas nos debates sobre a reforma tributária, em que os agentes federais, estaduais e municipais se servem do texto para se forrar de alguma perda fiscal, sem dar guarida ao contribuinte que reclama do peso excessivo da tributação...

13 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem admitido recurso extraordinário nos casos em que se considera que a violação da Constituição ocorreu indiretamente. Embora assim tenha considerado há alguns anos, desta forma negando a conhecimento de milhares de recursos excepcionais, tal posicionamento tem merecido veementes críticas por representar insuportável limitação à cognição do Excelso Pretório, levando outros a propor a adoção do critério da argüição de relevância, em que caberia ao recorrente demonstrar que o interesse do recurso ultrapassa os meros lindes do interesse individual.

14 TJ-RJ, 13a Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2000.002.14228, julgado em 22/03/2001, Relator Des. Nagib Slaibi Filho, unânime, com a seguinte ementa: Direito Civil. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA comprovando a paternidade. Pedido incidental de alimentos. Mostra-se compatível com a ordem jurídica a concessão de alimentos provisórios em ação de investigação de paternidade em que o exame de DNA indica altíssima probabilidade do sucesso da demanda. Decore a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado. Provimento do recurso. Consta do voto do relator: Aqueles que adotam a vertente em contrário sentem-se ainda impressionados pela interpretação literal do disposto no art. 348 do Código Civil: "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". É certo que ainda não consta no registro de nascimento do investigante, como seu

lidade, que sequer mereceram texto expresso na Constituição de 1988 e que, mesmo assim, por construção doutrinária e jurisprudencial, ganharam tanta importância e relevo que não poucas decisões judiciais simplesmente se referem a eles como fundamentação, sem sequer explicitar o nexo com o caso em julgamento.

Então a constituição formal perde a sua importância, porque os operadores do Direito estão aplicando normas que são apreendidas não pela interpretação literal ou filológica, mas por interpretação sistemática e até mesmo axiológica.

A ultrapassagem dos conceitos de constituição material e constituição formal se deve não ao tão alardeado desprestígio da Constituição,¹⁵ mas porque o sistema jurídico moderno não tem mais fundamento em níveis ou patamares, como aprendemos pela pirâmide que Merkl e Kelsen popularizaram no século XX, mas em *normas centrais*, ou normas que estão no centro do ordenamento jurídico no sentido de sua densidade normativa de proteção de valores essenciais, fontes da legitimidade das demais normas.

4. Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto

Sobre o tema, ouça-se o notável mestre Paulo Bonavides:¹⁶

Em rigor, não se trata de um princípio da interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.

genitor, o ora investigado. No entanto, realizou-se exame de DNA a indicar uma probabilidade de 99,99998% a favor de ser o agravado o pai biológico do agravante. O princípio da verdade real como reitor do processo, como se extrai do disposto no art. 5º, LVI, da Carta de 1988 – são admissíveis no processo todos os meios lícitos de prova – tem o condão de impregnar, mediante a denominada interpretação conforme a Constituição, todas as normas infraconstitucionais, não se podendo, assim, bloquear a prestação de alimentos, no caso, pelo fundamento, que se verifica insuficiente, de que ainda não se inscreveu no registro civil a paternidade ora investigada. Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado.

¹⁵ *O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que, estimulando gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado*, trecho da ementa no Mandado de Injunção 470-6-RJ, STF, Pleno, relator o Ministro Celso Mello, julgado em 15/2/95.

¹⁶ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 6^a ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 474.

Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito. A Verfassungskonforme Auslegung, consoante decorre da explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação “em harmonia com a Constituição”, e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbiais nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.

Estabelece a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:¹⁷

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal.

Em consequência, a interpretação conforme a Constituição pode se operar com declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto.

¹⁷ Sobre a mencionada lei, há ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em que não se concedeu liminar, para o que, no entanto, não se vislumbra plausibilidade, pois mesmo antes da edição da lei a adoção da interpretação conforme a Constituição já era praxe no controle incidental de inconstitucionalidade.

A força vinculante da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive da interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, tem sido tema merecedor de especial atenção de todos em face da natureza jurídica claramente legislativa do Excelso Pretório, com efeitos *erga omnes*, não só nas ações de inconstitucionalidade, como, também, na resolução dos casos concretos como decorre do disposto nos arts. 481, parágrafo único, e 557, *caput*, e § 1º A , todos do Código de Processo Civil.¹⁸

5. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Quando surgiu a Constituição de 1988, digladiavam-se os professores de Direito Constitucional no debate ferrenho sobre o que denominavam de *efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, buscando armas na doutrina clássica, principalmente Rui Barbosa, que dizia que a inconstitucionalidade é irrita, nula e sem efeito algum.

Tal posicionamento decorria do fato de que não se distinguia ainda perfeitamente sobre os planos de realização do ato jurídico¹⁹ e somente se atribuía aos tribunais o poder de dispor a sua decisão de força de lei somente para as partes, como decorre do disposto nos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil.

No entanto, adotando a Corte Suprema cada vez mais o papel de Corte Constitucional segundo o modelo parlamentar da Europa Continental, principalmente o paradigma da Corte alemã, veio como corolário lógico o seu poder de proclamar a inconstitucionalidade de forma diferida no tempo, como se vê, v. g., no seguinte precedente noticiado no Informativo nº 304, de abril de 2003:

¹⁸ O Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário, como decorre do disposto no art. 92, e guardião da Constituição (art. 102), e ganhou gradativamente o papel de Corte Constitucional segundo o modelo parlamentarista da Europa Continental, assim se afastando do modelo presidencialista da Suprema Corte estadunidense. Interessante observar que o caráter vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal tem decorrido não por sua própria construção mas em decorrência de leis votadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República, como a mencionada Lei nº 9.868/99. Elogiável assim a prudência da nossa Corte Suprema que tem relutado em exercer a plenitude de seu papel de Corte Constitucional, segundo o modelo europeu, certamente em homenagem ao regime presidencialista que caracteriza a nossa organização política, afirmado não só pelo disposto no art. 2º da Constituição como, principalmente, por dois plebiscitos (1963 e 1993) em que o parlamentarismo foi fragorosamente batido.

¹⁹ Entre nós, sobre o tema, ver Pontes de Miranda, Luiz Roldão de Freitas Gomes e Marcos Bernardes, em conhecidas obras sobre o ato jurídico no Código Civil de 1916.

Serventia Judicial e Art. 27 da Lei 9.868/99.

Concluído o julgamento de embargos de declaração opostos contra acórdão que, em ação direta, declarou a *inconstitucionalidade* do art. 9º da Lei 9.880/93, na redação dada pelo art. 1º da Lei 10.544/95, ambas do Rio Grande do Sul — que admitia a reversão do sistema estatizado para o privatizado de custas em cartórios judiciais, vedando ao escrivão que optasse pelo regime privatizado o retorno ao sistema oficializado de remuneração, por ofensa ao art. 31 do ADCT da CF/88, que define como estatais as serventias dos foros judiciais, respeitados os direitos dos titulares (v. Informativo 300). Pretendia-se, na espécie, a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, a fim de preservar as relações estabelecidas durante a vigência da lei *inconstitucional*, em razão da circunstância de já existirem diversas serventias providas dessa maneira, cuja desconstituição acarretaria despesa de grande vulto para os cofres públicos do Estado. O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos por entender não haver qualquer omissão, obscuridate ou contradição a serem sanadas no acórdão embargado, porquanto a declaração de *inconstitucionalidade* de lei tem efeitos ex tunc, salientando, ademais, que o próprio art. 27 da Lei 9.868/99, cuja *constitucionalidade* está sendo questionada na ADI 2.154-DF, prescreve uma faculdade a ser exercida em casos excepcionais e não uma imposição ao julgador para se manifestar sobre sua aplicação em todos os casos. Vencidos os Ministros Ilmar Galvão, relator, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Nelson Jobim e Maurício Corrêa, que votaram no sentido de prover os embargos para fixar que a declaração de *inconstitucionalidade* da norma impugnada tem eficácia a partir da concessão da liminar na ação direta (Lei 9.868/99, art. 27: “Ao declarar a *inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”). ADI (ED) 1.498-RS, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, red. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, 10.4.2003. (ADI-1498.)

Vale destacar que não se têm notícias do reconhecimento de *inconstitucionalidade* das normas que se extrai do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que, aliás, tem sido aplicado com tranqüilidade pelo Plenário do mais Alto Tribunal.

Não só o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas também os Tribunais de Justiça dos Estados, estes ao processar e julgar as representações de constitucionalidade do art. 125, § 2º, ganharam competência funcional para o reconhecimento diferido no tempo da declaração de constitucionalidade, podendo estabelecer, fundamentadamente, o termo inicial da eficácia da proclamação da constitucionalidade da norma infraconstitucional.²⁰

6. A norma “ainda” constitucional

Outro tema interessante enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal é o da *norma ainda constitucional*.

Simplesmente da expressão pode surgir perplexidade para aqueles que consideram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade como efeito necessário e obrigatório da compatibilidade ou não da norma inferior com a norma constitucional superior.

Mas a Constituição não é algo estático, que não se altere. A Constituição é um processo de apreensão do significado da norma jurídica e, como processo, admite assim critérios de progressividade.

Nesse sentido, colhe-se de voto do Ministro Gilmar Mendes transcrito no **Informativo 306**, de abril de 2003:

O exame dessa questão avivou-me a memória para uma reflexão de Gustavo Zagrebelsky sobre o ethos da Constituição na sociedade moderna. Diz aquele eminent Professor italiano no seu celebrado trabalho sobre o direito dúctil – il diritto mitte:

“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma” (Zagrebelsky, El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia, trad. de Marina Gascón, 3ª edição, Madrid, Ed. Trotta, 1999, p. 13).

²⁰ Tema recorrente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem sido o pedido formulado pelas Procuradorias dos Municípios dos efeitos deferidos em ações de declaração de inexigibilidade da cobrança do IPTU e taxas de coleta de lixo e de iluminação, declaradas inconstitucionais por decisões do Supremo Tribunal Federal em 1997 e 1998, em que o munícipe pretende a restituição do indébito tributário desde os cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Em seguida, observa aquele eminent Professor:

*“No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a **scientia juris** – não deveria obstaculizar a atividade própria da jurisprudência de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto (Zagrebelsky, **El Derecho Dúctil.**, cit., p. 16). Por isso, conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o ‘pensamento do possível’. Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:*

*‘Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de abandonar a soberania de um único princípio político dominante do que pode extrair-se dedutivamente todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do **aut-aut**, do ‘ou dentro ou fora’. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precípuamente, a lógica do **et-et** e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um “modo de pensar do possível” (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental “possibilista” representa para o pensamento o que a “concordância prática” representa para a ação’ (Zagrebelsky, **“El Derecho Dúctil”**, cit., p. 17).*

No mesmo despacho ora transcrito parcialmente, há referência ao precedente firmado no Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, sob o relato do Ministro Sepúlveda Pertence:

Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do resarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidéncia de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição — ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Pùblico pelo art. 68, C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado —, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328" (RECrим 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, nº 238, p. 390).

Vê-se, assim, que a apreensão do significado da Constituição não constitui ato unissubstancial, mas um processo ou conjunto de procedimentos que parte do texto mas vai muito além deste.

7. Bloco de constitucionalidade

Não se pode perceber o significado da Constituição meramente através de um ou mais dispositivos esparsos, pois a constitucionalidade ou inconstitucionalidade somente pode ser percebida através de um parâmetro ou “bloco”.

Sobre o tema, como de outras vezes, melhor se curvar à extraordinária capacidade didática do Ministro Celso de Mello:

ADIn 595-ES*

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO

SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA.

- A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.

- A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo – ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) – a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Doutrina. Precedentes.

Consta da sua decisão:

A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição.

Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois (2) elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito.

No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento con-

ceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657). É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) –, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infra-constitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.

Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer elastecendo-as, quer restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.

Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 811/812, item n. 1, 1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do parâmetro de controle da constitucionalidade, consideradas as posições doutrinárias que se digladiam em torno do tema:

“Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedural e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global” (grifei).

8. A restrita dimensão das cláusulas pétreas

Como núcleo intangível ou cerne da Constituição, as cláusulas pétreas ou cláusulas de perpetuidade previstas no art. 60, § 4º, da Carta da República de 1988 não podem ser compreendidas no sentido de absoluta intangibilidade de se elaborar emenda constitucional sobre os temas ali elencados.

Na anterior Constituição, constituíam cláusulas pétreas a República e a Federação, mas a atual dispõe que *não será objeto de deliberação*

a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Tal extenso rol (federação, democracia indireta, presidencialismo e direitos individuais) faz compreender todos os temas passíveis de tratamento constitucional, conduzindo a interpretação que deve levar em conta a densidade ou graduação dos valores tutelados pela norma pétreia.²¹

Ao estabelecer no art. 60, § 4º, que não serão admitidas emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, o legislador originário pretendeu muito mais do que simplesmente proteger os direitos liberais, como alguns ainda pensam. O que se pretendeu é garantir uns núcleos essenciais de direitos – liberais, sociais ou até mesmo de 3ª geração – que devem ser mantidos por caracterizar a própria Lei Maior.

21 Sobre o tema, transcreve-se comentário organizado pela EMERJ acerca de caso concreto cujo objeto era a possibilidade de extirpação de direito fundamental deferido pela redação originária da Constituição: A divergência doutrinária é pertinente à profundidade e extensão da limitação material explícita, consubstanciada no art. 60, § 4º, da CRFB. No que tange à profundidade da limitação material explícita, a elocução “tendente a abolir” indica que a reforma constitucional não pode alcançar a essência dos institutos enumerados taxativamente no art. 60, § 4º, da CRFB, de maneira a descaracterizá-los. No sentido do texto, entendendo que há a possibilidade de a reforma constitucional alterar as normas referentes a matérias alcançadas pelas cláusulas pétreas explícitas, desde que a modificação seja de menor intensidade, v.: SLAIBI FILHO, Nagib. Ação Declaratória de Constitucionalidade. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 39. No sentido contrário, entendendo que somente haveria a possibilidade da reforma constitucional acrescentar normas relativas às matérias atingidas pelas cláusulas pétreas expressas, v.: RAMOS, Saulo. Assembléia Constituinte. Natureza, Extensão e Limitação dos seus Poderes. 1ª ed. Brasília: Alhambra, 1987, p. 24. No que toca à extensão da limitação material explícita, a expressão “direitos e garantias individuais” impede que a reforma constitucional restrinja desrazoadamente os direitos fundamentais, como também as respectivas garantias e remédios constitucionais. No sentido do texto, entendendo que as cláusulas pétreas explícitas não são reduzidas aos direitos individuais, computando os direitos metaindividual, sociais, nacionalidade e políticos, v.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 286. No sentido contrário, entendendo que as cláusulas pétreas expressas são restritas aos direitos individuais, não compreendendo os direitos metaindividual, sociais, nacionalidade e políticos, v.: BULOS, Uadi Lammêgo. Elementos de Direito Constitucional. 1ª ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996, p. 124. Ademais, a jurisprudência predominante do STF é tendente a consagrar a primeira corrente doutrinária, já que “a proposta de emenda tendente a abolir a licença-maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da CRFB – espécie de direito social – não será objeto de deliberação”. STF, ADIn nº 1946, relator Min. Sydney Sanches, em 29/04/1999 apud MORAES, Guilherme Peña de. “A Reforma Constitucional e os Direitos dos Trabalhadores” in “AFAT Notícias”, nº 31, 1999, p. 2.

Note-se, ainda, que nenhum direito fundamental é absoluto no sentido de prevalecer contra qualquer outro, pois mesmo o direito à vida cede ao direito à vida do outro indivíduo ou da própria sociedade, nos casos, por exemplo, de legítima defesa. E assim é porque os direitos somente podem ser vislumbrados em uma relação jurídica, a unir o indivíduo ao outro, ou o indivíduo ao grupo social ou à comunidade.

Daí é que Pontes de Miranda gosta de se referir ao *princípio da lateralidade do Direito* enquanto outros (que constituem a maioria...) preferem utilizar a expressão *princípio da alteridade*, assim invocando o radical latino **alter** (outro).

9. Coisa julgada constitucional

Como por todos é sabido, a partir da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, em face do disposto no seu art. 2º, passamos a contar no nosso ordenamento constitucional com as *medidas provisórias permanentes*, isto é, as medidas provisórias editadas antes da referida Emenda dispensam a ratificação congressual, permanecendo enquanto não revogadas.

Entre estas *medidas provisórias permanentes* está a MP nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que conferiu a seguinte redação ao parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, que trata dos embargos à execução por título judicial transitado em julgado:

Para efeito do disposto no inciso II (inexigibilidade do título) considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Assim, a sentença transitada em julgado, mesmo que não possa ser mais rescindida pela via indicada pelo art. 485 da lei processual, será ineficaz se o seu fundamento jurídico for posteriormente reconhecido constitucional pela mais Alta Corte.

O tema da coisa julgada constitucional tem merecido diversas obras doutrinárias, a destacar artigos de Humberto Theodoro Júnior e de Cândido Rangel Dinamarco, este a apontar:²²

Se tiver razão no que sustento, terei chegado a uma visão sistemática da relativização da coisa julgada segundo critérios que em primeiro plano são objetivos – despontando sobretudo o da prevalência de

²² Cândido Rangel Dinamarco, “Relativizar a coisa julgada”, artigo na **Revista Forense** nº 358, pp. 11 e segs.

*certos valores, constitucionalmente resguardados tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas. Daí aceitar a idéia da coisa julgada *inconstitucional*, que assenta na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como absoluto. A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mas conciliáveis – ou seja, entre a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.*

10. Conclusão

Repita-se que não se tem ainda o necessário distanciamento histórico para ponderar sobre a influência da Constituição de 1988 na construção do Estado Democrático de Direito que pretende instaurar.

Contudo, desde logo devemos reconhecer que uma parte importante da cidadania foi resgatada pelo produto da longa Assembléia Nacional Constituinte que durante os anos de 1987 e 1988 procurou auscultar o sentimento do povo brasileiro, seus sonhos e exigências, de forma a permitir que nesta e em outras gerações tenhamos a oportunidade de exercer o indeclinável e inerente direito à busca da felicidade.□

Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa

As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.

GUSTAVO BINENBOJM

Procurador do Estado/RJ. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ e de Direito Constitucional da EMERJ.

I. Introdução: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e seus dilemas teóricos.

Quem lê o texto da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos com rigor literal se engana. Embora vazada em termos peremptórios,¹ proibindo a edição de qualquer lei pelo Congresso² que viesse a cercear as liberdades de expressão e de imprensa dos cidadãos, seu significado ao longo da história americana jamais chegou a ser tão rigoroso. O fato de ser primariamente uma típica garantia liberal do cidadão contra a autoridade constituida não impediu que algum tipo de limitação sempre fosse admitida como forma de proteção do “interesse público”.³ Nessa linha é que se tornaram comuns e amplamente aceitas leis penais que protegiam a honra de terceiros contra o exercício abusivo da palavra, bem como outras que proscreviam atividades comunicativas atentatórias à segurança do Estado e da sociedade. A tarefa de doutrinadores e juízes,

¹ Este o texto literal da Primeira Emenda (1791): “O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação de danos.” Note-se que, a par de assegurar as liberdades de expressão em caráter genérico e de imprensa em particular, também contempla a liberdade religiosa (**free exercise clause**), a separação entre Igreja e Estado (**establishment clause**), o direito de reunião pacífica (**right of assembly**) e o direito de petição (**right to petition the Government**).

² Vale consignar que o chamado **Bill of Rights** (nome dado ao conjunto das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América) aplica-se originariamente à proteção dos cidadãos frente ao governo federal. Só posteriormente, com o advento da doutrina da “incorporação”, tais direitos passam a ser também oponíveis aos Estados-membros.

³ Nesse sentido, tornou-se célebre a frase de Oliver Holmes pronunciada no julgamento do caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, no sentido de que “os cidadãos não são livres para gritar ‘fogo!’ falsamente dentro de um teatro lotado.”

portanto, consistiu na formulação de princípios ou *standards* que permitissem separar as atividades expressivas protegidas daquelas não protegidas pela Primeira Emenda.⁴

A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação da liberdade de expressão, e não na sua limitação em prol do interesse contraposto, constituíram, desde o surgimento dos primeiros casos envolvendo a Primeira Emenda,⁵ os dilemas teóricos mais candentes da quase totalidade dos debates travados na Suprema Corte acerca do tema. A tradição de flexibilidade e improvisação da *common law* temperou, ora para bem ora para mal, a rigidez do texto constitucional norte-americano nesse particular.⁶

Outro dilema teórico enfrentado no campo da liberdade de expressão nos Estados Unidos, e que nos interessa mais diretamente neste estudo, diz respeito à intervenção estatal destinada não à proteção de outros interesses ou valores, mas à garantia e promoção da própria liberdade de expressão de atores sociais que, por razões variadas, normalmente econômicas, encontram-se excluídos do debate público. Essa a fina ironia do papel do Estado em relação às liberdades de expressão e de imprensa: o

⁴ A literatura sobre a Primeira Emenda é vastíssima. Sugiro, como leitura essencial, o livro clássico de Harry Kalven, **A Worthy Tradition**, 1988.

⁵ Embora editada em 1791, a Primeira Emenda só constituiu objeto de discussão na Suprema Corte norte-americana a partir de 1919, quando julgados os primeiros casos envolvendo a constitucionalidade de leis penais que proibiam a divulgação de idéias anarquistas, comunistas ou contrárias ao alistamento militar e à entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra. Sobre o tema, v. Steven H. Shiffrin & Jesse H. Choper, **The First Amendment – Cases – Comments – Questions**, 2001, p. 2-50.

⁶ Nos primeiros casos julgados pela Suprema Corte sobre liberdade de expressão, como Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919), Abrams v. United States , 250 U.S. 616 (1919), Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919) e Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925), desenvolveu-se a chamada doutrina do *clear and present danger* (perigo claro e iminente), que procurava distinguir a mera expressão de idéias de condutas expressivas que colocassem em risco a segurança da sociedade e do Estado. A liberdade de expressão, no entanto, interage com tantos outros valores e de formas tão variadas que não há como se esperar que uma única fórmula pudesse dar conta de toda a gama de situações conflitivas surgidas espontaneamente no meio social. Apenas para registro, a doutrina do *clear and present danger* foi objeto de ampla reelaboração no julgamento do controvertido caso Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969), que envolvia o direito a manifestações da Ku Klux Klan, no qual o *standard* de controle de constitucionalidade passa a ser “a incitação atual e iminente à prática de ações ilegais e a probabilidade de que a atividade expressiva incite ou produza tal resultado.” Como se sabe, a Suprema Corte assegurou, no julgamento do caso, o direito à liberdade de expressão da Ku Klux Klan, entendendo que o requisito da incitação atual e iminente não havia sido preenchido.

Estado é, ao mesmo tempo, um inimigo mortal e um amigo imprescindível dessas liberdades.⁷

Aqui o dilema é ainda mais agudo, pois o conflito se dá entre as dimensões *defensiva* e *protetiva* do mesmo direito fundamental, que limita e exige a atuação estatal quase que simultaneamente. Nesse equilíbrio delicado e complexo, qualquer excesso na intervenção pode descamar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa. Como conciliar, por exemplo, a liberdade editorial das empresas de comunicação com a necessidade de prover acesso a grupos minoritários que não têm outra forma de participação no discurso público? A empresa jornalística deve ser totalmente livre para escolher os fatos que deve divulgar ou algum tipo de regulação deve impor-lhes obrigações relativas à cobertura de conteúdo mínimo (fatos de interesse público) e forma (dever de imparcialidade ou equilíbrio na apresentação das versões)? Em que medida a autonomia editorial da empresa jornalística deve ceder ante ao direito do indivíduo (leitor, ouvinte ou telespectador) de ser adequadamente informado sobre assuntos de interesse geral, de cuja satisfação depende sua autonomia pública como cidadão?

O endereçamento dessas questões, com a busca do sopesamento ideal entre os diversos interesses em jogo, envolve, necessariamente, uma pré-compreensão do significado dos direitos de livre manifestação do pensamento e liberdade de imprensa no sistema constitucional em que inseridos, de forma a que seus fins possam ser conhecidos e, na maior medida possível, concretizados.⁸ Em outras palavras, há que se ter uma prévia idéia do papel a ser desempenhado por tais direitos – assim como de todos os demais – para que se possa cogitar de realizá-los em sua máxima efetividade.⁹

⁷ V., sobre o tema, Owen Fiss, *The Irony of Free Speech*, 1996, p. 83: “Nós temos de aprender a aceitar esta verdade cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que pode fazer coisas terríveis para desestabilizar e minar a democracia, mas também algumas coisas extraordinárias para fortalecer-la.”

⁸ Adota-se, aqui, a noção de que os direitos fundamentais apresentam-se, como princípios constitucionais, como mandados de otimização, destinados a alcançar a maior concretização possível em face das circunstâncias jurídicas e fáticas que os limitem. V., sobre o assunto, Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 1993, p. 86. V. também J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, p. 174.

⁹ Uma das críticas que eu formulo à técnica da ponderação tal como apresentada por autores como Alexy e Canotilho e, no Brasil, pioneiramente, por Daniel Sarmento, em *A Ponderação*

Daí a Suprema Corte e a doutrina especializada norte-americanas terem perquirido, desde cedo, o significado e papel da Primeira Emenda dentro do modelo de Estado instituído com a Constituição de 1787 e suas dez primeiras emendas, datadas de 1791 e ratificadas nos anos seguintes. Em termos genéricos, e correndo o risco da simplificação excessiva, há duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no pensamento norte-americano:

(I) a *teoria libertária*, centrada na figura do autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista ou qualquer outro sujeito que realize atividade expressiva de idéias; tal teoria prega que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. Aqui a liberdade de expressão se identifica como uma dimensão da chamada *liberdade dos modernos*, para usar a expressão cunhada por Benjamin Constant, vista como emanação da personalidade individual a ser *defendida* da intervenção estatal.¹⁰

(II) a *teoria democrática*, que vê a Primeira Emenda, essencialmente, como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, desde modo, estejam aptos a formar livremente a sua convicção; tal teoria coloca a figura do destinatário da mensagem no centro de gravidade das liberdades de expressão e imprensa. A preocupação com a autonomia individual é aqui centrada menos no emissor que nos receptores das mensagens. Usando mais uma vez a dicotomia vislumbrada por Constant, esta teoria se apresenta como dimensão da chamada *liberdade dos antigos*, identificada com a cidadania participativa e a construção da vontade comum pela participação ativa do cidadão nos negócios da *polis*. Como bem sintetizado por Paulo Murillo Calazans, a liberdade de expressão, sob tal ponto de vista, visa à “construção de um *ethos* argumentativo-deliberativo, propiciando a realização do processo coletivo de debate público e tomada de decisões com apoio em grandes discussões extensíveis a todos os cidadãos.”¹¹

de Interesses na Constituição Federal, 2000, é a aparente neutralidade do intérprete e aplicador da Constituição ao realizar a ponderação guiado pelo princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, a meu ver, é apenas um instrumento de racionalização da ponderação, que não exclui a pré-compreensão do intérprete e aplicador, nem muito menos os seus juízos morais sobre o significado e alcance dos princípios em rota de colisão, o que acaba por determinar o peso específico a ser atribuído a cada um em determinado caso concreto.

¹⁰ V. Paulo Ferreira da Cunha, **Teoria da Constituição – II – Direitos Humanos-Direitos Fundamentais**, 2000, p. 95.

¹¹ Paulo Murillo Calazans, "A Liberdade de Expressão como Expressão da Liberdade", in **Temas de Constitucionalismo e Democracia**, org. José Ribas Vieira, 2003, p. 74.

Para os adeptos da primeira teoria, o papel do Estado deve se limitar à proteção dos direitos do emissor, de vez que qualquer interferência no conteúdo do que se diz, escreve ou reporta acabaria por conduzir a mal maior – o controle do Estado sobre o discurso público e a formação da opinião dos cidadãos.¹² Desta forma, qualquer intervenção regulatória que tenha por propósito cercar a liberdade do emissor em nome de algum suposto direito dos receptores das mensagens é vista com desconfiança e, não raro, taxada de inconstitucional.¹³

Já para os ideólogos da segunda teoria, a Primeira Emenda tem como finalidade assegurar a liberdade política dos cidadãos – e não uma mera liberdade expressiva. Assim, o propósito último das garantias de liberdade de expressão e de imprensa é o de fomentar um “robusto, aberto e livre debate público”,¹⁴ que prepare os cidadãos para deliberar sobre assuntos de interesse geral. Esse “mercado de idéias” (*marketplace of ideas*) deve ser protegido e mesmo incentivado por meio de uma regulação estratégica do Estado, de forma a criar uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno.¹⁵ Em palavras de Alexander Meiklejohn, precursor da teoria nos Estados Unidos: “o essencial não é que todos falem, mas que o que merece ser dito seja dito.”¹⁶ A regulação, aqui, deixa de ser vista como um *mal necessário* para se erigir em verdadeira *condição necessária* da fruição das liberdades de expressão e imprensa por todos os cidadãos.

Ambas as teorias despertam perplexidades. Quanto a teoria libertária, não há resposta para a circunstância de que ao assegurar a autonomia de emissores poderosos de mensagens em termos quase absolutos (v.g., grandes conglomerados econômicos, especialmente da área de comunicação social, elites políticas, intelectuais e artísticas) a autonomia dos que não têm acesso a veículos igualmente poderosos fica comprometida em larga medida e o público em geral, a seu turno, acaba por ter acesso

¹² V., sustentando tal posição, Robert Post, **Constitutional Domains**, 1995, p. 268-331.

¹³ Essa era a posição normalmente adotada por Harry Kalven, op. cit., p. 87.

¹⁴ **New York Times** v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964).

¹⁵ A metáfora do *marketplace of ideas* é atribuída a Oliver Wendell Holmes, que usou expressão semelhante em seu voto vencido no caso *Abrahms v. United States*, 250 U.S. 616 (1919): “(...) o bem maior desejado é melhor alcançado por um comércio livre de idéias (...) O melhor teste da verdade é a capacidade do pensamento de fazer-se aceito na competição do mercado.” Anos mais tarde, em 1969, no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 390 a Suprema Corte afirmou que “o propósito da Primeira Emenda é o de preservar um livre mercado de idéias.”

¹⁶ Alexander Meiklejohn, **Political Freedom: The Constitutional Powers of the People**, p. 25-8, 1960.

tão-somente aos conteúdos e versões apresentados pelos controladores da chamada “grande mídia”. A entrega do controle do discurso público a regras puramente de mercado acaba por excluir a voz daqueles que não detêm um quinhão no mercado de comunicação social.¹⁷

Por outro lado, a teoria democrática parece arrogar para o Estado um papel de *curador* da qualidade do discurso público, como se fosse possível situar algum ente estatal num ponto *arquimediano* do qual seria possível avaliar o que *merece* e o que *não merece ser dito*. Daí para a censura e o controle dos meios de comunicação pelo governo faltaria pouco.¹⁸ Para os críticos dessa teoria, a regulação do conteúdo (e, em alguns casos, da forma) do discurso dos agentes sociais terminaria por gerar mal maior que a livre manifestação das forças do mercado.

Como, portanto, solucionar tal dilema? Por certo, hodiernamente as liberdades de expressão e imprensa – como de resto as liberdades públicas em geral – combinam uma dimensão *defensiva* (contra ingerências indevidas da autoridade estatal) com uma dimensão *protetiva* (que demanda a intervenção estatal para a efetivação do seu conteúdo participativo).¹⁹ Tal constatação, todavia, não soluciona o problema da *justa medida* da intervenção estatal e das *fronteiras* entre uma e outra dimensões mencionadas.

Uma das tentativas de solução adotadas na experiência norte-americana, especificamente no campo da imprensa eletrônica, foi a chamada ***fairness doctrine***, levada a efeito pelo FCC (Federal Communications Commission), agência reguladora federal encarregada por lei da regulação do setor com vistas à “proteção e consecução do interesse público”. Tal doutrina será exposta no capítulo seguinte e servirá de parâmetro comparativo para a análise descritiva e propositiva da regulação da comunicação de massa no Brasil.

II. A ***fairness doctrine***: origem, fundamentos, ascensão e queda

A ***fairness doctrine*** consistiu em um conjunto de normas regulatórias editadas pelo FCC com o intento de promover os fins almejados pela

¹⁷ Alguns doutrinadores se referem a esse fenômeno como “o efeito silenciador do discurso” (***the silencing effect of speech***), pelo qual os controladores dos meios de comunicação de massa “abafam” a voz do cidadão comum. V., sobre o tema, Owen Fiss, op. cit., p. 5-26. Daí se vê a importância da pronta legalização de mecanismos espontâneos de comunicação social, como é o caso emblemático das chamadas “rádios comunitárias”.

¹⁸ As questões principais que aqui se colocam são as seguintes: (i) quais os critérios a serem utilizados no controle conteudístico dos meios de comunicação? (ii) quem controla os controladores?

¹⁹ V. J.J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 229.

teoria democrática da Primeira Emenda no campo do jornalismo televisivo e radiofônico. Embora consistentemente aplicada desde 1949, quando o FCC pela primeira vez fez uma exposição de motivos detalhada da doutrina, a mesma só ganhou foros de oficialidade normativa em 1959, com a edição de normas codificadas sob o nº 47 C.F.R. § 73.1910 (Código de Regulações Federais). As obrigações impostas pelo FCC às empresas de rádio e televisão como decorrência da ***fairness doctrine***²⁰ podem ser assim sumariadas:²¹

I) devotar um razoável percentual de tempo da programação à cobertura de fatos e questões controvertidas de interesse coletivo;

II) oferecer razoável oportunidade para a apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões, de modo a proporcionar ao ouvinte ou telespectador o conhecimento das diversas versões e opiniões sobre o assunto;

III) garantia do direito de resposta a candidatos em campanha política que houvessem sido criticados ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais hostis.

Assim, a finalidade primordial da estrutura regulatória erigida pelo FCC era a de evitar um possível efeito inibidor ou tendencioso de decisões das emissoras de rádio e televisão orientadas por interesses meramente comerciais, estabelecendo algumas obrigações que visam a assegurar o direito difuso da cidadania a ser adequadamente informada. Aliás, o próprio direito de resposta, antes que uma mera garantia individual da pessoa ofendida, é visto como instrumento assecuratório do direito do público de conhecer ambos os lados da controvérsia. Dito de outra forma, a doutrina tinha por propósito assegurar e promover a missão democrática da imprensa.

Owen Fiss, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, aponta algumas situações em que orientações puramente econômicas podem produzir um efeito inibidor da cobertura de determinados fatos ou gerar coberturas de parcialidade duvidosa. A empresa de comunicação social pode tornar-se “tímida” em suas críticas ao governo ou a determinados candidatos quando as políticas públicas do governo ou as posições dos candidatos favorecerem os seus interesses econômicos. Em outros casos, a influência do fator econômico pode ser mais sutil e velada: a simples determinação de

²⁰ O termo ***fairness*** designa, conforme o contexto em que empregado, lisura, imparcialidade, eqüidade ou honestidade. Aqui, na espécie em questão, o uso do termo indica uma preocupação em garantir o direito do público à obtenção de informação confiável e com o maior grau de imparcialidade e isenção possíveis.

²¹ Para uma ampla descrição e análise crítica da ***fairness doctrine***, v. Roland F.L. Hall, **The Fairness Doctrine and the First Amendment: Phoenix Rising**, 45 Mercer L. Rev. 705 (1994).

maximizar lucros pode levar o veículo de imprensa a cortar determinadas questões que deveriam ser divulgadas, mas que ocupariam “espaço” demais ou não produziriam o retorno desejado pelo patrocinador.²² A justificativa da regulação, nesse como em tantos outros setores, é a de corrigir essa *falha do mercado*²³ em prover a informação adequada ao público.

A constitucionalidade da ***fairness doctrine*** foi pela primeira vez apreciada pela Suprema Corte em 1969, quando do julgamento do famoso caso Red Lion Broadcasting Co. v. FCC.²⁴ Acolhendo em larga medida a teoria democrática da Primeira Emenda, a Corte declarou, unanimemente, que o direito do público de receber informação não censurada e balanceada deve prevalecer sobre o direito das emissoras de rádio e televisão de reinar livremente sobre o conteúdo que veiculam.²⁵ Ademais, frisou a Corte, “as emissoras são agentes fiduciários do público, com obrigações de apresentar as visões e vozes representativas da comunidade e que seriam de outra forma excluídos das ondas de rádio e TV.”²⁶ Um outro fundamento do acórdão foi também a circunstância fática de as emissoras serem concessionárias de freqüências sonoras ou de sons e imagens não disponíveis ao público em geral. A escassez física das freqüências justificaria a concessão a um número restrito de empresas; em contrapartida, todavia, determinadas obrigações deveriam ser assumidas pelos concessionários em benefício do conjunto da sociedade.

Na esteira da política implementada pelo FCC, alguns Estados promulgaram leis instituindo regras de ***fairness*** aplicáveis ao jornalismo impresso. Embora a mídia impressa não esteja sujeita à mesma limitação física das ondas de rádio e televisão, o elemento econômico da concentração do mercado (com a formação de monopólios e oligopólios) limita igualmente o acesso ao público leitor dos grandes jornais e revistas, o que justificaria a extensão da ***fairness doctrine*** por analogia a tais meios de comunicação.²⁷

²² Owen Fiss, op. cit., p. 52.

²³ As ditas “falhas do mercado” são tradicionais justificativas para a regulação da economia, dentre as quais se incluem a necessidade de controle sobre monopólios e oligopólios, compensação de informação inadequada ou insuficiente, correção de problemas de ação coletiva, correção de externalidades ou custos de transação, redistribuição de renda ou poder, dentre outros. Para uma visão geral de tais justificativas, v. Breyer, Stewart, Sunstein, Spitzer, ***Administrative Law and Regulatory Policy – Problems***, Text, and Cases, 2002, p. 4-13.

²⁴ 395 U.S. 367 (1969).

²⁵ 395 U.S. 367, 390 (1969): “É o direito dos telespectadores e ouvintes que é o mais importante, não o das emissoras de rádio e TV.”

²⁶ 395 U.S. 367, 389 (1969).

²⁷ Esta a opinião esposada por Bollinger, *Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media*, 75 Mich.L.Ver. 1, 10 (1976): “a diferença

Em 1974, entretanto, e de forma até certo ponto contraditória, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado da Flórida que conferia direito de resposta a candidatos que houvessem sido pessoalmente atacados ou cujos antecedentes houvessem sido criticados por jornais e outros periódicos impressos. O caso, chamado Miami Herald Pub. CO. v. Tornillo,²⁸ embora envolvesse obviamente questões discutidas e decididas no precedente Red Lion, foi tratado de forma inteiramente distinta. E mais estranho: o acórdão proferido pela Corte não fez sequer uma única menção a Red Lion, nem mesmo para distinguir as circunstâncias fáticas do caso em exame do seu antecedente.

A conclusão da Corte foi no sentido de que a previsão legal interferia a tal ponto na autonomia editorial do jornal que violava a Primeira Emenda. Ademais, o acórdão tratou o direito de resposta como forma de regulação de conteúdo, o que, na jurisprudência assente da Corte, impunha a aplicação da modalidade mais severa de teste de constitucionalidade: o chamado *strict scrutiny*.²⁹ De acordo com tal modalidade, uma lei que regule o conteúdo das mensagens deve atender a um imperioso interesse público e ser precisamente dimensionada para atingir a tal fim. Na espécie, todavia, a Corte entendeu que tais requisitos não foram preenchidos pela lei do Estado da Flórida, à vista da possibilidade de manifestação do direito de resposta em outros jornais ou mesmo outros veículos de comunicação, sem interferência com a autonomia editorial do jornal. Este seria, por assim dizer, um meio menos gravoso de atingir os mesmos fins colimados pela lei do Estado da Flórida. Por fim, entendeu a Corte que a lei produzia um efeito *contraprodutivo* em relação aos fins que almejava atingir, consistente na inibição da cobertura de questões controvértidas e no empobrecimento do vigor do debate público. Confira-se, a esse respeito, a fundamentação do acórdão:

na causa da concentração – a exaustão do elemento físico necessário à comunicação pelas ondas de rádio e TV, em contraste com a constrição econômica no número de possíveis competidores na mídia impressa – me pareceria muito menos relevante de um ponto de vista dos fins da Primeira Emenda que o fato da concentração em si mesmo.”

²⁸ 418 U.S. 241 (1974).

²⁹ A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana desenvolveu *standards* de controle de constitucionalidade, conforme o grau de fundamentalidade do direito limitado pela lei e o tipo de limitação imposta. Quanto mais elevado o grau de fundamentalidade e mais *invasiva* a limitação, mais severo o escrutínio aplicado pela Corte. Há basicamente três níveis de escrutínio: o *strict scrutiny* (mais severo), o *intermediate scrutiny* (intermediário) e o *rational basis review* (mais brando e deferente ao legislador/administrador).

“Confrontados com as penalidades que poderiam ser cometidas a qualquer jornal que publicasse notícias ou comentário supostamente dentro do espectro do direito de resposta, os editores poderiam bem concluir que a rota segura de ação seria a de evitar controvérsias e assim, sob a lei da Flórida, a cobertura política e eleitoral seria reduzida ou ficaria esmaecida. A implementação do direito de acesso pelo Governo inescapavelmente compromete o vigor e os limites da variedade do debate público.”³⁰

Na verdade, o caso Miami Herald criou um grande paradoxo dentro da jurisprudência da Suprema Corte sobre a Primeira Emenda. A omissão de qualquer referência ao caso Red Lion deixou sem resposta algumas questões surgidas com a decisão proferida pela Corte em Miami Herald: o que diferencia a autonomia editorial de jornais e revistas daquela desfrutada por emissoras de rádio e TV? Em que medida o argumento do “efeito contraproductivo” (inibição da cobertura de questões controversas) é consistente com uma outra regra da **fairness doctrine**, que é a obrigatoriedade de as empresas de comunicação cobrirem questões de interesse geral? Por outro lado, os detratores da doutrina passaram a ter razão suficiente para questionar: por que emissoras de rádio e TV não têm direito ao mesmo grau de autonomia editorial que os jornais? Afinal, tanto aqueles quanto esses não fazem parte da mesma estrutura chamada imprensa?

Essa tensão entre os casos permaneceu em aberto até 1987 quando, no bojo da “febre” desregulatória levada a efeito durante os anos Reagan (1980-1988), o FCC revogou as normas que compunham a **fairness doctrine** sob a alegação de que elas seriam inconstitucionais. O Presidente Reagan cancelou a ação do FCC ao vetar, sob o mesmo fundamento (de suposta afronta à Primeira Emenda) um Projeto de Lei aprovado pelas Casas do Congresso que reinstituía a doutrina. Por conta de tal expediente, a Suprema Corte jamais reexaminou expressamente o precedente Red Lion Broadcasting Co. v. FCC.

Não obstante isso, vários autores consideram que a jurisprudência da Suprema Corte, de fato, desde o início dos anos 70, foi se tornando incompatível com as conclusões incisivas estabelecidas no caso Red Lion.³¹ Tal transformação não se deu de uma vez só, mas ocorreu em três momentos distintos.

O primeiro golpe na **fairness doctrine** foi dado pela Corte no julgamento do caso CBS v. DNC.³² No início dos anos 70, uma organização

³⁰ 418 U.S. 241, 248 (1974).

³¹ Este o caso, e.g., de Owen Fiss, para quem “o repúdio a Red Lion e, finalmente, à doutrina como um todo, foi uma conclusão lógica extraída pelo FCC e pelo Presidente dos Estados Unidos da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte desde Miami Herald. (...) “O Presidente e o FCC estavam apenas fazendo o que a Suprema Corte não teve a oportunidade, ou talvez a coragem, de fazer.” Op. cit., p. 60-1.

³² 412 U.S. 94 (1973).

de defesa do interesse público tentou veicular numa emissora de rádio um anúncio institucional criticando o envolvimento dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã. A emissora se negou a veicular o anúncio por razões comerciais, e o FCC rejeitou o pleito da ONG no sentido de obrigar a emissora a realizar a veiculação por razões de “interesse público”. Em 1973, a Suprema Corte, por estreita maioria, manteve a decisão do FCC com base em argumentos que punham em xeque as conclusões do caso Red Lion.

O segundo golpe consistiu, justamente, no caso Miami Herald, antes aludido, decidido em 1974.

Por fim, em 1986, no caso Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission,³³ a Corte declarou inconstitucional, por violação à Primeira Emenda, exigência instituída por ente regulador de que uma empresa prestadora de serviços públicos de gás e energia elétrica fizesse constar de seus envelopes de faturas mensagem explicando as razões do valor da tarifa fixada pelo ente. Segundo a Corte, a empresa tinha o direito assegurado pela Primeira Emenda de não veicular em seus envelopes mensagem que ela própria considerasse objetável. Tal caso foi citado pelo FCC para justificar a inconstitucionalidade da ***fairness doctrine***, que obrigava emissoras de rádio e TV a veicularem mensagens que elas consideravam objetáveis.

Uma análise acurada do desvio de rota da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nesses casos se situa certamente fora do escopo do presente estudo.³⁴ O que se pretende nos capítulos seguintes é empreender uma análise do *potencial democrático* da regulação da imprensa no Brasil, a partir dos princípios e regras traçados na Constituição de 1988. Nessa empreitada, a experiência americana servirá, em algumas circunstâncias, como exemplo a ser seguido, em outras, como mal a ser evitado.

A Carta de 1988 erigiu um sistema de princípios e regras que, em última análise, reclamam a adoção de uma *versão brasileira da fairness*

³³ 475 U.S. 1 (1986).

³⁴ No artigo “A Life Lived Twice”, **100 Yale Law Journal** 1117 (1991), o Juiz William Brennan, maior nome da chamada “Corte de Warren” (período em que a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren, de 1953 a 1969), e que permaneceu em atividade até junho de 1990, narra como a jurisprudência da Suprema Corte retrocedeu em matéria de direitos individuais a partir da metade dos anos setenta. No seu esforço para preservar o legado progressista da Corte de Warren, Brennan proferiu inúmeros votos vencidos, inclusive no tocante a assuntos atinentes à Primeira Emenda. Em um de seus últimos votos na Suprema Corte, no caso United States v. Kokinda, Brennan dissentiu uma vez mais da maioria que mantivera uma decisão administrativa do governo federal negando acesso de ativistas políticos a calçadas públicas. Em voto emocionado, o velho Juiz comparou a posição então prevalecente com as decisões dos anos sessenta, quando a Corte heroicamente estendeu a sua mão para amparar e proteger as manifestações públicas daquele período.

doctrine. Após uma análise do potencial democrático de institutos como o “direito de resposta” (art. 5º, V) e o “direito de acesso à informação” (art. 5º, XIV), e dos princípios que regem a comunicação social no país (art. 220 e segs.), concluir-se-á com um delineamento do alcance e limites do direito transindividual do público de ser adequadamente informado em sua relação dialógica com o direito individual das pessoas naturais ou legais à livre expressão.

Como adiante se verá, a intervenção regulatória na liberdade de expressão e imprensa com os contornos acima propostos sujeita-se a avaliações de natureza empírica – por exemplo, as distorções causadas pelo mercado sobre o debate público e a necessidade de sua correção pelo Estado ou, de outro lado, a possibilidade de captura do aparato estatal pelos poderosos e seu uso em sentido oposto ao pretendido pela regulação, isto é, para empobrecer e não para enriquecer o debate público – e de moralidade política – qual o papel da liberdade de expressão e, afinal, qual o significado da liberdade no contexto dos atuais Estados democráticos de direito.³⁵

III. A Regulação dos Meios de Comunicação de Massa na Constituição de 1988

III.1. Antes e Depois da Constituição de 1988

Toda ditadura se mantém pela força. Tanques e canhões, todavia, não são suas armas principais. É que se a força bruta impede que novas idéias ascendam ao poder, a censura e o controle do discurso público pelo governo impedem o seu surgimento e divulgação. Como na metáfora de George Orwell, o pior regime totalitário não almeja apenas o controle das ações da sociedade, mas do que pensam os seus cidadãos.

A censura, todavia, não é algo que se reconheça ou declare. Como argutamente observa Luís Roberto Barroso, “em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo.”³⁶ Com efeito, uma das características sorrateiras da censura é a de negar não apenas as idéias diferentes ou discordantes,

³⁵ Sobre o tema, v. Owen Fiss, *Liberalism Divided – Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, 1996.

³⁶ Luís Roberto Barroso, “Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988”, in *Temas de Direito Constitucional*, 2001, p. 345-6.

mas sobretudo a de negar-se a si mesma. A censura costuma ser um mal oculto e silencioso justamente porque a voz silenciada é sempre a dos opositores – os outros invisíveis.

Assim foi que a Emenda Constitucional nº 01/69 proclamava em seu art. 153, § 8º, de forma burlesca, a livre manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, como direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. A fachada liberal da Carta não inibiu, como bem se sabe, a generalização da censura em todos os meios de comunicação durante nosso regime ditatorial próximo passado. Em passagem hoje saborosa, Barroso desenha um painel daquele tempo sombrio e amargo:

“Suprimiam-se matérias dos jornais diários, sujeitando-os a estamparem poesias, receitas culinárias ou espaços em branco. Diversos periódicos foram apreendidos após a sua distribuição, tanto por razões políticas como em nome da moral e dos bons costumes.

*No cinema, filmes eram simplesmente proibidos ou projetados com tarjas que transformavam drama em caricatura. Nas artes, o Balé Bolshoi foi impedido de dançar no Brasil, por constituir propaganda comunista. Na música, havia artistas malditos e outros que só conseguiam aprovar suas letras mediante pseudônimo. Na televisão, programas foram retirados do ar, suspensos ou simplesmente tiveram sua exibição vetada. Em momento de paroxismo, proibiu-se a divulgação de um surto de meningite, para não comprometer a imagem do governo.”*³⁷

Ironicamente, naquela mesma quadra da história, nos Estados Unidos da América – nação que deu suporte ao regime militar brasileiro – sua Suprema Corte garantia à imprensa um elevado grau de autonomia, com o propósito de fortalecer a sua capacidade de cobrir ampla e profundamente questões de interesse público.³⁸ Uma curiosa aplicação ao campo do direito constitucional e da ciência política da doutrina, tão cara aos governos nor-

³⁷ Idem, p. 345.

³⁸ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). Em apertada síntese, a Corte decidiu que os órgãos de imprensa não poderiam ser criminalmente processados, exceto no caso de malícia real e comprovada (*actual malice*) ou negligente desconsideração da falsidade da notícia (*reckless disregard of falsity*). Tal standard foi fixado pela Suprema Corte com o declarado propósito de criar um espaço no qual os órgãos de imprensa pudessem “respirar” (*breathing space*), sem o risco de serem calados por ameaças de agentes públicos. Tal decisão é considerada um marco histórico na jurisprudência da Primeira Emenda e uma vitória daqueles que advogam a tese de que, a par de cumprir um papel de garantia individual no sentido liberal, as liberdades de expressão e imprensa devem cumprir uma função democrática de informar e preparar adequadamente a cidadania para o exercício do autogoverno.

te-americanos, do “faça o que eu digo, não faça o que eu faço”.

Não há tempo, espaço, nem interesse no presente estudo em se descrever em minúcias a *superação* da censura oficial pela sociedade brasileira. Como é trivialmente sabido, a edição da Constituição de 1988 representou um divisor de águas na história política do país, com a supressão de toda e qualquer forma de censura. As garantias da liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa foram plenamente restabelecidas. De modo até redundante, o art. 5º, incisos IV e IX e o art. 220, *caput*, §§ 1º e 2º asseguram tais liberdades, com o banimento de qualquer censura política, ideológica e artística. A reconquista de tais garantias liberais merece ser celebrada e preservada.

Ocorre que, de parte sua preocupação com a dimensão individual e *defensiva* da liberdade de expressão (entendida como proteção contra ingerências indevidas do Estado na livre formação do pensamento dos cidadãos), o constituinte atentou também para a sua dimensão transindividual e *protetiva*, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau de *inclusividade* do discurso público. É interessante notar que, ao contrário da Constituição dos Estados Unidos, a Constituição brasileira de 1988 contempla, ela mesma, os princípios que devem ser utilizados no sopesamento das dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão. É nesse sentido que Konrad Hesse se refere à natureza *dúplice* da liberdade de expressão.³⁹

Importam-nos mais diretamente, para os fins aqui colimados, os dispositivos constitucionais que cuidam de balancear o poder *distorsivo* das empresas de comunicação social sobre o discurso público, que devem ser compreendidos como intervenções pontuais que relativizam a liberdade de expressão em prol do fortalecimento do *sistema de direitos fundamentais* e da *ordem democrática* traçados em esboço na Constituição. No vértice de

³⁹ Konrad Hesse, **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, 1998, p. 302-3: “O alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vista ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direitos de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos meios de comunicação de massa modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’ não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental, ‘simplesmente constitutiva’.”

tal sistema se encontra a pessoa humana, como agente moral autônomo em suas esferas privada e pública, capaz de formular seus próprios juízos morais acerca da sua própria vida e do bem comum.

III.2. A Constituição e a versão brasileira da "fairness doctrine".

A Constituição de 1988 proclama, logo em seu art. 1º, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil o pluralismo político. Dada a sua condição “fundante” da ordem constitucional, o pluralismo político deve ser compreendido em seu significado mais dilargado, alcançando não apenas o espectro político-partidário, mas todas as concepções e idéias que tenham relevância para o comportamento político coletivo. Por outro lado, como norma-princípio que é, espalha seus efeitos por toda a Carta, condicionando a interpretação dos demais dispositivos e clamando por concretização, conforme as circunstâncias, no maior grau possível.

Constata-se assim, desde logo, que a regulação dos meios de comunicação de massa, à vista de seu poder e sua influência na constituição do discurso público, deve pautar-se pela promoção do pluralismo em sua acepção mais ampla e, sempre que possível, de modo a alcançá-lo em sua plenitude. A maior ou menor eficácia do princípio dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas a serem ponderadas nas circunstâncias; deverá ele, no entanto, ser sempre considerado na equação racional de ponderação.

Uma outra norma constitucional que merece realce neste ponto está contida no art. 220, § 5º, que proíbe a sujeição dos meios de comunicação social – sejam eles impressos ou eletrônicos – de forma direta ou indireta, a monopólio ou oligopólio. Tal norma se harmoniza perfeitamente com o princípio do pluralismo e tem por propósito evitar o controle do “mercado de idéias” por um ou alguns poucos grupos econômicos.

É interessante notar que o constituinte brasileiro, a par de preocupar-se em banir a censura oficial, atentou também para a necessidade de evitar a censura imposta pelos próprios meios de comunicação, seja ela decorrente de motivações econômicas, políticas ou simplesmente pessoais. Daí se perceber um tratamento dispensado às liberdades de expressão e de imprensa que procura compatibilizar tanto seu aspecto defensivo (*liberdade de*) como seu aspecto protetivo (*liberdade para*).

Vale destacar, como ilustração do ponto, a redação do art. 220, *caput* e seu § 1º da Carta de 1988:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

Consoante elementar regra de interpretação constitucional, conclui-se que as liberdades de expressão e de imprensa são asseguradas como regra em seu aspecto defensivo, mas estão sujeitas à incidência modificadora de outros princípios e regras constitucionais atinentes à matéria. Assim sendo, deve o agente concretizador da Constituição – seja ele o legislador, o juiz, o administrador ou mesmo o particular – buscar uma **concordância prática** entre os valores condensados nos princípios em tela.

Além das normas constitucionais mencionadas logo no intróito deste capítulo, alguns direitos individuais relacionados no art. 5º também mitigam a dimensão puramente negativa da liberdade de imprensa (art. 220, § 1º). Dentre eles, o direito de resposta (art. 5º inciso V) e o direito de acesso à informação (art. 5º XIV) guardam pertinência mais direta com o ponto que se deseja demonstrar.

O direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente *defensivo* da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elastecido para abranger uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta.

A meu ver, portanto, o direito de resposta deve ser visto como um instrumento de mídia colaborativa (**collaborative media**)⁴⁰ em que o público é convidado a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista.⁴¹ A autonomia editorial, a seu turno, seria preservada desde que seja consignado que a versão ou comentário é de autoria de um terceiro e não representa a opinião do veículo de comunicação.⁴²

⁴⁰ Para um estudo específico do fenômeno da **collaborative media**, v. Caio Mário da Silva Pereira Neto, "Kuro5hin.org, Collaborative Media and Political Economy of Information", mimeo., gentilmente cedido pelo autor. **Collaborative Media** é um fenômeno emergente na internet que consiste na criação de *sites* de notícias em que um número ilimitado de usuários colabora com as notícias, análise de sua relevância e certificação.

⁴¹ Tal posição é defendida no Brasil por Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*, 1994, p. 73.

⁴² Na mídia impressa, tal função tem sido cumprida através das seções chamadas “painel de leitores”. Em geral, todavia, tais seções têm espaço limitado e não costumam alcançar o mesmo destaque que as matérias ordinárias.

Na Argentina, a Suprema Corte acolheu esta utilização mais ampla do direito de resposta em caso no qual um famoso escritor concedeu entrevista em programa de televisão na qual emitiu conceitos considerados ofensivos a figuras sagradas da religião católica. A Corte assegurou o direito de resposta a um renomado constitucionalista, com a leitura de uma carta no mesmo canal de TV, baseando-se em um direito da comunidade cristã de apresentar o seu próprio ponto de vista sobre as mencionadas figuras. Considerou-se, na espécie, que o requerente atuou como substituto processual daquela coletividade.⁴³

Já o direito de acesso à informação deve ser visto como um direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral.⁴⁴ Tal direito se traduz no direito do público de obter informação de uma certa *qualidade*, conforme critérios previamente estabelecidos em norma regulatória. Esse padrão de qualidade deve consistir em uma espécie de *piso* a partir do qual as empresas jornalísticas devem pautar a sua atuação. Em regra, assuntos relativos ao governo, eleições, atuação de agentes públicos e outras figuras públicas que exerçam papel relevante na formação da opinião pública não podem ser omitidos do noticiário. Aliás, esse é um corolário da garantia de confidencialidade da fonte assegurada aos jornalistas, uma vez que o sentido finalístico de tal garantia é o de assegurar o direito do público de ser adequadamente informado sem que o jornalista sofra qualquer tipo de pressão.

Os críticos de tal regulação argumentam que o julgamento da *relevância* da notícia constitui o ponto central da autonomia editorial dos órgãos de imprensa e colocaria em risco a própria liberdade de imprensa. Embora se reconheça o risco da ocorrência de excessos, não parece que tal seja algo inexorável. Ponto crucial para o êxito de tal política pública seria a constituição de um ente regulador independente do governo, composto por membros indicados pelo Parlamento, por entidades de imprensa, por entidades da sociedade civil dedicadas à defesa da liberdade de expressão, assegurados o direito de petição do cidadão e a realização periódica de audiências públicas para a discussão dos parâmetros da atuação do ente.⁴⁵ Em caso de excessos, órgãos de imprensa e cidadãos sempre poderão

⁴³ Miguel Angel Ekmerdjian, **Derecho a la Informacion**, 1992, p. 94-6.

⁴⁴ Sobre o tema, v. Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**, 1999, p. 152-3.

⁴⁵ O Conselho de Comunicação Social, previsto no art. 224 da Constituição como órgão auxiliar do Congresso e instituído pela Lei nº 8.389/91, não tem cumprido essa função a contento.

socorrer-se do Poder Judiciário.

Cumpre enfatizar, ademais, que o ente regulador jamais poderá cercear a priori o que o órgão de imprensa houver decidido publicar; seu papel é apenas o de realizar um exame *a posteriori* sobre o que foi deliberadamente excluído do debate público. Essa característica da intervenção regulatória reduz substancialmente o grau de interferência na autonomia editorial já que o ente regulador só terá poderes para determinar a inclusão de fatos ou versões, conforme o caso, mas nunca o de censurar previamente qualquer matéria.

Por fim, cuidou o constituinte de estabelecer, especificamente em relação às emissoras de rádio e televisão,⁴⁶ um conjunto de *obrigações positivas* a serem observadas em sua produção e programação. Tal é o que consta do art. 221, cuja dicção é a seguinte:

"Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família."

Como se vê, há previsão constitucional expressa no Brasil relativizando o princípio da autonomia editorial dos órgãos de imprensa radiofônica e televisiva. A obrigatoriedade de dar tratamento preferencial a finalidades educativas e informativas abre caminho para a fixação de padrões mínimos na cobertura de assuntos de interesse geral (tanto no que se refere ao dever de noticiar fatos e questões importantes para a educação e informação da cidadania, como no que toca à apresentação balanceada e pluralista das diversas visões sobre controvérsias públicas). Os percentuais de regionalização da cobertura jornalística, por seu turno, criam para as empresas o dever de apuração e divulgação de fatos e questões relevantes para as comunidades locais.

⁴⁶ Ao contrário da mídia impressa, emissoras de rádio e televisão no Brasil, de acordo com o art. 21, inciso XII, alínea "a", da Constituição, são concessionárias de um serviço público federal. A existência de uma quantidade escassa de freqüências disponíveis em comparação com o número de interessados gera a necessidade da intervenção do Estado na alocação de freqüências a alguns, com a exclusão de outros. Tal circunstância justifica, como decidiu a Suprema Corte americana no caso Red Lion, o estabelecimento de obrigações dos concessionários inspiradas pelo interesse público.

Tanto em uma quanto em outra hipótese, a regulação deve ter como norte o robustecimento do debate público e o incremento do grau de *inclusividade* do acesso aos meios de comunicação social.⁴⁷ Neste ponto, sobreleva a importância da concessão de acesso *preferencial* aos órgãos da chamada *grande imprensa* a grupos minoritários ou política e economicamente desfavorecidos. Prover a participação de tais grupos no *mercado de idéias*, a par de significar a promoção da sua autonomia como expressão de sua dignidade, representa também um ganho para o processo democrático, com o aumento do número de participes racionais e de pontos de vista distintos no diálogo público.

De parte o acesso à grande imprensa, uma outra dimensão importante da promoção do acesso de tais grupos marginalizados ao debate público consiste no reconhecimento e legalização, pelo poder público, de seus próprios instrumentos de expressão cultural e difusão de notícias. Há na Constituição um *mandado de otimização* implícito (I) no princípio do pluralismo político, (II) na vedação de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação social, (III) na consagração do direito de acesso à informação e (IV) no aspecto positivo ou participativo da liberdade de expressão, que impõe um dever para Estado de reconhecimento e promoção de fenômenos como as *rádios comunitárias*, cujo papel é o de dar voz a grupos tradicionalmente alijados do debate público e condenados à invisibilidade social. Seria, de fato, uma contradição que o Estado, além de não prover acesso adequado das comunidades carentes à grande mídia, ainda pretendesse lhes tolher o uso do instrumental expressivo por elas mesmas desenvolvido. Qualquer medida contrária ao reconhecimento da legitimidade e mesmo ao fomento de tais formas expressivas me parece evidentemente constitucional.

Por evidente, a dita clandestinidade das rádios comunitárias constitui questão legal e administrativa que impõe a atuação do Poder Público no sentido da sua regulamentação, à vista do conjunto de mandamentos constitucionais citados e de sua compreensão como um sistema que visa a promover a inclusão de grupos socialmente desfavorecidos nos processos de deliberação coletiva. A hipótese, aí, é de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público, e não de ilegalidade das rádios comunitárias.

⁴⁷ Sobre a visão da Primeira Emenda como fonte de um direito de acesso à imprensa, na doutrina norte-americana, v. Jerome Barron, **Access to the Press – A New First Amendment Right**, 80 HVR 1641 (1967).

IV. Conclusão

Uma leitura sistemática dos diversos dispositivos constitucionais antes aludidos, à luz de uma noção de democracia deliberativa inerente ao moderno Estado democrático de direito, nos permite concluir não apenas pela constitucionalidade de uma versão nacional da ***fairness doctrine***, como pela existência de um mandamento constitucional no sentido da sua implantação.

Como visto, a Carta de 1988 provê diversos mecanismos de proteção tanto da autonomia editorial dos órgãos de imprensa, como também de defesa dos interesses de leitores, ouvintes, telespectadores e outros receptores. Tais mecanismos se aplicam tanto aos meios de comunicação social impressos como eletrônicos, embora, quanto a estes últimos, haja dispositivos ainda mais específicos que tornam ainda mais evidente a preocupação do constituinte em lhes impor a observância de obrigações positivas tendo em vista os interesses do público.

Procurou-se demonstrar, ao longo do presente estudo, que as liberdades de expressão e de imprensa possuem uma dimensão *dúplice*, pois que se apresentam, simultaneamente, como garantias liberais defensivas (liberdades negativas protegidas contra intervenções externas) e como garantias democráticas positivas (liberdades positivas de participação nos processos coletivos de deliberação pública). O Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria da qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no *mercado de idéias*.

O eixo condutor desse papel também duplice do Estado deve ser a construção, progressiva e sempre inacabada, de uma sociedade que trate seus cidadãos não apenas como receptores passivos de mensagens veiculadas na grande mídia, mas como agentes morais capacitados a formular suas próprias concepções e a expressá-lasativamente nos diversos foros em que se travam diálogos públicos. Assim, o direito à livre formação da opinião e sua respectiva manifestação é não apenas parte inerente à dignidade da pessoa humana, como condição constitutiva de uma ordem democrática em que os processos de deliberação coletiva se aproximem, como diria Habermas, das condições ideais do discurso.

A regulação da imprensa deve preencher as falhas naturais do mercado livre no ramo da comunicação social. É fundamental que as empresas jornalísticas sejam entidades da sociedade civil, independentes de qualquer controle ou benesse do Estado. Cumpre-lhes, todavia, o dever de dar cobertura ampla e não condicionada por fatores econômicos ou

conveniências políticas a fatos e questões de interesse geral, além de proporcionar ao público o conhecimento plural das diversas versões e pontos de vista sobre assuntos controvertidos. Para que a regulação não recaia em controle de conteúdo e produza efeito oposto ao pretendido, é conveniente que a atividade regulatória e fiscalizadora não seja exercida diretamente pelo governo, mas por um ente regulador independente que se apresente como entidade intermédia e guarde a devida isenção das empresas de comunicação, grupos de pressão e do próprio governo. Sua composição deve ser pluralista e representativa dos diversos setores envolvidos, e suas deliberações devem preferencialmente ser tomadas após audiências públicas ou outros mecanismos de diálogo constante com a sociedade. Situa-se fora do âmbito de sua competência qualquer poder de cerceamento prévio de conteúdos, limitada sua atuação a exames *a posteriori*, que poderão resultar, no máximo, na determinação da inclusão de informações, versões ou opiniões, acompanhadas do devido esclarecimento da autoria.

Se existe o risco real da *captura* do ente regulador por grupos econômicos ou políticos tornando a regulação instrumento de distorção ainda maior do discurso público, a distorção provocada por mecanismos imperfeitos de mercado é uma realidade. O aprofundamento da democracia, entretanto, exige uma certa dose de ousadia e experimentalismo. A Constituição fornece o arcabouço principiológico, com o devido espaço para conformações e adaptações, para que a experiência seja feita. Resta saber se o debate público brasileiro terá energia suficiente para vencer suas próprias distorções e ousar fazê-la.□