

**DOUTRINA**



## A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA NA ABORDAGEM DA DOCTRINA ORTODOXA CRISTÃ (\*)

---

**Adriana Maria de Vasconcelos Feijó**

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e Especialista em Direito Processual pela UFAL

### SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana e as práticas científicas na era contemporânea. 3. A doutrina ortodoxa da Igreja Católica e a procriação medicamente assistida. 4. Conclusão.

“Vi claramente que todas as coisas que se corrompem são boas: não se poderiam corromper se fossem sumamente boas, nem se poderiam corromper se não fossem boas. Com efeito, se fossem absolutamente boas, seriam incorruptíveis, e se não tivessem nenhum bem, nada haveria nelas que se corrompesse.

[...] Portanto, todas as coisas que existem são boas, e aquele mal que eu procurava não é uma substância, pois, se fosse substância, seria um bem.

[...] Vi, pois, e pareceu-me evidente que criastes boas todas as coisas, e que certissimamente não existe nenhuma substância que Vós não criásseis”.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*.

### Introdução

Os avanços da Biotecnologia, especialmente aqueles relacionados à procriação humana medicamente assistida<sup>1</sup> têm

---

(\*) Este ensaio é baseado na monografia apresentada na Disciplina Origens Canônicas do Direito Processual, no Mestrado em Direito Processual da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), a qual recebeu nota máxima.

<sup>1</sup> Por procriação medicamente assistida entendemos a concepção humana de modo diverso à união sexual entre o homem e a mulher, através de métodos e técnicas desenvolvidos pela Biotecnologia, como é o caso da fecundação *in vitro* (fecundação do óvulo em proveta, isto é, em tubo de vidro onde se realizam ensaios de substâncias em pequenas quantidades) e a inseminação

originado diversos questionamentos morais, religiosos, filosóficos, jurídicos e éticos.

Quase três décadas após o surgimento do primeiro bebê de proveta na Inglaterra, Louise Brown (1978), com o domínio da técnica de fusão de um óvulo e um espermatozóide fora do útero (*in vitro*), assistimos aos constantes avanços da Biogenética e da Biotecnologia, que hoje permitem a utilização de diversos métodos e técnicas de procriação medicamente assistida, v.g., colheita de espermatozoides e óvulos, estimulação ovárica<sup>2</sup>, introdução de gametas<sup>3</sup>, zigoto<sup>4</sup> ou embrião<sup>5</sup> na cavidade uterina, dentre outros.

O progresso tecnológico e científico da humanidade pode ser registrado em três fases ou eras bem demarcadas por mudanças de paradigmas na vida em sociedade. Na primeira era (1780) surgem invenções que têm na máquina a vapor o principal destaque; na segunda era verificamos o amplo emprego de energia elétrica na indústria, com o aumento da produtividade industrial; na terceira era, destacou-se a fissão nuclear e desenvolvimento da eletrônica<sup>6</sup>.

Entrando numa nova fase, vivemos a revolução da biotecnologia, com a confirmada clonagem da ovelha Dolly, a era dos transgênicos, o mapeamento completo do genoma humano<sup>7</sup>, dentre tantas outras maravilhas previstas e prometidas.

---

artificial (inoculação nas vias genitais feminina com gametas, zigoto ou embrião recolhido previamente).

<sup>2</sup> Para que haja fertilização através da procriação assistida, algumas vezes é necessário provocar a estimulação dos ovários, a fim de que produzam os óvulos necessários à fertilização. A esse processo dá-se o nome de hiperovulação.

<sup>3</sup> Gametas são as células reprodutoras masculinas e femininas que têm a capacidade de se unir a outras do sexo oposto, ocasionando a reprodução.

<sup>4</sup> Zigoto é o óvulo já fertilizado. Em outras palavras: é o resultado da fertilização, da célula derivada da fusão do espermatozóide com o óvulo.

<sup>5</sup> Embrião é o indivíduo em desenvolvimento até o terceiro mês de gestação. Quanto a esse período há uma certa divergência na doutrina médica, sendo aquela a corrente majoritária.

<sup>6</sup> SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 73.

<sup>7</sup> Conjunto de genes que integram o corpo humano. O gene consiste num segmento de DNA em sua estrutura helicoidal.

A doutrina da Igreja Católica, a Bioética<sup>8</sup> e o Biodireito<sup>9</sup> têm enfrentado questionamentos complexos, como a destruição de embriões excedentes<sup>10</sup>; conhecimento da identidade genética; seleção genética dos futuros fetos e embriões (eugenia)<sup>11</sup>; clonagem terapêutica (confeção de órgãos específicos como o coração, fígado, pâncreas, pele etc.); procriação assistida da viúva, cujo consorte falecido tenha deixado espermatozoides congelados ou embriões gerados ainda em vida, por meio do sistema de criopreservação (paternidade no tempo ou *post mortem*); procriação assistida de homossexuais e solteiras; transmissão

---

<sup>8</sup> Os doutrinadores atribuem a introdução do termo na literatura médica ao pesquisador americano Van Rensselaer Potter (1971). Bioética é a área do conhecimento humano influenciada pela filosofia moral que se ocupa das implicações ético-morais, surgidas a partir dos avanços da tecnologia em áreas como a Medicina, a Genética e a Biologia. No contexto da Bioética, a vida humana é considerada como um valor superior e detentor de dignidade em relação aos demais seres vivos e aos demais interesses em questão, cujo principal objetivo é a humanização da ciência.

<sup>9</sup> O Biodireito é considerado por alguns pesquisadores como um novo ramo do Direito, que tem como objeto de estudo a conduta humana a partir do respeito à vida, prestando um aspecto jurídico às normas éticas atinentes às ciências médicas e biológicas.

<sup>10</sup> O emprego de técnicas de fertilização assistida provoca a fertilização *in vitro* de embriões em número superior àqueles que serão utilizados para a inseminação. Tais embriões por não serem inoculados na mulher em sua totalidade, muitas vezes são congelados em laboratórios por um determinado tempo para que posteriormente sejam utilizados pelos doadores ou por terceiras pessoas ou até destruídos, gerando uma intensa discussão sobre a licitude dessa prática médica.

<sup>11</sup> Por eugenia entendemos o processo antiético de seleção de seres humanos a partir de um determinado padrão preestabelecido, como pretendeu a Alemanha nazista com as idéias de Hitler em torno da raça ariana. Podemos ainda compreender a eugenia como a busca pela redução de genes ruins, e.g. a hipótese de um casal que apresenta uma doença geneticamente transmissível ligada a um determinado sexo, afastando de certa forma o caráter antiético que norteia a eugenia. Os pais biológicos ao utilizarem as técnicas biogenéticas para que a fertilização assistida seja realizada, evitando o sexo que seria herdeiro da anomalia genética estariam recorrendo a uma medida eugênica. Neste caso, a eugenia corresponderia à busca de métodos e técnicas mais favoráveis à procriação.

de herança na inseminação artificial heteróloga<sup>12</sup>; controle de consangüinidade nos bancos de sêmen, ovócitos<sup>13</sup> e embrião; existência (ou não) do pré-embrião<sup>14</sup>; o verdadeiro significado da paternidade e da maternidade na inseminação artificial heteróloga; mãe substituta (mãe de aluguel ou hospedeira)<sup>15</sup>; moralidade da maternidade substituta; diagnóstico pré-implantação (DPI)<sup>16</sup>; intervenção cirúrgica no embrião e feto; possibilidade de mapeamento do genoma humano<sup>17</sup>; experiências

---

<sup>12</sup> Trata-se da técnica de procriação medicamente assistida que visa à concepção humana, a partir de gametas provenientes de doador diverso ao casal, transferindo-se os espermatozóides para as vias genitais feminina após serem previamente recolhidos. A inseminação artificial heteróloga é obtida através da fecundação *in vitro* e transferência de embriões (FIVET). Assim, a concepção humana ocorre por meio da fusão *in vitro* de gametas previamente retirados de doador diverso de um ou de ambos os pais geneticamente assistidos.

<sup>13</sup> Trata-se da célula-ovo antes de concluído o seu processo de maturação.

<sup>14</sup> Em sede de Biogenética é oportuno destacarmos que nosso entendimento acerca do pré-embrião é de que essa idéia não pode ser defendida racionalmente, a partir da construção ética e racional de que nada existe anterior ao embrião, uma vez que pelo critério celular, o qual adotamos, o ser humano surge a partir da união do espermatozóide com o óvulo. Certamente que o artifício de falarmos num pré-embrião nos leva à possibilidade de pensarmos na eliminação, no descarte do produto da concepção humana em seu estágio inicial de vida.

<sup>15</sup> Por mãe substituta entendemos a mulher que recebe em gestação um embrião transplantado para o seu ventre, com o qual não possui nenhum vínculo genético, por ter sido obtido através de gametas de doadores, assumindo o compromisso de entregar a criança após o nascimento a um ou a ambos os doadores. Mãe substituta é também aquela que recebe em gestação um embrião para cuja concepção contribuiu doando seu óvulo, fecundado por meio de inseminação artificial com o espermatozóide de um doador (que não seu consorte), com o compromisso de entregar a criança após o nascimento a quem contratou a gestação.

<sup>16</sup> O diagnóstico de pré-implantação corresponde a um método de diagnóstico prévio que pode levar ao conhecimento das condições do embrião e do feto ainda no ventre materno, possibilitando algumas intervenções terapêuticas, médicas e até cirúrgicas com antecedência e maior eficiência.

<sup>17</sup> O genoma humano corresponde ao conjunto de informações genéticas de cada ser humano. Trata-se da estrutura genética fundamental do ser humano, onde localizamos os cromossomos e o DNA. É considerado

com embriões e fetos; banco de tecidos fetais; surgimento da Medicina Preditiva<sup>18</sup>; células estaminais<sup>19</sup>, dentre vários outros questionamentos.

Neste ensaio discorreremos sobre a doutrina ortodoxa da Igreja Católica em relação à procriação medicamente assistida, com base nos documentos da Igreja Católica, em sua doutrina ortodoxa e seus dogmas. Abordamos o tema a partir da perspectiva da moral cristã e do princípio da dignidade da pessoa humana, este é o nosso referencial teórico.

A metodologia da pesquisa adotada é explicativa e descritiva, com base na doutrina e legislação, a partir de um delineamento bibliográfico elencado nas referências deste ensaio. Outrossim, sempre que nos referimos à Igreja, estamos nos reportando a corrente dogmática da Igreja Católica Apostólica Romana, denominada de doutrina ortodoxa cristã.

Todo o tema desenvolvido neste trabalho tem como cerne o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido a princípio constitucional<sup>20</sup>, abordado no contexto da Igreja Católica pelo Papa João Paulo II através da Carta Encíclica *Evangelium Vitae* sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana, que logo no início de seu texto destaca:

Mesmo por entre dificuldades e incertezas, todo homem sinceramente aberto à verdade e ao bem pode, pela luz da razão e com o secreto influxo da graça, chegar a reconhecer, na lei natural inscrita no coração (cf. *Rm* 2,

---

patrimônio da humanidade pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO.

<sup>18</sup> A medicina preditiva estuda as predisposições do ser humano em relação a determinadas doenças, sendo responsável pelo diagnóstico de doenças geneticamente transmissíveis, a partir do mapeamento do genoma humano. Atualmente é possível o diagnóstico prévio de algumas doenças hereditárias, mesmo quando suas consequências ainda não tenham se manifestado, e.g., fibrose cística, distrofia muscular, alguns tipos de câncer de mama, síndrome de Down e retinoblastoma.

<sup>19</sup> Trata-se de células extraordinárias que podem transformar-se em diversos tipos de células, através do processo de diferenciação. No início do desenvolvimento do ser humano (fase do embrião) essas células diferenciam-se em todos os tipos de células existentes no organismo humano, v.g., coração, músculos, pele, cérebro, ossos.

<sup>20</sup> Art. 1º, inc. III, da Constituição da República de 1988.

14-15), o valor sagrado da vida humana desde o seu início até ao seu termo, e afirmar o direito que todo ser humano tem de ver plenamente respeitado este seu bem primário (grifo nosso)<sup>21</sup>.

Ao Direito Canônico é reconhecido o mérito de haver contribuído para a dulcificação e humanização do Direito e o princípio da dignidade humana é o cerne de toda construção de Direito Canônico.

De início, merece destaque a premissa católica de que no magistério da Igreja a procriação humana é aceita apenas dentro do matrimônio e através do ato conjugal, sendo este ato considerado como o realizado dentro do matrimônio, de modo humano, apto a por si gerar a prole (cânon 1061 - § 1.).

Além da Bíblia Sagrada, merecem destaque sete documentos eclesiais que embasam nossas pesquisas: a Carta Encíclica *Humanae Vitae*, do Papa Paulo VI que trata sobre a regulação da natalidade (1968)<sup>22</sup>; o Código de Direito Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II (1983)<sup>23</sup>; a Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação, elaborada pela Congregação para a Doutrina da Fé (1987)<sup>24</sup>; a Carta Encíclica *Evangelium Vitae*, também do Papa João Paulo II, que trata sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana (1995)<sup>25</sup>; o Catecismo da Igreja Católica, aprovado e promulgado pelo Papa João Paulo II (1997)<sup>26</sup>, através da Carta Apostólica *Laetamur Magnopere*<sup>27</sup> e a Carta Encíclica *Fides et Ratio*,

---

<sup>21</sup> JOÃO PAULO II. *Evangelium vitae*: carta encíclica sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 2004-a, p. 7.

<sup>22</sup> PAULO VI. *Humanae vitae*: carta encíclica sobre a regulação da natalidade. 10. ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

<sup>23</sup> JOÃO PAULO II. *Código de direito canônico*. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004-b.

<sup>24</sup> RATZINGER, Joseph; BOVONE, Alberto. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da pessoa humana*. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2002.

<sup>25</sup> JOÃO PAULO II. op. cit., 2004-a.

<sup>26</sup> JOÃO PAULO II. *Catecismo da Igreja Católica*. São Paulo: Loyola, 2000-a.

<sup>27</sup> JOÃO PAULO II. *Carta Apostólica laetamur magnopere*. São Paulo: Loyola, 2000-b.



do multicitado Papa João Paulo II que versa sobre as relações entre fé e razão (1998)<sup>28</sup>.

Aqui já adiantamos que relativamente aos métodos e técnicas de procriação medicamente assistida, a Igreja considera seu emprego um ilícito moral, respaldada nos princípios da doutrina moral do matrimônio, cujas bases têm assento na lei natural<sup>29</sup> e na doutrina moral da dignidade da procriação. Conforme a Carta Encíclica *Humane Vitae* sobre a regulação da natalidade, a Igreja fundamenta esse entendimento reconhecendo a si mesma competência para interpretar a lei moral natural.<sup>30</sup>

O posicionamento expresso na Carta Encíclica *Humanae Vitae*, tem como base o dogma de que essa autoridade lhe foi dada pelo próprio Cristo, asseverando que ao comunicar aos apóstolos a sua autoridade divina, enviando-os para ensinar seus mandamentos a todos os povos, Cristo os constituía guardas e intérpretes de toda lei moral (evangélica e natural), por ser expressão da vontade divina e sua observância ser essencial para a salvação.<sup>31</sup>

Com relação ao princípio da dignidade humana, cerne de toda a discussão sobre a procriação humana medicamente assistida e preocupação última da Igreja, da Bioética e do Biodireito, ressaltamos sua origem e fundamentação teológica no próprio Livro Sagrado (Gênesis 1, 27)<sup>32</sup>.

Neste ensaio não pretendemos tomar uma posição acerca da licitude (ou ilicitude) moral da reprodução humana assistida, o que

---

<sup>28</sup> JOÃO PAULO II. *Fides et ratio*: carta encíclica sobre as relações entre fé e razão. 8. ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

<sup>29</sup> Consiste na lei encontrada na consciência da pessoa humana e na natureza, que relativamente ao aspecto da moralidade cristã, corresponde a um liame que possibilita a comunhão com o Criador.

<sup>30</sup> No sentido bíblico a lei moral pode ser definida como uma instrução dada pelo Criador, prescrevendo os caminhos e regras a serem seguidos para se alcançar a felicidade, apontando os caminhos e atitudes que desviam o homem de Deus. Assim, por esta lei, o homem alcança o discernimento, através da razão, do bem e do mal.

<sup>31</sup> PAULO VI, 2004, p. 8.

<sup>32</sup> BÍBLIA. Português. *Gênesis*. Tradução do Centro Bíblico Católico. 7. ed. São Paulo: Ave-Maria, 1996, p. 49.

decerto exigiria a elaboração de um trabalho monográfico. Nosso desiderato é voltar os olhos para a doutrina ortodoxa cristã, com base na dignidade da pessoa humana, no que diz respeito ao instigante tema de que ora nos ocupamos.

# **1. O princípio da dignidade da pessoa humana e as práticas científicas na era contemporânea**

Valor fundamental da ordem jurídica, o princípio da dignidade da pessoa humana tem origem teológica no Livro do Gênesis (1,27) segundo o qual, “Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher”<sup>33</sup>.

Hodiernamente a dignidade da pessoa humana mantém estreita ligação com os direitos fundamentais, inclusive nos sistemas jurídicos em que não há previsão expressa no direito positivo, já que é um dos postulados do Direito contemporâneo e deve ser assegurada a toda pessoa humana desde a sua concepção, como valor irrenunciável e inalienável.

No Catecismo da Igreja Católica<sup>34</sup> aprovado em 1997 pelo Papa João Paulo II, através da Carta Apostólica “*Laetamur Magnopere*”, a dignidade da pessoa humana é considerada como inquestionável, nos termos seguintes: “Por ser à imagem de Deus, o indivíduo humano tem a dignidade de *pessoa*: ele não é apenas alguma coisa, mas alguém” (grifo do autor)<sup>35</sup>.

Como categoria axiológica aberta, a concepção de dignidade da pessoa humana vem sendo construída ao longo da história da humanidade. Na Antigüidade Clássica, estava relacionada à posição social ocupada pelo indivíduo, por isso determinadas categorias não eram consideradas como pessoa humana, v. g., os escravos e as

---

<sup>33</sup> BÍBLIA. op. cit., p. 49.

<sup>34</sup> O valor doutrinário do Catecismo é destacado na Constituição Apostólica *Fidei Depositum*, onde se afirma que consiste numa exposição da fé e da doutrina católica, testemunhadas ou iluminadas pelo Livro Sagrado, pela tradição dos apóstolos e pelo magistério da Igreja. Seu objetivo é apresentar uma exposição orgânica e sintética dos conteúdos essenciais que fundamentam a doutrina católica, sobre a fé e sobre a moral, à luz do Concílio Vaticano II e da tradição da Igreja.

<sup>35</sup> JOÃO PAULO II. op. cit., 2000-a, p. 103.

mulheres no Império Romano e na Grécia Antiga, aos quais não era reconhecido o *status* de pessoa humana.

Sob a perspectiva do Cristianismo, ocorreu a introdução do princípio da igualdade entre os homens e a noção de pessoa como a compreendemos atualmente, ou seja, a pessoa humana como detentora de um valor que lhe é intrínseco, inerente, próprio.

No pensamento estoíco<sup>36</sup> a dignidade humana distingue o homem dos demais seres vivos. Toda pessoa humana é detentora da mesma dignidade. Esta característica do homem está ligada à noção de liberdade, de livre-arbítrio e à noção de que cada pessoa humana, por sua natureza, possui igual dignidade, não há pessoa mais ou menos digna do que outra.

Na doutrina kantiana a dignidade da pessoa humana parte da construção da idéia da natureza racional do ser humano, característica que o distingue dos demais seres vivos. A autonomia da vontade (livre-arbítrio) é o fundamento da dignidade humana em Kant, que compreendia a pessoa humana como fim e não como meio.

Contudo, é creditado a Boécio o mérito de ter utilizado pela primeira vez o termo *persona* (pessoa) para designar todo ser humano, em face da idéia de pessoa como ser dotado de substância individual e racional. A partir daí surge o entendimento de que todo ser humano é considerado como pessoa, devido a sua importância e sua autonomia<sup>37</sup>.

No Brasil, sob o enfoque jurídico, considera-se pessoa humana o indivíduo desde a sua concepção, esse é o entendimento que decorre do art. 2º do Código Civil (Lei Federal nº 10.406, de 10.1.2002) ao dispor: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a **concepção** os direitos do nascituro” (grifo nosso). No direito brasileiro o critério para se determinar quando a pessoa humana passa a existir é a concepção (critério celular).

Para a Igreja o início da vida humana ocorre desde a concepção, como também para a Genética que considera ser humano aquele que

---

<sup>36</sup> O Estoicismo consiste numa Escola filosófica caracterizada basicamente pela consideração do problema moral. Pode significar também impossibilidade diante da adversidade e da dor.

<sup>37</sup> SAUWEN; HRYNIEWICZ, op. cit., p. 60.

possui o código genético determinado, o que ocorre a partir da fecundação.

Adotando o critério celular para determinação do início da vida humana, a Igreja afirma que tal fato (o início da vida) ocorre desde o primeiro instante da concepção e é a partir daí que o ser humano deve ser respeitado, sendo considerada ilícita a manipulação genética e a destruição de embriões.

A nosso ver, decorre daí o raciocínio de que aos embriões extra ou intra-uterinos devem ser asseguradas a inviolabilidade e a dignidade da vida humana, o que afasta a possibilidade de experimentos com embriões criopreservados ou excedentes.

No pensamento contemporâneo, marcado pelo antropocentrismo<sup>38</sup>, a dignidade humana tem ocupado lugar de destaque nas discussões filosóficas e teológicas. No tocante ao tema em estudo, registramos uma preocupação crescente com o utilitarismo<sup>39</sup> das práticas biomédicas em detrimento da dignidade da pessoa humana, pois atualmente assistimos a um utilitarismo exacerbado com relação às técnicas e experiências científicas, sendo importante lembrarmos fatos históricos que dão ensejo a uma profunda preocupação em relação aos avanços científicos da atualidade, como foi o caso da Alemanha nazista, com suas experiências envolvendo judeus e o caso Tuskegee, registrado no Estado do Alabama (EUA)<sup>40</sup>.

A violação ao princípio da dignidade humana a partir de práticas e experimentos científicos, é objeto de estudo da dogmática ortodoxa cristã, podendo ser resumida num trecho da *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*, que

---

<sup>38</sup> Para o antropocentrismo o homem é o centro, o referencial único do universo, em termos de valores e experiência humana.

<sup>39</sup> A doutrina utilitarista que tem como destaque Jeremy Bentham, é a mais contundente teoria a se opor à concepção de dignidade da pessoa humana defendendo, em suma, a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais de determinadas pessoas em prol de outras.

<sup>40</sup> Segundo relatos científicos, em 1932 foi realizado um estudo sobre a história natural da sífilis (evolução da doença sem nenhum tratamento), tendo como voluntários doentes negros que não foram informados sobre a pesquisa realizada.

volta sua atenção para a relação entre a utilização da ciência e o respeito à vida humana desde o seu início, destacando:

Deus criou o homem à sua imagem e semelhança: ‘homem e mulher ele os criou’ (Gn 1,27), confiando-lhes a missão de ‘dominar a terra’ (Gn 1,28). Tanto a pesquisa científica de base como a aplicada constituem uma significativa expressão deste senhorio do homem sobre a criação. [...] Sendo ordenados ao homem, de quem recebem origem e incremento, é na pessoa e em seus valores morais que vão buscar a indicação da sua finalidade e a consciência dos seus limites<sup>41</sup>.

Nesse contexto dogmático cristão, não é correto o entendimento no sentido de que Igreja e Ciência se repelem. A Igreja não considera ilícito, em regra, o recurso aos conhecimentos científicos, desde que estes sejam utilizados em benefício do próprio homem, dentro das leis e dos valores defendidos pela moral católica. As práticas científicas serão lícitas quando não reste evidenciada a coisificação, a instrumentalização da vida humana e a sacralização dessas práticas, sendo necessário a imposição de limites éticos e morais para o desenvolvimento da pesquisa e experimentos científicos.

Na Carta Encíclica *fides et Ratio* que trata sobre as relações entre fé e razão, a moral cristã afirma que na investigação científica há uma mentalidade positivista, afastando-se da referência cristã do mundo, da visão metafísica e moral. Além disso, alguns cientistas, por não possuírem referência ética, correm o risco de não manterem a pessoa humana e a globalidade da sua vida, como centro de interesse de sua pesquisa<sup>42</sup>.

Na doutrina ortodoxa cristã encontramos a afirmação de que há violação da dignidade da pessoa humana com a utilização da intervenção do homem na fase inicial da vida humana, através de métodos e técnicas de procriação medicamente assistida, sendo entendida como fase inicial, pelo critério celular que a Igreja adota, a própria concepção.

Já no preâmbulo, a *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*, afirma a necessidade do respeito

---

<sup>41</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002., p. 10.

<sup>42</sup> JOÃO PAULO II, 2005, p. 65.

à pessoa humana “[...] a partir do primeiro momento da sua existência; [...]”<sup>43</sup>.

Podemos localizar aí o posicionamento da Igreja em relação ao respeito pela vida e integridade física de embriões e fetos humanos, como também um questionamento sobre a legitimidade da utilização dos métodos e das técnicas de procriação medicamente assistida. Para a Igreja, essas técnicas “[...] podem consentir ao homem ‘tomar nas mãos o próprio destino’, mas expõem-no também ‘a tentação de ultrapassar os limites de um domínio razoável sobre a natureza’”<sup>44</sup>.

Em verdade, trata-se do receio pela perda dos referenciais de respeito à vida humana, que passaria a ser mero instrumento nas mãos do próprio homem.

É com base nos princípios da dignidade e da inviolabilidade da vida humana que a moral cristã afirma a necessidade de aplicação da ciência com consciência, sob pena de ocorrer a ruína do ser humano<sup>45</sup>. O momento presente se apresenta como ideal, pois diante das antigas e novas formas de violações da vida humana e da sua dignidade, as nações e organismos internacionais têm se voltado para os mesmos fins, a preservação e a garantia da vida humana em toda sua dignidade, com a elaboração e promulgação de documentos internacionais voltados para esse desiderato.

Diversos documentos de cunho internacional trazem consigo princípios e normas de Bioética e Biodireito, todos baseados nos princípios da inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana, como o Código de Nuremberg (1947), a Declaração de Helsinque (1964), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica (1992), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem (1997) e a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo, de 1997).

Na legislação nacional registramos a Lei de Biossegurança (Lei Federal nº 11.105, de 24.3.2005), Lei do Planejamento Familiar (Lei

---

<sup>43</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002., p. 5.

<sup>44</sup> Idem, p. 7.

<sup>45</sup> Idem, p. 11.

Federal nº 9.263, de 12.1.1996), Lei da Paternidade Responsável (Lei Federal nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992) e algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina, como a Resolução nº 196/96 e a Resolução nº 1.358/92.

Tendo como cerne o princípio da inviolabilidade da vida e o princípio da dignidade humana, o Código de Nuremberg (1947) foi o primeiro documento de âmbito internacional a abordar a prática de experimentos científicos envolvendo seres humanos, seguindo a doutrina kantiana sobre a dignidade do homem, de acordo com a qual o ser humano não pode ser utilizado como meio para atingir outro objetivo que não seja a sua própria humanidade. Assim, a pessoa humana não é passível de ser objeto de mensuração, instrumentalização ou coisificação.

O Código de Nuremberg foi promulgado após a constatação das atrocidades praticadas na Alemanha nazista, durante a Segunda Guerra Mundial, influenciando as normas éticas da pesquisa médica, biológica e genética envolvendo seres humanos, com o estabelecimento de princípios como o consentimento voluntário e informado, relevância do experimento para a humanidade, respeito à vida, à saúde e à integridade física da pessoa humana, importância do experimento, razoabilidade entre o grau de risco aceitável e capacidade técnica do pesquisador.

Do Código de Nuremberg passamos hoje à Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997) que reconhece o genoma humano como patrimônio da humanidade (art. 1), expressando o respeito à dignidade humana, a sua singularidade e diversidade, independentemente das características genéticas (art. 2, a e b).

Como consequência do princípio da dignidade humana e em sede de Bioética e Biodireito, encontramos o princípio do consentimento informado, o qual consiste na necessidade de que toda e qualquer prática envolvendo a vida humana seja prévia e devidamente esclarecida aquela que irá a ela se submeter ou a seu representante legal, para que somente dessa forma seja legitimada.

Não podemos sustentar a existência de um direito à experimentação científica em seres humanos, sob pena de afronta aos princípios da inviolabilidade e dignidade da vida humana.

Nessa linha de raciocínio, uma assertiva que nos parece basilar vem expressa no documento eclesialístico já citado, *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*, que registra:

O fruto da geração humana, portanto, desde o primeiro momento da sua existência, isto é, a partir da constituição do zigoto, exige o respeito incondicional que é moralmente devido ao ser humano na sua totalidade corporal e espiritual. O ser humano deve ser respeitado e tratado como pessoa desde a sua concepção e, por isso, desde aquele mesmo momento devem ser-lhe reconhecidos os direitos da pessoa, entre os quais, antes de tudo, o direito inviolável à vida de cada ser humano inocente<sup>46</sup>.

Nesse contexto, técnicas como o diagnóstico pré-implantação (DPI) que pode levar ao conhecimento das condições do embrião e do feto ainda no seio materno, possibilitando algumas intervenções terapêuticas, médicas e até cirúrgicas com antecedência e maior eficácia, permitindo também sua previsão, são consideradas moralmente lícitas pela doutrina ortodoxa cristã apenas quando há o consentimento informado dos pais ou responsáveis e os métodos empregados respeitam a vida e a integridade física da gestante, do embrião ou do feto, sem que possam sofrer quaisquer riscos desproporcionais aos benefícios que se pretenda, sendo o objetivo de tais técnicas e métodos a cura do concebido, a melhoria de suas condições de saúde ou a sua sobrevivência<sup>47</sup>.

O consentimento informado é imprescindível e deve ser obtido junto aos pais ou responsáveis para que a utilização das técnicas e métodos biomédicos seja considerada jurídica e moralmente lícita. Contudo, em relação à utilização de métodos e técnicas em embriões ou fetos que ofereçam riscos à integridade física e à vida destes, para a Igreja esse consentimento não pode ser concedido pelos pais ou responsáveis, que não dispõem da integridade física ou da vida do concebido.

---

<sup>46</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002., p. 21-22.

<sup>47</sup> Idem, p. 22, 25.



Sobre os riscos desproporcionados destacamos que para a moral cristã o dever de evitar tais riscos corresponde ao respeito pela dignidade humana, inviolabilidade da vida e à retidão da *mens* terapêutica.

Cabe ao médico avaliar com cautela os riscos que a utilização de um método ou de uma técnica pode ocasionar para o embrião ou feto, como também para a gestante, evitando o emprego de procedimentos dos quais não possa dispor de garantias suficientes e adequadas. Se houver ainda um risco mínimo, deverá ter o cuidado de averiguar que esse risco seja compensado pelo emprego urgente e importância do DPI para o embrião ou feto.<sup>48</sup>

Na doutrina ortodoxa católica o respeito à natureza humana é que assegura ao homem sua realização, como ser formado pela união indissociável de corpo e alma, com a afirmação de que

[...] somente seguindo a sua verdadeira natureza é que a pessoa humana pode realizar-se como 'totalidade unificada': ora, esta natureza é simultaneamente corporal e espiritual. Por força da sua união substancial, com uma alma espiritual, o corpo humano não pode ser considerado apenas como um conjunto de tecidos, órgãos e funções, nem pode ser avaliado com o mesmo critério do corpo dos animais. Ele é parte constitutiva da pessoa que através dele se manifesta e se exprime<sup>49</sup>.

Além dessa importante constatação, o respeito à dignidade humana e as novas ameaças a sua integridade levaram João Paulo II a afirmar a unidade entre corpo e alma e a singularidade da pessoa humana. Qualquer afronta ao corpo do ser humano atinge este na sua realidade concreta, o que levou o mencionado Papa ao entendimento de que o respeito à dignidade humana exige a proteção à unidade do corpo e da alma (*corpore et anima unus*)<sup>50</sup>.

É na essencial do *corpore et anima unus* (uno de alma e corpo) que a moral cristã assenta o entendimento de que qualquer violação ao espírito ou ao corpo do homem atinge este na sua essência e plenitude.

<sup>48</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002, p. 22-23.

<sup>49</sup> Idem., p. 12.

<sup>50</sup> Idem., p. 13.

Através do princípio da unidade entre corpo e alma, surge o entendimento de que “O *corpo* do homem participa da dignidade da ‘imagem de Deus’: ele é corpo humano precisamente porque é animado pela alma espiritual, e é a pessoa humana inteira que está destinada a tornar-se, no Corpo de Cristo, o Templo do Espírito [...]”<sup>51</sup>.

A comunhão inseparável entre corpo e alma é o cerne da pessoa humana na doutrina ortodoxa cristã, não devendo o homem se afastar de sua verdadeira natureza, para que possa realizar-se como ser pleno e único. A moral cristã defende que o corpo humano não pode ser visto como mero conjunto de células ou com o mesmo critério utilizado para os demais seres vivos, devendo sê-lo como parte da pessoa humana, nisso consiste o grande desafio da Teologia, do Direito e da Bioética, fazer valer o respeito pela dignidade e inviolabilidade da vida humana, acima de qualquer atitude utilitarista que vise à coisificação e instrumentalização da pessoa humana pela ciência contemporânea.

Seguindo esse raciocínio, excepcionalmente, a utilização do DPI e as experimentações realizadas no embrião e no feto, com o objetivo de salvar-lhe a vida numa tentativa extrema e última, podem ser consideradas moralmente lícitas, ainda quando não tenham sido plenamente convalidados<sup>52</sup>.

No atual estágio da Biotecnologia, sabemos que na fecundação *in vitro* nem todos os embriões são transferidos para o útero, alguns chegam a ser destruídos. Ao considerar que o início da vida ocorre a partir da concepção e ao considerar o aborto como delito contra a vida<sup>53</sup>, a Igreja se mantém coerente em seus posicionamentos quanto à ilicitude da destruição de embriões humanos excedentes ou malsucedidos. A criopreservação<sup>54</sup> manifesta-se como uma constante ameaça a vida humana nascente.

Ainda com respaldo no princípio da dignidade humana a Igreja repudia a técnica de congelamento de embriões<sup>55</sup>, mesmo quando tenha por fim assegurar a conservação da vida daqueles, em razão da

<sup>51</sup> JOÃO PAULO II, 2000-a, p. 105.

<sup>52</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002, p. 27.

<sup>53</sup> “Cânon 1398 – Quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae*”.

<sup>54</sup> Técnica de congelamento de embriões.

<sup>55</sup> Essa técnica é denominada de crioconservação.

possibilidade que apresenta de dano a sua integridade física e até risco de morte, além de privá-los, mesmo que temporariamente, da gestação materna e possibilitar a prática de manipulações genéticas<sup>56</sup>.

Atualmente os embriões excedentes podem ser criopreservados por um período correspondente a dois ou três anos, mas do ponto de vista genético não há um período temporal limítrofe para a conservação do embrião congelado. Esses embriões podem ser utilizados pelo casal posteriormente, doados ou utilizados para pesquisa.

Com relação a esse problema uma solução que vem sendo defendida é a transferência desses embriões excedentes para a cavidade uterina da mulher numa época do ciclo menstrual (não fértil), próxima da menstruação. Assim, as células voltam à sua origem.

Também moralmente ilícitas para a moral cristã são as técnicas de manipulação genética com a finalidade de selecionar seres humanos de acordo com o sexo, a cor, a raça ou outras características preestabelecidas<sup>57</sup>.

A manipulação de embriões (terapêutica ou alterativa), levanta importantes questionamentos éticos e morais acerca da dignidade da vida humana. Fortes argumentos favoráveis são apresentados quanto à manipulação terapêutica do embrião, ao passo que em relação à manipulação alterativa as vozes que se levantam são no sentido de que o uso dessa técnica é moralmente ilícito e poderá levar a uma eugenia, exceto em casos extremos como quando se busca a determinação do sexo do concebido, como forma de salvá-lo de uma anomalia genética ligada ao sexo do concebido.

Para o doutor em teologia, Enrico Chiavacci à aceitação da manipulação genética em embriões equivale a aceitação da fertilização *in vitro* e decodificação do DNA humano, pressupondo ainda a aceitabilidade moral da fertilização *in vitro*, aceitabilidade do descarte e destruição de embriões malsucedidos, aceitabilidade de ampla experimentação em embriões posteriormente destinados à destruição<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002, p. 30.

<sup>57</sup> Idem, p. 30.

<sup>58</sup> HIAVACCI, Enrico. **Breves lições de bioética**. Tradução de Paulo Ferreira Valério. São Paulo: Paulinas, 2004, p. 53.

Enrico Chiavacci alerta que a finalidade alterativa da manipulação genética em embriões pretende levar, por via biológica, a visão de vida de uma determinada pessoa a outra que ainda irá nascer, por essa razão, refletindo sobre tal atitude chegaremos a conclusão de que pretendemos decidir qual vida será boa para a pessoa humana que virá a se desenvolver.<sup>59</sup>

Outra forma de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana na sociedade contemporânea é a utilização da denominada maternidade substituta (“barriga de aluguel”), considerada moralmente ilícita pela doutrina ortodoxa cristã, em razão de ofender aos princípios da unidade do matrimônio e da dignidade da procriação humana, além de provocar um polêmico questionamento sobre a verdadeira essência da maternidade, criando sérios riscos de ruptura entre a relação materno-filial em sua gênese.

Em sede de deontologia, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM) traz algumas normas importantes para a discussão do tema, como a utilização das técnicas de reprodução assistida como auxiliar dos problemas de infertilidade humana, desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave para a paciente ou o possível concebido (I, 1 e 2); necessidade do consentimento informado (I, 3); impossibilidade de seleção de sexo ou qualquer outra característica biológica do descende, salvo quando se pretende evitar doenças genéticas ligadas ao sexo do concebido (I, 4); os procedimentos médicos e laboratoriais constituem o denominado ato médico e devem ser executados por profissional médico habilitado (III, 1); sigilo das informações sobre doador e receptor (IV, 2 e 3); registro de dados (IV, 4); possibilidade de duas gestações pelo doador por região de localização (IV, 5); busca de semelhanças fenotípica e imunológica (IV, 6); possibilidade de criopreservação de espermatozóides, óvulos e pré-embriões (V,1); impossibilidade de destruição ou descarte de embriões excedentes (V, 2); possibilidade de utilização do diagnóstico e tratamento de pré-embriões, visando à preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando indicado e com garantias suficientes de diagnóstico e terapêutica (VI, 1 e 2); tempo máximo de conservação de embriões *in vitro*: quatorze dias (VI, 3); na gestação por substituição a doadora temporária do útero deve pertencer a família da

---

<sup>59</sup> HIAVACCI, Enrico. 2004, p. 43.

doadora genética, num parentesco até o segundo grau (VII, 1); a doação temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial (VII, 2); possibilidade de transferência de até quatro embriões para a cavidade uterina (I, 6) e em caso de gravidez múltipla é proibido o uso de técnicas de reprodução assistida que visem à redução embrionária (I, 7).

Vale lembrarmos que essas normas estão limitadas ao código de ética médica dos profissionais da saúde, possuindo assim um âmbito de aplicação limitado, servido apenas para disciplinamento da conduta médica e aplicação de sanções administrativas.

### **3. A doutrina ortodoxa da Igreja Católica e a procriação medicamente assistida**

Teologicamente há quem pretenda encontrar no Evangelho de João (1,13)<sup>60</sup> a base para a licitude moral da procriação humana medicamente assistida, recortando um trecho bíblico que, em verdade, nos fala sobre Cristo. A verdade é que a doutrina ortodoxa da Igreja Católica considera moralmente ilícita a utilização de métodos e técnicas de procriação medicamente assistida, seja por meio de inseminação artificial homóloga<sup>61</sup> ou heteróloga.

De fato, a Igreja não rejeita a utilização de métodos e técnicas que objetivem diminuir a esterilidade humana. Entretanto, apenas “[...] sob a condição de serem postas ‘a serviço da pessoa humana, de seus direitos inalienáveis, de seu bem verdadeiro e integral, de acordo com o projeto e a vontade de Deus’<sup>62</sup>. E, evidentemente, em consonância com os cânones da Igreja.

O fundamento desse entendimento consiste basicamente na violação dos princípios da unidade do matrimônio e da dignidade da procriação. Além da idéia da soberania de Deus na concessão da vida humana que tem início com a fecundação (critério celular).

---

<sup>60</sup> “os quais não nasceram do sangue, nem da vontade da carne, nem da vontade do homem, mas sim de Deus”.

<sup>61</sup> Trata-se de procriação medicamente assistida obtida através da FIVET, isto é, da fecundação *in vitro* e transferência de embrião proveniente do casal. Em outras palavras: trata-se da concepção decorrente do encontro *in vitro* de gametas do casal.

<sup>62</sup> JOÃO PAULO II, 2000-a, p. 615.

Acerca da unidade do matrimônio, o cânon 1056 – 1º estabelece: “**As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade** e a indissolubilidade que no matrimônio cristão recebem firmeza especial em virtude do sacramento” (grifo nosso).

Sobre a unidade do matrimônio registramos passagens bíblicas nos Livros do Gênesis (2,24)<sup>63</sup>, Mateus (19, 4-6)<sup>64</sup> e Marcos (10, 5-8)<sup>65</sup>.

As razões para o repúdio à utilização de métodos e técnicas de procriação medicamente assistida, são as mesmas expostas na Carta Encíclica *Humanae Vitae*, ou seja, a compreensão da possibilidade de uma abertura para a infidelidade conjugal com a conseqüente desagregação da família e degradação da moralidade, além da violação ao princípio da unidade do matrimônio, ao princípio da dignidade da procriação e a possibilidade de interferência na obra da criação, a qual cabe exclusivamente a Deus.

Para a moral cristã a reprodução humana deve ter como fundamento a lei natural segundo a qual aos esposos diretamente e de forma responsável cabem o dever de transmitir a vida, como colaboradores de Deus. A lei moral natural determina as finalidades, direitos e deveres que embasam a natureza corporal e espiritual do ser humano. Por essa razão, ela não pode ser entendida como mera regulamentação biológica, devendo ser compreendida sim como ordem racional através da qual a pessoa humana é responsabilizada pela direção da sua vida, dos seus atos e do seu corpo e do modo como dispõe deste<sup>66</sup>.

Em conformidade com esse raciocínio, a conseqüência que se apresenta é que “[...] uma intervenção no corpo humano não atinge

---

<sup>63</sup> “Por isso o homem deixa seu pai e sua mãe para se unir à sua mulher; e já não são mais que uma só carne”.

<sup>64</sup> “Responde-lhes Jesus: ‘Não lestes que o Criador, no começo, fez o homem e a mulher e disse: *Por isso, o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá a sua mulher; e os dois formarão uma só carne?* Assim, já não são dois, mas uma só carne. Portanto, não separe o homem o que Deus uniu”.

<sup>65</sup> “Continuou Jesus: ‘Foi devido à dureza do vosso coração que ele vos deu essa lei; mas, no princípio da criação, *Deus os fez homem e mulher. Por isso, deixará o homem pai e mãe e se unirá à sua mulher, e os dois não serão senão uma só carne.* Assim, já não são dois, mas uma só carne”.

<sup>66</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002., p. 13.

apenas tecidos, órgãos e sua funções, mas envolve também, em diversos níveis, a própria pessoa; ela comporta, pois um significado e uma responsabilidade morais, de modo implícito talvez, porém real”<sup>67</sup>.

O princípio da unidade do matrimônio reclama que para a procriação humana haja a participação responsável de ambos os pais, unidos pelo amor fecundo do Criador. A vida humana deve ser concebida, enquanto dom divino, dentro do matrimônio, por meio de atos exclusivos dos pais do concebido.

Conforme o cânon 1055 – 1. “O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, por sua índole natural **ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole**, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento” (grifo nosso).

Tanto no Código de Direito Canônico como na Carta Encíclica *Humanae Vitae*, estão fixados os dois significados essenciais do ato conjugal: o unitivo e o procriativo. Podemos afirmar inclusive que correspondem aos fins do matrimônio católico.

Na *Humanae Vitae* merece destaque a afirmação de que “**O matrimônio e o amor conjugal estão por si mesmos ordenados para a procriação e educação dos filhos**. Sem dúvida, os filhos são o dom mais excelente do matrimônio e contribuem grandemente para o bem dos pais” (grifo nosso)<sup>68</sup>.

A geração da prole deve ser interpretada a partir do princípio da unidade do matrimônio, o qual significa que para a geração dos filhos devem participar ambos os cônjuges, afastando-se a possibilidade de participação de terceiros, ainda que indiretamente, como na inseminação artificial homóloga, em que há a participação do médico no processo de concepção da vida e, mais ainda na inseminação artificial heteróloga, em que além da participação do médico, há a colaboração do doador, mesmo quando essa forma de inseminação é consentida pelo outro cônjuge que dela não toma parte.

Além disso, a Igreja orienta seus fiéis ao exercício da paternidade responsável, a qual entende que em relação aos processos

---

<sup>67</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002, p. 13.

<sup>68</sup> PAULO VI, 2004., p. 13.

biológicos “[...] significa conhecimento e respeito pelas suas funções [...]”<sup>69</sup>.

É ainda a *Humanae Vitae* que destaca em passagem pertine ao tema ora abordado que

Na missão de transmitir a vida, eles<sup>70</sup> não são, portanto, livres para procederem a seu próprio bel-prazer, como se pudessem determinar, de maneira absolutamente autônoma, as vias honestas a seguir, mas devem, sim, conformar o seu agir com a intenção criadora de Deus, expressa na própria natureza do matrimônio e dos seus atos e manifestada pelo ensino constante da Igreja<sup>71</sup>.

Por essa razão, tanto a inseminação artificial homóloga como a inseminação artificial heteróloga, são repudiadas pela Igreja como ilícito moral, da mesma forma que esta repudia a utilização de qualquer recurso contrário à fecundação, admitindo tão-somente o recurso aos períodos infecundos como forma de regulação da natalidade<sup>72</sup>.

Na fertilização *in vitro*, verificamos basicamente quatro etapas de todo o procedimento médico visando à geração da vida humana, são eles: a estimulação ovárica através de hormônios, a retirada dos oócitos dos ovários, a colocação em proveta dos oócitos e dos espermatozoides e a retirada dos oócitos fecundados e sua inserção na cavidade uterina.<sup>73</sup> Trata-se de uma forma de concepção da vida dissociada do ato conjugal, realizada por meio de ato médico.

Ademais, a Igreja mantém um posicionamento contrário à prática de inseminação artificial quer homóloga quer heteróloga, por entender que os valores fundamentais violados pelas técnicas de procriação assistida são a própria vida humana chamada à existência e a originalidade da transmissão dessa vida através do matrimônio<sup>74</sup>.

Nesse ponto da discussão não devemos olvidar que a doutrina ortodoxa da Igreja Católica é baseada na moral cristã que prima pela

---

<sup>69</sup> PAULO VI, 2004., p. 13.

<sup>70</sup> Nessa passagem podemos entender que o autor se refere aos cônjuges.

<sup>71</sup> PAULO VI, 2004., p. 14.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>73</sup> CHIAVACCI, 2004, p. 53.

<sup>74</sup> RATZINGER,; BOVONE, 2002, p. 15.



elevação da pessoa humana a partir de atos condizentes com as leis teleológicas, segundo as quais o sacrifício e sofrimento devem ser oportunidade de aprimoramento espiritual e aproximação do homem com o Criador. Aqui não se busca priorizar o bem-estar momentâneo, mas o bem-estar por toda uma eternidade.

O sofrimento a que está submetido o casal infértil pode ser minorado, de acordo com a moral cristã com sua dedicação ao amor ao próximo, através da busca de métodos moralmente lícitos como a adoção ou a dedicação às crianças enfermas, carentes e abandonadas. Na doutrina do amor ao próximo e da resignação à vontade divina está fundamentada a moral cristã.

Também não podemos olvidar que o desejo de constituir prole de certo modo está ligado ao desejo de perpetuação do homem. Lembremos do exemplo bíblico de Abraão que por toda sua vida desejou ter um filho biológico, alcançando esse desiderato na maturidade.

Mas os questionamentos éticos e morais não param por aí, uma vez que na procriação medicamente assistida além de todo o sofrimento dos cônjuges, a prole é desejada por estes, enquanto repetidas vezes não é desejada na reprodução oriunda do ato sexual, com a participação efetiva e direta de ambos os cônjuges, não fosse isso e certamente o número de crianças abandonadas, relegadas a própria sorte seria bem menor.

Encontramos aí o grande ponto de atrito entre a bioética secular ou liberal cosmopolita e a bioética ortodoxa cristã, no que pertine aos questionamentos acerca da sexualidade e da procriação, enquanto aquela prioriza a auto-realização e autodeterminação da pessoa humana, evitando a idéia do “antinatural”, do “anormal”, do “imoral”, esta prioriza o respeito pela pessoa e vida humana, a partir de limites impostos com base em julgamentos morais de terceiros relativos às ações perpetradas para se buscar a satisfação pessoal e a autodeterminação que violem as regras da moralidade cristã e afastem a pessoa humana de sua comunhão com o Criador, possuindo um nítido caráter pessoal, cujo objetivo final é a autotransformação do homem direcionado para o seu Criador.

Para o filósofo e médico H. Tristram Engelhardt, Jr., a bioética sexual e reprodutiva cristã tradicional, mesmo não promovendo um

julgamento em relação às ações e comportamentos humanos, reconhece e respeita as pessoas, mas não necessariamente suas escolhas e ações, ao passo que a ética cristã tradicional qualifica determinadas formas de vida como além dos limites do que é moralmente aceitável<sup>75</sup>.

H. Tristram Engelhardt, Jr. encontra ainda discrepância entre a bioética ortodoxa cristã e a bioética secular, em razão desta oferecer uma estrutura moral idêntica para todas as pessoas que não compartilham as mesmas convicções morais nem convivem na mesma comunidade moral. “[...] É uma bioética para pessoas que não partilham nem uma vida moral com conteúdo comum, nem uma mesma concepção da racionalidade moral”<sup>76</sup>.

Dentro da moralidade cristã o propósito do relacionamento sexual entre homem e mulher permanece sendo a procriação, ou seja, a união fecunda entre um homem e uma mulher, desde os primórdios da Igreja até os dias atuais, embora hoje já se conceba o casamento também como *locus* para a realização dos cônjuges. Contudo, também é lícito à pessoa humana contrair matrimônio sem intenção de procriar, quando a idade ou uma anomalia não mais permite o surgimento da prole.

O fundamental para a moral cristã é que a procriação ocorra dentro do matrimônio e através de atos conjugais envolvendo apenas os cônjuges, terceiros não podem participar do processo de procriação, ensejando discussão sobre uma possível forma de adultério (inseminação artificial heteróloga).

É com base nesse entendimento da bioética ortodoxa cristã que H. Tristram Engelhardt, Jr. adverte que um elemento essencial no matrimônio é a união numa só carne. É desta união que devem provir os filhos. Tudo o mais é insatisfatório na geração da prole. Quanto mais se aproxima o ato da reprodução humana da intimidade do leito conjugal, menos incerta é a preservação da união em uma só carne dos cônjuges<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da bioética cristã ortodoxa**. Tradução de Luciana Moreira Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2003, p. 289.

<sup>76</sup> Idem., p. 379.

<sup>77</sup> Idem., p. 324.

A doutrina cristã ressalta ainda que nem tudo que é tecnicamente possível é moralmente lícito. A ilicitude moral da utilização de métodos e técnicas de procriação medicamente assistida reside no afastamento do ato de concepção do ato conjugal, gerando uma assimetria entre os cônjuges e o concebido, sendo imprescindível uma reflexão racional sobre os valores fundamentais da vida e da procriação humana, para a formulação de um juízo moral acerca de tais intervenções da técnica no ser humano desde os primeiros momentos do seu desenvolvimento<sup>78</sup>.

Todavia, mesmo considerando moralmente ilícita a busca de métodos e técnicas de procriação assistida, a Igreja evidentemente considera os embriões humanos obtidos pela técnica *in vitro* como seres humanos e sujeitos de direitos, cuja dignidade e vida devem ser respeitadas desde o primeiro instante da sua existência<sup>79</sup>.

Surge assim uma situação peculiar onde o ato dos cônjuges é considerado moralmente ilícito e o resultado desse ato, uma vida humana, deve ser acolhido pela Igreja, como pessoa humana, detentora de igual dignidade, em face do princípio da dignidade da pessoa humana expresso no Livro do Gênesis (1,27).

Situação ainda mais grave é a correspondente à inseminação artificial heteróloga. Para a moral cristã além de não se ajustar nos princípios da unidade do matrimônio e da dignidade da procriação, não se coaduna com a fidelidade conjugal, pois na fecundação heteróloga uma das células germinativas provém de terceira pessoa estranha ao casal, o(a) doador(a). Na inseminação artificial essa célula será o espermatozóide e na fertilização *in vitro* será o espermatozóide, o óvulo ou ambos.

Para a Igreja é necessário que a concepção ocorra dentro do matrimônio, pois o elo que une os cônjuges atribui a estes de modo inalienável, o direito exclusivo à paternidade e maternidade por meio um do outro. Dessa forma, “[...] O recurso aos gametas de uma terceira pessoa, para se ter à disposição o esperma ou o óvulo, constitui uma violação do compromisso recíproco dos esposos e uma falta grave para

---

<sup>78</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002., p. 16.

<sup>79</sup> Idem, p. 28.

com aquela propriedade essencial do matrimônio, que é a sua unidade”<sup>80</sup>.

Ainda de acordo com a moral cristã a inseminação artificial heteróloga viola ainda os direitos do concebido, ao privá-lo da relação filial com as suas origens biológicas, em razão de um ato deliberativo, ocasionado desde o início de sua concepção, podendo comprometer ou obstar o desenvolvimento de sua identidade pessoal<sup>81</sup>.

A inseminação artificial heteróloga provoca um rompimento na unidade da fecundidade conjugal e realiza uma ruptura entre as funções parental genética, de gestação e afetiva e, sob o ponto de vista da convivência em sociedade, essas alterações nas relações de parentesco repercutem no ambiente social já que a ameaça à estabilidade da família gera injustiças e desordem na vida social.

Mister destacarmos ainda que a utilização dos métodos e técnicas de procriação medicamente assistida pela sociedade contemporânea está ligada a idéia imperante da autonomia da vontade, onde as estruturas do parentesco sofreram significativas mudanças de paradigmas.

Hoje, a relação parental entre pais e filhos vai além da consangüinidade, envolvendo afetividade, convivência familiar, respeito e solidariedade. Há uma concreta distinção entre os laços afetivos e os laços biológicos, que unem os denominados “filhos e pais de coração”.

#### 4. Conclusão

Para a doutrina ortodoxa cristã a utilização de técnicas e métodos de procriação assistida é considerada moralmente ilícita por afrontar o princípio da unidade do matrimônio e à dignidade da procriação, pois esta é aceita apenas dentro do matrimônio e através do ato conjugal, isto é, com a participação responsável dos esposos.

Todavia, não é correta a afirmação de que a Igreja está totalmente dissociada da ciência e da pesquisa científica, uma vez que aquela não considera ilícito o recurso aos conhecimentos científicos,

---

<sup>80</sup> RATZINGER; BOVONE, 2002, p. 36.

<sup>81</sup> Idem, p. 37.

desde que estes sejam utilizados em benefício do próprio homem, dentro das leis e dos valores defendidos pela moral católica.

As razões para a proibição da utilização de tais métodos e técnicas de procriação medicamente assistida pela doutrina ortodoxa cristã, a nosso ver, decorrem da possibilidade de questionamento sobre a infidelidade conjugal, desagregação da família, degradação da moralidade cristã, violação aos princípios da unidade do matrimônio e dignidade da procriação, segundo os dogmas católicos.

Na doutrina da Igreja, a geração da prole deve ser interpretada a partir do princípio da unidade do matrimônio, o qual significa que para a geração dos filhos devem participar ambos os cônjuges, afastando-se a possibilidade de participação indireta de terceira pessoa, como na inseminação artificial homóloga, derivada de ato médico e mais ainda, na inseminação artificial heteróloga, derivada de ato médico, com a participação de terceiro alheio ao matrimônio, na qualidade de doador.

De acordo com o magistério da Igreja a vida tem início desde o primeiro instante da fecundação e é a partir daí que o ser humano deve ser respeitado, sendo considerada ilícita a manipulação genética e a destruição de embriões.

Mesmo considerando moralmente ilícita a utilização de métodos e técnicas de procriação medicamente assistida, evidentemente a Igreja considerada os embriões obtidos pela técnica *in vitro* como seres humanos e sujeitos de direitos, repudiando a instrumentalização da pessoa humana.

Diante do flagelo da infertilidade, a Igreja se mantém firme com relação a seu juízo moral acerca da procriação medicamente assistida, afirmando que o matrimônio não assegura aos cônjuges o direito a ter um filho, mas apenas a realizar aqueles atos naturais aptos à procriação.

É a partir da dignidade humana que a Igreja assenta as bases de seu relacionamento com a Ciência, expressando sua preocupação em que o ser humano seja tratado como simples instrumento de pesquisas e experimentos, a partir de sua concepção.



## **O CONTRATO: DA TEORIA TRADICIONAL INDIVIDUALISTA AO CONTRATO COMO PRODUTOR DE EFEITOS NO AMBIENTE SOCIAL**

---

**Ana Carolina Trindade Soares**

**Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de  
Alagoas.**

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. A massificação social e a inadequação do sistema contratual tradicional. 3. A necessidade de intervenção do Estado no contrato: os limites à liberdade de contratar, a diminuição do papel da autonomia da vontade e a prevalência da função social do contrato. 4. Conclusão.

### **1. Introdução**

A evolução constitucional brasileira é marcada por três fases distintas, identificáveis em razão dos valores políticos, jurídicos e ideológicos preponderantes em cada uma delas. Inspirado no modelo constitucional francês e inglês, do século XIX, o constitucionalismo do Império tinha como idéias básicas a organização dos Poderes e a garantia dos direitos individuais e políticos, sob influência da Constituição francesa de 1791, caracterizando a configuração de um Estado liberal. Em um segundo momento, atado ao modelo norte-americano, o perfil constitucional brasileiro – expresso na Constituição de 1891 – passa a coroar o Estado liberal, desta feita ainda mais vinculado ao conceito individualista de liberdade. Com a Constituição de 1934, o Brasil inaugura uma nova fase, ainda em curso, na qual ganham destaque traços do constitucionalismo alemão, nomeadamente com a Constituição de Weimar (1919) e com a Lei Fundamental de Bonn (1949), fundamentais para que o Direito Constitucional brasileiro incorporasse aspectos sociais negligenciados pelas Constituições anteriores.

A partir da Constituição de 1934, que foi seguida, em sua essência, pelas demais Constituições promulgadas de 1946 e 1988, o

texto constitucional passou a catalogar determinadas categorias de direitos nos quais é prevalecente o caráter social sobre o individual, onde são impostas ao Estado prestações positivas, objetivando acrescer aos direitos fundamentais de primeira dimensão (vida, liberdade, propriedade e igualdade formal) os ditames do desenvolvimento e da justiça social.

Nesse contexto, dilata-se o âmbito de ingerência do Estado, que passa a intervir em esferas das quais se abstinha, sendo exemplo clássico o direito de propriedade (tido como materializador da riqueza e proclamado como fundamento da liberdade dos indivíduos), que sai do campo de interesses puramente individuais e assume ampla função social, largamente regulada pela Constituição.

Assim, interesses que outrora eram tidos como intangíveis, e sem nenhum reflexo para a sociedade, passam a ser disciplinados pela Constituição, que unificou em torno de si todo o complexo material de normas que compõe a ordem jurídica.

Para além disso, é de se destacar a incorporação pelo texto constitucional de uma nova dimensão de direitos fundamentais, caracterizada pelo redimensionamento da titularidade de tais direitos, que, de eminentemente vinculados aos sujeitos, passam a abarcar determinados grupos, numa verdadeira mudança de paradigma, onde prevalecem os direitos de solidariedade e de fraternidade, que somente vieram a ser plenamente consolidados no Brasil com a Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, de intervenção estatal em busca da igualdade material baseada nos preceitos de solidariedade e fraternidade, o direito civil – até então marcado pelo pensamento liberal e pela idéia de sistema fechado, porque concentrado em uma codificação, que oferecia estabilidade jurídica a uma economia de mercado desvinculada do aspecto social – não conseguia mais dar respostas aos novos anseios da sociedade, principalmente após a Revolução Industrial, geradora de uma cultura massificada, com grande circulação de bens e serviços, que não mais se resumiam à propriedade clássica objeto primordial da codificação. Notou-se, então, que os valores desta sociedade não mais se identificavam com aqueles difundidos pelo direito civil do Estado liberal, ao revés, são sobrepostos pelos ditames do Estado social, onde prevalecem os princípios da função social, da boa-fé objetiva, do



equilíbrio e da igualdade material, perdendo coloração os postulados da autonomia da vontade e da igualdade meramente formal.

Em face disso, os princípios fundamentais do direito civil foram elevados ao plano constitucional, num processo que se tem denominado de *constitucionalização* (comum aos diversos ramos do direito). A Constituição, que antes não refletia as exigências sociais, agora reúne os valores que, concomitantemente, vão sendo acompanhados pelo legislador infraconstitucional, notadamente na proteção dos contratantes vulneráveis. Percebeu-se a necessidade de uma regulação particularizada de certas personagens, a fim de que fosse concretizado materialmente o princípio isonômico previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, e em seu preâmbulo, onde a igualdade é tida como um dos valores supremos da sociedade, aliada à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III).

O legislador passou a preocupar-se com a situação jurídica de determinadas categorias de pessoas, a exemplo dos inquilinos, trabalhadores e consumidores, que foram contemplados com uma regulamentação legislativa própria, constitutiva de microssistemas jurídicos – consequência, em nível infraconstitucional, do *Welfare State*.

Analisando as transformações que, através da *constitucionalização*, foram procedidas no direito privado, resta evidente a atenção ofertada pelo Constituinte àqueles contratantes que se encontram em situação de debilidade perante o seu parceiro negocial. Se antes a autonomia da vontade era o pilar da relação contratual, não se podendo cogitar em uma intervenção do Estado, já que se partia da idéia de que as partes se relacionavam em pé de igualdade, hoje se pode falar em uma verdadeira transformação do direito dos contratos, pois, detectada a sua relevância no meio social, haja vista seus efeitos ultrapassarem os interesses individuais das partes contratantes, bem como verificada a existência de relações contratuais cada vez mais desiguais, são relativizadas noções como autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*, em face da proteção conferida à parte vulnerável, a fim de se concretizar o princípio isonômico em sua essência.

Em um mundo em que o desenvolvimento tecnológico e particularmente as estratégias dele derivadas repercutem na organização econômica e nas formas produtivas em escala mundial, vertendo-se em

uma economia oligopolizada, o contrato, em sua concepção tradicional, traduz-se em instrumento de exercício de poder de uma parte sobre a outra, que, na maioria das vezes, já se encontra naturalmente em situação de fragilidade.

A legislação contratual clássica é incapaz de solucionar adequadamente estes problemas, impondo-se o estudo – para fins de concretização – dos preceitos constitucionais voltados à proteção do contratante presumidamente vulnerável.

Nesse cenário, surgem problemas que não vêm sendo satisfatoriamente enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência, o que se deve, em muito, ao fato de ainda estarem atreladas às concepções individualistas predominantes no Estado liberal, bem como à noção tradicional de contrato, não se apercebendo das especificidades das relações contratuais contemporâneas – principalmente daquelas reguladas por microssistemas jurídicos compostos por regras e princípios próprios –, em prejuízo da efetividade da proteção constitucional do contratante vulnerável.

## **2. A massificação social e a inadequação do sistema contratual tradicional**

Muito embora os ditames da justiça social e da solidariedade já estejam consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, nele inseridos a partir da Constituição de 1934, e consolidados com a Constituição Federal de 1988, também tendo sido desenvolvidos em sede de legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Inquilinato, é recorrente a produção de julgados em que tais preceitos são desprezados pelo julgador, que ainda se encontra atrelado às bases e princípios característicos do Estado liberal, onde o patrimônio era a matriz de todos os institutos jurídicos, que dele não poderiam ser apartados, e onde os interesses individuais prevaleciam, em detrimento dos interesses sociais.

Nesse contexto, também o contrato passou por transformações. As relações contratuais tornaram-se cada vez mais sofisticadas. A contratação em massa propiciou o uso de condições gerais dos contratos, caracterizadas principalmente pela predisposição unilateral, generalidade e uniformidade, abstração e inalterabilidade, complexidade

técnica dos termos empregados, difícil cognoscibilidade do conteúdo, rapidez das transações, e necessidade dos destinatários.

Não fosse isso, outro fator também teve influência nessa modificação da noção de contrato, pois se constatou que, para além dos efeitos produzidos com relação aos seus contraentes, qualquer contrato irradia efeitos na sociedade como um todo, não podendo ser tido como uma manifestação isolada do contexto social, haja vista a sua finalidade econômica.

As relações contratuais evoluíram. Das operações de simples trocas de mercadorias chegou-se às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento mercantil, *leasing*, dentre outras. Tais relações deixaram de ser pessoais e diretas, dando-se cada vez menor importância ao fato de se identificar com quem se está contratando.

O crescimento populacional, a urbanização, a aceleração do processo produtivo e o avanço tecnológico, conduzem essas relações a uma textura cada vez mais massificada, a que o sistema contratual tradicional não consegue mais dar resposta, uma vez que a igualdade e a liberdade dos contratantes são suplantadas pela desigualdade e, sobretudo, pelas situações de dominação.

Os produtos passaram a ser produzidos em série, os serviços se ampliaram, “o comércio experimentou extraordinário desenvolvimento, aumentando a utilização da publicidade como meio de divulgação dos produtos e atração de novos consumidores e usuários”<sup>1</sup>, que são seduzidos pelas inovações, não tendo, entretanto, noção de como foram produzidas ou dos eventuais problemas que poderão acarretar.

Nessa relação massificada, na qual se lida com necessidades básicas do ser humano, a consequência inevitável é que haja uma parte mais fraca, submetendo-se ao poder contratual dominante, do qual o Direito nunca se preocupou, pois partia do pressuposto de que as pessoas eram livres para manifestarem suas vontades e, conseqüentemente, definirem se aceitavam ou não uma relação contratual.

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, João Batista de. **Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 02.

Hoje, esse domínio transparece pela predisposição de verdadeiras regras, postas por quem detém o poder de fornecer os produtos e serviços de que as pessoas necessitam. Essas necessidades, além de envolver aquelas vitais, como alimentação, vestuário, medicamentos, serviços médicos, moradia etc, abarca outras, as denominadas necessidades induzidas, ou seja, aquelas lançadas na mente das pessoas através de todo o aparato publicitário, transformando em inevitável aquilo que não seria nem real nem vital, sendo essa mais uma causa da vulneração de uma das partes do contrato.<sup>2</sup>

Os consumidores, por exemplo, são diuturnamente atraídos por produtos e serviços que se infiltram em suas residências através dos meios de comunicação social, sem que lhes seja ofertada a possibilidade de conhecer as particularidades dos produtos, as condições de contratação, ou de participar da elaboração do instrumento contratual: na ânsia de prover as exigências pessoais e/ou familiares, os consumidores têm sua vontade desprezada pela capacidade de imposição da contratação de que dispõem os grandes fornecedores, face à força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas<sup>3</sup>.

Vive-se na era do “pegar ou largar”, em que um dos contratantes, para satisfazer as suas necessidades, aceita todas as

---

<sup>2</sup> No dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo (**Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 14), as massas são os “[...] conjuntos humanos nos quais o homem se revela como um ser anônimo e despersonalizado [...]”. Também nesse sentido leciona Paulo Valério Dal Pai Moares (**Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 245), citando Armando Sant’Anna (na obra **Propaganda, Teoria, Técnica, Prática**, 7. ed., São Paulo: Pioneira Arte comunicação, 1998, p. 3), segundo o qual são características das massas: 1) seus membros podem vir de qualquer profissão e de todas as camadas sociais; 2) a massa é um grupo anônimo; 3) existe pouca interação ou troca de experiência entre os membros da massa; 3) a massa é frouxamente organizada e não é capaz de agir de comum acordo; 4) seus membros são átomos separados que, juntos, formam a audiência da massa

<sup>3</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 02.

condições que a ele são impostas, não possuindo qualquer poder de participar da elaboração do conteúdo contratual, sendo o contrato o instrumento “para que a parte mais forte possa fazer prevalecer sua vontade em relação ao outro pólo do vínculo negocial”<sup>4</sup>.

Estas transformações havidas na teoria dos contratos inserem-se perfeitamente no âmbito do que vem sendo denominado *transformações dos direitos*, sobejamente marcado pela base principiológica do Estado Social e pelo processo de *constitucionalização*.

Impõe-se aos aplicadores do direito a tarefa de interpretar a legislação contratual em consonância com as normas constitucionais: “o paradigma do individualismo e do sujeito de direito abstrato foi substituído pelo da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana”<sup>5</sup>, notadamente no direito dos contratos, que impulsionou grande modificação de conteúdo e fins.

### **3. A necessidade de intervenção do Estado no contrato: os limites à liberdade de contratar, a diminuição do papel da autonomia da vontade e a prevalência da função social do contrato**

Diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato, tanto no âmbito do Direito Civil, especialmente com a vigência do Código de 2002, quanto na esfera dos contratos regulados pelos microssistemas jurídicos, que tem por maiores expoentes o Código de Defesa do Consumidor (contratos de consumo) e a Lei do Inquilinato (Lei n.º 8.245/91). Tais espécies contratuais passaram por mudanças desde o advento da Constituição de 1988, que introduziu o ditame da justiça social como um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*), que, por sua vez, tem como princípios a livre concorrência (art. 170, IV), a defesa do consumidor (art. 170, V), a repressão ao abuso do poder econômico através da lei (art. 173, § 4º), o Estado regulador (art. 174), dentre outros. No campo do Direito Consumerista, ganha destaque a inserção da defesa do consumidor

---

<sup>4</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 226.

<sup>5</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 03.

como direito fundamental (art. 5º, XXXII), completando, na esfera dos contratos, os principais postulados instaurados pela CF/88.

Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho sintetizam as alterações introduzidas pela Constituição, denotando a marcante conotação social por ela fixada na ordem jurídica, haja vista que quis o constituinte ampliar o espectro de nossa Constituição, para direcionar, sob sua ótica, o legislador ordinário, impondo-lhe balizas e limites claros, sobre diferentes temas de cunho político, social e econômico, erguendo à temática constitucional, além da regulamentação da estrutura do Estado, a sua relação com os cidadãos<sup>6</sup>, bem como a relação entre os particulares.

Esse novo contexto trazido pela Constituição de 1988 fez com que as relações contratuais ajustassem-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva e social do contrato, de modo que este deixa de ser simplesmente expressão da autonomia da vontade privada, e passa a ser amplamente limitado pela intervenção estatal no domínio econômico e social, a fim de evitar a desigualdade entre os contratantes.<sup>7</sup> Note-se que os limites à liberdade contratual não significam que o instituto do contrato tenha perdido o seu papel na sociedade, mas representam a repressão aos abusos a essa liberdade de

---

<sup>6</sup> BITTAR, Carlos Alberto; FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Direito Civil Constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2003, p. 19.

<sup>7</sup> Para Paulo Luiz Netto Lôbo (**O contrato – exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 26), essa ingerência do Estado no âmbito dos contratos ultrapassa o conceito de *intervencionismo*, e deve ser definida através do termo *dirigismo*, que não se confunde com a mera intervenção episódica e assistemática, mas traduz-se na atuação estatal de disciplina, direção e vetalização da economia, e, por extensão, dos contratos. Destaca o autor que, diante deste quadro, a liberdade de contratar ou não, de estabelecer contratos além dos tipos legais, de escolher o outro contratante, de determinar o conteúdo e a forma de execução dos negócios, e de modificar o regime legal afigura-se bastante reduzida. Também nesse sentido, Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado: parte geral**. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 60), ao exemplificar que o Estado, intervindo na vida econômica, dirigiu a produção, a distribuição e o consumo, e tabelou preços e salários, limitando, assim, a autonomia da vontade.

contratar, através da ingerência do Estado<sup>8</sup> na fixação de padrões de ordem pública (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor) que as partes não devem ultrapassar.

Com isso, a CF/88 deixa clara a adoção (também perpetrada pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Defesa do Consumidor) dos princípios que se consolidaram no Estado social. toaqui

Tal concepção refletiu sobremaneira no âmbito da teoria dos contratos, que, deslocando-se do quadro estritamente liberal onde prevalecia o individualismo, manifesto no princípio da autonomia da vontade (autonomia privada ou auto-regramento), passou a constituir-se de novos paradigmas, revelados pelos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material ou equilíbrio, fundamentais para represar as evidentes desigualdades oriundas da adoção rigorosa da autonomia da vontade como base do contrato, que na verdade, transformava-o em instrumento de predomínio da vontade do mais forte.

---

<sup>8</sup> Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (idem, p. 10), a qualidade característica do Estado na atualidade, sobretudo após as duas guerras mundiais, é a absorção crescente do social, independentemente das múltiplas formas políticas de que se revista ou das distintas motivações ideológicas que o inspire. Nessa linha, o Estado se expandiu (outroa se limitava, através do direito, a garantir a eficácia dos contratos), limitando a liberdade individual de contratar, de modo que, segundo o autor, mudou o seu fundamento ideológico, passando da primazia do indivíduo à primazia do social (justiça social), menos por iniciativa do próprio Estado e mais por exigência da sociedade em transformação. No Brasil, o Estado social teve as suas bases na Constituição de 1934, e vem passando pelo que está sendo denominado de “crise do Estado social”. Contudo, convém ressaltar que tal crise se situa na dimensão da ordem social insatisfeita, ou seja, na carência de garantia da saúde, educação, segurança, previdência social e assistência aos desamparados – como bem salienta Paulo Lôbo (*A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 13) –, não se estendendo à feição jurídica do Estado social e a toda a base principiológica por ele instaurada.

Não é outro o magistério de Cláudio Petrine Belmonte<sup>9</sup>, ao lecionar que estes princípios, além de caracterizarem uma época, são testemunhas da modificada (ou modificável) concepção do contrato, que tem passado da noção de negócio estritamente particular à de regulamento submetido efetivamente a controle, integrações e modificações em prol do próprio interesse público, pois ao nivelar as partes contratantes, ainda que consistam em sujeitos de situação de profunda desigualdade material, o mecanismo contratual permitiu que relações de poder e de supremacia se manifestassem juridicamente como relações paritárias, de modo que a parte mais forte ficou em condições de *legislar por contrato*, de uma maneira substancialmente autoritária, sem usar, na aparência, de formas autoritárias.

Essa nova percepção do contrato, caracterizada pelos limites impostos pelos princípios concebidos no Estado Social aos princípios contratuais tradicionais (autonomia da vontade<sup>10</sup>, *pacta sunt servanda* e eficácia relativa ou relatividade dos efeitos do contrato) ganha destaque na órbita dos contratos celebrados atualmente, que têm a massificação social como um de seus principais caracteres.

---

<sup>9</sup> BELMONTE, Cláudio Petrine. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo. Disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002, p. 142-143.

<sup>10</sup> Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado**: parte geral. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 56 e 60-64), ao distinguir “princípio da liberdade de contratar” (que oferece às partes o poder de, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de adquirirem direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato) de “princípio da autonomia da vontade” (poder de escolha das cláusulas contratuais), adverte que o direito está longe – e sempre longe esteve – de adotar esses princípios como absolutos, pois sofrem, e sempre sofreram, limitações legais cogentes. Assim, salienta o jurista que a lei não deixa, inteiramente, à vontade dos interessados a configuração das relações jurídicas, bem como reputa inexistentes (= não-jurídicos), nulos ou anuláveis determinados pactos, a fim de evitar os inconvenientes de um amplo auto-regramento da vontade, na “[...] defesa de contraentes que se têm como menos resistentes ou mais fracos [...]”. É o que ocorre, por exemplo, com as cláusulas abusivas previstas no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, que são nulas ainda que oriundas da vontade das partes.



Seja nos denominados contratos civis, seja nos contratos de consumo, é evidente a despersonalização da relação contratual. Os pactos são atualmente celebrados sem que as partes saibam com quem estão contratando, pois destinados a atingir, indistintamente, um número cada vez maior de pessoas, fazendo com que a tríplice faceta da autonomia da vontade – liberdade de tipo, liberdade de escolha do contratante e liberdade de conteúdo – seja privilégio de apenas um dos contratantes: aquele que predispõe os termos contratuais, restando ao outro somente apor a sua assinatura em um ou inúmeros papéis cujos conteúdos são para ele, na grande maioria das vezes, completamente desconhecidos, vulnerando um das partes contratantes.

O que antes era exceção aos chamados contratos paritários, onde os contratantes discutiam todas as cláusulas minudentemente, propondo e contrapondo acerca de prazo, preço, condições, formas de pagamento etc, hoje é a regra, não mais se concebendo o desenvolvimento negocial sem a utilização dos contratos de massa, imprescindíveis à vida econômica.

Na sociedade atual, marcada por um sistema de produção e de distribuição de produtos e serviços em grandes quantidades, os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam, seja por uma questão de economia, seja de racionalização ou de praticidade<sup>11</sup>; a realidade é que uma das partes redige antecipadamente um complexo uniforme de cláusulas que serão aplicadas sem distinção a todas as relações contratuais.

Sendo forçosa a utilização desses contratos na atualidade, alerta Paulo Luiz Netto Lôbo que “hão de ser tratados na dimensão exata, para que não se convertam em instrumento de injustiça e de abusiva concentração de poder, em prejuízo dos direitos subjetivos individuais e coletivos”<sup>12</sup>.

Para tanto, é necessário que a comunidade jurídica se aperceba das peculiaridades que cercam tais relações, identificando-as corretamente, e aplicando-lhes os princípios que lhes são próprios, em

---

<sup>11</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52-53.

<sup>12</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. 1991, p. 01.

conformidade com a novel tendência contratual que vem sendo elaborada, ante a insuficiência dos princípios tradicionais para a regulação destas espécies contratuais<sup>13</sup>.

Os princípios tradicionais do contrato não têm mais uma aplicação ampla e generalizada. Em lugar da vontade ganha coloração o interesse social, sendo desconsideradas (ou abrandadas) noções como consentimento, intangibilidade do contrato, força obrigatória do contrato. O ajuste de vontades somente é apto para criar direitos e obrigações se concordes com a lei. Se o acordo de vontades se realiza em confronto com as regras e princípios aplicáveis à espécie, não recebe proteção do ordenamento jurídico, a exemplo das cláusulas abusivas (Código de Defesa do Consumidor, art. 51), que são fulminadas de nulidade. Os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* somente têm lugar nas relações contratuais quando o ajuste de vontades é feito de acordo com a legislação protetora.

Assim, diante de uma sociedade constituída por um sistema de produção e circulação de produtos e serviços em grandes quantidades, marcada por uma textura massificada da vida econômica, e de relações juridicamente desiguais, cumpre ao Estado, garantidor dos direitos individuais e dos direitos sociais e econômicos, proteger a parte mais

---

<sup>13</sup> Nesse ponto, é importante frisar que já em 1983, em sua obra *Do contrato no Estado Social*, bem como mais tarde, em *O contrato: exigências e concepções atuais*, de 1986, Paulo Luiz Netto Lôbo advertia acerca da necessidade de reelaboração de toda a construção jurídica do contrato. Não obstante essa necessidade de colocar em prática esses novos ditames contratuais, é recorrente a produção de julgados onde é nítida a aplicação dos princípios tradicionais dos contratos (prevalentes no Estado liberal) a tais relações, a despeito da existência de regras e princípios próprios que as regem. Tal conclusão é extraída de pesquisa realizada entre agosto de 2004 e julho de 2005, através do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/UFAL), financiada pela Pró-reitoria de Pós-graduação e Pesquisa – PROPEP, da Universidade Federal de Alagoas, intitulada *Investigação crítica acerca da efetiva aplicação pelos juízes alagoanos dos princípios de proteção do consumidor*, em que a autora foi bolsista. Assim, é de se concluir, na esteira do que ensina Paulo Lôbo, que esse conservadorismo dos magistrados leva à disfunção do direito, com respeito às realidades social e econômica que lhe são subjacentes.

vulnerável na relação contratual, atribuindo-lhe uma superioridade jurídica, em obediência ao mandamento constitucional.

É de suma importância esse enfoque dado pela Constituição<sup>14</sup> à defesa do contratante vulnerável, mais ainda quando a trata como direito fundamental de eficácia positiva, “no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores”<sup>15</sup>, uma vez que as relações contratuais ultrapassam os interesses privados e atingem interesses públicos, generalizando a exigência de tutela da parte mais fraca. Diminui-se o papel da autonomia da vontade, outrora tida como princípio vetor da teoria dos contratos, dando proeminência à realização da função social do contrato.

---

<sup>14</sup> A importância do enfoque constitucional dado ao consumidor, por exemplo, vem sendo percebida por diversos países, daí porque destaca Jorge Mosset Iturraspe (**Defensa Del Consumidor**. Santa-Fe: Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 24), que “las constituciones más recientes de los Estados democráticos del mundo occidental se han hecho eco, a partir de la década del setenta, de la problemática de la ‘defensa del consumidor’, sea para tutelar sus derechos, sea para hacer más equitativas las relaciones originadas entre productores y receptores de bienes y servicios”. Entre os países que elevaram a proteção ao consumidor à categoria de direito fundamental destacam-se, além do Brasil, a Alemanha (1969, com a modificação do art. 74, do texto editado em 1949), Portugal (1976), Espanha (1978), Peru (1980), e Argentina (1853). Em âmbito internacional, merece relevo a aprovação, em 16 de abril de 1985, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, das “Diretrizes para a proteção ao Consumidor”, que estabelecem os princípios gerais da política consumerista a serem seguidos pelos países, sendo os principais, a proteção ao consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança; o fomento e proteção aos interesses econômicos dos consumidores; o fornecimento de informações adequadas para capacitar o consumidor a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais; a educação do consumidor; e a criação de possibilidades de real ressarcimento ao consumidor.

<sup>15</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1.º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003, p. 55.

#### 4. Conclusão

Essa nova perspectiva pela qual se tem analisado a teoria dos contratos, tem levado muitos a crer que, em verdade, trata-se de um entrave ao funcionamento do mercado, um freio à competitividade dos agentes econômicos, bem como um obstáculo à expansão econômica. Assim, alguns insistem em defender, ainda, a idéia de Constituição meramente procedimental, cujas regras se resumiriam ao estabelecimento do processo político.

Tal entendimento decorre do apego aos preceitos tradicionais que regiam os contratos, onde a autonomia da vontade era tida como intangível, como pilar das relações econômicas.

Entretanto, a partir da Constituição de 1988, foram inseridos ou consagrados no ordenamento jurídico preceitos que refletem com maior nitidez a situação em que se encontram as partes contratantes atualmente: uma situação de desigualdade, em que uma parte contratual prevalece sobre a outra.

Assim, a Constituição Federal deve ser vista não como um embaraço à atividade econômica, mas como um imperativo para a consolidação de relações contratuais mais equânimes, pautadas no princípio da igualdade material.

Nesse contexto, a teoria dos contratos se aparta da concepção puramente privada da relação contratual, desenvolvendo-se, agora, no ambiente da função social do contrato, pois se antes se entendia que os contratos somente produziam efeitos em relação às partes contratantes, não se pode negar que hoje as relações contratuais tomas dimensões cada vez mais amplas, inclusive na esfera dos direitos transindividuais.

A nova teoria dos contratos, na esteira do que vem sendo denominado de *novo direito constitucional*, impõe, portanto, a reinterpretção de seus institutos sob a ótica constitucional.

## **O GARANTISMO NA MANUTENÇÃO DA IDADE PENAL MÍNIMA**

---

**Ana Luiza Nogueira de Araújo**

Delegada de Polícia Titular da Delegacia de Crimes contra a Criança e o Adolescente de Maceió-AL, mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL, professora de Direito Penal da Faculdade de Alagoas – FAL.

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. O REGIME SOCIOPENAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. 2.1. O novo paradigma no âmbito dos direitos da criança e do adolescente e o Direito Penal Juvenil. 2.2. Inimputabilidade penal. 3. A IDADE PENAL MÍNIMA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. 3.1. Constitui o art. 228 da Carta Política cerne irrestringível? 3.2. A incidência do princípio do não retrocesso social. 4. O GARANTISMO PENAL NO SISTEMA INFANTO-JUVENIL. 4.1. Análise do garantismo penal. 4.2. Aplicação sob a óptica da infância e juventude. 4.3. A contemporânea tutela da idade penal mínima. 5. Conclusão.

### **1. Introdução**

À guisa de intróito, cumpre ressaltar que o tema respeitante à inimputabilidade penal do adolescente é causador de inúmeras controvérsias. Em face dos preocupantes índices relacionados ao aumento da criminalidade entre jovens e até mesmo crianças, exsurge a já antiga idéia, perpetuada em vários setores da sociedade, de que a redução da responsabilidade penal do menor de dezoito anos é meio hábil ao combate ao crime.

O presente texto foi concebido com o escopo de demonstrar a necessidade inadiável de se solucionar questões sobre a inimputabilidade penal, buscando inseri-la no modelo garantista, máxime na sua primeira acepção vislumbrada pelo preclaro jurista Luigi Ferrajoli, designando-o como um modelo normativo de direito. Partindo-se sempre da Carta Fundamental como paradigma e tendo como referencial teórico o pensamento de Ferrajoli, será analisada a necessidade de manutenção da idade penal mínima, sob a óptica dos princípios do garantismo penal e da mínima intervenção, concebidos como único modelo de direito penal compatível, diante da

impossibilidade de o Estado exercer o poder de punir de forma ilimitada.

Não obstante argumentos em contrário, impende gizar que a mudança pretendida representa um clima de insegurança jurídica para o cidadão. Apesar da idade penal mínima, erigida à categoria de preceito constitucional, não estar inserida no âmbito do cerne irrestringível, não se concebe hodiernamente um retrocesso no tocante ao respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, conquistados e reconhecidos após reiteradas lutas advindas de segmentos nacionais e internacionais.

É cediço que a questão abordada insere-se no chamado “direito penal juvenil”. É o mesmo dotado das mesmas garantias que o direito penal adulto, porém menos severo, pautado na idéia de que a intervenção punitiva na vida dos jovens deve ser limitada ao máximo, mas existente, quando necessária, com a observância das garantias penais. Busca-se, pois, o direito à infância com supedâneo na garantia de seus direitos, não raras vezes violados.

Não se pode olvidar, ademais, que a criminalidade juvenil crescente deve ser combatida em sua origem, com a implementação de políticas sociais básicas e estudos científicos, e não inserindo jovens de dezesseis anos no arcaístico sistema penitenciário, sob pena de futuramente estar-se-á questionando a redução da imputabilidade penal para doze anos, e ulteriormente para menos. De fato, a discussão ínsita ao tema infracional do adolescente encontra-se posicionada de forma errônea, precipuamente em face da ignorância de um sistema de sancionamento previsto no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), de caráter pedagógico, mas evidentemente retributivo em sua forma, diante da privação de liberdade do internamento, a qual se faz, inclusive, tão ou mais afliitiva que a pena de prisão do sistema penal.

## 2. O REGIME SOCIOPENAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

### 2.1. O novo paradigma no âmbito dos direitos da criança e do adolescente e o Direito Penal Juvenil

Antes do advento da Constituição de 1988, deparamo-nos com um tratamento legal ofertado às crianças e adolescentes entendendo-os como objetos de direito, havendo clara dicotomia entre duas infâncias: a regular, com assegurarão de direitos, e a irregular.

Em uma breve incursão histórica, observa-se que o assunto relacionado à infância e à juventude passou por profundas alterações após a promulgação da nossa atual Carta Magna, consubstanciando-se numa verdadeira ruptura com o tratamento outrora ofertado. Neste âmbito, pode-se dizer que houve uma crise paradigmática, entre de um lado o velho paradigma, representando a produção legislativa e doutrinária pertinente à questão do menor, e de outro lado toda a revolução normativa e conceitual dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Convém salientar que o atual entendimento no tocante à infância, correspondente a uma fase de formação do ser humano merecedora de um tratamento especial e diferenciado, é algo relativamente novo na história do mundo ocidental.

Nesta linha de pensamento, urge aceitar a tese sustentada por Philippe Ariès<sup>1</sup>, consoante a qual até meados do século XVII inexistia a compreensão do chamado sentimento da infância como hoje é observado. Segundo o renomado historiador francês, após a superação da fase estritamente inicial, referente à absoluta dependência física, a criança adentrava de imediato no mundo adulto, participando de jogos, conversas, orgias, enfim, de todas as atividades pertinentes àquele.

Apenas a partir do século XVII inicia-se verdadeiramente um processo de mudança da situação infantil, ingressando, assim, a escola como substitutivo de aprendizagem. Logo após a atribuição da tarefa de educação dada à instituição de ensino, houve a busca da preservação da vida infantil, e, como sucedâneo, a sua efetiva separação com o mundo adulto.

No Brasil, após um obscuro período de práticas abusivas contra a infância no âmbito penal, houve significativas melhorias, algumas sob a influência dos ideários da Revolução Francesa<sup>2</sup>, materializando-se na edição do texto constitucional de 1824 e do Código Criminal do Império (1830). Tais legislações representam um

---

<sup>1</sup> Cf. ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 17-31.

<sup>2</sup> Cf. PRADO JÚNOR, Caio, **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 2001, p. 377. Para Caio Prado, a ideologia revolucionária francesa, apesar de algumas resistências, terminou sendo adotada "oficialmente" para as circunstâncias brasileiras.

grande avanço ao limitar a responsabilidade penal para os maiores de catorze anos. Nestes moldes, gradativamente a criança deixa de ser uma preocupação restrita ao núcleo familiar, passando a fazer parte de preocupações pertinentes a setores da sociedade e do Estado em formação.

Outrossim, a segunda metade do século XIX é palco da crescente urbanização e mão de obra livre, tendo como consequência um ascendente empobrecimento de significativo contingente da população brasileira, fazendo florescer a problemática concernente à delinquência juvenil.

Destarte, não demorou muito para se chegar ao conceito de criança corrompida, e, mais tarde, criança desvalida. Vale dizer, quando a sociedade passa a se sentir acuada pela violência advinda de crianças e adolescentes marginalizados, tende a aceitar a segregação dos “inadequados socialmente”.

Não foi outro o pensamento corrente antes do advento da Carta Política de 1988 no Brasil. E foi essa a concepção que imperou no malfadado Código de Menores, operando com a dicotomia normal x anormal, na seara da situação irregular, sendo crianças e adolescentes vistos apenas como objetos de direito.

Apesar de comumente se dizer que o grande marco de mudança paradigmática da questão da infância no Brasil foi o ECA, tal afirmação não corresponde à realidade. De fato, a Lei nº 8.069/90 representa a integração legislativa do disposto no art. 227 da Constituição Federal. Desde a sua vigência, toda a legislação menorista que contrariava os princípios constitucionais fixados para a infância e juventude restou derogada. Em sendo o Estado Democrático de Direito um Estado principialista, não há como subsistir normativa legal que contrarie os princípios que o presidem.

A doutrina da proteção integral, acolhida no bojo do art. 227 da Magna Carta, representa a verdadeira mudança de paradigma, pois implica a modificação do enfoque. Nos dizeres de Emilio Garcia Mendez<sup>3</sup>, passa-se do menor objeto de compaixão-repressão à infância-adolescência como sujeito pleno de direitos. A preocupação agora é de

---

<sup>3</sup> Cf. MENDEZ, Emilio Garcia. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 91.



toda a população infanto-juvenil, que deverá ter seus direitos garantidos, afastando-se o foco de segregação e repressão da situação irregular.

Na seara da infração penal, ponto fulcral no presente estudo, não mais subsiste a óptica criminalizadora do Código de Menores. Assegura-se a existência de um procedimento para apuração de atos infracionais em que é garantido o amplo direito de defesa, sem uma prévia concepção do “menor” como infrator potencial a ser ressocializado. A privação de liberdade passa a ser medida excepcional, observando-se sempre no adolescente a sua condição peculiar de pessoa ainda em fase de desenvolvimento.

É dentro desse contexto de acolhimento da doutrina da proteção integral, que assevera direitos à infância e juventude, e, no aspecto penal, estabelece a apuração de eventual responsabilidade dentro de um sistema que oferece garantias processuais, que a Constituição preconizou a inimputabilidade penal em dezoito anos.

Cumpra gizar a existência de três sistemas de garantias no âmbito do ECA: sistema primário, tendo como foco a universalidade da população infanto-juvenil, ausentes quaisquer distinções; sistema secundário, pautado na criança e no adolescente enquanto vitimizados e vulnerados em seus direitos fundamentais; sistema terciário, tendo por objeto o adolescente em conflito com a lei<sup>4</sup>. Esse último encontra-se expresso no art. 103 do supramencionado estatuto legal, consagrando verdadeiramente um modelo de Direito Penal Juvenil.

## 2.2. Inimputabilidade penal

A imputabilidade é conceituada como o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível<sup>5</sup>. Corresponde, pois, à possibilidade de atribuir responsabilidade frente a uma determinada lei.

Faz-se necessário, neste ponto, um breve retrospecto da evolução histórica do conceito e dos limites da inimputabilidade penal.

---

<sup>4</sup> Cf. SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

<sup>5</sup> Cf. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 39.

Nestes moldes, observa-se que no Código Penal do Império, de 1830, o menor de catorze anos era considerado penalmente responsável se tivesse discernimento. Tobias Barreto lançou crítica ao tratamento penal idêntico ao do adulto reservado aos menores por esse Código<sup>6</sup>. Apesar de a imputabilidade adulta ser alcançada aos catorze anos, conforme exposto, era facultada ao juiz a possibilidade de tratar como adultas crianças desde os sete anos, a partir de um critério biopsicológico, abandonado desde 1922. A ênfase do jurista da Escola de Recife era no sentido de afirmar a incapacidade dos menores, estabelecendo uma relação com os "loucos de todo gênero", que, por incapazes, recebiam tratamento diverso.

No Código Penal Republicano, de 1890, esse critério foi mantido. Eram considerados criminosos e ficavam sujeitos ao sistema carcerário os menores de nove anos que tivessem discernimento. Com a revogação do sobredito dispositivo penal, houve o desarrimo do critério até então em vigor, com o escopo de que os menores de catorze anos passassem a ser submetidos a um sistema educativo-reformador e ficassem sujeitos a um processo especial, distinto do processo criminal. Em 1940, consoante o artigo 23 do Decreto-Lei nº 2.848, adotou-se a irresponsabilidade penal plena para os menores de dezoito anos de idade, sendo irrelevante a maior ou menor precocidade psíquica dos adolescentes para fixação de sua responsabilidade penal. Os menores de dezoito anos passaram a ser considerados, por presunção legal absoluta, desprovidos de condição de responsabilidade. Finalmente, a Lei nº. 7.209, de 1984, introduziu no ordenamento jurídico pátrio a nova Parte Geral do Código Penal, consagrando o critério normativo puro da culpabilidade, adotando a inimputabilidade penal para os menores de dezoito anos.

Hodiernamente, os adolescentes são imputáveis perante a legislação própria, o ECA, e responsabilizados de acordo com a mesma. Assim, podem ser punidos com medidas sócio-educativas, ou até privação de liberdade. Tal punição difere da conferida aos adultos, porquanto de caráter predominantemente pedagógico, de menor duração e cumprida em estabelecimento próprio, de caráter educacional. Outrossim, a Lei nº 8.069/90 privilegia as medidas restritivas de

---

<sup>6</sup> Cf. BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: História do Direito Brasileiro, 2003, p. 19-25.

direitos, deixando a privação de liberdade para os casos reputados mais graves. Exige-se, ademais, flagrante ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, sendo, nesse aspecto, para os imputáveis diante do ECA, competente a Justiça da Infância e da Juventude.

O art. 228 da Constituição de 1988, ao estabelecer a idade mínima para a inimputabilidade penal, representa uma garantia aos cidadãos menores de dezoito anos, acarretando, indubitavelmente, uma posição jurídica objetiva perante o Estado, podendo a mesma ser argüida com o escopo de sua manutenção.

Nesse aspecto, pertinente o entendimento de Robert Alexy<sup>7</sup>, quando aduz que um direito do cidadão frente ao Estado de que o mesmo não elimine uma posição jurídica do cidadão é, por conseguinte, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas.

Pode-se dizer, ademais, que o aludido dispositivo constitui uma garantia asseguradora, em última análise, do direito de liberdade, correspondendo a uma explicitação do alcance do mesmo em relação a essa faixa etária. Deparamo-nos com uma típica função de defesa contra o Estado, que fica proibido de proceder à persecução penal.

É inegável que a inimputabilidade penal até os dezoito anos de idade integra o direito de livre desenvolvimento da personalidade. É salutar o entendimento de que a mesma é estabelecida com embasamento em critérios puramente normativos, fundamentada em um juízo de valor puro, ausentes quaisquer elementos de ordem psicológica.

De fato, o artigo 26 do Código Penal, ao fixar limites para a imputabilidade, não se refere ao entendimento psicológico do caráter ilícito do fato praticado e tampouco faz qualquer alusão ao discernimento específico do agente, mas, sim, à capacidade geral de entendimento ou discernimento. Isso se deve ao fato de o supracitado dispositivo legal ter estabelecido um limite etário para a inimputabilidade pautado numa concepção normativa pura da culpabilidade.

Exatamente em razão dessa opção política inspirada na principiologia constitucional garantista, podem ser observados três

---

<sup>7</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 194.

momentos sistêmicos no concernente à atuação e aplicação do sistema repressivo e controlador do Estado. Em um primeiro momento, para os menores de dezoito anos que praticam “atos anti-sociais”, denominados, formalmente, de atos infracionais, deve ser aplicado o sistema pedagógico corretivo, sob a defesa de princípios constitucionais protetivos e de acordo com os dispositivos legais previstos no ECA. Em um momento final, para os maiores de dezoito anos, que praticam “atos anti-sociais”, denominados formalmente como crimes, há de ser aplicado o sistema criminal, de acordo com os institutos da legislação penal e processual penal, sob a égide da principiologia do sistema penal repressivo. E, em um momento intermediário, para os maiores de 18 anos e menores de 21 anos de idade, deve ser assegurado um sistema penal mitigado em seus efeitos, amparado em dispositivos legais próprios, minimizadas as conseqüências drásticas do poder repressivo estatal<sup>8</sup>. Nesse momento intermediário têm incidência os dispositivos penais previstos nos artigos 65, inciso I e 115 do Código Penal, consagrando o conceito de “menoridade penal relativa”.

Restou, assim, superado o critério biopsicológico acerca do discernimento, outrora adotado no país na vigência do Código do Império, passando-se a adotar um critério puramente biológico. Pode-se dizer que a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de dezoito anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não possui plenas condições de compreender o caráter ilícito do fato ou capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Infere-se, pois, a inexistência de embasamento jurídico da justificativa daqueles que pretendem aumentar esse limite etário da imputabilidade penal, sob o argumento de que o adolescente com idade entre dezesseis e dezessete anos tem perfeito entendimento da ilicitude dos fatos praticados. É óbvio que diante da amplitude de informações hodiernas, o jovem com idade inferior a dezoito anos é capaz de compreender a natureza ilícita de determinados atos. Porém, a exclusão da reprovação penal não guarda qualquer relação com o critério do discernimento ou do entendimento do caráter ilícito do fato.

---

<sup>8</sup> Cf. TORRES, José Henrique Rodrigues. Reflexos do novo Código Civil no sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 44, 2003.

Trata-se, conforme acima narrado, de um critério puramente normativo com fundamento político-constitucional.

O que compete observar é a modificabilidade do comportamento do adolescente e sua potencialidade para beneficiar-se dos processos pedagógicos, dada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Consoante assevera João Batista Saraiva<sup>9</sup>, o País já mandou para o sistema penitenciário suas crianças, já adotou o critério do discernimento para fixação da imputabilidade e o abandonou por injusto, antigarantista e arbitrário.

Aos menores de dezoito anos, penalmente inimputáveis, é oferecido um sistema totalmente diferenciado, precipuamente em sua concepção teórica, embasado em uma pedagogia corretiva, delineada no âmbito legislativo infraconstitucional. Assim, com espreque na fragilidade política do menor de dezoito anos diante do contexto de nossa realidade social, com fundamentação antropológica, a Constituição Federal proibiu inseri-los no sistema penal, adotando uma proteção pautada no sistema pedagógico-corretivo, à luz das medidas sócio-educativas.

Ademais, a fixação da imputabilidade penal aos dezoito anos não representa apenas uma opção política e um critério puramente biológico. Corresponde, em última análise, à valorização da dignidade da pessoa humana de todos os menores de dezoito anos, em consonância com a doutrina da proteção integral consubstanciada na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Representa o compromisso com a valorização da adolescência, por reconhecer tratar-se de uma fase especial do desenvolvimento do ser humano.

Convém ressaltar que a idade de dezoito anos para a censura penal foi recomendada pelo Seminário Europeu de Assistência Social das Nações Unidas, de 1949, realizado em Paris, como limite razoável de tolerância para a incidência do sistema penal repressivo. A adoção desse marco etário restou adotada por países como Áustria, França, Colômbia, México, Peru, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Holanda, Tailândia, Argentina, Cuba, Venezuela, entre outros.

Outrossim, a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução n. L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações

---

<sup>9</sup> Cf. SARAIVA, João Batista Costa.. 2006. p. 52.

Unidas, ratificada pelo Brasil em 1990, também recomendou o limite de dezoito anos para a fixação da capacidade para infringir as leis penais.

Por fim, cumpre salientar que o ignorar a responsabilidade penal juvenil ao adolescente produz a sensação equivocada de impunidade, aspecto que ainda mais contribui para o "mito da impunidade do menor". Impende rechaçar o sofisma de que o ECA se transformou em instrumento de impunidade, em face do desconhecimento da distinção entre inimizabilidade e impunidade penal, induzindo em erro a opinião pública, trazendo à baila propostas reducionistas à idade de responsabilidade penal.

Não há dúvidas que a sensação de impunidade sentida pela sociedade decorre de uma má percepção da realidade, no tocante aos adolescentes em conflito com a lei. O sistema restou modificado, e, com a doutrina da proteção integral, precipuamente na esfera penal, foram assegurados aos adolescentes todos os direitos inerentes à ampla defesa. Desta feita, não há impunidade do ponto de vista legal; há, sim, assecuração de direitos processuais.

A óptica, dentro do novo modelo implantado pela Constituição, é a de exigir que o Estado cumpra com sua obrigação de garantir um desenvolvimento sadio à infância e adolescência, pois, com seu efetivo cumprimento, haverá sensível diminuição da criminalidade juvenil. Não é demais lembrar que a responsabilidade no âmbito da proteção dos direitos assegurados aos adolescentes é tríplice, do Estado, da família e da sociedade.

### 3. A IDADE PENAL MÍNIMA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Convém inicialmente gizar que apesar do mencionado art. 228 estar fora do catálogo dos direitos fundamentais, isso não o desnatura, em face do caráter aberto desses direitos.

Na esteira desse pensamento, não pairam dúvidas no tocante à qualificação dos direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais, mesmo não se encontrando expressos no Título II da Constituição de 1988. Como é cediço, os direitos fundamentais não formam um sistema em separado e fechado no contexto da Carta Política. Ao contrário, em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será um sistema aberto e flexível.

Neste contexto, o próprio Supremo Tribunal Federal já admitiu, em algumas e recentes decisões<sup>10</sup>, que os direitos fundamentais na Carta de 1988 não estão necessariamente posicionados no seu Título II.

De fato, se a *Lex maxima* em boa medida concebeu os direitos fundamentais como um conceito materialmente aberto, ao menos na acepção de não restritos a uma condição topológica, é exatamente esta a situação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Segundo aduz o jurista gaúcho Ingo Sarlet<sup>11</sup>, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais encerra expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não positivados, bem como, sendo aqui o ponto especialmente relevante, de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional

Deparamo-nos, assim, com direitos fundamentais fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal e material. Não se deve olvidar da circunstância de que os assim designados direitos dispersos da Constituição comungam do mesmo regime jurídico dos direitos constantes do Título II da Carta Magna. Mais ainda em se tratando de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, pelas peculiaridades inerentes.

Neste diapasão, é indubitável que os direitos elencados nos arts. 227 e 228 da Constituição Federal são direitos fundamentais do ser humano e direitos fundamentais de um ser humano especial. Se, topologicamente, não estão incluídos no Título II, tal circunstância não representa qualquer óbice, uma vez ser cediço que o critério topológico deve ceder ante o primado de coerência valorativa do texto constitucional.

Assim, a idade penal mínima é autêntico direito fundamental localizado fora do catálogo elencado constitucionalmente, pois

---

<sup>10</sup> Cite-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/93, questionadora da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03, que instituiu a arrecadação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras. Tal julgamento serviu como balizador da impossibilidade de descaracterização paulatina do texto constitucional.

<sup>11</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 99.

inequivocadamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.1. Constitui o art. 228 da Carta Política cerne irrestringível?

Não obstante o acima exposto, não se pode conceber a inimizabilidade penal para os menores de dezoito anos como uma garantia individual imutável, ou seja, uma cláusula constitucional pétrea. O artigo 228 está inserido em capítulo destinado especificamente a desenhar as garantias das crianças e dos adolescentes com absoluta prioridade, com evidente e inegável propósito de também estabelecer limites ao poder punitivo estatal. Porém, não se encontra consagrado no rol do cerne irrestringível.

Mesmo em não se adotando uma visão restritiva do art. 60, § 4º, IV, da Carta da República, restringindo a expressão “direitos e garantias individuais” aos direitos individuais e coletivos do art. 5º de nossa Lei fundamental, a inimizabilidade penal decerto não se insere no rol das cláusulas pétreas.

Cabe ressaltar que a função precípua das mesmas é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, manifestando-se com salutar importância nos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na realidade, apenas uma abolição encontra-se vedada, uma vez que também aos direitos fundamentais se aplica a tese da preservação de seu núcleo essencial, motivo pelo qual até mesmo eventuais restrições, desde que não configuradas como invasivas do cerne do direito fundamental, podem ser toleradas<sup>12</sup>.

Analisando a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, Robert Alexy<sup>13</sup> não vislumbra dificuldades em verificar restrições naqueles, resultantes de determinação do conteúdo e alcance permitidos. Argumenta que uma restrição dos direitos fundamentais é somente admissível se no caso concreto os princípios opostos corresponderem a um peso maior que um princípio fundamental.

Assim, o grau de proteção de cada direito fundamental irá depender, em última análise, da adequada delimitação de seu núcleo

---

<sup>12</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. 2005, p. 406.

<sup>13</sup> Cf. ALEXY, Robert. 2002, p. 286.



essencial. Também urge aceitar a inevitável diferenciação decorrente das especificidades de cada direito fundamental, de modo especial no que diz com seu âmbito de proteção, mormente nos direitos a prestações, no qual a delimitação de seu núcleo essencial se revela especialmente problemática.

Quando estivermos diante de um direito fundamental a prestações já concretizado em nível infraconstitucional, como os direitos de crianças e adolescentes, o limite do conteúdo essencial deverá ser interpretado no sentido dos elementos essenciais do nível prestacional legislativamente definido, entendimento que conduz à questão atinente à proibição de um retrocesso social.

### 3.2. A incidência do princípio do não retrocesso social

É cediço que a problemática concernente à proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. Nestes moldes, mesmo que não haja menção expressa no direito positivo a um direito à supracitada segurança, há pensamento consolidado no constitucionalismo contemporâneo de que um autêntico Estado de Direito é também um Estado de segurança jurídica<sup>14</sup>.

Resulta, pois, evidente que os direitos da criança e do adolescente não exigem apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo, mas também não dispensam uma proteção contra medidas retrocessivas.

A proteção contra a ação do poder constituinte reformador, precipuamente no âmbito dos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, sobretudo daqueles que integram o cerne material da ordem constitucional.

O conteúdo essencial dos direitos da criança e do adolescente deve ser interpretado também no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no problema da proibição de um retrocesso social.

Observa-se, pois, que medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas sob a

---

<sup>14</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. 2005, p. 412.

óptica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo.

Cumpra salientar que o princípio da proibição do retrocesso não é expreso, mas decorrente do sistema jurídico-constitucional. Consoante o mesmo, verifica-se que após determinado mandamento constitucional ser instituído por lei regulamentária, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. Destarte, urge salientar que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição, além de rechaçar medidas legislativas advindas com o escopo de subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização outrora outorgado pelo legislador.

Desta feita, o argumento atinente à necessidade de manutenção da idade penal mínima também pode buscar como supedâneo o princípio da proibição do retrocesso social. Decerto, fixada a imputabilidade penal a partir dos dezoito anos, restou assegurada a todos com idade inferior a tal limite uma posição jurídica subjetiva de caráter fundamental, ou seja, a de ser inimputável perante o ordenamento penal pátrio, implicando um verdadeiro direito de liberdade. A modificação de tal situação implicaria numa diminuição de parcela do direito de liberdade do adolescente, e em alguns casos até mesmo sua supressão. Outrossim, haveria ofensa, também, ao conteúdo do direito fundamental da absoluta prioridade dos adolescentes, uma vez que os excluídos da condição de inimputáveis não mais fariam jus a uma atenção especial e diferenciada.

#### 4. O GARANTISMO PENAL NO SISTEMA INFANTO-JUVENIL

##### 4.1. Análise do garantismo penal

Consoante o insigne jurista Luigi Ferrajoli<sup>15</sup>, da palavra garantismo é possível distinguir três acepções diversas, mas conexas entre si. Neste diapasão, em um primeiro significado designa um modelo normativo de direito. Este, no âmbito penal, representa um

---

<sup>15</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785-788.

modelo de estrita legalidade, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; sob o plano político consubstancia-se numa técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade; e sob o plano jurídico corresponde a um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Ferrajoli ainda cita duas significações ao garantismo, vindo no mesmo uma teoria jurídica da validade e da efetividade das normas, além de uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa como base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

É a sua primeira acepção o ponto fulcral no presente estudo, primordialmente no plano penal e jurídico.

O garantismo jurídico-penal, entendido desde a perspectiva crítica do direito, não se apresenta apenas como alternativa viável aos modelos de criminalização excessiva e punição desproporcional, mas, também, como modelo alternativo ao proposto pela teoria abolicionista<sup>16</sup>.

Impende ressaltar que os vários matizes do abolicionismo são extremamente úteis e importantes para a avaliação fenomenológica da eficácia do sistema penal, mas o grande problema dos mesmos foi a conversão do sistema de controle formal em um modelo social desregulamentado, de composição civil-administrativa dos conflitos tendentes a perspectivas pré-contratuais ou a modelos disciplinares. Sabendo-se que o direito penal e processual modernos são essencialmente limitativos, sua abolição implicaria a supressão destes limites impostos pelo Estado ao seu próprio poder de punir. A grande crítica atual às tendências administrativistas e privatistas que estão sendo gradualmente transpostas ao sistema penal é exatamente o rompimento com os princípios garantidores básicos.

Em oposição aos refutados modelos de direito penal máximo, trazendo à baila o primado da política sobre o direito, o modelo

---

<sup>16</sup> Cf. CARVALHO, Salo. Garantismo e Direito de Punir: teoria agnóstica da pena. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000, p. 154-171.

garantista estabelece critérios de limitação da sanção. A pena apresenta-se, pois, como limite ao poder punitivo, satisfazendo o modelo normativo garantista os requisitos para a adequada justificação daquela, uma vez que, ao orientar o direito penal à prevenção geral negativa, exclui a confusão entre direito e moral, impondo o duplo fim da pena – “o máximo bem-estar possível aos não delinquentes e o mínimo sofrimento necessário aos desviantes” – respondendo às questões “por que proibir” e “por que castigar”<sup>17</sup>.

A função utilitária e garantista do direito penal é a da minimização da violência, tanto privada quanto pública, consistindo, pois, na redução do poder, antes tido como absoluto. A técnica desta minimização consiste em igual garantia e maximização dos direitos fundamentais e da correlativa limitação e funcionalidade das situações jurídicas de poder.<sup>18</sup> A função garantista do direito consiste, em suma, na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade.

Resta claro que o direito penal mínimo corresponde não apenas ao mais alto grau de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso, resulta excluída a responsabilidade penal todas as vezes que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Neste aspecto, vislumbra Ferrajoli<sup>19</sup> um nexó profundo entre garantismo e racionalismo.

De fato, enquanto no direito penal mínimo a certeza almejada é a de que nenhum inocente seja punido, pautada nos processos regulares e suas garantias, no direito penal máximo há a certeza de quem nenhum culpado fique impune, com supedâneo no princípio *in dubio contra reum*, baseado num empenho extremado em punir os réus, num excessivo rigor.

Neste diapasão, percebe-se que o garantismo corresponde à tutela dos direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, representa o objetivo justificante do direito penal, qual seja, a imunidade do indivíduo contra o arbítrio das proibições e das punições; a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, garantia de sua liberdade; e a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais

---

<sup>17</sup> Cf. CARVALHO, Salo. 2000., p. 154-171.

<sup>18</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. 2006, p. 857.

<sup>19</sup> Idem, p. 102.

para todos. Assim, podem ser incluídos os adolescentes, em face de sua clara condição de hiposuficiência, aliada ao fato de serem pessoas em processo de desenvolvimento.

#### 4.2. Aplicação sob a óptica da infância e juventude

É cediço que os direitos fundamentais dizem respeito a todos os indivíduos em igual medida, como condição da identidade de cada um como pessoa.<sup>20</sup> Afirma-se historicamente que o campo da tolerância se ampliou progressivamente, com a multiplicação dos direitos de liberdade, e outras identidades ou diferenças, até ter hoje um campo privilegiado no dissenso político e na tutela das minorias. É de todo evidente que no tocante aos adolescentes há uma clara necessidade de tratamento diferenciado com relação aos adultos, fato amplamente corroborado por inúmeros documentos internacionais. E assim o é em face de sua peculiar condição de seres ainda em fase de desenvolvimento, aliada a sua inata necessidade de quebrar regras, necessitando, pois, de uma tutela penal diferenciada.

Nestes moldes, em se adotando o princípio da intervenção mínima, consectário do garantismo penal, não faz sentido proclamar uma pretensa indispensabilidade de redução da idade penal mínima, em face de uma cada vez maior possibilidade de discernimento do adolescente, precipuamente em um mundo globalizado. A questão, conforme alhures aduzido, não diz respeito à existência ou não de discernimento, presença, inclusive, inconteste. A problemática está na possibilidade da mudança pretendida funcionar como quebra e retrocesso da tutela da liberdade do adolescente, consagrada constitucionalmente, após infecundos exemplos na nossa anterior legislação penal.

O princípio da *ultima ratio* exsurge como uma orientação de política criminal restritiva do *jus puniendi*, proveniente da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito<sup>21</sup>. Assim, devendo as leis penais ingressarem apenas quando indispensáveis à manutenção da ordem jurídica, não parece ser essa a hipótese da prática do ato infracional.

---

<sup>20</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. 2006, p. 836.

<sup>21</sup> Cf. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico - penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.

Ademais, em sendo um dos pressupostos da adequação penal, tida por alguns como um dos corolários da mínima intervenção, a necessidade do direito penal se adequar eficazmente à sociedade, não sendo contraproducente, é por deveras evidente a sua não adequação à adolescência. De fato, o direito penal para os jovens é, necessariamente, contraproducente, em face de sua ínsita busca a violação de regras.

O conceito de responsabilidade deve pautar-se não apenas na culpabilidade, mas também na necessidade preventiva da sanção penal<sup>22</sup>. Pode-se dizer, pois, que a dispensa de aplicação da pena no âmbito do Código Penal a adolescentes ocorre principalmente pela falta de necessidade preventivo-geral de punição. A tentativa de educá-los através da pena criminal é contra-indicada sob o supracitado aspecto preventivo-geral.

Outrossim, o direito penal juvenil já estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico, mas também retributivo, pautado no garantismo penal. Decerto não pairam dúvidas sobre a aplicação dos conceitos de Ferrajoli também na atual situação jurídica do adolescente em conflito com a lei.

A doutrina da proteção integral incorpora à questão do ato infracional a proposta amiúde abordada. De fato, o garantismo, como um sistema que tem por escopo a tutela das liberdades do indivíduo, também o tem no âmbito das crianças e dos adolescentes enquanto sujeitos de direito frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder no direito penal.

Irrefutavelmente, o paradigma escolhido por nosso ordenamento pátrio no tocante ao ato infracional foi o do Direito Penal Mínimo, menos grave e mais condizente em relação ao adolescente do que o arbitrário sistema anterior.

Neste aspecto, parafraseando o direito à infância na América Latina, Luigi Ferrajoli vislumbra três razões para a opção do supracitado modelo penal no tocante aos delitos praticados por adolescentes: o recurso ao direito penal como *extrema ratio*, pugnando pela despenalização total das infrações cometidas por crianças e da

---

<sup>22</sup> Cf. ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 35, 2001, p. 21.

delinquência pequena dos adolescentes, tida mais como problema social do que criminal, necessitando primacialmente de políticas de assistência em lugar de estéreis medidas repressivas; o rigoroso respeito de todas as garantias penais e processuais impostas ao sistema de responsabilidade penal juvenil, mesmo em sendo reconhecidos os adolescentes como inimputáveis; a diminuição das penas juvenis, através da existência de medidas socioeducativas alternativas à privação de liberdade, sendo essa última aplicável apenas em casos extremos<sup>23</sup>.

Seguramente, trata-se de uma opção coerente com a necessária resposta dada à prática de ato infracional, contradizendo os obsoletos modelos subjetivistas de tratamento do desvio juvenil, em última análise formas de Direito Penal Máximo. Pugna-se pela legalidade pautada na observância das regras e respeito ao adolescente, inclusive o infrator, como cidadão responsável, o qual exige, também, o necessário respeito e o valor das regras na própria resposta punitiva a suas infrações.

#### 4.3. A contemporânea tutela da idade penal mínima

O paradigma paternalista do superado direito menoril, pautado na doutrina da situação irregular, resultou de sua natureza informal e discricionária, transmutando-se na ausência absoluta de regras, possibilitando e legitimando graves abusos e arbitrariedades. Contraposto ao sobredito paradigma, opõe-se o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, trazendo em seu bojo, na questão do adolescente em conflito com a lei, todo o garantismo próprio do direito penal juvenil.

A compreensão da adolescência e sua relação com a lei, em face de seu caráter diferenciado, devem vir norteadas pela exata percepção do que consiste esta peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e a correspondente responsabilidade penal juvenil, sem concessões. Deve-se, pois, refutar, tanto o paternalismo ingênuo, observando o adolescente infrator como vítima de um sistema excludente, numa óptica apenas tutelar, quanto o retribucionismo falacioso, pautado na imagem do adolescente infrator como algoz da sociedade, sob os auspícios do Direito Penal Máximo.

---

<sup>23</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. Prefácio apresentado à obra **Infância, Lei e Democracia na América Latina**, Emílio Garcia Mendez e Mary Beloff. Tradução de Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001.

O modelo de responsabilidade penal dos adolescentes constitui, pois, uma ruptura profunda no concernente aos modelos tutelar e penal indiferenciado acima narrados, os quais subsistem hoje exclusivamente na insciente proposta de redução etária da imputabilidade penal. O modelo do ECA demonstra ser possível a superação de ambas as visões, pautado num sistema de responsabilização penal dos adolescentes, sob a égide do modelo da justiça e das garantias.<sup>24</sup>

Decididamente, o ECA consagrou um sistema de responsabilidade penal juvenil com fulcro num sistema normativo de justiça. Deparamo-nos, pois, com princípios constitucionais especiais do sistema de responsabilização penal juvenil, podendo ser citados os princípios da reserva legal, da culpabilidade, da excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade, do contraditório e da ampla defesa e, sobretudo, da inimputabilidade penal.

## 5. Conclusão

Por todo o exposto, observa-se que o artigo 228 da Carta Política constitui preceito constitucional, passível de tutela pelo Estado, primordialmente em face da necessária incidência do princípio do não retrocesso social. Apesar de não estar inclusa no rol do cerne irrestringível, a manutenção da idade penal mínima exsurge como necessária, seja em razão de sua perfeita adequação típica ao regime e princípios adotados pela Constituição e, ulteriormente, pelo ECA, seja em razão das convenções internacionais.

Políticas imediatistas, como a pretensa redução da idade penal, além de sensacionalistas e ingênuas, não tendem a lograr êxito. Se a necessária implementação de políticas públicas, aliada à valorização dos princípios fundamentais da pessoa humana, e, primordialmente, do cidadão ainda em fase de desenvolvimento, forem de fato observadas, certamente a temática da redução da imputabilidade penal restará despicienda.

Quando se pugna pela exigibilidade de um procedimento pautado nas garantias processuais e penais na busca da fixação da

---

<sup>24</sup> Cf. MENDEZ, Emilio Garcia. **Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino-americano**. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.



eventual responsabilidade do adolescente, o que se pretende é inseri-lo na sua exata dimensão de sujeito de direitos. Ademais, consoante entendimento de Ferrajoli<sup>25</sup>, no Estado Democrático de Direito o poder somente será legítimo enquanto técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade e as garantias individuais.

Assim, entendendo-se que a questão concernente à criminalidade infanto-juvenil constitui, sobremaneira, um problema político-social, faz-se premente o cumprimento pelo Poder Público dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, mormente, como ponto fulcral no presente estudo, da manutenção da idade penal mínima. Eis a forma mais viável e eficaz de tornar efetiva a proteção constitucional preconizada à criança e ao adolescente, neste último incluso o adolescente infrator, sob os auspícios do garantismo penal, correspondendo, através de políticas preventivas, ao verdadeiro norte de combate à criminalidade.

---

<sup>25</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. 2006, p. 101-106.



## A FIXAÇÃO DO OBJETO NA “CIÊNCIA DO DIREITO” (DOGMÁTICA JURÍDICA): UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA TEORIA DA LINGUAGEM

---

**Beclaute Oliveira Silva**

Mestre em Direito pela UFAL; Especialista em Direito Processual pela UFAL;  
Diretor de Secretaria da 2ª Vara Federal; Professor Universitário (FAMA e  
FRM); Professor de Pós-graduação (CESMAC, ESAMC e CEAP).

### **Sumário**

1. Introdução. 2. Giro lingüístico e seu reflexo no direito. 3. Objeto material e sua manifestação como signo lingüístico. 4. Determinação do objeto formal. 5. Conclusão.

“O mundo era tão recente que muitas coisas  
careciam de nome e para mencioná-las se  
precisava apontar com o dedo.”

Gabriel Garcia Marques.<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

O presente ensaio tem por função analisar como o objeto na teoria do direito é fixado, a partir da teoria da linguagem. Não se tem intenção de discutir teoria lingüística, mas utilizar as suas premissas para melhor compreender o direito.

De certa forma, como se verá, foi esse o instrumento que Hans Kelsen utilizou para separar a ciência do direito do direito positivo.

Para melhor compreensão, o trabalho terá três tópicos. O primeiro irá relatar, de forma sucinta a repercussão da reviravolta lingüística e pragmática no direito. O segundo item apreciará o que se entende por objeto material, equanto que no terceiro a análise se voltará para a fixação do objeto formal da ciência do direito.

### **2. O giro lingüístico e seu reflexo no direito**

A linguagem tem sido objeto de averiguação desde a Antiguidade. Nos povos semitas, a linguagem insere no universo

---

<sup>1</sup> MARQUEZ, Gabriel Garcia. **Cem Anos de Solidão**. Trad. Eliane Zagury. 27. ed. Rio de Janeiro: Record, 1983, p. 7.

humano os animais.<sup>2</sup> No mundo helênico, a primeira vez que ela vai tomar um certo caráter de centralidade será com os sofistas.<sup>3</sup> Através desta corrente, que dá ênfase à teoria da prova, surge a idéia de que a verdade não tem por objeto os fatos, mas outra proposição.<sup>4</sup> Esta discussão não deixa de refletir hoje na teoria da prova, assunto tão caro à aplicação do direito, seja judicial, seja extrajudicial.

Na concepção dos sofistas, podia-se chegar a um juízo de verdade completamente dissociado do real.<sup>5</sup> No caso, se o real é distinto do ideal, pior para a realidade.<sup>6</sup> Com os sofistas, eram plenamente possíveis juízos contraditórios, graças à manipulação da linguagem. É interessante notar que esta centralidade ocorria no discurso político e ético-jurídico. Não mudou! Atualmente, a questão da legitimação do poder, da justiça, da realização do homem na sociedade, dentre outras, está presente no discurso filosófico da modernidade com reflexos marcantes no constitucionalismo, máxime no que concerne à efetivação dos direitos sociais, bem como na atuação do Poder Judiciário, que deve prestar a jurisdição mediante provimento devidamente motivado.

Coube a Sócrates o rechaço a esta visão do mundo ao propugnar pela precisão do conceito, evitando assim os juízos

---

<sup>2</sup> “Tendo, pois, o Senhor Deus formado da terra todos os animais dos campos, e todas as aves dos céus, levou-os ao homem, para ver como ele os havia de chamar; e todo o nome que o homem pôs aos animais vivos, esse é o seu verdadeiro nome. O homem pôs nomes a todos os animais, a todas as aves dos céus e a todos os animais dos campos; mas não se achava para ele uma ajuda que lhe fosse adequada”. BÍBLIA. Gênesis, O Paraíso. 2, 19-20. Português. **Bíblia Sagrada**. 57. ed. Trad. Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1987.

<sup>3</sup> SCHREIBER, Rupert. **Lógica del Derecho**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. 4. ed. México: Fontamara, 1999, p. 16.

<sup>4</sup> Esta formulação pode ser vista também em ARISTÓTELES (ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. de Francisco Larroyo. 13. ed. México: Porrúa, 1998, p. 71-72.)

<sup>5</sup> O termo real está posto no sentido de evento, ou seja, aquilo que possui existência concreta.

<sup>6</sup> STRECK, Lênio Luiz. A Permanência do Caráter Compromissório (e Dirigente) da Constituição Brasileira e o Papel da Jurisdição Constitucional: Uma Abordagem à Luz da Hermenêutica Filosófica. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, n. 39: 99-119, janeiro/abril, 2004. Bauru: Edite, 2004, nota de rodapé nº 80, p. 109.

contraditórios. Manfredo Araújo de Oliveira afirma que para Platão a linguagem era vista como função apenas designativa do pensar, ou como símbolo do real, na perspectiva aristotélica.<sup>7</sup> Em Aristóteles, houve uma vinculação entre a manifestação lingüística e a forma do ser. Partindo desta premissa, Santo Tomás de Aquino irá afirmar "verdad es la adecuación entre objeto y entendimiento (adequatio intellectus et rei)".<sup>8</sup> Este conceito de verdade passou a ser denominado verdade correspondência.

Através das pesquisas de Gottlob Frege, nas lições de Habermas, estabeleceu-se de forma objetiva a distinção entre a representação e o pensamento.<sup>9</sup> Habermas esclarece que a representação é algo individual, subjetivo e historicamente determinado. Mais. Os pensamentos transcendem o indivíduo. Eles são apreendidos por diferentes sujeitos de forma diferente. Na representação temos objetos. No pensamento estão estados de coisas e fatos. Estas situações serão apreendidas pelo pensamento. "Quando tal pensamento é verdadeiro, o enunciado que o reproduz representa um fato".<sup>10</sup> Esta idéia de fato como fenômeno lingüístico é um dos pontos centrais na teoria de Paulo de Barros Carvalho.<sup>11</sup>

Assim, tanto os pensamentos como os fatos serão acessíveis enquanto representados por enunciados, proposições.<sup>12</sup> Estas, as proposições, devem ser entendidas como assertivas (ou sentenças) a que pode ser atribuído tanto o valor verdade como o valor falsidade.<sup>13</sup> E mais. "Real" é o que pode ser representado em proposições

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 14ss.

<sup>8</sup> Santo TOMAS DE AQUINO. **Suma de Teologia**. Trad. de José Martorell Capó. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994. T. I, parte I, p. 225. Tradução livre: "verdade é a adequação entre objeto e entendimento".

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Vol. 1, p. 27-28.

<sup>10</sup> Idem, p. 28.

<sup>11</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 85-90.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. 1997, p. 28.

<sup>13</sup> ARISTÓTELES. **Órganon**. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2005, p.84.

verdadeiras”.<sup>14</sup> A verdade deixa de ser vista como correspondência, no sentido aristotélico-tomista, e passa a ser trabalhada como produto do consenso, ou seja, ela é, para nós, imersa na comunidade discursiva. Na visão de Peirce, conforme Habermas, a verdade é aceitação racional a partir de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório.<sup>15</sup> Esta forma de tratar o ‘real’ repercutirá, por exemplo, na fundamentação da sentença, máxime no que se refere à concretização do antecedente e do conseqüente da norma primária veiculada na sentença, bem como do antecedente da norma secundária e do seu conseqüente veiculado no dispositivo. De forma desformalizada temos na sentença procedente, por exemplo: houve um fato (antecedente primário), este fato gerou para o autor um direito exigível frente ao réu (conseqüente primário), o aludido direito não fora adimplido (antecedente secundário, ou desrespeito ao conseqüente primário) e por esta razão se estipulou a condenação do réu (conseqüente secundário ou sanção). Formalizando: Deve-ser que dado A, deve-se C, -C, deve-ser S.<sup>16</sup> Posteriormente esta estrutura será novamente visitada.

Superada assim a dicotomia entre realidade e idealidade, fica assentado que a idéia passa a ser incorporada à linguagem, e a facticidade dos signos se liga à idealidade da universalidade das significações e à validade em termos de verdade. A generalidade semântica de significados obtém sua determinabilidade ideal na mediação de sinais e expressões que sobressaem, como tipos reconhecíveis da corrente de eventos lingüísticos e processo de fala, seguindo regras gramaticais.<sup>17</sup>

A influência da centralidade da linguagem no pensamento jurídico começa a se sentir na obra kelseniana, conforme testemunho de Luis Alberto Warat<sup>18</sup>, quando este irá separar nitidamente a ciência do direito (dogmática jurídica) do direito positivo, mediante o artifício

---

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. 1997, p. 32.

<sup>15</sup> Idem., p. 32-33.

<sup>16</sup> A= antecedente primário; C= conseqüente primário; -C= antecedente secundário ou não conseqüente; S= conseqüente secundário ou sanção.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen., 1997, p. 55-56.

<sup>18</sup> WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 48.

lógico da linguagem objeto – a linguagem que é falada – e da metalinguagem – a linguagem que fala de outra linguagem (linguagem objeto).<sup>19</sup>

Além disso, a análise lógica, inclusive a jurídica, se circunscreve dentro da teoria da linguagem. Esta, por sua vez, dirige-se ao signo lingüístico como objeto de sua investigação. O direito, por sua vez, não pode prescindir da linguagem, como demarca Andreas Joachim Krell.<sup>20</sup> Não é possível existir prescrição jurídica destituída de formulação lingüística, como enfatiza Juan Ramon Capella<sup>21</sup> e, em obra conjunta, Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, a seguir transcrito: “la noción de lo normativo está esencialmente ligada al acto lingüístico de prescribir; fuera de este acto no hay ninguna norma”.<sup>22</sup>

Ademais, a lei, o contrato, a sentença etc. são documentos escritos de conteúdo prescritivo, como salienta Eduardo Couture,<sup>23</sup> logo, é veículo introdutor de enunciados proposicionais prescritivos e de normas jurídicas, ou de componentes de normas jurídicas.

A partir da formulação da linguagem, é possível construir o objeto do direito.

### 3. Objeto material e sua manifestação como signo lingüístico

Costuma-se reduzir o conhecimento à equação sujeito x objeto. Esta simplificação não consegue, no entanto, determinar o conteúdo desse fato complexo, visto que se parte da premissa equivocada de que o objeto é um dado *a priori* cuja essência será desnudada, dissecada, pelo sujeito cognoscente.

<sup>19</sup> SCHREIBER, Rupert. 1999, p. 18.

<sup>20</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.

<sup>21</sup> CAPELLA, Juan-Ramon. **El Derecho como Lenguaje**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968, p. 28.

<sup>22</sup> ALCHOURRÓN, Carlos; Bulygin, Eugenio. **Sobre la Existencia de las Normas Jurídicas**. México: Fontamara, 1997, p. 73. Tradução livre: “a noção do normativo está essencialmente ligada ao ato lingüístico de prescrever; fora deste ato não há nenhuma norma”.

<sup>23</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4. ed. Montevideo y Buenos Aires: Editorial IBDF y Julio César Faria Editor, 2002, p. 237.

Estribado nesta premissa, o conhecimento tem a pretensão de ser a explicação de toda a realidade, ou seja, absoluto. As proposições que se enunciam por meio dele têm o caráter de verdade incontestável. Nesse contexto, como já mencionado, a verdade é *adequatio rei et intellectus*.<sup>24</sup>

Este equívoco fora superado pela teoria cognoscente de matriz kantiana e, no século passado, pela fenomenologia existencial. Esta concepção, retomando a construção teórica de Parmênides sobre o ente, o em-si “o ente é in-gênito, é também incorruptível, pois é íntegro e inquebrantável, em verdade ilimitado...”<sup>25</sup> que é o que é<sup>26</sup>, demonstrou a impossibilidade de o sujeito se apropriar do em-si.

O sujeito cognoscente capta apenas o aparecer do em-si, ou seja, o fenômeno, que é definido como a “totalidade conexa de suas aparências”.<sup>27</sup> Este aparecer são dados sensoriais submetidos à consciência do sujeito.

Desta feita, o objeto do conhecimento não pode ser a coisa, tampouco é o fenômeno, mas sim o produto da impressão do fenômeno na consciência, do sujeito cognoscente, expresso mediante linguagem.

A partir do surgimento do ente diante do sujeito, os dados sensoriais são captados pelos veículos de entronização (visão, tato, audição etc.). No entanto, os dados captados não se imprimem no sujeito de forma organizada, individuada, mas num plexo desordenado, tal qual o aparecer do ser no nada. A organização e conseqüente individuação são ultimadas pelo sujeito através da razão. Após esta tarefa, cria-se a imagem mental do fenômeno, denominada por Saussure<sup>28</sup> de conceito ou **significado**. O conceito, segundo o juízo de

---

<sup>24</sup> Tradução livre: “adequação entre a coisa e o intelecto”.

<sup>25</sup> ANAXIMANDRO, PARMÊNIDES e HERÁCLITO. **Os Pensadores Originários**. Trad. de Emanuel Carneiro Leão e Sérgio Wrublewski. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 47.

<sup>26</sup> SARTRE, Jean Paul. **O Ser e o Nada - Ensaio de Ontologia Fenomenológica**. Trad. de Paulo Perdigão. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 40.

<sup>27</sup> Idem, p. 29.

<sup>28</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo, Cultrix, s.d., p. 81.



Paulo Luiz Netto Lôbo, "é valorizado por sua função: ele reúne um complexo de prescrições ou descrições (as duas principais funções da linguagem) em uma unidade de sentido ou uma ordem sistemática".<sup>29</sup>

Ao lado da versão de Saussure, existe a variante fenomenológica do signo desenvolvida por Edmund Husserl.<sup>30</sup> Como salienta Paulo de Barros Carvalho, o signo, em Husserl, é formado pelo suporte físico (dado real externo à mente humana), pela significação (dimensão ideal da representação o conceito ou significado na linguagem de Saussure) e pelo significado (o objeto referido).<sup>31</sup> Esta forma de ver o signo será a seguida neste trabalho, como se verá nos capítulos quarto, quinto, sétimo e oitavo.

O signo se manifesta em três formas. A primeira é o **ícone** – possui similitude com o objeto representado, *e. g.*: fotografia, estátua, pintura etc. –; a segunda forma é o **índice** – mantém algum vínculo existencial com o objeto representado, *e. g.*: fumaça indica fogo, febre indica infecção etc. –; e, por última maneira, o **símbolo** – possui relações convencionais com o objeto, *e. g.*: as palavras.<sup>32</sup> Percebe-se desta feita que as leis, bem como as sentenças e respectivas fundamentações, veiculadas em palavras, compõem o universo sógnico simbólico, como adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior.<sup>33</sup>

Em Saussure, o signo possui estrutura diádica, ou seja, é formado por um significante – antes denominado pelo teórico suíço como imagem acústica, uma impressão psíquica distinta das ondas eletromagnéticas – e o significado – anteriormente denominado pelo teórico de Genebra como conceito. Adverte que o vínculo entre os elementos do signo é arbitrário.<sup>34</sup> Explica, logo depois: "a idéia de 'mar'

<sup>29</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 25.

<sup>30</sup> HUSSERL, Edmund. **Investigationes Lógicas**. Versión de Manuel Garcia Morente y José Gaos. Madrid: Alianza Editorial, 2001. T. I, p. 233-258.

<sup>31</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. 1998, p. 15.

<sup>32</sup> ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. Fato e Evento Tributário – Uma Análise Semiótica. In **Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 336.

<sup>33</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 257ss.

<sup>34</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Op. cit, p. 81.

não está ligada por relação alguma interior à seqüência dos sons *m-a-r* que lhe serve de significante”.<sup>35</sup>

No entanto, verifica-se em Saussure um signo de caráter ideal, constituído na mente humana. Entretanto, a fundamentação da sentença é também texto, possui existência concreta e não apenas ideal. Por esta razão, opta-se pela versão fenomenológica do signo desenvolvida por Edmund Husserl.<sup>36</sup> Eis a respeito a lição de Paulo de Barros Carvalho:

Tendo o signo *status* lógico de uma relação que se estabelece entre o suporte físico, a significação e o significado, para utilizar a terminologia de E. Husserl, pode-se dizer que toda a linguagem, como conjunto sógnico que é, também oferece esses três ângulos de análise, isto é, compõe-se de um substrato material, de natureza física, que lhe sirva de suporte, uma dimensão ideal na representação que se forma na mente dos falantes (plano da significação) e o campo dos significados, vale dizer, dos objetos referidos pelos signos e com os quais mantêm eles relação semântica.<sup>37</sup>

No direito positivo, este suporte físico se manifesta na forma de enunciados expressivos (vide capítulos quarto e quinto). Não se está a reduzir, entretanto, o direito ao enunciado, pois, como vaticina Pontes de Miranda, “se o direito fosse só o *enunciado* da regra, seria menor do que é; mas o Direito é algo, que se *realiza*, do enunciado, e tal realização autoriza a definição de lei”.<sup>38</sup> (O original está com destaque).

Ele, o enunciado expressivo, aqui posto como suporte físico, é o primeiro degrau na cadeia de produção de sentido.<sup>39</sup> Neste diapasão uma advertência permeará este trabalho, ei-la: “o sentido não está no *texto*. O sentido será dado pelo intérprete. Não há um sentido *a priori*,

<sup>35</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. Op. cit, p. 81.

<sup>36</sup> HUSSERL, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. 2001, p. 233-258.

<sup>37</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. 1998, p. 15.

<sup>38</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2.ed. rev. 2. tir. São Paulo: RT, 1973. T. I, p. 34.

<sup>39</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Idem, p. 15.

que seja anterior e independente do respectivo *contexto* em que ele se insere".<sup>40</sup> (Grifos no original).

Para se chegar à norma ou significação normativa, último degrau da manifestação sîgnica na formulação de Husserl, deve-se fazer o itinerário a partir do enunciado expressional (que contém em seu interior o produto da enunciação – “enunciado enunciado”, como também as marcas do processo enunciativo – “enunciação enunciada”),<sup>41</sup> passando pelos significados – referência do texto com o mundo real –, até chegar às possíveis significações. Neste entrelace dos elementos compositivos do signo lingüístico percebe-se, como Paulo de Barros Carvalho, que “as normas estão nas significações que nós construímos a partir dos enunciados”.<sup>42</sup> Neste sentido, reforçando o que fora até aqui exposto, Gabriel Ivo afirma:

Norma jurídica não se confunde com meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos. Antes do contato do sujeito cognoscente não temos normas, e sim, meros enunciados lingüísticos esparramados pelo papel. Enunciados prostrados em silêncio. Em estado de dicionário. Aguardando que alguém lhes dê sentido. E enunciados, conforme observação de Lenio Luiz Steck, plurívocos, pois não há uma correspondência biunívoca entre a disposição normativa (texto) e a norma jurídica (significação).<sup>43</sup>

Para a fundamentação da decisão (sentença) judicial, tanto o texto de direito positivo como as provas veiculadas no processo

---

<sup>40</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. *In* **Direito, Estado e Democracia: entre a (In)Efetividade e o Imaginário Social**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 331. No mesmo sentido, COSSIO Carlos. **La Teoría Egologica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944, p. 96.

<sup>41</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Decadência e Prescrição no Direito Tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59-70.

<sup>42</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Enunciados, Normas e Valores Jurídicos Tributários. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 69, 1997, p. 43-56.

<sup>43</sup> IVO, Gabriel. A Incidência da Norma Jurídica: o Cerco da Linguagem. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, ano 1, v. 4, out.-dez. de 2000, p. 23-38.

serviram de suporte físico para a construção do sentido. O primeiro texto para a construção da significação norma jurídica abstrata e geral. O segundo texto para a construção do fato, que é um relato lingüístico do evento, bem como para a elaboração da norma concreta e individual apta a solucionar o litígio.

Uma norma pode buscar seus componentes significativos em significações construídas a partir de diversos documentos de direito positivo. Apenas para ilustrar, a regra que fixa um homicídio pode ser assim descrita, de maneira não formalizada: deve ser que dado o fato de fulano ter o seu direito à vida extinto por conduta dolosa de sicrano, então o agressor deverá cumprir a pena de vinte anos de reclusão. O direito à vida não está previsto no Código Penal, mas, atualmente, na Constituição; entretanto, a definição de homicídio e a pena para este delito estão no direito penal. Na hipótese de direito ambiental podem-se buscar conteúdos no texto constitucional, em legislação federal, estadual e municipal, tudo cumulativamente.

A significação normativa, numa linguagem simplificada, a norma, é um conjunto de sentidos encadeados em uma estrutura lógica, como já visto, que se pode representar desta maneira: deve-ser que dado um fato 'X', deve ser a relação entre dois ou mais sujeitos, estipulando-se entre eles, pelo menos direitos e deveres, em torno de um objeto; havendo o descumprimento do estipulado na mencionada relação, então deve ser uma sanção. É uma estrutura diádica formada por uma norma primária que prescreve a conduta devida, e a secundária, que sanciona o ilícito. Este modelo, como salienta Antônio Luís Machado Neto<sup>44</sup>, fora aprimorado de Hans Kelsen por Carlos Cossio, que assim se expressa:

Dado un hecho con su determinación temporal (1), debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a alguien (5) – endonorma –; o (6) si es la no prestación (7), debe ser (2) la sanción (8) a cargo de un órgano obligado (9) por la pretensión de la comunidad (10) – perinorma.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 4. ed. São Paulo, 1977, pp. 136-138.

<sup>45</sup> COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. *Op. cit.*, p. 191. Tradução livre: "Dado um fato com sua determinação temporal (1), deve-ser (2) a prestação (3) por alguém obrigado (4) frente a alguém (5) – endonorma –; ou (6) se é a não prestação

Cada número indica um dos dez componentes fundamentais da norma jurídica completa, ou seja, em sua estrutura bimembre. Eis os fragmentos compositivos da norma jurídica!

Não se concebe, entretanto, a norma apenas como moldura ou esquema de interpretação, com fez Hans Kelsen.<sup>46</sup> Aliás, o mesmo autor fez depender a própria eficácia do ordenamento jurídico da sua efetividade mínima.<sup>47</sup> Pensar a norma como mero arcabouço sem conteúdo equivaleria a retirar de um quadro de Vincent van Gogh aquilo que lhe é mais rico, a pintura. Entretanto, sem a moldura, o pano e a tinta que lhe servem de base, não há pintura. As tintas e suas diversidades de cores estão esparramadas nos textos legais. Cabe ao aplicador manuseá-las e imprimir-lhes o sentido, de forma fundamentada, determinando como a conduta deve ser.

É a partir dos textos de direito positivo, ou suporte físico, usando a nomenclatura de Edmund Husserl, que se irá verificar a estrutura lógica da norma em seus múltiplos aspectos: o sintático – plano de análise lógico-formal, ela é unívoca, pois nada diz –<sup>48</sup>; o semântico – plano no qual se analisam os sentidos –; e o pragmático – nível em que se verifica a aplicação da norma jurídica e desta linguagem no mundo social. Como salienta Rupert Schreiber: “estos tres aspectos de la investigación de un lenguaje se encuentran entre sí en la siguiente relación: la pragmática presupone la sintaxis y la semántica, la semántica presupone la sintaxis”.<sup>49</sup>

---

(7), deve-ser (2) a sanção (8) a cargo de um órgão obrigado (9) por a pretensão da comunidade (10) – perinorma”.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 4. ed., 1. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 4.

<sup>47</sup> Idem, p. 232-235.

<sup>48</sup> CASTRO JÚNIOR, Torquato. Interpretação e Metáfora no Direito. In **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito** (Coord. Eurico Marcos Diniz de Santi). São Paulo: Editora Noeses, 2005, p. 665.

<sup>49</sup> SCHREIBER, Rupert. **Lógica del Derecho**. 1999, p. 23. Tradução livre: “Estes três aspectos da investigação de uma linguagem se encontram entre si na seguinte relação: a pragmática pressupõe a sintaxes e a semântica, a semântica pressupõe a sintaxes”.

Não se pode confundir, como já afirmado, a norma com o texto legal.<sup>50</sup> O texto é o suporte físico.<sup>51</sup> A partir dele e em contato com a especificidade do real, o intérprete/aplicador irá construir a norma jurídica.

Voltando à categoria significação, que é a forma ideal de um certo fenômeno, pode-se, diante do aparecer de um determinado ente, afirmar: **isto é x** ou **isto não é x**, ou, ainda, relacionar dois conceitos e afirmar **x é y**. Um tipo especial de significação é a norma jurídica. Não se trata, no entanto, de um enunciado descritivo, mas prescritivo. Os enunciados descritivos se explicam, os prescritivos **se fundamentam (ou se justificam)**.<sup>52</sup> A lei, por exemplo, busca seu fundamento, na Constituição; a sentença, na lei e/ou na Constituição.

Ademais, “justificar normativamente la calificación deóntica de una acción mediante un sistema de normas consiste en mostrar que de dicho sistema se infiere la obligación, la prohibición o la permisión de conducta de referencia”.<sup>53</sup> O citado autor acrescenta que não é a conduta que se justifica, mas a sua qualificação normativa. Esta advertência é feita para não se confundir sua posição com a defendida por Carlos Cossio, que vê na conduta, em sua interferência intersubjetiva, o próprio objeto do direito.<sup>54</sup> Concordamos com a ressalva de Daniel Mendonça.

Para que se chegue à significação, a razão reveste o plexo de dados captados com linguagem.

Tendo por base este referencial, a realidade deixa de ser constituída pela plêiade de entes e passa a ser constituída de linguagem.

Quando o indivíduo percebe o fenômeno árvore ele o reconstrói lingüisticamente, criando o conceito árvore. Afirmando que

---

<sup>50</sup> STRECK, Lênio Luiz.. 2004, p. 107. No mesmo sentido, COSSIO Carlos. 1944 p. 96.

<sup>51</sup> IVO, Gabriel. A Incidência da Norma Jurídica – O Cerco da Linguagem. 2000, p. 29-30.

<sup>52</sup> MENDONÇA, Daniel. **Interpretación y Aplicación del Derecho**. 2. ed. Almería: Universidad de Almería Servicio de Publicaciones, 1998, p. 54.

<sup>53</sup> Idem, p. 55. Tradução livre: “justificar normativamente a qualificação deóntica de uma ação mediante um sistema de normas consiste em mostrar que de dito sistema se infere a obrigação, a proibição ou a permissão da conduta de referência”.

<sup>54</sup> COSSIO Carlos. 1944., p. 96.

determinados dados sensoriais equivalem ao conceito árvore, tem-se a proposição "isto é uma árvore", ou confrontando dois conceitos, "árvore e verde", pode-se dizer: "a árvore é verde". No caso do direito, o suporte físico é a linguagem, em regra, sob a forma escrita.

Sendo assim, a equação "sujeito x objeto" não pode ser aceita como bastante e suficiente para representar o conhecimento, pois é incompleta.

Assim, insertos no conhecimento encontramos os seguintes componentes: "a) sujeito cognoscente; b) os atos de percepção e de julgar; c) o objeto do conhecimento; d) a proposição (onde diversas relações de conceitos formam estrutura)".<sup>55</sup> Desta feita, o conhecimento, que tem um cunho ontognosiológico, manifesta-se da seguinte maneira: o sujeito capta um determinado dado sensorial fenômeno, reveste-o num arcabouço lingüístico, gerando o objeto, mediante a expressão de uma proposição ou juízo significação.<sup>56</sup>

As proposições são importantíssimas para o conhecimento. Sem elas o próprio conhecimento inexistiria, pois conhecer "significa saber proposições sobre".<sup>57</sup> Ou seja, é manifestado em linguagem. O direito, enquanto ser, não pode ser apreendido, mas sua manifestação lingüística ora sob o prisma da norma, ora sob o prisma do fato, ora sob o prisma do valor.

Desta feita, faz-se necessário construir seu objeto material a partir de sua aparição, a linguagem. Assim, nesta perspectiva, pode-se afirmar que o objeto material do direito consiste na manifestação lingüística do direito.

#### 4. Determinação do objeto formal

Para se produzir conhecimento científico – espécie do gênero conhecimento –, que é um redutor de complexidade, faz-se mister destacar do objeto material, ente lingüístico, a característica que se

---

<sup>55</sup> VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 37.

<sup>56</sup> Idem, p. 37.

<sup>57</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Sujeição Passiva e Responsáveis Tributários**. *Direito, Revista de Pós Graduação em Direito*, PUC, n° 2. S. Paulo: Max Limonad, 1995, p. 260.

pretende conhecer. Esta redução é essencial para o conhecimento, pois ele não deve reproduzir o objeto, mas destacar as notas importantes que o identificam<sup>58</sup>. Se o conhecimento coincidissem com a realidade, este perderia sua função, tal qual o mapa de uma cidade que fosse veiculado do tamanho da cidade que o representa, na feliz visão de Jorge Luís Borges.<sup>59</sup>

Através da abstração – “ato de separar mentalmente um ou mais elementos de uma totalidade complexa”<sup>60</sup> –, o sujeito retira do emaranhado lingüístico em que está disposto o enunciado prescritivo (texto da lei), a forma lógica. Este processo faz eclodir o **objeto formal**, *conditio sine qua non* para que se produza ciência. Esta operação se dá a

---

<sup>58</sup> Nas palavras de Piero Calamandrei: “toda investigación científica trata de simplificar lo que en la vida es complejo y múltiple, extrayendo de ello solamente unos pocos caracteres esenciales”. Tradução livre: “toda investigação científica trata de simplificar o que na vida é complexo e múltiplo, extraindo dele somente uns poucos caracteres essenciais”. CALAMANDREI, Piero. La génesis lógica de la sentencia civil. In: **Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 416. No mesmo sentido, Eurico Marcos Diniz de Santi. (SANTI, Eurico Marcos Diniz. Norma, Evento, Fato, Relação Jurídica, Fontes e Validade no Direito. In **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho** (Coord. Eurico Marcos Diniz de Santi). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23.

<sup>59</sup> “Naquele Império, a Arte da Cartografia logrou tal perfeição que o mapa de uma única província ocupava toda uma Cidade e o mapa do Império, toda uma Província. Com o tempo, esses mapas desmedidos não satisfizeram e os Colégios de Cartógrafos levantaram um Mapa do Império, que tinha o tamanho do Império e coincidia pontualmente com ele. Menos adictas ao Estudo da Cartografia, as gerações seguintes consideraram que esse dilatado Mapa era inútil e não sem impiedade o entregaram às inclemências do Sol e dos Invernos. Nos desertos do oeste perduram despedaçadas Ruínas do Mapa, habitadas por animais e por mendigos; em todo o país não há outra relíquia das Disciplinas Geográficas.” BORGES, Jorge Luis. **O Fazedor**. Do rigor em Ciência. Trad. Rolando Roque da Silva. 4 ed. Bertrand Brasil, 1987, p. 95.

<sup>60</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. edição, revista e aumentada, 36. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 16.



partir de um corte epistemológico. Tal corte é constitutivo do objeto formal.

A abstração, além de arbitrária, é artificial, pois não apreende o objeto material em sua inteireza, mas aquilo de que se pretende emitir proposições. A arbitrariedade não é, no entanto, absoluta, todavia é condicionada pelo tipo de conhecimento que se quer produzir.

Cada objeto formal pertence a uma determinada área do conhecimento científico – o objeto biológico pertence às ciências biológicas, assim como os objetos sociais a cada uma das ciências sociais.<sup>61</sup>

Fica evidenciado que é problema crucial para a ciência a fixação do seu objeto. A ciência do direito não foge à regra. Desta forma, como já assentado, mediante um corte epistemológico, é possível, abstrair, do objeto material direito positivo enquanto manifestação linguística, o formal.

Partindo da aparição do fenômeno jurídico, revestido em linguagem pelo sujeito, ou seja, fato, valor e norma (os dois últimos como manifestação da idealidade), abstrai-se qual aspecto se pretende seccionar para que se possam emitir proposições científicas.

Como o presente estudo tem por foco o objeto da ciência do direito em sentido estrito ou dogmática jurídica, não se poderia isolar, como objeto formal, a categoria **fato** ou **valor**, visto que o produto da averiguação desses objetos seria sociologia jurídica e axiologia jurídica, respectivamente. Desta feita, não se dará ênfase a estas duas formas de manifestação do fenômeno jurídico, para, a partir da categoria **norma**, construir a ciência do direito, em sentido estrito (dogmática jurídica). Para se produzir esse tipo de conhecimento científico, impõe-se reconstruir o fenômeno jurídico como o direito positivo válido. A norma é produto do processo gerativo de sentido que se inicia do contato do intérprete com o texto de direito positivo.

No sistema de direito escrito, no caso do Brasil, a norma é construída a partir dos enunciados, em sua esmagadora maioria, escritos

---

<sup>61</sup> VILANOVA, Lourival. 1997, p. 38.

(lei *lato sensu*). Tais enunciados são, na realidade, suportes materiais que se apresentam ao sujeito cognoscente.

A partir desse suporte, o sujeito realiza um corte epistemológico, construindo, dos textos do direito positivo, o plexo de normas válidas, no sentido kelseniano.

Esta abstração, como já salientado, é, também, uma reconstrução lingüística determinadora do conhecimento a ser produzido.

## 5. Conclusão

a. Desde os primórdios da civilização ocidental a linguagem tem sido tratada como componente essencial para a fixação do conhecimento humano. Inicia-se com os sofistas e avança com a produção de Platão e de Aristóteles. Esta análise está totalmente vinculada com a verdade, que é uma proposição sobre algo.

b. A verdade até a modernidade é vista como correspondente à realidade. Nos séculos XVIII e XIX começa a haver uma mudança com relação à vinculação da verdade com a realidade. Destaca-se atualmente a idéia de verdade como produto do consenso entre os sujeitos do discurso acerca de um ponto. Esta é a versão adotada neste trabalho.

c. Os diferentes níveis de linguagem serão utilizados por Kelsen como critério distintivo entre linguagem da ciência do direito e linguagem do direito positivo.

d. Com Habermas, a enunciação verdadeira de um pensamento representa um fato. Esta idéia de fato como fenômeno lingüístico será central na teoria jurídica de Paulo de Barros Carvalho, sendo que a verdade em Habermas consiste em um consenso entre os partícipes do discurso.

e. Não é possível existir prescrição jurídica destituída de formulação lingüística.

f. O conhecimento sempre será dirigido a algo que o objetiva. O objeto material do direito é a sua manifestação lingüística seja como fato, valor e norma

g. O objeto do conhecimento é um signo lingüístico construído pelo homem. O signo se manifesta sob a forma iconográfica, indiciária

e simbólica. O direito, em regra, insere-se no universo simbólico, pois se manifesta mediante palavras. Estas, por sua vez, possuem relação convencional com o objeto que as representa.

h. A estrutura do signo que melhor se adequa ao direito é a triádica, desenvolvida por Edmund Husserl, que é formada por suporte físico, significado e significação. No direito, o suporte físico é um enunciado expressional emitido em um documento normativo (lei, sentença etc.) que se refere a um objeto da realidade (significado) gerando, no sujeito cognoscente, significação.

i. O objeto formal da dogmática jurídica consiste no aspecto normativo do direito positivo, já que o aspecto social e o valorativo corresponde, respectivamente, ao objeto da sociologia jurídica e da axiologia jurídica.

j. A norma jurídica é uma significação emitida sob a forma lógica: Deve-ser que dado um antecedente, deve ser o conseqüente ou, não ocorrendo o conseqüente, deve ser a sanção. ( $A \rightarrow C$ . -  $C \rightarrow S$ ). Assim, lei e norma se distinguem. A primeira, um suporte físico; a segunda, uma forma de significação prescritiva.



## **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E SEUS REFLEXOS NO CAMPO CONTRATUAL**

---

**Marcos A. de A. Ehrhardt Júnior**

Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professor Substituto de Direito Civil da UFAL, da FADIMA/CESMAC e da FAL.

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. Solidariedade: uma idéia em permanente construção. 3. Solidarismo contratual. 4. Conclusão.

### **I. Introdução**

Se no campo político estamos vivenciando um período de calmaria ideológica, sem grandes embates quanto a modelos econômico-sociais, como ocorria durante a Guerra Fria; No mundo acadêmico, isso não é muito diferente. No campo do estudo do Direito, há tempos não se percebe um grande dissenso doutrinário. Parece que todos estão vivendo um momento de aparente unidade sistemática, de unanimidade quanto a alguns institutos.

No campo dos contratos, entretanto, um novo debate vem aflorando. Atualmente, podemos claramente definir duas concepções opostas sobre este instituto: uma tradicional, focada no liberalismo econômico, que o enxerga como um compromisso de interesses divergentes (antagônicos); e outra mais inclinada a entendê-lo como um ato de auxílio mútuo (colaboração), a partir de uma perspectiva solidarista.

Ingressamos então numa das questões mais tormentosas para o jurista: o problema da legitimação do direito, que passa pela delimitação do sentido de Justiça. Para a nova dinâmica das relações sociais, a Justiça, enquanto código formal, racional e genérico, calcado na noção de igualdade, revela-se insuficiente, uma vez que a preocupação do intérprete e aplicador do direito deve estar voltada para o aspecto material e concreto do conceito, que se expressa nas indagações acerca daquilo que deverá ser repartido (proporcionalmente) e com quem.

Dentre as opções disponíveis, caberá ao julgador buscar o equilíbrio entre aquelas que aproveitem ao máximo as circunstâncias particulares, só se justificando desigualdade de tratamento quando vantajosas a todos, ou seja, quando interessem à coletividade. Neste sentido cumpre analisar os traços distintivos do princípio da solidariedade, diante deste novo pensar acerca da teoria contratual em nosso sistema jurídico.

## **2. Solidariedade: uma idéia em permanente construção**

Por muito tempo as tentativas de se estabelecer os contornos de um princípio que consagrasse o valor solidariedade eram sempre rotuladas de idéias socialistas e meramente afastadas por conta de uma pré-compreensão equivocada sobre os objetivos de seus formuladores. Alguns juristas buscaram encontrar alternativas para o liberalismo que historicamente impregnava o estudo do direito privado, sem, contudo, aproximar-se das idéias do socialismo político. Apenas se afirmava a primazia do social e a correlativa necessidade de ver o contrato como um vínculo que impunha aos contratantes o dever mútuo de ajudar ao outro. Neste diapasão, Léon Duguit sustentava que

[...] o ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade [...] o fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, [...] [no] indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direitos, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. [...] Se uma doutrina adota como lógica definida a igualdade absoluta e matemática dos homens, ela se opõe à realidade e por isso deve ser prescindida.<sup>1</sup>

Duguit entendia o homem enquanto ser social, derivando os seus direitos subjetivos das suas obrigações sociais<sup>2</sup>, por isso acreditava que “a consciência de uma sociabilidade sempre esteve presente,

---

<sup>1</sup> DUGUIT, Pierre M. N. Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 15-17.

<sup>2</sup> Idem, p. 19.

enquanto dependência do homem em relação à comunidade; e também a consciência da sua individualidade”.<sup>3</sup>

Durante todo o século XX a noção de solidariedade social era sempre reduzida à perspectiva da caridade, do auxílio ao próximo motivado por pura liberalidade, aproximando-se, pois, da filantropia. No entanto, não é nosso objetivo colaborar para manter a noção de solidariedade como um sentimento genérico de fraternidade. Neste sentido:

A solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.<sup>4</sup>

Neste ponto é preciso anotar que a adoção do discurso de Duguit não serve para legitimar violações da dignidade humana sob pretexto de atendimento às necessidades do grupo social. Em sua dimensão ontológica a dignidade é compreendida como qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente, não podendo ser criada ou retirada, embora possa ser violada. Desse modo, a dignidade não poderia ser objeto de desconsideração, mesmo que em relação a pessoas incapazes, indignas ou infames, por se tratar de um dado prévio.

Considere-se ainda a dimensão comunicativa e relacional do princípio da dignidade humana, já que sempre se analisa a noção de dignidade partindo de relações interpessoais, vez que a intersubjetividade implica necessidade de reconhecimento pelo outro. Neste ponto, vale anotar que sob esta perspectiva, a dignidade “implica

---

<sup>3</sup> DUGUIT, Pierre M. N. 1996, p. 21. Aduz ainda o mencionado autor que “O homem desfruta o direito de desenvolver sua atividade com liberdade, mas, ao mesmo tempo, só possui esse direito enquanto consagra seu exercício à realização da solidariedade social” (p. 28).

<sup>4</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade, In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (coord.), Os princípios da Constituição de 1988, p. 178. Apud ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 173.

numa obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de deveres e direitos correlativos”<sup>5</sup>, garantindo-se o mesmo nível de consideração e respeito a todos, sem que isso sirva para legitimar a tese de que é possível sacrificar a dignidade pessoal em benefício do corpo social.

No campo do direito privado é fundamental esclarecer que tal compreensão da dignidade não implica impossibilidade de se colocar alguém “em situação de desvantagem em prol de outrem”, mas sim que as pessoas nunca poderão ser “tratadas de tal forma que se venha a negar importância distintiva de suas próprias vidas”<sup>6</sup>. Para Duguit, portanto, a “solidariedade social é que constitui os liames que mantêm os homens unidos”. Entretanto, o homem procura sempre dirigir a sua solidariedade para os membros de um grupo determinado<sup>7</sup>.

Destarte, a noção de dignidade apresenta, uma dimensão dúplice, ao mesmo tempo defensiva (serve como limite, ao orientar direitos fundamentais) e prestacional (cria tarefas, ou seja, deveres cometidos ao Estado). Não percamos de vista a dimensão histórico-cultural deste conceito, que reclama concretização e permanece em processo de contínuo desenvolvimento. Desse modo, as dimensões cultural e natural da dignidade humana interagem e se complementam, permitindo a construção de um conceito objetivo da noção, de matiz secularizada e universal.

Pelo exposto acima, fica evidente que as noções de dignidade humana e solidariedade são complementares e não reciprocamente excludentes. A partir da síntese de tais noções, através de um juízo de ponderação, é possível avançar na busca de um sentido social de

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*, p. 23/24.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 36.

<sup>7</sup> DUGUIT, Pierre M. N. Léon. 1996., p. 22-3. Tem-se aqui o conceito de “solidariedade por semelhança”. Para o autor, o direito fundado na solidariedade social impõe aos indivíduos o dever de não atentar contra a solidariedade, além de dirigir sua atividade a fim de desenvolvê-la organicamente. Ocorre que se devem impor deveres diferentes para as pessoas de acordo com seu potencial.



contrato, vinculado às idéias de justiça social preconizadas no texto constitucional.

### 3. Solidarismo contratual

O “solidarismo” é uma expressão polissêmica no campo do direito<sup>8</sup>. Pode referir-se, por exemplo, no campo das obrigações, à solidariedade ativa ou passiva, em que duas ou mais pessoas se obrigam ao cumprimento integral da prestação. No campo dos contratos quer significar a obrigação imposta aos contratantes de colaboração mútua, sobretudo para melhor deslinde de relações cada vez mais complexas entre as pessoas. Não se trata de uma pluralidade de deveres, mas de uma obrigação recíproca entre as partes, a ser observada durante toda a execução do contrato.

O solidarismo contratual pode ser descrito como a doutrina que erige como princípio do direito dos contratos a exigência de lealdade, solidariedade ou boa-fé e impõe aos contratantes a obrigação de

---

<sup>8</sup> Importante destacar que tal expressão “solidarismo” não deve ser confundida com a noção de “solidariedade”. Este movimento não se limita ao direito dos contratos, existindo uma perspectiva geral do tema e uma mais estrita, forjada no campo contratual. Philippe Remy registra que tal corrente de pensamento conforma-se a partir da obra de Léon Bourgeois, publicada em 1896, mas que o neologismo “solidarismo” acabou sendo popularizado por Célestin Bouglé, após a publicação de obras que tratava do solidarismo, por volta de 1907. O referido autor aponta ainda os trabalhos do economista Charles Gide (1847-1932) e do filósofo Alfred Fouillée (1838-1912) como os precursores das idéias depois defendidas por Bourgeois e Bouglé. Curioso anotar que as idéias solidaristas diferem em intensidade nas obras de Bourgeois e Bouglé, sobretudo pelas diferenças em sua atuação profissional. Léon Bourgeois Victor-August (1851-1925) era um político extremista, enquanto que Célestin Bouglé era um professor de filosofia social da universidade de Toulouse. No início, as idéias defendidas por ambos os autores inspiraram seguidores, dentre os quais se podem destacar Duguit e Saleilles entre os privatistas. A visão civilista de solidarismo que se encontra em Saleilles, embora mais complexa é mais moderada que a defendida por Duguit, o que nas gerações seguintes acabou influenciando Demogue em seu tratado das obrigações, onde encontramos expressões como “ordem social”, cooperação social. Tal doutrina sai de cena em 1930. (Cf. La g  nese du solidarisme. In GRYBAUM, Luc; NICOD, Marc. **Le solidarisme Contractuel**. Paris, no primeiro capítulo da obra).

colaborar<sup>9</sup>. A jurisprudência permanece reticente com o instituto, enquanto que a doutrina mais tradicional, impregnada dos valores clássicos do liberalismo, praticamente desconsidera a importância desse formato de socialização da relação contratual. Só há poucos anos é que a doutrina do solidarismo contratual passou a ser aceita por um maior número de pessoas. O potencial polêmico da matéria é enorme. Alguns ressaltaram a impossibilidade de sua utilização por conta da segurança jurídica que ficaria ameaçada, vez que o conteúdo da avença ver-se-ia passível de alteração pelo magistrado a qualquer momento.

Para Nelson Rosenvald o direito de solidariedade se desvincula de uma mera referência a valores éticos transcendentais, “adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum”<sup>10</sup>. E prossegue afirmando que:

Longe de representar uma simples carta programática, ou um vago programa político, a solidariedade será padrão interpretativo-integrativo do sistema, referência de leitura para as outras normas constitucionais e o ordenamento. O art. 3º [CF/88] enceta na solidariedade a teleologia da justiça distributiva com referência à igualdade substancial. O princípio da solidariedade provoca a transposição do indivíduo para a pessoa. A liberdade absoluta que permitia a cada um atingir o máximo de suas potencialidades cede espaço para a projeção da pessoa que coexiste em sociedade<sup>11</sup>.

Daniel Sarmento aduz que a solidariedade “implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum”<sup>12</sup> e prossegue afirmando que:

---

<sup>9</sup> Com a adoção desta expressão, procura-se evitar as dificuldades de apreensão de seu conteúdo, tão comuns quando utilizada o termo “solidariedade social”. No entanto, ao longo do texto, tais expressões por vezes foram utilizadas como sinônimos.

<sup>10</sup> ROSENVALD, Nelson. 2005, p. 173.

<sup>11</sup> Idem, p. 179.

<sup>12</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

Ela [a solidariedade] significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais<sup>13</sup>.

No sistema jurídico brasileiro, a perspectiva solidarista encontra fundamento no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e no inciso XXIII de nossa Constituição Federal, que torna imperiosa a tentativa de conciliação entre duas idéias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas<sup>14</sup>.

Limitando tais idéias ao âmbito do direito das obrigações, adentramos no campo do que Ian Macneil<sup>15</sup> costumava denominar contratos relacionais, categoria para a qual, segundo o citado autor, o simples consenso não é suficiente para a criação de obrigações contratuais. A existência do contrato não depende apenas e tão-somente do consentimento, mas também de uma expectativa de confiança entre

---

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. 2004, p.338.

<sup>14</sup> Gerson Luiz Carlos Branco sustenta que a “dimensão da socialidade também é reconhecida pelo forte poder normativo que os valores sociais produzem em relação ao direito e, nesse aspecto, as disposições e referências constantes aos usos (arts. 113, 429 e 432 do CC/02), aos costumes ou costumes do lugar (arts. 596, 615, 695, 701, 872 do CC/02) são reveladores dessa dimensão. Cf. “Culturalismo de Miguel Reale e sua Expressão no Novo Código Civil”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 69/70.

<sup>15</sup> CAMPBELL, David. **Ian Macneil and the Relational Theory of Contract**. Discussion Paper 04/IE. Center for Legal Dynamics of Advanced Market Societies: Kobe University, 2004. A teoria dos contratos relacionais surge com os trabalhos de Ian Macneil publicados na década de 1960, onde ele contrapõe duas formas de contratar: (a) *discret contract* e (b) *relational contract*. Seu trabalho não exclui a importância da doutrina tradicional, mas introduz uma nova perspectiva nas relações negociais. Para Macneil, os contratos relacionais envolvem pessoas que trabalhavam em conjunto numa relação de co-operação. Esta cooperação na maioria dos casos não está vinculada aos objetivos da outra parte, mas sim à própria atividade negocial.

as partes<sup>16</sup>, que significa a adoção de um comportamento que possa ser previsível à outra parte, estando assim apto a concretizar o princípio da função social previsto no texto constitucional.

Há de se vislumbrar que em alguns contratos de longo prazo a sanção não será imposta, mas, como o resto, negociada, pois os contratantes não disciplinaram exaustivamente os eventos futuros, pelo que, durante a execução, ajustes serão necessários. A disputa nestes casos dirige-se ao que ainda irá acontecer, e não ao que já ocorreu.

No entanto, o cuidado que devemos ter é para que tal doutrina não se torne uma justificativa ideológica a um intervencionismo desorientado<sup>17</sup>. Ainda não houve uma grande confrontação ou qualquer trabalho de síntese dessas correntes acima mencionadas. Há quem defenda um solidarismo voluntário (não-cogente), em que as próprias partes acordam em colaborar mutuamente. E outra que coloca o solidarismo como um imperativo social, um solidarismo cogente, no qual competiria à lei ou ao magistrado aplicá-lo nas relações contratuais, até mesmo reescrevendo cláusulas contratuais. Neste sentido, lembra Daniel Sarmento que se o Direito não pode penetrar no psiquismo das pessoas para obrigá-las a ser solidárias, exigindo-lhes um sentimento fraterno em relação aos seus semelhantes, pode “condicionar o comportamento externos dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas”<sup>18</sup>.

Cabe aqui lembrar lições de Pietro Perlingieri, para quem as situações patrimoniais demandam a indispensável cooperação entre os seus partícipes.<sup>19</sup> É este espírito de cooperação que densifica o primado

---

<sup>16</sup> Aqui vale reportar-nos ao capítulo relativo aos deveres gerais de conduta para ressaltar que essa expectativa de confiança deve estar presente em qualquer forma contratual em face do imperativo da boa-fé que rege as relações negociais.

<sup>17</sup> Cf. La g nese du solidarisme. In: GRYBAUM, Luc; NICOD, Marc. **Le solidarisme Contractuel**. Paris, no primeiro capítulo da obra.

<sup>18</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. 2004, p. 339. O autor cita Maria Celina Bodin de Moraes para explicar que “não se faz necessário exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se sentisse”. (p. 339, nota 833).

<sup>19</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 121-122.

da solidariedade social, apontando o rumo a ser seguido em qualquer relação contratual, limitando atos de autonomia privada que desviem desta rota. Nem é necessário sublinhar que a perspectiva solidarista impõe o dever de não agir contra ato próprio<sup>20</sup>. O Direito civil que se desenha hoje é pautado pela “colaboração intersubjetiva no tráfego negocial”.<sup>21</sup>

#### 4. Conclusão

Independentemente do resultado, o embate entre estas visões antagonistas de contrato faz renascer as discussões em torno do assunto. E, no sistema brasileiro, já se pode começar a questionar se o solidarismo contratual é apenas um mito ou representa a realidade que necessita ser conformada. Para a doutrina solidarista, o que deve dirigir as partes na celebração do negócio, durante sua duração e mesmo após o término da mesma, são a boa-fé, a lealdade e a solidariedade. A solidariedade repousa num único dever que gera uma multiplicidade de deveres de conduta exigíveis de qualquer das partes.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento consentâneo com o primado do solidarismo contratual, ao reconhecer em diversos casos, que ao lado da tradicional dicotomia entre inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo (mora), há que se reconhecer a possibilidade de ocorrência de *adimplemento substancial*, quando a parcela do descumprimento da avença é de pequena monta em

---

<sup>20</sup> O “venire contra factum proprium” é uma vedação decorrente do princípio da confiança. Trata-se de um tipo de ato abusivo de direito. Referida vedação assegura a manutenção da situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais, onde não se admite a adoção de condutas contraditórias. Trata-se de **“uma regra de coerência, por meio do qual se veda que se aja em determinado momento de uma certa maneira e, ulteriormente, adote-se um comportamento que frustra, vai contra aquela conduta tomada em primeiro lugar”**. Portanto, o “venire contra factum proprium no potest” significa a proibição de ir contra fatos próprios já praticados. (RODRIGUES, Marcelo Capi. Da incidência do princípio da boa-fé objetiva no pagamento fracionado conforme o art.314 do novo Código Civil. Disponível on line <http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-set2004/artigo5.html>. Acesso em 8.11.2006)

<sup>21</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil Brasileiro: em Busca da “Ética da situação” In: **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil**, p. 132.

relação ao objeto contratado, o que acarreta a impossibilidade do credor de pleitear a resolução do pacto, limitando-se sua pretensão ao cumprimento específico do acordado ou indenização pelas perdas e danos eventualmente apuradas no caso concreto. Neste sentido, vale transcrever as seguintes ementas, para ilustrar tal entendimento:

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora.** Recurso não conhecido. (REsp 469.577/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25.03.2003, DJ 05.05.2003 p. 310)

**AGRAVO REGIMENTAL. VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. BUSCA E APREENSÃO.**

**INDEFERIMENTO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO.**

**REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.**

**1. Tendo o decisum do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial, ut súmula 07/STJ.**

**2. Agravo regimental não provido.**

(AgRg no Ag 607.406/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09.11.2004, DJ 29.11.2004 p. 346)

Esta mitigação do direito de resolução do contrato, até então encarado como prerrogativa de caráter absoluto estipulada em benefício dos interesses do credor é uma demonstração inequívoca que vivemos novos tempos na teoria contratual pátria, que certamente exigirão dos operadores jurídico especial cuidado com a interpretação das disposições contratuais em atenção ao ideário de justiça material extraído das noções de dignidade humana e solidariedade social que promanam do texto constitucional.

## **TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NA AÇÃO DE ALIMENTOS E INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE**

---

**Maria Berenice Dias**

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família –  
IBDFAM

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. Na ação de alimentos. 3. Na ação investigatória de paternidade. 4. Conclusão.

#### **1. Introdução**

Uma verdade que se tem por absoluta é que os alimentos são devidos desde a data da citação, até porque isso é o que está escrito na Lei de Alimentos (LA, 5.578-68, art. 13, § 2º): *Em qualquer caso os alimentos fixados retroagem à data da citação.* Como há a determinação de incidência dessa lei às ações de separação, de anulação de casamento e às revisionais, em todas as demandas em que há a fixação de verba alimentar, o encargo tem como termo inicial o ato citatório.

Parece que este é um ponto que ninguém questiona: alimentos são devidos desde o momento em que o réu foi citado para a ação. Seja em demanda autônoma, seja o encargo alimentar estabelecido em ação outra, a eficácia da sentença tem efeito retroativo.

#### **2. Na ação de alimentos**

Para assegurar a tutela diferenciada que determinados direitos merecem, leis especiais prevêm ritos abreviados. Assim, os alimentos, que dizem com a subsistência, com a sobrevivência, necessitam de adimplemento imediato. Por isso, mediante a prova do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar (LA, art. 2º), o juiz estipula, desde logo, alimentos provisórios. Aliás, mesmo se não requeridos, os alimentos devem ser fixados, a não ser que o credor expressamente declare que deles não necessita (LA, art. 4º).

Os alimentos são devidos a partir do momento em que o juiz os fixa. Equivocado o entendimento que, invocando o § 2º do art. 13 da

Lei de Alimentos, sustenta que os alimentos provisórios se tornam exigíveis somente a partir da citação do devedor. Não há como sujeitar o pagamento ao ato citatório. Desempenhando o devedor atividade assalariada, ao fixar os alimentos, o juiz oficia ao empregador para que ele, desde logo, dê início ao desconto da pensão na folha de pagamento do alimentante. Os descontos passam a acontecer mesmo antes da citação do réu. Porém, não dispondo o alimentante de vínculo laboral, não há como lhe conceder prazo distinto para iniciar o pagamento dos alimentos, qual seja, só após ser citado. Descabido tratamento diferenciado. Além de deixar o credor desassistido, estar-se-ia incentivando o devedor a esquivar-se da citação, a esconder-se do Oficial de Justiça.

Deferidos alimentos provisórios são devidos até o momento em que eventualmente venham a ser modificados: no curso da demanda, pela sentença ou quando do julgamento do recurso. Alterado seu valor, passa a vigorar o novo montante, quer tenha sido majorado, quer tenha sido reduzido. A eficácia retroativa dos alimentos definitivos vai depender se houve aumento ou diminuição de valores. Este tratamento diferenciado decorre do princípio da irrepetibilidade do encargo alimentar. Assim, fixados os alimentos provisórios, devem eles ser pagos. Havendo redução, o novo valor terá eficácia *ex nunc*, ou seja, só valerá com relação às parcelas futuras. As prestações vencidas, ainda que impagas, continuam devidas pelo valor estipulado a título provisório, pois não há como emprestar efeito retroativo à decisão, sob pena de incentivar-se a inadimplência. Somente quando são estabelecidos alimentos definitivos em valor maior que a verba provisória é que cabe falar em retroatividade. O devedor terá que proceder ao pagamento da diferença desde a data da citação. Há que atentar a um detalhe: como os alimentos provisórios vigem desde a data da fixação, e os definitivos retroagem à data da citação, havendo majoração do valor dos alimentos, a diferença alcança somente as parcelas vencidas depois da data da citação. As prestações vencidas entre a data da fixação liminar e a citação permanecem pelo valor provisório.

Esta sempre foi a posição pacífica da jurisprudência com o respaldo da doutrina amplamente majoritária. Porém, nada justifica limitar a obrigação alimentar ao ato citatório. Os encargos do poder familiar surgem quando da concepção do filho, eis que *a lei põe a salvo*



*desde a concepção os direitos do nascituro* (CC, art. 4º). Ora, com o nascimento, mesmo antes de o pai proceder ao registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres inerentes ao dever familiar, entre os quais o de assegurar-lhe o sustento e a educação. Enquanto os pais mantêm vida em comum, o genitor tem o filho sob sua guarda, e os deveres decorrentes do poder familiar constituem obrigação de fazer. Cessada a convivência dos genitores, não se modificam os direitos e deveres com relação à prole (CC, arts. 1.579 e 1.632). Restando a guarda do filho com somente um dos pais, a obrigação decorrente do poder familiar resolve-se em obrigação de dar, consubstanciada no pagamento de pensão alimentícia.

Assim, o genitor que deixa de conviver com o filho deve alcançar-lhe alimentos de imediato: ou mediante pagamento direto e espontâneo, ou por meio da ação de oferta de alimentos. Como a verba se destina a garantir a subsistência, precisam ser satisfeitas antecipadamente. Assim, no dia em que o genitor sai de casa, deve pagar alimentos em favor do filho. O que não pode é, comodamente, ficar aguardando a propositura da ação alimentar e, enquanto isso, quedar-se omissos e só adimplir a obrigação após citado.

Cabe lembrar que, na ação de alimentos, há inversão dos encargos probatórios. Ao autor cabe comprovar o vínculo de parentesco ou a obrigação alimentar do réu, bem como indicar as circunstâncias em que ocorreu a mora, ou seja, a data em que houve a cessação do convívio e o não-pagamento dos alimentos. Não há como lhe impor que comprove os ganhos do demandado, pois são informações sigilosas que integram o direito à privacidade. É do réu o ônus de provar seus ganhos para que o juiz possa fixar os alimentos atendendo ao critério da proporcionalidade. Também a ele compete demonstrar que continuou assegurando a subsistência do filho a partir do momento que deixou o filho de estar sob sua guarda.

Em se tratando de obrigação decorrente do poder familiar, é inequívoca a ciência do réu do direito reclamado pelo autor. Portanto, não há por que constituir o devedor em mora pelo ato citatório para lhe impor o adimplemento da obrigação alimentar (CPC, art. 219). A mora constituiu-se quando deixa o pai de prover o sustento do filho. Assim, na ação mister que reste provado o parentesco, os ganhos do genitor bem como o momento em que ele deixou de adimplir a obrigação de prover o sustento do filho. Por ocasião da sentença, o juiz fixará os

alimentos indicando o termo inicial de sua vigência: aquém da data da citação e aquém da data da propositura da ação. O *dies a quo* será o momento em que houve a cessação do adimplemento do dever de sustento que decorre do poder familiar. Este é o marco inicial da obrigação alimentar.

### 3. Na ação investigatória de paternidade

Nas ações de alimentos, separação, anulatória de casamento, entre outras, existe a prova pré-constituída do vínculo obrigacional alimentar. Daí a possibilidade de uso de lei especial (Lei 5.478-68), que dispõe de rito diferenciado e admite a concessão de tutela antecipada por meio da fixação de alimentos provisórios.

Na ação de investigação de paternidade, inexistente o vínculo constituído da relação de parentesco. Aliás, este é o próprio objeto da ação. Ainda assim, por salutar construção jurisprudencial, passou-se admitir a concessão de alimentos provisórios nessa demanda. Havendo indícios da parentalidade, são fixados alimentos *initio litis*. Também cabe deferir alimentos provisórios, de modo incidental, com o resultado positivo do exame de DNA ou quando se recusa o réu a submeter-se à perícia.

Sendo os alimentos fixados por ocasião da sentença, o eventual recurso, no que diz com o encargo alimentar, dispõe do só efeito devolutivo. Em qualquer dessas hipóteses cabe promover a execução dos alimentos, ainda antes do trânsito em julgado da ação investigatória.

Depois de algumas vacilações, a jurisprudência, ao atentar à natureza declaratória da demanda investigatória de paternidade, deu mais um significativo passo, e o Superior Tribunal de Justiça veio a editar a Súmula 227: *Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação*.

Acabou por invocar-se o art. 13, § 2º da Lei de Alimentos. A solução foi providencial. Uma bela forma de dar um basta à postura procrastinatória do réu, que fazia uso de expedientes protelatórios e um sem-número de recursos manifestamente improcedentes para retardar o desfecho da ação. Como a condenação ao pagamento dos alimentos ocorria somente na sentença, livrava-se o réu durante anos, ou décadas, do encargo alimentar.

Mas pai é pai desde a concepção do filho. A partir daí, nascem os ônus, encargos e deveres decorrentes do poder familiar. O simples fato de o genitor não assumir a responsabilidade parental não o desonera. No entanto, é isso o que se vê acontecer todos os dias. Ao saber que a namorada ou companheira está grávida, o homem tenta induzi-la ao aborto, nega ser o pai, a abandona. Ameaça denegrir sua imagem arguindo a malsinada *exceptio plurium concubentium* e que levará vários amigos como testemunhas para afirmarem que tiveram contato sexual com ela. A mulher, fragilizada, muitas vezes abandonada pela família, acaba criando o filho sozinha. Tem enorme dificuldade de procurar um advogado, de amealhar provas de um relacionamento íntimo que lhe causou tanto sofrimento e que, muitas vezes, por imposição do varão, se manteve na clandestinidade.

Mas o filho tem direito à identidade, à proteção integral, merece viver com dignidade, precisa de alimentos, quer ter alguém para chamar de pai. Quando, depois de vários anos, consegue obter o reconhecimento da paternidade, os alimentos injustificadamente são fixados a partir da citação do réu, como se o filho tivesse nascido naquele dia. Essa orientação consolidada da jurisprudência esquece o que se chama de responsabilidade parental. Nenhum pai mais irá acompanhar a mãe, registrar o filho e pagar alimentos sabendo que, se ficar inerte e lograr safar-se da citação, poderá ficar anos sem arcar com nada.

O filho necessita de cuidados especiais mesmo durante a vida intra-uterina. A mãe tem que se submeter a exames pré-natais, e o parto sempre gera despesas, ainda que feito pelo SUS. Durante a gravidez, a mãe precisa de roupas apropriadas e adequada alimentação, sem olvidar que tem sua capacidade laboral reduzida durante a gestação e depois do nascimento do filho. Também seus ganhos são limitados no período da licença-maternidade.

É necessário dar efetividade ao princípio da paternidade responsável que a Constituição (art. 227) procurou realçar quando elegeu, como prioridade absoluta, a proteção integral a crianças e adolescentes, delegando não só à família, mas à sociedade e ao próprio Estado, o compromisso pela formação do cidadão de amanhã. Esse compromisso é também do Poder Judiciário, que não pode simplesmente desonerar o genitor de todos os encargos decorrentes do

poder familiar e, na ação investigatória de paternidade, responsabilizá-lo exclusivamente a partir da citação.

Mas há outro princípio constitucional que necessita ser invocado: o que impõe tratamento isonômico aos filhos, vedando discriminações (CF, art. 227, § 6º). O pai responsável acompanha o filho desde sua concepção, participa do parto, registra o filho, embala-o no colo. Com relação ao filho que não recebeu estes cuidados, deve a Justiça procurar suavizar essas desigualdades e não as acentuar ainda mais limitando a obrigação alimentar do genitor, relapso.

Claro que a alegação do demandado sempre será de que desconhecia a gravidez, não soube do nascimento do filho e sequer tomara conhecimento da sua existência, só vindo a saber de tais fatos quando da citação. Nessas ações, como a prova é de fato que acontece a descoberto de testemunha, não há divisão tarifada dos encargos probatórios segundo os ditames processuais (CPC, art. 333). Aliás, a atribuição dos ônus probatórios até perdeu relevo, em face do alto grau de certeza dos exames de DNA e da presunção que decorre da negativa em submeter-se à perícia (CC, arts. 230 e 231). Súmula do STJ<sup>1</sup> atribui presunção *juris tantum* à omissão do investigado. Com referência à prova da ciência da paternidade, cabe ao autor demonstrar as circunstâncias em que réu tomou conhecimento de sua concepção, do seu nascimento ou da sua existência. Não logrando o demandado comprovar que desconhecia ser o pai do autor antes da citação, deverá ser-lhe imposto o pagamento dos alimentos desde o momento em que tomou ciência da paternidade.

Outro fundamento a ser utilizado pelo réu para livrar-se dos alimentos com efeito retroativo é o de que não tinha certeza da paternidade, não podendo assumir o encargo sem saber se o filho era seu. No entanto, desde o advento do exame do DNA, que dispõe de índice de certeza quase absoluto, não há mais como alegar dúvida sobre a verdade biológica. Nem o custo do teste e nem a negativa da genitora em deixar o filho submeter-se ao exame servem de justificativa para não ser buscada a verdade. Basta ingressar com ação declaratória ou negatória de paternidade. Também pode ajuizar cautelar de produção antecipada de prova. Em todas as hipóteses, a

---

<sup>1</sup> Súmula 301: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

quem não tiver condições de pagar, o acesso ao exame genético é gratuito.

#### 4. Conclusão

*Nada justifica livrar o genitor das obrigações decorrentes do poder familiar, que surgem desde a concepção do filho. Como a ação investigatória de paternidade tem carga eficaz declaratória, todos os efeitos retroagem à data da concepção, até mesmo a obrigação alimentar.* A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam, remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido.<sup>2</sup>

Esta é a orientação que já vem se insinuando na doutrina<sup>3</sup> e desponta na jurisprudência.<sup>4</sup>

É muito bonito falar-se em dignidade humana, em paternidade responsável, em proteção integral a crianças e adolescentes. Mas é preciso dar efetividade a todos esses princípios. Certamente a

---

<sup>2</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Tomo IX, Borsoi: 1971, p. 99.

<sup>3</sup> FERNANDES, Thycho Barhe. Do Termo Inicial dos Alimentos na Ação de Investigação de Paternidade, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 694, p. 268-70, 1993; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O Termo Inicial dos Alimentos e a Ação de Investigação de Paternidade, **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, n. 6, p. 50-60, 2000; BORGHEZAN, Miguel. O Termo Inicial dos Alimentos e A Concreta Defesa da Vida na Ação de Investigação de Paternidade, **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, 3/18048, 2001.

<sup>4</sup> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECUSA EM SUBMETER AO EXAME DE DNA. ALIMENTOS. FIXAÇÃO E TERMO INICIAL À DATA DA CONCEPÇÃO. A recusa em se submeter ao exame de paternidade gera presunção da paternidade. O fato de inexistir pedido expresso de alimentos não impede o magistrado de fixá-los, não sendo *extra petita* a sentença.

O termo inicial da obrigação alimentar deve ser o da data da concepção quando o genitor tinha ciência da gravidez e recusou-se a reconhecer o filho. REJEITADA A PRELIMINAR. APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (TJRS - AC 70012915062 - 7ª C.Cív. - Rel. Des. Maria Berenice Dias - j. 9/11/2005).

responsabilidade é da Justiça. Para isso, não é necessário aguardar o legislador. Basta o Poder Judiciário continuar desempenhando o seu papel com coragem e responsabilidade, para garantir a cidadania a todos, principalmente aos cidadãos de amanhã.

## APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

---

### **Nelson Felix do Nascimento**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Processual pela Fundação Educacional Jayme de Altavila – Centro de Estudos Superiores de Maceió – FEJAL/CESMAC. Oficial de Gabinete do Juiz Federal Titular da 1ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas.

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. O Direito Penal e o Estado Democrático de Direito. 3. Conceito e evolução do Princípio da Proporcionalidade. 4. Dos elementos ou subprincípios decorrentes do Princípio da Proporcionalidade. 5. “Sedes materiae” do Princípio da Proporcionalidade. 6. Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. 7. Conclusão.

### **1. Introdução**

Beccaria lecionava que o incessante embate das paixões humanas somente poderia ser equacionado por meio de obstáculos suficientemente fortes para conter os abusos praticados pelos membros do conjunto social a fim de que o homem possa afastar-se das práticas delituosas, porque contrárias ao interesse e ao bem da coletividade, contendo os impulsos que conduzem o indivíduo à delinquência<sup>1</sup>.

Alberto Silva Franco esclarece que o simples processo de comunicação do indivíduo com o “alter” não se faz, às vezes, suficiente para assegurar uma coexistência harmoniosa ou, pelo menos, tolerável com o seu semelhante, dado que, freqüentemente, bloqueios interferem no relacionamento entre os membros da comunidade, culminando em atritos que somente podem ser debelados por meio de um arcabouço de mecanismos de controle social que subjugue todos os componentes do grupo, impondo-lhes padrões de comportamento, independentemente de sua adesão, por intermédio de um aglomerado de normas que submeta o

---

<sup>1</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretela. 2 ed. ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 37.

comportamento dos indivíduos, cuja infringência provoque o acionamento de sanções.

Cezar Roberto Bitencourt destaca que, no momento em que as ofensas aos direitos e interesses do indivíduo atingem proporções insuportáveis e os meios difusos de controle social revelam-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio, entra em cena o Direito Penal, cuja natureza é de controle formalizado, que busca solucionar os conflitos e reintegrar as eventuais rupturas produzidas no tecido social pela “disinteligência dos homens”<sup>2</sup>.

Se por um lado, falar em Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência, doutra banda, é possível dizer, com Emile Durkheim, que o crime é um fenômeno social normal. O fenômeno delitogênico, por assim dizer, não seria “privilégio” desta ou daquela sociedade, mas seria encontrado em qualquer agrupamento em que se encontre o gênero humano, isto é, uma constante presença no contexto societário<sup>3</sup>.

Com efeito, um dos caracteres mais marcantes do Direito Penal é a sua função preventiva, eis que, antes de punir o delinquente, ordenamento jurídico busca motivá-lo para que não se afaste dos padrões traçados pelo legislador, para isso valendo-se de normas que introduzem tipos penais, definindo as condutas vedadas pelo direito, cominando-lhes as respectivas penas, com o escopo de evitar a prática de delitos, sendo certo que esse processo de criminalização traz em si um cunho axiológico. Como é cediço, malogrando a função inibitória da norma incriminadora, a pena abstratamente cominada converte-se em efetiva sanção, na medida em que a prevenção geral transmuta-se em prevenção especial, pois atuará sobre o indivíduo concretamente considerado. Eis aí os caracteres fundamentais do Direito Penal: normativo, valorativo, finalista e sancionador<sup>4</sup>.

Conforme Beccaria, a finalidade das penas, evidentemente, não é atormentar e afligir o indivíduo, nem tampouco desconstituir o delito já praticado. Ao revés, a finalidade da sanção penal cinge-se a impedir

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

<sup>3</sup> Idem, p. 2-3. Também nesse sentido FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 4.



que o agente volte a reincidir nos erros do passado, causando novos danos à coletividade, bem assim motivar os demais a não se comportarem da mesma forma<sup>5</sup>.

Voltando às lições de Zaffaroni e Pierangeli, tem-se que as condutas penalmente relevantes apreendidas da realidade social, muitas vezes, possuem traços completamente distintos que não fariam inferir haver um liame entre elas como, por exemplo, um estelionato e um estupro. É que, na maior parte das vezes, o único traço que as une é a sua previsão abstrata como crime e a conseqüente cominação de uma sanção.

O crime, portanto, seria, ainda que embasado na realidade empírica, um conceito basicamente normativo, entendido como a violação dos padrões impostos pelo corpo social, distinguindo-se das demais violações aos padrões vigentes pela sua natureza peculiar, haja vista que as sanções que lhe são cominadas destacam-se por seu caráter violento e estigmatizante.

De acordo com o magistério de Heleno Cláudio Fragoso, a ordem jurídica consiste em um sistema de limitação da esfera jurídica do indivíduo, levada a efeito por meio de permissões ou autorizações e deveres. Partindo desse entendimento, pronuncia o penalista, que o fim precípua do direito “é a tutela e a preservação dos interesses do indivíduo e os do corpo social”, sendo certo que o Direito Penal, como ramo do ordenamento jurídico, proporciona a forma mais robusta de tutela jurídica, eis que dispõe de sanções dotadas de maior carga coativa. Por isso mesmo, volta-se para a preservação dos bens jurídicos mais caros à sociedade, porque indispensáveis à sua preservação<sup>6</sup>.

Convém, por oportuno, citar o escólio de Alberto Silva Franco:

O fracasso do controle social informal recomenda o funcionamento de um controle social institucionalizado no qual devem estar previamente definidos os comportamentos provocadores de reação (norma), o conteúdo dessa reação (sanção) e a forma pela qual se verifica a infração desses comportamentos e se determina a sanção (processo). Norma, sanção e

---

<sup>5</sup> BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 52.

<sup>6</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 2-3.

processo constituem, portanto, o tripé de suporte do controle social formal.<sup>7</sup>

Em assim sendo, o Direito Penal apresenta-se como o meio de controle social mais contundente fadado, primordialmente, a proteger os bens jurídicos fundamentais dos comportamentos considerados mais reprováveis ou danosos à comunidade<sup>8</sup>. Portanto, mister se faz que a produção normativa estatal se faça segundo parâmetros que obedeçam, necessariamente, aos três níveis de formalização a que se fez menção supra.

## 2. O Direito Penal e o Estado Democrático de Direito

Em consonância com a lição transmitida por Luís Régis Prado, a função primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídico-penais, indispensáveis ao indivíduo isoladamente e à comunidade. No cumprimento desta elevada missão, o legislador, no Estado Democrático e Social de Direito, seleciona os bens mais relevantes para a vida em sociedade, merecedores de tutela penal do Estado. Neste processo de seleção de bens jurídicos o legislador há de, necessariamente, proceder a um processo axiológico, cotejando quais serão protegidos pela norma penal. O escopo é, sem dúvida, a manutenção da ordem pública e da paz social, bem como a proteção das relações indispensáveis à integridade da ordem jurídica.<sup>9</sup>

Pois bem, já restou claro que não é qualquer bem jurídico que merece a tutela penal, pois o Direito Penal destina-se a proteger tão somente alguns bens jurídicos – os mais relevantes – de algumas agressões – as mais aviltantes. Ou seja, cabe ao legislador ordinário, no exercício pleno de sua competência, na condição de legítimo representante da sociedade, incumbido, de velar por seus interesses e atento aos valores predominantes no seio social, explicitar quais as

<sup>7</sup> BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 44.

<sup>8</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 24-25. PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

<sup>9</sup> PRADO, Luiz Régis. Op. cit., p. 34-35. No mesmo sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Op. cit., p. 3-4.

condutas vedadas pelo direito que impelem o funcionamento do aparelho repressor estatal.

Não é suficiente, porém, a descrição abstrata da conduta vedada pelo direito, é imprescindível a previsão de sanções, proporcionais à gravidade da lesão e ao valor do bem jurídico protegido, dado o caráter violento da reprimenda penal.

Por fim, deve o Estado estabelecer como se dará a verificação da ocorrência das infrações "in concreto", fixando normas rígidas que garantam a segurança jurídica, de forma que seja oportunizado ao agente o exercício da defesa plena.

No Estado Democrático e Social de Direito, todas essas etapas de formalização devem ser rigidamente seguidas, pois a sua inobservância retira a legitimidade do Estado, transformando-o em um ente unicamente repressor, quando deve ser um garantidor dos direitos e liberdades fundamentais de toda a coletividade, o que passa, indeclinavelmente, pelo indivíduo concretamente considerado.

Nesta linha de pensar, o princípio da proporcionalidade, tema a que se propõe a analisar, exerce uma função de extrema importância, eis que este visa a impedir que o Direito Penal se converta em um mecanismo de controle social unicamente defensivo, como pretendiam os adeptos das escolas positivista e correccionalista<sup>10</sup>.

O princípio em foco dirige-se basicamente à pena a ser infligida, seja no plano abstrato, quando da cominação pela norma incriminadora, seja no caso concreto, ante as circunstâncias do fato. Destarte, é possível afirmar, com Lycurgo de Castro Santos, que o desvalor da ação e do resultado devem estar em justa proporção à sanção a ser aplicada.

O mesmo autor ensina que proporcionalidade da pena em Direito Penal significa um equilíbrio entre aquilo que se exige em nível de prevenção geral (norma penal incriminadora dotada de abstração e generalidade) e prevenção especial (juízo de reprovação social da conduta no caso concreto) para o comportamento que se busca prevenir.

---

<sup>10</sup> SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio da legalidade no moderno Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. IBCCrim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 4, n. 15, p. 190, jul-set 1996.

Deste modo, ainda de acordo com Lyscurgo de Castro Santos, o legislador, ao estabelecer uma sanção penal a uma conduta que pretende evitar, deve levar em conta tanto o que é necessário para impelir os destinatários da norma a respeitá-la, quanto o que é imprescindível para a ressocialização do delinqüente. Assim, conclui-se que a proporcionalidade teria três âmbitos de aplicação, a saber: cominação da pena em abstrato, fixação da reprimenda no caso concreto e a execução da medida aplicada.

### 3. Conceito e evolução do princípio da proporcionalidade.

De acordo com Maurício Antônio Ribeiro Lopes, o vocábulo “princípio” tem um caráter equívoco, haja vista que não possui uma noção precisa. No entanto, diz-se que princípio apresenta-se como mandamento nuclear de um sistema normativo, na medida em que “se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência<sup>11</sup>”.

Os princípios, na dicção do autor, definem a lógica e a racionalidade do ordenamento jurídico, de forma a garantir a harmonia de suas normas. Daí deflui-se que os princípios ou “normas-princípio”, como prefere Canotilho, constituem a base das “normas-regra”, na medida em que aquelas apresentam uma elevada capacidade conformadora do pensamento hermenêutico de maneira a assegurar a lógica e a unidade interpretativa destas últimas.

A doutrina moderna, adverte Ribeiro Lopes, tem consagrado os princípios como fonte material do Direito, reafirmando sua normatividade, eis que deixaram de ter caráter meramente integrativo para irradiarem uma força vinculante, transformando-se em fundamentos de toda a ordem jurídica, porquanto passaram a ter assento constitucional, expressa ou mesmo implicitamente.

Seguindo a linha de pensamento do mencionado autor, não seria exagero proclamar que a ofensa aos princípios que norteiam o

---

<sup>11</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Análise à luz da Lei 9.099/99 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997, p. 29.

sistema normativo não implica em violação de apenas um mandamento, mas sim vulneração de todo o ordenamento, eis que violação a princípio “representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais<sup>12</sup>”.

Ensina Paulo Bonavides, acompanhando Pierre Müller, que o princípio da proporcionalidade, em uma acepção lata, caracteriza-se como “a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”. Em uma dimensão mais estreita, que interessa mais de perto a este estudo, presume-se, a partir da noção de proporcionalidade, uma relação de adequação que deve existir entre o fim a que propõe e os meios utilizados para alcançá-lo. É por isso que parte da doutrina ainda identifica o princípio em foco como “vedação de excesso<sup>13</sup>”.

Neste contexto, registre-se, de passagem, que há vulneração do princípio da proporcionalidade, sempre que os meios destinados à realização de uma finalidade não se revelam em si mesmos adequados ou necessários e ainda quando há manifesta desproporção entre o fim colimado e os meios utilizados. A essa relação fim/meio, a doutrina ainda acresce o exame da situação de fato, firmando uma relação triangular.

Raquel Denize Stumm, em uma monografia que merece ser lida, noticia que o surgimento do princípio em perspectiva deu-se ao ensejo do ideário de limitação ao poder estatal no século XVIII, trazendo em seu bojo, na dicção da autora, um valor suprapositivo ao próprio Estado de Direito, cujo escopo seria garantir a esfera de liberdades individuais das ingerências do poder soberano. Já àquela época, continua a doutrinadora, o critério de proporcionalidade compreendia os âmbitos administrativo e penal. Suas raízes remontam, como já ficara implícito, ao século da luzes, sendo Montesquieu e Beccaria os percussores a tratar a noção de proporcionalidade no Direito Penal<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Op. cit., p. 27.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 357.

<sup>14</sup> STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78.

Firmou-se, contudo, como princípio, somente em meados do século XX, no pós-guerra, com o advento do Estado Social, vez que já não era mais possível suportar uma atitude passiva do Poder Público, já que a garantia da segurança jurídica do cidadão exigia prestações positivas do Estado, consolidando, a um só tempo, na mesma noção de Estado Social, a preservação da autonomia do indivíduo e a vinculação jurídica da Administração Pública em prover os meios indispensáveis ao desenvolvimento dos direitos, garantias e liberdades lhe assegurados<sup>15</sup>.

Stumm, como será abordado com mais detença no momento oportuno, informa que o fundamento do princípio da proporcionalidade em sentido amplo deriva, segundo a doutrina e a jurisprudência européias, especialmente alemã, ora da noção de Estado de Direito, ora dos conteúdos dos direitos fundamentais, ora, do devido processo legal<sup>16</sup>.

#### **4. Dos elementos ou subprincípios decorrentes do princípio da proporcionalidade.**

Bonavides, bem assim Raquel Denize Stumm, apoiados na doutrina alemã, apontam a presença na noção de proporcionalidade de três elementos ou mesmo subprincípios decorrentes do princípio sob exame.

O primeiro deles seria a pertinência, aptidão, conformidade ou adequação de meios<sup>17</sup>, de acordo com o qual se deve perquirir se determinada medida revela-se apta a satisfazer o interesse público, isto é, se ela se constitui no meio mais adequado para cumprir um fim lastreado no interesse da coletividade. Destarte, a medida levada a efeito pelo Estado deve revelar-se, na situação concreta, como a mais adequada aos objetivos que o agente público tem em mira. Trata-se de um exame da idoneidade ou mesmo validade da medida – restritiva aos direitos e garantias do cidadão – ao fim colimado.

Tem-se, ademais, o subprincípio da necessidade<sup>18</sup>, pelo qual a medida adotada deve lesionar o mínimo possível a esfera individual do

---

<sup>15</sup> Idem, p. 111.

<sup>16</sup> STUMM, Raquel Denize. Op. cit., p. 97.

<sup>17</sup> Em idioma germânico, "*Geeignetheit*".

<sup>18</sup> Na língua alemã, "*Erforderlichkeit*".

cidadão, por isso mesmo é chamado de “princípio da escolha do meio mais suave”. Ou seja, ter-se-á como necessária a medida, cujo “fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo<sup>19</sup>”. A medida estatal – seja de cunho legislativo, administrativo ou jurisdicional – deve ser a melhor e única maneira de alcançar o fim almejado e deve fazê-lo da forma menos gravosa possível para o titular do direito restringido. Nesse sentido também o escólio de Paulo Bonavides, *in verbis*:

Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária (...) Em outras palavras – conforme o comentário de Maunz/Düring – de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão<sup>20</sup>.

Por fim, depara-se com o último critério de proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade tomada em seu sentido estrito<sup>21</sup>. Bonavides, na esteira do magistério de Pierre Müller, assinala que a escolha do agente estatal deve recair sobre o meio ou meios que, no caso concreto, venha ou venham a refletir o conjunto dos interesses em jogo, trata-se do mandamento de ponderação, ou seja, balanceamento das possibilidades jurídicas passíveis de escolha. O detentor do poder soberano estará, indubitavelmente, diante de uma obrigação e, concomitantemente, de uma vedação, haja vista que estará obrigado a fazer uso dos meios adequados, sendo, entretanto, vedada a adoção de meios que se revelem desproporcionados.

Mister se faz, imperiosamente, transcrever a seguinte passagem, por oportuna:

‘É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar em todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se

<sup>19</sup> STUMM, Raquel Denize. Op. cit., p. 79.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 361.

<sup>21</sup> No idioma germânico, *verhältnismässigkeit*.

torna assim condição da legalidade' A inconstitucionalidade ocorre enfim quando é 'excessiva', 'injustificável', ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade<sup>22</sup> (o original não está grifado).

### 5. “Sedes materiae” do princípio da proporcionalidade.

Como alhures mencionado, a idéia de proporcionalidade como princípio decorrente do Estado Social de Direito nasceu após a Segunda Grande Guerra. A doutrina e a jurisprudência alienígena, consoante o demonstram Maunz e Düring, citados por Bonavides, vacilou durante algum tempo acerca da “sedes materiae” do princípio em perspectiva: alguns apontavam que o seu fundamento residia na intangibilidade dos direitos fundamentais, outros a defender uma fundamentação calcada no “due process of law”, prevalecendo, contudo, a jurisprudência das cortes européias, em especial na Alemanha, no sentido de que a noção de proporcionalidade decorre do próprio Estado Social de Direito, o que parece ser o fundamento mais seguro, eis que “é no estado de direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação<sup>23</sup>”.

No Estado Social de Direito, é correto afirmar que ao poder soberano cabe cuidar dos interesses da comunidade, mantendo-os incólumes, eis que se trata de um estado essencialmente intervencionista. Nesta linha de argumentação, o limite formal à atuação do Poder público é delineado pela lei e os limites materiais são traçados pelo critério da proporcionalidade entre a medida restritiva e o interesse coletivo que se tem em mira, de maneira que o meio se ajuste à necessária proporção<sup>24</sup>.

Acrescente-se, de mais a mais, que incumbe ao Poder Judiciário, no caso concreto, empregar a medida que se revele mais apropriada – idônea, necessária e proporcional -, exercendo o controle dos atos legislativos, a fim de perquirir se o interesse da coletividade justifica a restrição aos direitos e garantias individuais<sup>25</sup>. Acrescenta o constitucionalista que a adoção do princípio sob análise representou a característica mais significativa do Estado Social de Direito.

---

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 361.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 365.

<sup>24</sup> STUMM, Raquel Denize. Op. cit., p. 109.

<sup>25</sup> Idem.



Neste contexto tem-se que, no estado social, o legislador ordinário já não é mais soberano no exercício de sua função, pelo menos não nos mesmos moldes do estado liberal, haja vista que o princípio da legalidade cedeu lugar ao princípio da constitucionalidade. Conseqüentemente, em virtude do aperfeiçoamento dos meios jurisdicionais de controle da constitucionalidade dos atos legislativos, o legislador perdeu a larga esfera de liberdade de que dispunha no passado, ostentada no modelo liberal, o que, registre-se, beirava ao puro arbítrio.

Destarte, com a instauração do Estado Social, a jurisdição passa a ter um papel preponderante, de forma que, ao revés do poder legiferante, aquele atua com mais liberdade, dada a natureza da atividade que exerce, pois somente desta forma pode desempenhar o papel que lhe toca, qual seja, o exame e controle da aplicação das normas, adequando-as aos ditames da constituição.

Este espaço se abre, indubitavelmente, em virtude do uso das noções de adequação e necessidade, subprincípios da proporcionalidade em sentido lato, sem olvidar da noção mesma de proporcionalidade “stricto sensu”, entendida, na forma já explicitada, como mandamento de ponderação. Isto demonstra, repita-se, a supremacia do princípio da constitucionalidade no Estado Social, que sobrepuja o desgastado princípio da legalidade de feições liberais.

Alvitre-se, de passagem, que não somente a função jurisdicional encontra-se adstrita aos valores constitucionais. A função legiferante, igualmente, encontra seus limites nos mesmos valores; o que significa dizer que sempre que o legislador, no exercício de seu mister, incorrer em violação ao núcleo intangível dos direitos e garantias fundamentais, ultrapassando as balizas que lhe são impostas pela própria noção de Estado Social, acionará, necessariamente, mediante provocação da parte interessada, a atuação do poder jurisdicional em defesa do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, aplicando-o a cada caso concreto de acordo com as suas peculiaridades<sup>26</sup>.

Colha-se, por indispensável, o pronunciamento do insigne Professor cearense:

---

<sup>26</sup> STUMM, Raquel Denize. Op. cit., p. 84-85.

Essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente cobra sentido e explicação, uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. Aqui o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional<sup>27</sup>.

Note-se, ademais, que devido à sua natureza intervencionista, o Estado Social visa a proteger a autonomia e intangibilidade dos direitos e garantias individuais do cidadão. Nesse contexto, é certo afirmar que a observância deste mandamento contempla toda e qualquer atuação estatal, o que abrange, inclusive, as funções legislativa e jurisdicional, impondo-se como um imperativo do próprio ideário de Estado Social de Direito, como forma de limitar o exercício do poder pelos seus detentores, que devem exercê-lo de forma moderada<sup>28</sup>.

Com peculiar proficiência, Raquel Denize Stumm leciona que, por se tratar de mandamento geral, o princípio da proporcionalidade pode ser expresso ou implícito à Constituição, sendo certo que, no caso brasileiro, a despeito de não de encontrar expresso no texto maior, ele é dotado da mesma carga eficaz que qualquer outra regra ou princípio, eis que decorre da própria noção de Estado Social de Direito, como já restou demonstrado.

Observe-se, de rastro, que o mandamento de proporcionalidade possui uma dimensão negativa, porque limita a atuação dos órgãos estatais e uma função positiva, na medida em que vincula os detentores de poder à observância de seus conteúdos.

Transcreva-se, por sua percuciência, a seguinte passagem da mencionada doutrinadora:

O princípio da proibição do excesso proíbe o arbítrio e impõe a obediência ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, ou seja, 'a exigibilidade [ou necessidade], a adequação [ou idoneidade] e proporcionalidade [em sentido estrito] dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem (sic). Trata-se, pois, de um princípio jurídico-

---

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 364.

<sup>28</sup> STUMM, Raquel Denize. Op. cit. p. 120.

material de 'justa medida (Larenz) (...) Decorre, portanto, da vinculatoriedade do Estado de Direito ao mínimo ético, a presença do princípio da proporcionalidade como resposta a preservação de espaço para o indivíduo, partícipe responsável da comunidade estatal<sup>29</sup> (o original não está grifado).

## **6. Aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal.**

Consoante a lição de Alberto Silva Franco, o modelo de Estado Democrático e Social de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988 – o que equivale a proclamar um modelo de estado amparado por um princípio antropocêntrico, em que a dignidade do ser humano é elevada a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – rejeita a cominação em abstrato ou a aplicação em concreto de sanção flagrantemente desproporcional à gravidade do fato, eis que pena desse quilate representaria ofensa à dignidade humana<sup>30</sup>.

Para Silva Franco, o princípio sob exame exige do legislador, bem assim do intérprete ou aplicador do direito um juízo de ponderação acerca da relação entre o bem jurídico que se objetiva proteger – lesionado ou ameaçado de o ser (gravidade do fato) – e aquele do qual se verá privado o infrator da norma – gravidade da pena. Insiste que, sempre que houver um acentuado desequilíbrio entre o valor do bem jurídico protegido pela norma incriminadora e o valor do bem do qual será privado o indivíduo, estar-se-á diante de uma inaceitável desproporção, não se justificando a medida infligida.

Jesús-Maria Silva Sánchez, na esteira de precedentes das cortes espanholas, assevera que o juízo de proporcionalidade da pena – seja em relação à previsão geral e abstrata das condutas puníveis e respectivas sanções, seja no que tange à sua determinação em concreto – é competência do legislador ordinário no desempenho de sua política criminal em atenção aos critérios e regras que se reputem pertinentes. Sem embargo disso, parece-lhe evidente que aos juízes e tribunais incumbe praticar, com amparo no princípio da proporcionalidade, restrições aos tipos penais delineados pelo legislador, podendo recorrer a este tipo de argumento sem que isso se constitua, evidentemente,

---

<sup>29</sup> STUMM, Raquel Denize. Op. cit., p. 121-122.

<sup>30</sup> FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 67.

vulneração ao princípio da legalidade. O citado autor defende, ademais, a introdução do princípio da proporcionalidade como critério interpretativo de tipos penais<sup>31</sup>.

Muñoz Conde e Garcia Aran apregoam que o princípio da proporcionalidade é uma um ideal de justiça imanente a todo ordenamento jurídico, daí entendem os renomados penalistas que cada qual deve ser tratado conforme seus merecimentos, o que implica em tratar desigualmente os desiguais<sup>32</sup>.

Na seara do Direito Penal isso significa que as penas devem ser proporcionais à gravidade do delito cometido e que estes não podem ser punidos com penas mais severas do que a própria dimensão do dano causado pela conduta que se pretende prevenir e reprimir.

Os eminentes doutrinadores lecionam, outrossim, que o primeiro critério que se deve adotar para determinar a gravidade da sanção que se deve infligir ao autor de determinado delito é, de plano, a importância do bem jurídico protegido pela norma incriminadora, eis que a tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade é o principal fundamento justificador da intervenção do Direito Penal<sup>33</sup>.

Nesse sentido, Marcelo Jatobá Lobo esclarece que a relação entre o antecedente da estrutura da norma jurídica – descrição do suporte fático – deve guardar certa proporcionalidade com o conseqüente – imputação de efeitos jurídicos -, mormente em matéria penal, em que se lida com a forma mais grave de sanção, eis que há restrição da liberdade individual. A sanção penal deve revelar-se como

---

<sup>31</sup> SILVA SANCHES, Jesús-Maria. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCrim. Editora Revista dos Tribunais. Ano 4, n 15, p. 47, jul-set de 1996.

<sup>32</sup> MUÑOZ CONDE; GARCIA ARAN. Apud CINTRA JÚNIOR, Dyceu Aguiar Dias. A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização de pena e da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCrim. Editora Revista dos Tribunais. Ano 4, n 15, p. 95-96, jul-set de 1996.

<sup>33</sup> MUÑOZ CONDE; GARCIA ARAN. Apud CINTRA JÚNIOR, Dyceu Aguiar Dias. Op. cit., p. 95-96

um amargo, no entanto, necessário e extremo remédio para a tutela de bens fundamentais do ser humano<sup>34</sup>.

A aplicabilidade do princípio em foco no âmbito do Direito Penal, como explicitado supra, fora preconizada por Beccaria em sua obra "Dos delitos e das penas". O doutrinador milanês chama as penas de "obstáculos políticos", cuja finalidade seria impedir o efeito nocivo que as desordens produzidas pelo "incessante embate das paixões humanas" produziriam sobre toda a coletividade.

Beccaria sugere o estabelecimento de uma escala valorativa das desordens produzidas pelo homem, de modo que entre o primeiro grau, no qual se enquadrariam as condutas que seriam capazes de comprometer a própria existência da comunidade e o último, representado pela mínima ofensa possível, enquadrar-se-iam todas as condutas definíveis como delitos, compreendidos como "todas as ações opostas ao bem comum", que seriam acomodadas em níveis decrescentes, do mais grave ao mais leve.

Paralelamente a essa escala de delitos, deveria existir uma escala de penas, na qual aplicar-se-ia a medida mais grave aos fatos que se encontrassem no topo da escala de delitos, decrescendo paulatinamente até o grau mínimo, não sendo lícito ao legislador, bem como ao aplicador da lei penal, infligir a delito de graduação inferior reprimenda somente aplicável àquele que se encontre no topo<sup>35</sup>.

Na doutrina nacional, destaca-se a opinião de Damásio de Jesus, que também identifica no princípio da proporcionalidade um mandamento de vedação de excesso, aduzindo que a sanção penal "não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato". Defende que a medida da pena deve ter como parâmetro a culpabilidade do agente, sendo certo concluir, ao que parece, que a penalidade deverá ser proporcional à gravidade do fato, o que significa dizer, proporcional ao valor do bem jurídico tutelado pela lei penal<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> LOBO, Marcelo Jatobá. O princípio da proporcionalidade e o Direito Penal. **Revista Direitos e Deveres**, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Alagoas. Ano I, n. 2, p. 67-68, jan/jun de 1998.

<sup>35</sup> BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 37-38.

<sup>36</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. Parte geral. v. 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

Nesta linha de raciocínio, impõe-se ao legislador, bem assim ao aplicador da norma, a realização de um juízo de ponderação entre a carga coativa da reprimenda penal e o objetivo perseguido pela cominação legal (proporcionalidade em sentido estrito), sendo certo que ambos deverão levar em consideração, neste exercício técnico-jurídico e axiológico, a gravidade do delito, isto é, o conteúdo do injusto, a dimensão do mal causado à sociedade, bem assim a reprovabilidade do agente. Observa, por outro lado, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, seguindo a lição de Cobo y Vives, a pertinência no âmbito do Direito Penal, ao lado do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, dos subprincípios da idoneidade – que reclama a adequação da medida ao fim a que se destina – e da necessidade – que reclama a indispensabilidade da medida<sup>37</sup>.

Impende ressaltar, embasado no raciocínio até aqui expendido, em suma, que a proporcionalidade em sentido estrito, situada dentro do marco de restrição ao poder punitivo do Estado, exige a limitação da gravidade da reprimenda à justa medida do mal causado pelo delito, tendo como parâmetro, ademais, a adequação da pena ao fim que deve cumprir e a necessidade de sua aplicação<sup>38</sup>.

João Gualberto Garcez Ramos, por seu turno, entende que nada há de mais injusto que tratar os desiguais de modo idêntico. Aliás, reconhece a mesma disfunção em conferir tratamento distinto aos diferentes sem uma justa medida, isto é, deve-se tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, buscando uma justa proporção, eis que, como é cediço, o princípio da proporcionalidade das penas em Direito Penal se constitui em verdadeira manifestação do princípio da isonomia, corolário do Estado Democrático e Social de Direito<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização de pena e da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. IBCCrim. Editora Revista dos Tribunais. Ano 4, n 15, p. 95, jul-set de 1996.

<sup>38</sup> SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cuellar. Apud CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Op. cit. p. 95.

<sup>39</sup> Idem., p. 95-96.

Convém, por oportuno, trazer à baila, uma vez mais, o entendimento de Dyrceu Aguiar em passagem lapidar, cuja transcrição pede-se vênia para colacionar, vazada nos seguintes termos:

A exigência de que as sanções obedeçam a proporcionalidade – para o crime mais grave sanção maior que para o crime mais leve – decorre, entre nós, do próprio princípio da igualdade expresso no art. 5.º da Constituição Federal. E se desdobra na exigência de individualização de pena, prevista no inc. XLVI do referido artigo<sup>40</sup>. (o original não está grifado).

Também Luiz Luisi noticia que o legislador ordinário, na tarefa de construção dos tipos penais, deve orientar-se pelos critérios da proporcionalidade, na medida em que a conduta que se pretende incriminar revele-se lesiva a bens indispensáveis ao convívio harmônico da sociedade, bem assim pelo critério da necessidade, de forma que a sanção seja indispensável à prevenção e repressão da conduta delitogênica, de maneira que não haja no ordenamento medida diversa apta a alcançar a mesma finalidade, com a carga eficaz afim<sup>41</sup>.

## 7. Conclusão.

Na esteira desses entendimentos, deflui-se que a pena cominada em abstrato pelo legislador ordinário, bem assim a reprimenda penal dosada pelo julgador no caso concreto, deverão adequar-se aos primados do princípio da proporcionalidade *latu sensu*, em suas três vertentes.

A pena, destarte, deverá ser adequada, na medida em que se revele em conformidade aos fins colimados pelo Estado. O meio utilizado pelo agente estatal – legislador ou juiz – deverá ser o mais adequado para alcançar a finalidade a que se propõe o Direito Penal – proteção dos bens jurídicos fundamentais à convivência harmônica da sociedade –, seja abstratamente, como forma de prevenção geral, inibindo a prática de condutas ofensivas aos valores mais caros ao agrupamento, seja de prevenção especial, com a imposição de reprimenda ao agente no caso concreto.

---

<sup>40</sup> SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cuellar. Apud CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Op. cit., p. 95.

<sup>41</sup> LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 31.

Pena esta que, igualmente, deverá ser necessária, eis que a sanção penal deverá lesionar o mínimo possível a esfera jurídica do indivíduo, de modo que a pena escolhida deve ser mesmo indispensável à consecução do fim proposto, ante a ausência de outros menos gravosos e de eficácia semelhante<sup>42</sup>.

Por fim, no que concerne à proporcionalidade em sentido estrito, tem-se a exigência de um juízo de ponderação por meio do qual se estabelecerá um liame valorativo, graduável entre o fato delitígeno e a cominação in abstrato e a imposição da pena em concreto, restando clara a vedação de excesso. Nesse sentido, o escólio de García Plabos de Molina, citado por Luís Régis Prado, cuja transcrição merece ser feita:

Nessa linha de pensar, afirma-se que 'o mandato de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que compara, valorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e a de sua punição.' A proporção se torna uma verdadeira conditio da legalidade<sup>43</sup>.

Em suma, no que atina à proporcionalidade entre os delitos e as penas, cumpre registrar que deve haver uma medida de justo equilíbrio – abstrata (dirigida ao legislador) e concreta (voltada para o julgador) – entre a gravidade da conduta delituosa, isto é, o valor do bem jurídico protegido pela norma e a pena cominada ou imposta – valor do bem jurídico do qual se verá privado o infrator, sendo certo enunciar o seguinte brocardo: "poena debet commensurari delicto"<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> PRADO, Luís Régis. Op. cit., p. 122.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Idem.



## **RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO NASCITURO PELA GESTANTE: EXISTE PERSPECTIVA DE REPARAÇÃO COM O NOVO CÓDIGO?**

---

**Pablo R. de L. Falcão**

**Advogado, especialista em Direito Civil e Empresarial pela UFPE, mestrando em Teoria geral e Filosofia do Direito pela UFPE e professor da Faculdade de Direito de Caruaru**

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. Nascituro: luzes teóricas sobre o tema na Lei 10.406/2002. 2.1.O que dizem as Ciências Médicas? 2.2. Dogmatismo ou vanguarda? a eterna dicotomia. 3. Sob a lente da responsabilidade civil. 3.1. Possibilidades de dano e reparação. 3.2. A visão jurisprudencial. 3.3. Com a palavra o direito alienígena. 4. Considerações finais: conservadorismo e perspectivas.

### **1. Introdução**

O terreno a ser percorrido nessas poucas linhas encontra-se marcado por séculos de acirrados debates doutrinários. Desde os templos da antiguidade clássica, na Grécia e em Roma, passando pelos sombrios mosteiros medievais até chegarmos aos modernos escritórios hodiernos, a unidade pacificadora nunca foi encontrada. Qual a razão do dilema? Acreditamos haver uma plêiade delas e nossa meta será tentar demonstrá-las.

A existência desses vários fatores, sobrepostos entre si, assim como os próprios substratos culturais de nossa história, nos mostram que as lentes usadas para focar o nascituro em dado momento sempre foram passadas de geração a geração e tais dogmas hereditários seriam a maior razão dos dissensos atuais. Sua disparidade frente às novas tecnologias gera fervorosos debates e o Direito, sendo uma das mais tradicionais das ciências sociais, opta muito mais pela segurança da tradição que pela instabilidade inicialmente gerada pela mudança, distanciando-se muitas vezes de seu momento histórico. O tema proposto é um bom exemplo destas lacunas doutrinário/normativas diante do emprego de técnicas resultantes dos avanços científicos alcançados por nossa civilização.

Porém, nem tudo é ondulação nesta superfície, um dos grandes avanços das ciências jurídicas em nosso país foi à utilização de princípios na análise diuturna de seus julgados, que transmutaram o velho enfoque liberal em nova roupagem social-humanitária. Essa técnica imprimiu tons de modernidade à moldura de nosso ordenamento, encurtando a lacuna entre lei e tecnologia, fazendo com que o direito continuasse a dar respostas, mais ou menos atuais, aos anseios sociais. Contudo isto não quer dizer que a polêmica tenha sido superada e que nosso direito seja vanguardista, paira a dúvida de até que ponto a questão em apreço encontrará seu norte com o advento do atual Código Civil? Será em meio a este mar revolto que navegaremos daqui por diante.

Delimitaremos a questão ao âmbito da responsabilidade civil por danos ao nascituro causado pela própria mãe e sua possibilidade ou não de reparação frente à nova legislação cível, sem nos esquecermos de pontuar algumas questões cruciais como o tema frente à Constituição Federal de 88, o enfoque teórico no novo Código Civil, a visão jurisprudencial do direito pátrio e os apontamentos do direito alienígena.

## **2. Nascituro: luzes teóricas sobre o tema na lei nº 10.406/2002**

Toda a problemática no direito pátrio nasce da nebulosidade das duas partes do Art. 2º de nosso Código Civil:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Três correntes tentam solucionar essa delicada questão: qual a interpretação correta deste artigo e o momento correto da gênese da personalidade jurídica do nascituro? Como os maiores expoentes teóricos atuais às doutrinas natalista, da personalidade condicional e concepcionista.

a) A Teoria Natalista atribui o início da personalidade ao nascimento com vida, entendendo-se “nascer com vida” o ato de desligar-se do útero materno e respirar o ar atmosférico *sponte própria*, livrando-se da dependência parcial do período gestacional. Por séculos requisitos como “forma humana” e “viabilidade” foram sustentados e ainda influenciam legislações hodiernas como a espanhola e a

portuguesa, no Brasil os requisitos são o “desligamento do meio intra-uterino” e a “respiração”, demonstrando a posição vanguardista de nossa norma neste ponto, porém, a demasiada preocupação com o aspecto patrimonial coloca seus partidários muitos mais próximos dos antigos textos romanos que dos modernos artigos da ciência médica atual.

O entendimento natalista é abraçado pela maioria de nossos juristas como Paulo Carneiro Maia, Vicente Ráo, Sílvio Rodrigues, João Luiz Alves, Eduardo Espínola e Sady Cabral Gusmão, para eles o nascituro tem apenas expectativa de direitos, apontam inconvenientes, como a gravidez gemelar e aparente e o parto simulado, para sustentarem a afirmação da dificuldade de se reconhecer a personalidade ao nascituro.

b) Por sua vez, a Teoria da Personalidade Condicional afirma que ocorrendo o nascimento com vida contar-se-á o adquirir da personalidade desde o momento da concepção, implicando em sua tutela desde o útero, sem distinção entre personalidade formal e material, pois a *contidio*, nascer com vida, já se efetuou.

Verifica-se, mais uma vez, uma ênfase ao aspecto patrimonial como condição básica da assertiva e uma correspondente desconsideração do aspecto personalístico, visto que, não são levados em conta os aspectos formal e material desde a concepção. Os direitos patrimoniais são tratados como estando em “condição suspensiva”, o que gera críticas e faz desta corrente a mais atacada de todas.

São partidários desta visão Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes, Gastão Grossé Saraiva, Walter Moraes, Arnaldo Wald e Alexandre de Moraes, para eles o nascituro não é “totalmente pessoa”, pois tal *status* encontra-se condicionado ao nascimento com vida.

c) Influenciada pelo Direito francês, a personalidade, sob a ótica da Teoria Concepcionista, começa do momento da concepção, sendo o embrião, desde o zigoto, pessoa para o direito, independente do posterior nascimento com vida. Existe uma preocupação profunda com os aspectos personalísticos do nascituro, sem, contudo, esquecer-se dos aspectos patrimoniais, tidos sob “condição resolutiva”, nascimento sem vida, que, se arrefece os acirrados debates por um lado, não faz desta a mais unânime das teorias.

Conforme o entendimento do “Senhor Freitas”<sup>1</sup>, os concepcionistas tratam o nascituro como fazendo parte do rol dos absolutamente incapazes, sua personalidade apenas confere titularidade de direitos da personalidade, os patrimoniais sujeitam-se ao nascimento com vida.

Poder-se-ia mesmo afirmar que, na vida intra-uterina, tem, o nascituro, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.<sup>2</sup>

Observa-se uma preocupação maior com o “ser” do que com o “ter”, desta forma esta corrente busca preservar à vida daquele que já “é” e que poderá vir a “ter”, demonstrando uma maior aproximação com os princípios constitucionais, as convenções internacionais que tratam da tutela da pessoa humana e os avanços tecnológicos alcançados pelas ciências médicas e biológicas. Porém, será que teríamos encontrado a teoria definitiva? Ainda é cedo para responder. Caminhemos um pouco mais.

Grandes nomes do meio jurídico abraçaram esta idéia, a saber, este é o entendimento de Teixeira de Freitas, Anacleto de Oliveira Faria, Franco Montoro, Limongi França, Francisco Amaral Santos, Silmara J.A. Chinelato e Almeida e Maria Helena Diniz dentre outros.

Críticas teóricas partem de todos os lados e algumas particularidades merecem maior observação e análise, porém, tendo sido este nosso labor diante em outro momento, indicamos sua observação como leitura complementar, juntamente com sua elucidativa bibliografia básica.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Referência argentina ao jurista brasileiro Teixeira de Freitas.

<sup>2</sup> Maria Helena Diniz. **Código Civil Anotado**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9. em Gagliano, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: v.I. Parte Geral**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2002.p. 92.

<sup>3</sup> FALCÃO, Pablo. **A personalidade e o nascituro na Lei nº 10.406/2002: Qual o enfoque teórico do novo código?** Monografia de conclusão da disciplina de Teoria Geral. UFPE, Recife, 2002.

## 2.1. O que dizem as Ciências Médicas?

Para a biologia a concepção é o início da vida e ocorre da seguinte forma “A fecundação do óvulo resulta da união do núcleo do óvulo (pró-núcleo feminino) com o núcleo de um espermatozóide (pró-núcleo masculino) quando este rompe através das células da coroa radiada e da zona pelúcida. Idealmente deve dar-se na ampola do tubo uterino, e deve ocorrer dentro de poucas horas depois da ovulação, porque o óvulo degenera e torna-se estéril em menos de 24 horas. Vários espermatozóides contribuem para o assalto enzimático ao óvulo, mas em circunstâncias normais apenas um deles penetra e, ironia do destino, o espermatozóide que chega mais tarde e que deu a menor contribuição é o que tem mais probabilidades de ser o que penetrará no óvulo! Depois de fertilizado o óvulo sofre rápidas modificações químicas que o tornam impenetrável a outros espermatozóides”.<sup>4</sup>

Embora haja opiniões tradicionalistas, calcadas nas clássicas opiniões romanas, que consideram o nascituro “parte das vísceras maternas”, as modernas descobertas científicas apontam em sentido diametralmente oposto e acreditamos que devemos ficar com o nosso tempo, sob pena de sermos esquecidos por ele.

O pai da fetologia, o Dr. Liley, com conhecimento profundo da matéria afirma:

Sete dias depois da fecundação, o novo indivíduo constrói o seu ambiente e o seu destino com tenacidade, implanta-se na parede esponjosa do útero, numa demonstração de vigor fisiológico, interrompe a menstruação da mãe. Aquela vai ser sua casa durante os 270 dias seguintes. Para torná-la habitável, o embrião desenvolve uma placenta e um envoltório protetor com o líquido amniótico. Ele resolve sozinho o problema de sua conformação e faz o arranjo extraordinário da sua convivência com sua mãe durante nove meses, embora sejam, um e outra, imunologicamente diferentes. Apesar de tudo, toleram-se mutuamente em união de vidas por nove meses.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> A anatomia da reprodução, Parte I. Acessado em 28/5/2003 às 22:42h.  
[www.terraviva.pt/nazare/5916/ps07.htm](http://www.terraviva.pt/nazare/5916/ps07.htm).

<sup>5</sup> MOREIRA, Márcio Martins. **A teoria personalíssima do nascituro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 17.

O texto fala por si.

## **2.2 Dogmatismo ou vanguarda? A eterna dicotomia**

Devemos buscar definir neste item se nosso direito opina pelo tradicionalismo de suas origens romano-germânicas ou atualiza-se frente às modernas descobertas biomédicas? Infelizmente a vanguarda aparenta perecer frente à tradição.

O Direito, como um todo, tende a utilizar um método bastante ortodoxo quando se depara com o novo: diante da necessidade de dar respostas atuais partindo de preceitos seculares, os operadores do direito tendem a pressionar o caso concreto em meio à moldura ideal de seu ordenamento, forçando sua adaptação, para que a novidade possa ser analisada sem abalar os sacro-santos limites de seu sistema, mesmo que, desta forma, tais arestas vaguem órfãs, esquecidas além de suas fronteiras.

Não que esse método não tenha tido sua importância, acreditamos que sem ele Kelsen não teria chegado a dar-lhe ares de ciência. Todavia, enquanto o lapso entre o passado e o presente era tênue, o método não deixava tais excedentes observáveis, pelo menos aos olhares menos experimentados, contudo, com a velocidade alcançada pela tecnologia o que era uma simples vala tornou-se um abismo que não pode mais ser desprezado. Desta forma, o Direito, dia após dia, apresenta-se como uma senhora idosa que caminha lentamente atrás de seu jovem netinho na vã tentativa de alcançá-lo com suas próprias pernas. Algo parece estar errado com esta fórmula e a mudança é cada vez mais inadiável.

## **3. Sob a lente da responsabilidade civil**

Os princípios fundamentais norteiam o direito positivo desde a Carta de 88, todos os ramos, guiados pela luminosidade do farol constitucional, buscam resguardar, em seus textos normativos, à dignidade da pessoa humana, diminuir as desigualdades entre os seres e desenvolver a solidariedade entre estes no corpo social.

Não poderia ser diferente nossa abordagem sob o tema diante do instituto da responsabilidade civil, toda a interpretação deve, sob pena de inconstitucionalidade, basear-se na principiologia do texto maior. Porém, nem sempre é o que ocorre quando o objeto focado é o nascituro, senão vejamos.

No estágio atual de desenvolvimento da Ciência jurídica nacional, na qual o instituto da responsabilidade civil e a doutrina dos direitos da personalidade ganham relevo cada vez maior, é inaceitável que se sustente que a morte do nascituro, ser humano em desenvolvimento, causada por ato ilícito, não seja passível de indenização civil, com postergação de seu direito à vida, em total descompasso com a progressiva indenização do dano material, inclusive por morte de animais.<sup>6</sup>

Sobre este prisma, ainda que tenhamos a visão pragmática de Peter Singer que defende que “o tratamento dispensado ao nascituro deve ser o mesmo conferido aos animais”<sup>7</sup>, tendo como resultado direto a possibilidade de indenização civil por danos causados ao nascituro. Resta saber se esta situação foi alterada com o advento do Código Civil de 2002 e se, no dia a dia de nossos tribunais, a letra inerte da lei ganha ou não ares vanguardistas de vitalidade e humanidade.

Inicialmente os conceitos, posteriormente os debates. A palavra responsabilidade deriva do verbo latino *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de sua atividade.<sup>8</sup>

A responsabilidade pode ser civil, penal, administrativa e tributária, denotando sua interdisciplinaridade. Devido as suas peculiaridades, tende a ser abordada por uma ou outra disciplina, ou seja, quando do fato ilícito decorre dano, na esfera civil o agente causador deve ser obrigado a reparar o dano patrimonial ou moral, seja restaurando o *status quo ante*, seja através do pagamento de uma indenização, quando há possibilidade de avaliação pecuniária do dano, ou de uma compensação, quando não existe possibilidade desta avaliação, enquanto na esfera penal, deve o autor sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex: prisão), restritiva de direitos (ex. perda da carta de habilitação do motorista de

---

<sup>6</sup> ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato e Almeida. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo. Saraiva, 2000. p.4.

<sup>7</sup> Apud TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba. Juruá, 2002. p. 38.

<sup>8</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. V.3. São Paulo. Saraiva, 2003. p.2.

veículo automotor) ou pecuniária (ex. multa).<sup>9</sup> O mesmo raciocínio deve ser também aplicado as esferas administrativa e tributária. (Responsabilidade civil do Estado pelos danos causados por seus agentes, CF, art. 37, §6º, etc).

Embora surja desta observação à idéia de que, com a aplicação da responsabilidade civil, o direito atinge a compensação do dano à vítima, a punição do infrator e a desmotivação social da conduta lesiva, o seu objetivo primordial é a restituição do *status quo ante*, sendo utilizado o *quantum* indenizatório ou compensatório apenas na impossibilidade daquela.<sup>10</sup>

Da mesma forma o instituto em tela pode ser dividido em responsabilidade subjetiva e objetiva, a primeira decorre de ato doloso ou culposos (culpa) do agente causador do dano, enquanto a segunda deriva do risco da própria atividade deste agente.

Nosso ordenamento divide a aplicabilidade das espécies acima da seguinte forma: em matéria civil a regra é a responsabilidade subjetiva, sendo possível, a aplicabilidade da responsabilidade objetiva em casos onde a própria atividade é considerada de risco para os direitos de outrem ou quando for assim expressa em lei.

Existe ainda a diferenciação entre responsabilidade contratual (Art. 389 e s. e Art. 395 e s. CC/02) e extracontratual ou aquiliana, (Arts. 186 a 188 e 927 e s. CC/02), a primeira derivada do inadimplemento da obrigação prevista no corpo do contrato e a segunda de uma violação direta a um preceito legal.

Na esfera privada deve ocorrer uma conduta, positiva ou negativa, por parte do autor, o dano à vítima e o nexo de causalidade, liame que liga o dano à conduta, como requisitos do dever de indenizar, conforme extraímos do Art. 186 do CC/02:

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

---

<sup>9</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. V.1. São Paulo. Saraiva, 2003. p.462.

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. V.3. São Paulo. Saraiva, 2003. p.23.



A indagação persiste, existe possibilidade de reparação por danos causados ao nascituro? Tentaremos responde-la a partir de então.

### 3.1 Possibilidades de dano e reparação

Dirigiremos nossa atenção aos casos de atentado à vida ou à integridade física do nascituro, causados pela própria gestante, visto que, sua conduta e interesses pessoais podem se colocar de forma contrária aos daquele que ela mesma leva no ventre, mesmo sendo esta uma espécie inusitada de dano não podemos tratá-la como uma forma rara na contemporaneidade.

Dia a dia os nascituros são vítimas de lesões provocadas por suas genitoras, seja através da ingestão de substâncias tóxicas prejudiciais ao feto, pela prática de ações potencialmente lesivas ao conceito e permanência habitual em ambientes incompatíveis com a gestação ou ainda pela solicitação de aborto no caso da detecção de anomalias graves, em todos os casos citados existe possibilidade de dano e evidente choque de interesses que geram conflitos e necessitam da salutar tutela judicial.

Em regra, aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo (art. 927 CC/02), tratou o legislador aqui de responsabilidade subjetiva, averiguando a incidência do elemento culpa na ilicitude do ato, porém, se da atividade exercida nasce risco a direitos de outrem, previu a responsabilidade objetiva, independente da culpa<sup>11</sup>.

A indenização, por sua vez, mede-se pela extensão do dano (art. 944, CC/02), e “o critério utilizado para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu”<sup>12</sup>, de caráter plenamente ressarcitório, ao contrário do utilizado para a fixação do dano moral, compensação do lesado e desestímulo ao lesante, pois não se pode restaurar o bem lesado. Resta claro que o artigo em tela foi desenvolvido levando-se em conta apenas à reparação do dano material, que é o único, cujo

---

<sup>11</sup> Surge a partir da relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano. Fundamenta-se no risco, por ser a ação considerada potencialmente perigosa a direitos ou interesses alheios. (teoria do risco criado).

<sup>12</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 2, p. 407.

dano pode ter sua extensão medida; calando-se em relação ao dano moral legou assim ao aplicador do direito, diante do caso concreto, o trabalho mais árduo de sua fixação.

Resta claro, que qualquer dano causado a outrem deve ser reparado, seja pela ótica subjetiva ou objetiva. Como o legislador usou a expressão “outrem” em lugar de “pessoa”, não precisaremos ir muito longe, nem nos debatermos com peculiaridades teóricas sobre a personalidade civil, para admitirmos que os danos causados ao nascituro estão contidos no espírito da norma em apreço, pois lícito e racional será usarmos a expressão “outrem” como sinônimo de “ser humano” à luz da lei maior, dirimindo possíveis controvérsias.

Desde muito que o importante na análise do texto legal é seu espírito e não sua letra. Aceitamos com naturalidade em nosso tempo que não há norma tão clara que não mereça interpretação, isto justifica nossa afirmação. Negando-se a indenização por danos ao que está no ventre teremos, como efeito colateral, um estímulo à atividade ilícita, ou pelo menos, racionalmente indesejada, visto que, ela pode ser impeditiva da aquisição da personalidade, no caso de óbito neonatal, ou lesiva à integridade do próprio nascituro, marcando-o para o resto de sua existência, o que não deve ser desprezado.

Existe paridade entre o nascituro e o nascido quanto à fundamentação legal para a responsabilização civil. Para responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, os arts. 159 e 1.537 do Código Civil e a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal. Na responsabilidade contratual, como no contrato de transporte, o art. 17 do Decreto n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro e que a jurisprudência brasileira estendeu a todo tipo de transporte oneroso. Ainda sobre o prisma da responsabilidade objetiva a Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977 (disciplina a responsabilidade civil por danos nucleares), Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (regulamenta a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente), Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995

(disciplina a responsabilidade civil pelo uso de técnicas de engenharia genética)<sup>13</sup>.

A reparação compensatória dar-se-á conforme aquela utilizada quando da morte ou do dano ao filho menor<sup>14</sup>, embora nossos tribunais ainda estejam longe de assim formularem seus acórdãos, conforme constataremos.

### 3.2 A Visão Jurisprudencial

Nas decisões de nossos tribunais observamos que existe a predominância das teorias natalista e da personalidade condicional, com o argumento taxativo de que “nascituro não é pessoa”. Quanto à reparação ela ocorre de forma indireta visto que, os danos são observados como resultante da lesão moral à pessoa da gestante e de seu consorte, que têm, individualmente ou em conjunto, a titularidade da ação de reparação, conforme abaixo:

#### Ementa

É devida indenização por danos morais à mãe parturiente, cujo filho nasce morto por respirar mecônio no útero em razão do retardamento do parto, por negligência e omissão médica.

#### Acórdão

(TJ-RO) Ap. 95.005038-5

Julg. em 27-6-95 Rel. Des. Eliseu Fernandes de Souza

Tal posição, porém deixa uma questão em aberto: E quando a causadora do dano ao nascituro for à própria gestante? Como devemos proceder, visto que teremos a exigência de uma “reparação direta” pelo dano ao que está no ventre?

O nascituro observado sob a ótica dos direitos da personalidade possui direito à vida e à integridade física e deve ser protegido pelo seu representante legal e, em sua impossibilidade, por curador especial, o próprio código discorre sobre o tema em sua Parte Especial, Livro IV, Título IV, Capítulo II:

<sup>13</sup> Para maior aprofundamento a elucidativa obra de ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato e Almeida. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo. Saraiva, 2000.

<sup>14</sup> Súmula 491 do STF “é indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

A gestante é curadora preferencial do nascituro, essa curatela visa primeiramente garantir-lhe o nascimento através de uma gestação tranqüila e saudável, subsidiariamente objetiva preservar os bens que possa ele vir a receber por sucessão ou doação, porém, como aferimos da norma citada a mesma possui limitações, no caso de falecido o marido onde a mulher grávida não tem o poder familiar ou quando esta estiver interdita. Destarte, se houver choques de interesses entre a gestante e o próprio nascituro, entendemos dever intervir o juiz, nomeando-lhe curador especial para dirimir o conflito existente.

Tal medida evidencia-se nos mais variados casos, tais como os de alvarás judiciais que visam permissão do juízo cível para abortamento, com base no diagnóstico de anomalias fetais “incompatíveis com a vida”, situação onde fica nítido o choque de interesses entre as partes envolvidas; na recusa da mãe em ingerir medicamentos ou submeter-se a intervenção médica que vise ministrar medicamentos no líquido amniótico ou efetuar transfusão de sangue no concepto, destinados a preservar a saúde deste; a transmissão de moléstia grave de conhecimento dos genitores antes da fecundação<sup>15</sup>, além da usuária de drogas ou a detentora de moléstia sexualmente transmissível que, mesmo possuindo vida sexual ativa, não pratica sexo seguro e engravida, sabendo previamente que poderá causar lesões ao feto ou ainda a praticante de atividades incompatíveis com a gestação, como os esportes radicais, à direção imprudente, dentre outras.

A falta de proteção da vida intra-uterina poderá acarretar, para o novo ser humano, deformações, traumatismos e mesmo moléstias comprometedoras de seu desenvolvimento, exigindo do Direito a delimitação da

---

<sup>15</sup> Almeida, Silmara J. A Chinelato e Almeida. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 315 e 316.

responsabilidade por dano moral, também ao nascituro, já presente nos debates doutrinários.<sup>16</sup>

Não é prudente que nosso Direito pátrio feche os olhos para esta questão já enfrentada no além mar, como podemos observar adiante.

### 3.3. Com a palavra o direito alienígena

O direito à vida no nascituro encontra-se expressamente previsto na Convenção Americana de Direito Humanos, Pacto de San José da Costa Rica de 1969, ratificado pelo Brasil em 25/09/1992, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificado pelo Brasil em 24/09/1990, nas Recomendações do Conselho da Europa de nº 934/82, 1.046/86 e 1.100/89.<sup>17</sup> Sendo todas elas recepcionadas pelo nosso país com o *status* de Leis Ordinárias, deveriam influenciar a mudança de direção das decisões judiciais no sentido de indenizar de forma direta o dano ao neonato, como já o fazem, juristas de outras paragens.

A justiça australiana em belo exemplo de tutela ao nascituro, em agosto de 1991 condenou a mãe de Nicole a pagar uma indenização pela deficiência cerebral que a faz falar com dificuldade, enxergar pouco e não conseguir andar sozinha. São os fatos: no ano de 1973 a australiana Patrícia Lynch, então com 23 anos, trabalhava em uma fazenda reunindo o gado ao volante de uma caminhonete. Certo dia, para resgatar um animal, imprudentemente dirigiu o veículo por um declive acidentado, vindo a bater num barranco e capotando, ficando desacordada. Quatro meses depois deu à luz a Nicole, que nasceu com a deficiência mental. O juiz Justile Grove, que proferiu a sentença, assim se manifestou: *"Eu diria que um dano a uma criança sofrido entre a sua concepção e o nascimento não é um dano a uma pessoa destituída de personalidade"*<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**, p. 148 in GONÇALVES, Edvaldo Sápia. O dano moral nas Relações Familiares. Acessado em 25/08/2003, as 22:35h <http://www.dpp.uem.br/006.htm>.

<sup>17</sup> Op. Cit. ALMEIDA, Silmara J. A Chinelato e Almeida p. 298 e 289.

<sup>18</sup> Revista Veja, de 14/08/91, p. 67 in GONÇALVES, Edvaldo Sápia. O dano moral nas Relações Familiares. Disponível em <http://www.dpp.uem.br/006.htm>. Acessado em 25/08/2003, as 22:35h.

A Itália é outro exemplo de ordenamento que objetiva indenizar de forma direta o dano causado a aquele que está no ventre.

#### **4. Considerações finais: conservadorismo e perspectivas**

Conforme expomos linhas acima podemos estimar que nem mesmo o emprego dos princípios constitucionais, a recepção pelo nosso ordenamento de várias convenções internacionais e a novel legislação civil pátria, foram suficientes para enfrentar as barreiras da mentalidade conservadora de nossos juristas frente à viabilidade de responsabilização civil direta por danos causados ao nascituro, nos moldes do que já acontece em outros ordenamentos jurídicos.

Críticas devem ser dirigidas à indefinição teórica do Art. 2º do Código Civil, enquanto perdurar este conflito entre suas duas partes tudo ficará por conta do livre convencimento do aplicador do direito frente ao caso concreto e, como já restou claro que nossos juristas estão muito mais voltados para os seculares preceitos romanos que para os novos ventos que sopram sobre o tema, a mudança terá de esperar e o nascituro continuará a ser colocado como uma classe indefinida entre “ser humano e pessoa”, com evidente prejuízo para a própria espécie humana.

Se a revolução industrial do século XIX nos colocou diante de uma vertiginosa ampliação dos riscos de se viver no moderno corpo social, a revolução tecnológica do século XX, ampliou as possibilidades de lesão e a capacidade de diagnosticá-las de forma mais precoce e eficiente, o que aumenta a responsabilidade da ciência jurídica caso analise tais questões pelo prisma de conceitos arcaicos, claramente distanciados desta nova realidade.

Nossa geração deve debruçar-se sobre o novo, pelo simples fato de ser ele o nosso presente, nosso objeto de estudo e base de nosso labor diário, cabendo a cada um de nós a responsabilidade de delimitar um norte mais compatível com nosso tempo.

A pretensão kelseniana de um ordenamento sem conflitos internos e capaz de responder todas as pretensões sociais juridicamente relevantes apenas perdurará se esta mesma estrutura empreender uma relação sinalagmática com o meio na qual está inserida, sob pena de ser tida como socialmente obsoleta ou arbitrária,

ampliando as crises de eficácia e legitimidade<sup>19</sup>. Não é desta forma que os costumes, por um lado, inspiram as construções normativas e, por outro, sepultam leis pelo desuso? Deve o Direito repensar seus próprios alicerces construídos a muito, diante da vertiginosa celeridade de seu presente, inspirando assim ares de vitalidade e longevidade científica.

---

<sup>19</sup> Sobre as crises de legitimidade e eficácia e anacronismo jurídico na contemporaneidade ver FALCÃO, Pablo R. de L. **Hermenêutica pragmática e pensamento evolutivo: da possibilidade de diálogo entre *phrónesis* e *sophia***. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru. V. 37. João Pessoa: Idéia, 2006.





## O DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO

---

**Querino Mallmann**

Doutor em Direito pela UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos) – RS e professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

### SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O século XXI como século da revolução digital. 3. O Direito Autoral frente a tecnologia digital. 4. Da proteção jurídica às criações intelectuais na sociedade da informação. 5. Os ramos da propriedade intelectual. 5.1 Conceito de Direito de Autor ou Direito Autoral? 5.2 O Direito de Autor com um direito *sui generis*. 6. Das obras protegidas pelo Direito Autoral Brasileiro. 7: Conclusão.

### 1. Introdução

Com o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicações de massa, principalmente da internet, a violação aos direitos da propriedade intelectual vem se acentuando cada vez mais nos últimos anos. Vivemos hoje numa verdadeira globalização tecnológica, onde toda ou qualquer informação pode estar disponível simultaneamente em qualquer parte do mundo a um simples apertar de uma tecla de um computador ligado na grande rede mundial de computadores, inclusive para efetuar downloads. Não foi por menos que William Oxner e Sérgio Charlab, em artigo publicado no Jornal do Brasil, edição de 08 de dezembro de 1994, já afirmavam que a “velocidade do desenvolvimento de novas tecnologias é impressionante. Numa única década, os computadores deixaram de ser enormes máquinas utilizadas apenas pelos governos e homens de negócios e passaram às mãos de qualquer pessoa”. Chegam, inclusive, a fazer um prognóstico no sentido de que “se a tecnologia dos automóveis tivesse se movido nesta velocidade, um Mercedes Benz andaria a 1000 quilômetros por hora e não custaria mais do que US\$ 100,00 (cem dólares).

A internet é hoje uma poderosa ferramenta de comunicação social a disposição das pessoas, fato inclusive lembrado por Javier Alejandro quando diz que o fenômeno da aldeia global gerado pela internet, tem provocado um efeito de dissolução de fronteiras antes nunca vista<sup>1</sup> ou como diria Gustavo Testa Correa, parafraseando Eric Schmidt - grande executivo da *Sun Microsystems* e presidente da Novel -, que a “internet é a primeira coisa que a humanidade criou e não entende, a maior experiência de anarquia que jamais tivemos”.<sup>2</sup> Para o autor citado, a internet, é no entanto, um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina à qualquer outra conectadas na rede, possibilitando um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento.<sup>3</sup>

Os computadores entraram na vida cotidiana das pessoas e se instalaram na vida moderna, nos negócios, nas escolas, nas universidades, nas bibliotecas e também nos lares numa velocidade de avanço tecnológico e de disseminação de produtos ímpares em toda a história da civilização de tal forma que não mais imprimimos com as prensas de Gutemberg, como, tampouco, fazemos contas com os geniais ábacos. Conseqüentemente devemos atentar para a nova realidade que voluptosamente se impõe, sob pena de naufragarmos não nos mares da internet, mas nos densos oceanos e na avalanche de informações que trafegam pelas vias ou “auto-estradas” da informação.

## 2. O século XXI como século da revolução digital

O atual século XXI é o século da revolução da internet. Com o avanço tecnológico, ingressamos numa nova revolução, a terceira revolução, a revolução tecnológica, quicá, a maior revolução da humanidade. Para alguns doutrinadores, a primeira revolução tecnológica teriam sido os “teares mecânicos”; a segunda, os “motores de combustão”, que ocorreu no final do século XVIII e início do século

---

<sup>1</sup> ALEJANDRO, Javier Ribas. **Aspectos Jurídicos del comercio eletrônico em internet**. 2. ed. Pamplona (Espanha): Editor Aranzadi, 2000, p. 84.

<sup>2</sup> CORREIA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 7.

<sup>3</sup> CORREIA, Gustavo Testa. *Idem*, p. 8.

XIX e a terceira, seria a revolução tecnológica da *informática* e da *internet*.

Por mais que para alguns o emprego da palavra (r)evolução possa soar forte, ela representa o quadro de mudança da infra-estrutura social, de seus paradigmas, visto que o desenvolvimento da tecnologia digital ao mesmo tempo revolucionou a sociedade moderna e proporcionou a evolução desta, muito embora Manuel Castels faça uma advertência sobre a interação dialética entre a sociedade e a tecnologia, afirmando que “*a tecnologia não determina a sociedade; incorpora-a. Mas a sociedade também não determina a inovação tecnológica: utiliza-a*”.<sup>4</sup>

A internet criou um sistema de integração, de comércio - e até de distribuição global gratuita -, de tal forma que qualquer pessoa pode vender e fazer negócios dentre de um mercado global que opera em tempo integral, 24 horas por dia, sete dias na semana, 365 dias por ano e por um custo relativamente baixo; qualquer pessoa pode vender programas de computador do quarto de sua casa.<sup>5</sup> Na atual sociedade da informação que vivemos, a internet passou a desempenhar um papel muito mais significativo do que qualquer outra espécie de poder. Assevera Mário Antônio Lobato de Paiva que as desigualdades entre os povos não mais se medem pelo arsenal bélico ou domínios territoriais, mas pelo domínio e uso que fazem das novas tecnologias de informação. A internet se popularizou com uma rapidez espantosa, e a cada momento estão sendo descobertos novos e diferentes mieos de como utilizá-la, seja para o comércio, comunicação, ferramenta de trabalho ou simples entretenimento. E conclui dizendo que a explosão da internet pode ser equiparada à de uma bomba nuclear, só que silenciosa. É como se tivessem assistido a um vídeo da explosão com o volume de som desligado. Ao se darem conta do perigo, já foi tarde demais: a bola de fogo e fumaça já lhes atingira.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> CASTELS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 43, nota 2.

<sup>5</sup> REINALDO FILHO. Demócrito. Desafios à propriedade intelectual na internet. In: BLUM, Renato Opice (coord.). **Direito Eletrônico: a Internet e os Tribunais**. São Paulo: Edipro, 2001, p. 570.

<sup>6</sup> PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O impacto da informática no direito do trabalho. In: BLUM, Renato Opice (coord.). Idem, p. 662-3.

### 3. O Direito Autoral frente a tecnologia digital

A internet é um processo peculiar e diferente do que ocorreu em outras épocas, com o videocassete e as máquinas fotocopadoras, pois em ambos a reprodução depende de um suporte tangível quer seja uma fita magnética quer um simples pedaço de papel. A internet e outros meios eletrônicos de publicação estão em verdade desafiando conceitos fundamentais, integrantes da própria noção de direito autoral. A tecnologia digital já provocou um grande impacto sobre os direitos autorais. Toda a maneira de se organizar a produção, a propaganda, venda, distribuição de produtos tem sofrido substanciais mutações. Exemplos mais significativos dessas mudanças podem ser facilmente notadas a partir da gravação digital e sua característica de fácil reprodução, aliada à perfeição e fidelidade de cópia, faz com que os consumidores prefiram copiar as transmissões feitas por cabo ou mesmo digitalmente, do que adquirir um CD, uma vez que a qualidade do som se equivale em ambas as versões – CD original e reprodução digital. Além disso, a produção de obras multimídia, graças à capacidade de armazenamento e à possibilidade de se transformar diferentes gêneros de criações intelectuais em um mesmo código processável na mesma máquina, facilmente reproduzíveis e de simultânea distribuição ao público, levam a tantas violações dos direitos do autor. Há quem defenda a idéia que os direitos autorais precisam ser revisados, como os conceitos de autoria, titularidade, direito patrimonial, direito moral e outros. Para Arpad Bogsch, Diretor Geral da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual)<sup>7</sup>, com sede em Genebra, na Suíça, o Direito Autoral, diante das novas situações fáticas, talvez necessite de certas adaptações, para que o sistema de direito autoral possa lidar e sobreviver com os desafios colocados e as oportunidades apresentadas pela tecnologia digital.

Não podemos, porém, olvidar que o direito autoral já passou por outras crises antes, por exemplo, com o advento da *máquina fotográfica* que tirou o sono de muitos pintores da época; a *invenção da imprensa* de Gutenberg que ameaçou os copistas dos primeiros tempos, da mesma forma numa época posterior, as *máquinas fotocopadoras* que exerceram seu abalo sobre as estruturas então existentes; igualmente a *obra*

---

<sup>7</sup> Organização Mundial da Propriedade Intelectual, com sede em Genebra, na Suíça.

*cinematográfica*, nos seus primórdios, também causou impactos perante os criadores de sua época, e assim o *rádio*, a *televisão*. Apesar disto, embora à primeira vista, tais invenções pareçam abalar toda a estrutura existente num sistema legal e subjugar profundamente os costumes e a liberdade de criadores, percebe-se, felizmente, que a sociedade soube se adaptar, de maneira razoável, a cada mudança com que se defrontava. A estrutura legal das épocas passadas baseava-se nas semelhanças entre o tradicional e o novo, e assim, sem sair das linhas mestras de sua unidade, integrou-se nessa evolução. É certo que, nem sempre, pode-se vislumbrar prontamente saídas perfeitas e acabadas. Cada tecnologia incorporada ao acervo da humanidade tende a ser mais poderosa, mais desconcertante que a última, razão pela qual algumas pessoas têm cada vez mais receio do desconhecido, desconfiam do que parece abalar profundamente, ou pelo menos, ameaçar o seu *status quo*. Quem sabe, em razão de tais conjecturas, *alguns mensageiros apocalípticos* anunciem a degenerescência do Direito Autoral, relegando-o a um mero sistema de licenciamento compulsório aliado a uma simples remuneração aos criadores, deixando de lado toda uma estrutura legal, uma história e doutrinas construídas para esse instituto. Seria esse o fim do Direito Autoral? *Outros*, um pouco menos extremistas, preferem desenvolver um novo modelo de direitos para os produtores, editores, distribuidores de criações intelectuais e intérpretes e executantes face à tecnologia digital, ao invés de adaptar o modelo tradicional existente a essas novas formas de criação e utilização; *Outros ainda*, propugnam novas soluções através de mudanças radicais nos princípios básicos de Direito Autoral inicialmente adotados e que, pela evolução, não são mais passíveis de adaptação.

Por ser a maior forma de expressão já desenvolvida até agora, a internet merece a maior proteção possível, contra intromissões governamentais, mas também é certo que deve conferir um mínimo de proteção e respeito pelos direitos autorais, dos criadores da cultura: os direitos dos autores intelectuais, muitos dos quais só tem este meio de sobrevivência. É nesta esteira, que pretendemos desenvolver nosso raciocínio. Pois a internet, como já enfatizado anteriormente, vem se constituindo no meio mais moderno de comunicação social, no qual grande parte da sociedade já vem concentrando suas ações cotidianas e experimentando um novo tipo de comunicação e relação social, além de estabelecerem relações comerciais cada vez mais intensamente. Em

âmbito nacional e mundial, a grande rede mundial de computadores, formada através da internet, vem se consolidando em verdadeiras “*auto-estradas* da comunicação e da informação”. Fato que também é analisado pelo autoralista Antônio Chaves quando em sua obra “Direitos Autorais na Computação de Dados”, descreve que grande parte do tráfego das informações que hoje circulam pela internet, ocorre através dos cabos de fibra ótica, cabos com a espessura de um fio encapado de eletricidade, mas que são capazes de suportarem um tráfego de 45 milhões de *bits* por segundo, o que significa que um único cabo pode transmitir o equivalente a todas as palavras que todos os grandes jornais brasileiros publicarem por dia, em apenas meio segundo. A tecnologia de transmissão de dados evolui tão depressa, que a velocidade das transmissões se multiplicam a cada ano.<sup>8</sup>

Assim, enquanto assistimos maravilhados a uma extraordinária florescência dos meios de comunicação, onde o ideal da sociedade da comunicação integral parece estar ao nosso alcance; Aproximamo-nos de uma situação em que, potencialmente, todos poderão se comunicar com todos, por meios informáticos; Potentes “*auto-estradas da informação*”, de que a Internet é o modelo, que asseguram o fluxo de grandes quantidades de mensagens, em condições de rapidez e fidedignidade; Onde a internet faz com que o usuário saia da posição de mero expectador ou agente passivo – a que só fugia praticamente com o telefone –, para interagir com o mundo virtual, assistimos, também, de forma crescente à violação aos direitos autorais, numa relação diretamente proporcional.

#### **4. Da proteção jurídica às criações intelectuais na sociedade da informação**

Se de um modo geral, o rápido e vertiginoso crescimento da Internet, ter se transformado num novo “instrumento” de informação na Sociedade da comunicação, no final do século passado e início do atual, trazendo profundas mudanças de comportamento para toda a sociedade, de um modo particular, seus efeitos refletiram sobre o direito autoral.

---

<sup>8</sup> CHAVES, Antônio. **Direitos Autorais na computação de dados: software, circuitos integrados, videojogos, embalagem criativa, duração dos direitos conexos**. São Paulo: Editora LTr, 1996, p. 240.

Aliás, José de Oliveira Ascensão<sup>9</sup> faz uma distinção entre “*sociedade da informação*” e “*sociedade da comunicação*”, ao dispor que: “*sociedade da informação*” não é um conceito técnico. É um slogan. Melhor sealaria em “*sociedade da comunicação*”, uma vez que o que se pretende impulsionar é a *comunicação*, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como *informação*”. Sendo que entre as mensagens que se comunicam, existem mensagens ou obras intelectuais que são protegidas pelo direito de autor ou direitos conexos.<sup>10</sup>

Para muitos, no entanto, a Internet é um meio eletrônico onde tudo é permitido. E que devido às facilidades, pode-se disponibilizar qualquer tipo de obra, inclusive as protegidas pelo direito da propriedade intelectual.

Mas apesar da liberalidade que existe na Internet, as obras intelectuais gozam da proteção legal, ensejando, em caso de violações, indenizações tanto no aspecto moral, como no aspecto patrimonial tanto nas convenções internacionais como na legislação brasileira, Lei de Direito Autoral (LDA), Lei n. 9.610/98, art. 7º:

Art. 7º - São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, *expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte*, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Percebe-se, assim, que independentemente do meio de divulgação ou comunicação pública, assegura-se proteção jurídica às obras intelectuais que trazem em si alguma originalidade. Nem sempre, porém, os criadores intelectuais tiveram suas obras de espírito protegidos pela sociedade. Desde a mais remota antiguidade, até o século XV, o Direito de Autor não havia despertado grande interesse por parte dos juristas, apesar dos autores virem-se quase sempre alijados de suas obras intelectuais.

Antônio Chaves ensina que o Direito Autoral não era conhecido na antiguidade, no sentido como hoje o conhecemos. Na Grécia antiga, onde havia grande produção intelectual, o plágio era praticado e

---

<sup>9</sup> É professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

<sup>10</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 71.

reconhecido, mas a única sanção era a condenação da opinião pública, portanto, uma sanção de cunho meramente moral e não patrimonial.<sup>11</sup>

Alguns especialistas, no entanto, acreditam que, apesar do fato de inexistir uma expressão no campo da legislação greco-romana, já havia o esboço de uma noção de direito de autor.

Na realidade, tanto em Roma como na Grécia, o plágio já era condenado pelos autores literários, demonstrando que antes de haver um reconhecimento do direito patrimonial, os autores da época tinham consciência de seu direito moral.

Se durante toda a antiguidade e grande parte da Idade Média, uma obra não despertava grande interesse de reprodução, pois inexistia a imprensa e a reprodução era uma atividade penosamente exercida por copistas, a situação se altera com a descoberta de meios mecânicos (imprensa de Gutenberg) que permitiram a reprodução de vários exemplares de uma obra, originando uma atividade lucrativa e com isto despertando o interesse pela comercialização e do legislador.

Porém a proteção estabelecida inicialmente não era em proveito dos autores, mas em proveito dos editores, que devido ao grande investimento que tinham feito na aquisição dos tipos móveis, necessitavam de proteção contra a concorrência, sendo-lhes atribuído os privilégios de impressão, em forma de monopólios.

Somente no século XVIII, mais precisamente em 1710, com o *Copyright Act*, da Rainha Ana, da Grã-Bretanha, que a proteção ao direito do autor começou a se efetivar, aos lhes assegurar um direito de reprodução. Este movimento começou na Inglaterra, se alastrou pela França, atingindo posteriormente outros países, principalmente naqueles em que os filósofos iluministas, antes mesmo da Revolução Francesa, já defendiam o Direito de Autor não só como uma Propriedade, mas como “a mais sagrada de todas as propriedades”, levando o monarca francês Luis XVI a abolir, em 1777, todos os privilégios de impressão concedidos até então aos editores e assegurando o direito de reprodução

---

<sup>11</sup> CHAVES, Antônio. *Criador da Obra Intelectual*. São Paulo: LTr, 1995, p. 39.



aos autores intelectuais das obras, verdadeiros titulares das obras do espírito humano.<sup>12</sup>

Consideram-se, assim, obras intelectuais todas as obras literárias, artísticas ou científicas que por qualquer modo ou forma podem ser exteriorizadas, através de um *corpus mechanicum*, merecendo, portanto, proteção pelo direito da propriedade intelectual.<sup>13</sup>

## 5. Os ramos da propriedade intelectual

Uma definição prefacial que achamos oportuno fazer é em relação aos dois ramos que constituem a Propriedade Intelectual: direito de autor e o direito da propriedade industrial, sendo estas espécies do gênero Direito da Propriedade Intelectual.

Assim como o direito da propriedade industrial visa proteger às invenções, as marcas, as patentes, os desenhos e modelos industriais, as indicações geográficas, incluindo os certificados de origem, o Direito de Autor, tutela as criações emanadas pelo espírito humano: as obras literárias, artísticas e científicas, inclusive os softwares e os direitos conexos, distribuídos, comercializados ou de alguma forma comunicadas ao público, de forma gratuita ou onerosa.

Em linhas gerais, o Direito de Autor é um ramo da chamada Propriedade Intelectual que tem como princípio tutelar o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, com alguma originalidade.<sup>14</sup>

### 5.1 Conceito de Direito de Autor ou Direito Autoral?

De acordo com Carlos Alberto Bittar, a expressão *Direito Autoral* teria sido um neologismo introduzido por Tobias Barreto em 1882, para corresponder à palavra alemã *urheberrecht*, que significa Direito de Autor, expressão que é preferida pela doutrina e pela jurisprudência brasileira e estrangeira.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 13.

<sup>13</sup> Idem, p. 57

<sup>14</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 8.

<sup>15</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Idem, p. 10.

Ainda segundo o autor citado, a expressão Direito de Autor também é adotada em outros países, como, v.g., na França, onde é conhecido por *droit d'auteur*, na Alemanha por *Autorenrecht*, na Itália por *diritto di autore*, embora que o sistema anglo-norte-americano continua a utilizar a expressão *copyright* (direito de cópia) que, no entanto, segundo Carlos Alberto Bittar, é insuficiente para abranger todas as prerrogativas que este direito envolve.<sup>16</sup>

A Lei de Direito Autoral brasileira (LDA), Lei n. 9.610 de 19.12.1998, define em seu artigo 1º, como Direitos Autorais “os direitos de autor e os que lhe são conexos”. Entende-se por direitos conexos aqueles que não são direitos de autor, mas que tem uma ligação, uma conexão, que tem algo que o vincula com o Direito de Autor, embora não sejam direitos de autor. Direitos conexos, são portanto, os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias, como dos artistas intérpretes ou executantes (cantores, atores, dançarinos, etc.), produtores fonográficos e de videogramas e as empresas ou organismos de radiodifusão, que auxiliam na criação, na produção ou na difusão da obra intelectual e estão disciplinados nos artigos 89 a 100 da LDA/98.

Os alemães, quando se referem aos direitos conexos, falam em *direitos parentes* (*verwandte Schutzrechte*) ou *direitos limítrofes* (*angrenzende rechte*); os franceses em *direitos vizinhos* (*droits voisins*) e os portugueses em *direito de vizinhança*.<sup>17</sup>

Como os Direitos Conexos integram ou fazem parte da mesma legislação brasileira que dispõe sobre o Direito de Autor (LDA/98), é comum encontrarmos as expressões Direito de Autor, Direito Autoral, Direitos Autorais ou Direitos de Autor, ora se referindo somente ao Direito de Autor, ora aos Direitos de Autor e aos Direitos Conexos como um todo. Mas para José de Oliveira Ascensão a expressão que melhor se aplica para designar ambos os direitos (Direito de Autor e Direitos Conexos) é a expressão Direito de Autor, empregando somente a expressão Direito Autoral para qualificar o que é próprio do Autor<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> BITTAR, Carlos Alberto. 2004, p. 10.

<sup>17</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 228.

<sup>18</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. 1992, p. 23.

Para o autor citado, a expressão Direitos de Autor, no plural, é sem nenhuma justificação; pois assim se contemplaria uma multiplicidade de direitos subjetivos, quando na realidade o que se pretende designar é uma unidade de um ramo da ordem jurídica: o Direito de Autor. Pela mesma razão não se fala em *Direitos* das Obrigações ou *Direitos* da Família, mas em Direito das Obrigações ou em Direito da Família, embora que mais adiante ele reconhece que a expressão Direitos Autorais tem correspondência em outros setores da ordem jurídica, como *direitos aduaneiros*.<sup>19</sup>

Apesar de haver muita semelhança entre os termos Direito Autoral, Direito de Autor ou Direitos Autorais, a expressão Direitos Autorais, é, na nossa concepção uma expressão mais ampla e que melhor se aplica no direito autoral brasileiro (art. 1º., da LDA/98) para designar simultaneamente os dois termos: Direito de Autor (que são as obras literárias, artísticas ou científicas) e os Direitos Conexos (os que têm conexão com o direito de autor, tais como, o direito dos artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e os organismos de radiodifusão).

## 5.2 O Direito de Autor com um direito *sui generis*

O Direito de Autor como um direito *sui generis* deriva principalmente devido às muitas particularidades que envolvem o direito da propriedade intelectual como um bem imaterial, com sua dupla natureza jurídica: o direito moral e patrimonial, sendo este transferível e àquele não, o que também tem provocado acirradas discussões doutrinárias entre os que consideram a obra intelectual como um direito pessoal e outros como um direito patrimonial.

---

<sup>19</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. 1992, p. 22. O autoralista português alerta, porém, que a expressão Direito de Autor (singular) ou Direitos de Autor (somente a primeira palavra no plural) é usada, muitas vezes, em sentido impróprio para designar as quantias (*direito patrimonial*) que ao titular devem ser pagas em contrapartida da utilização da obra, ou do bem a que o direito se refere, esquecendo-se a outra parte que constitui a natureza jurídica do Direito de Autor que são os *direitos* morais, que para alguns autores pode alcançar um valor até maior e mais significativo que os direitos patrimoniais que autor tem sobre a obra, porque estes – direitos morais –, são imensuráveis.

Para José de Oliveira Ascensão “às teorias personalísticas se contrapõem as teorias patrimonialísticas. São das mais variadas espécies, tendo como denominador comum reduzir o direito de autor a uma realidade meramente patrimonial”.<sup>20</sup> Se não podemos ter a pretensão de as todas examinar, pelo menos, algumas considerações serão feitas sobre o tema, na presente pesquisa.

Para o auralista lusitano, a posição da obra intelectual é muito diversa da das coisas nos direitos reais, por não ser admissível a exclusividade no domínio<sup>21</sup>. No direito real sobre coisas materiais, o titular ou o proprietário do bem, tem absoluta posse, gozo e usufruto sobre o bem material. Já em relação aos bens intelectuais, embora o titular do Direito de Autor não possa impedir a quem adquirir uma obra intelectual o direito real de gozo, posse e usufruto, este no entanto não terá a posse absoluta, pois os *direitos morais* do autor são direitos inalienáveis e irrenunciáveis. Assim, mesmo após a cessão ou transferência total dos direitos patrimoniais, o autor conserva o direito de reivindicar a qualquer momento a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra ou a qualquer atentado à mesma e que possam prejudicar a sua honra ou a sua reputação (Convenção de Berna, artigo 6 bis).

Se o autor não pode impedir o desfrute intelectual da sua obra por parte de outrem – pois este adquiriu os direitos patrimoniais –, pode no entanto, exercer plenamente seus *direitos morais*, entre os quais e além dos acima citados, o direito ao arrependimento (o de retirar de circulação, em casos extremos, os exemplares existentes no mercado, ressalvado o direito de indenizar a terceiros prejudicados que de boa-fé investiram na produção, publicação ou divulgação da obra) e o acesso à obra ou exemplar único e raro.<sup>22</sup>

Para José de Oliveira Ascensão a obra literária ou artística também não é suscetível de apropriação exclusiva, não podendo originar uma propriedade – entendida aqui na mais pura acepção do termo, como propriedade absoluta –, admite, no entanto, que o Direito de Autor é um direito real, porém diverso da propriedade, pois “a obra intelectual não é um bem de produção e o autor tem sempre o direito de

---

<sup>20</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. 1992, p. 673.

<sup>21</sup> Idem, p. 673-674.

<sup>22</sup> HAMMES, Bruno Jorge. 2002, p. 74-79.

fixar a espécie de materialização e de colocá-la ou não à disposição de terceiros”.<sup>23</sup> E conclui afirmando que neste sentido, o Direito de Autor pode ter natureza real se efetivamente recair sobre a obra (coisa incorpórea), visto que por definição, todo o direito real recai diretamente sobre uma coisa”.<sup>24</sup> Daí ser o Direito de Autor um direito *sui generis*.

## 6. Das obras protegidas pelo Direito Autoral Brasileiro

O Brasil desde os primeiros anos da república – e até mesmo no período do império, embora timidamente – tem protegido o direito de autor. Primeiramente através da Lei nº 496 de 1898, depois incorporando-a no Código Civil de 1916, artigos 649 a 673. Posteriormente com a edição da Lei nº 5.988 de 1973 que vigorou até 1998, quando foi promulgada a nova Lei de Direito Autoral, LDA nº 9.610. Assim, todas as obras literárias, artísticas ou científicas que representem de algum modo uma criação do espírito humano, com caráter de originalidade, que pode estar presente tanto nas obras originárias como nas derivadas<sup>25</sup> (art. 7º., da LDA/98), recebem proteção jurídica pelo Direito de Autor Brasileiro.

A Convenção de Berna,<sup>26</sup> da qual o Brasil é signatário desde 1922<sup>27</sup>, traz uma enorme lista exemplificativa (artigo 2), das obras que

---

<sup>23</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. 1992, p. 675.

<sup>24</sup> Idem, p. 680.

<sup>25</sup> Obras derivadas são aquelas baseadas em outras obras pré-existentes.

<sup>26</sup> A Convenção de Berna, de 1886, foi por assim dizer, o primeiro tratado em matéria de direitos autorais, a nível internacional. Ela cuida da proteção às obras literárias e artísticas. Várias foram as revisões sofridas desse tratado ao longo do tempo, entre elas, a de Paris, em 1896, a de Berlim, em 1908, a de Berna, em 1914, a de Roma, em 1928, a de Bruxelas, em 1948, a de Estocolmo, de 1967 e, a última, de Paris, em 1971. Além do Brasil, mais de 190 (cento e noventa) outros países da América Latina, África, Europa, Ásia e Oceania também a ratificaram. Alguns países, no entanto demoraram mais, outros menos para se tornarem signatários. Os Estados Unidos, por exemplo, só incorporaram a Convenção de Berna no direito interno, em 1989.

<sup>27</sup> O Brasil tornou-se signatário da Convenção de Berna em 9 de fevereiro de 1922, ratificando-a após a revisão de Paris, em 24 de julho de 1971, através do Decreto Legislativo nº 94, de 4 de dezembro de 1974, e a incorporando ao direito interno através do Decreto Presidencial nº. 75.699, de 06 de março de 1975.

são protegidas pelo Direito de Autor, entre as quais, “todas as produções originais dos domínios literário e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como: os livros, folhetos e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantominas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo à cinematografia; as obras de desenho, pintura, arquitetura, escultura, gravura e litografia; as obras fotográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras das artes aplicadas; as ilustrações e as cartas geográficas; os planos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências”.

São, ainda, protegidas como obras originais, as obras derivadas, tais como: as traduções, adaptações, arranjos musicais ou outras transformações ou, ainda as compilações de obras literárias ou artísticas como as enciclopédias e antologias, que pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais (artigo 2, ponto 3 e 5, da Convenção de Berna).

Por outro lado, a Convenção de Berna deixa reservado às legislações de cada país unionista (Estado-membro), estender ou não a proteção sobre determinadas categorias de obras facultativas, tais como: aos textos oficiais de ordem legislativa, administrativa ou judicial (artigo 2, ponto 4); às obras de artes aplicadas (artigo 2, ponto 7); às conferências, alocações e outras obras orais (artigo 2, ponto 2bis), bem como às obras de folclore (artigo 15, ponto 4).

Embora a Convenção de Berna não mencione expressamente a palavra *folclore*, prevê a faculdade de todos os países membros da União, protegê-las ou salvaguardá-las como patrimônio cultural, quando a identidade do autor seja desconhecida e sobre a qual ainda não tenha sido publicada uma obra. Para isto é necessário que o país preencha duas condições fundamentais: que se presume que o autor deste folclore pertence ao país e que a legislação nacional designe uma autoridade fundada competente para salvaguardar e fazer valer os direitos deste último nos países membros da Convenção.

Por conseguinte, no artigo 2, ponto 2, a Convenção de Berna, prevê a possibilidade de subordinar a proteção de certas obras literárias

e artísticas, ou de determinadas categorias suas, na medida que estejam fixadas num suporte material. Assim, a título de exemplo, podemos citar as obras coreográficas. Estas, no entanto, só gozam da respectiva proteção se estiverem fixadas num suporte material (*corpus mechanicum*).

O Brasil como país signatário, protege igualmente os Direitos Autorais de acordo com a Convenção de Berna aí se incluindo as obras cinematográficas, a arte cinética – arte com movimento -, e todas as demais obras intelectuais ou de espírito (art. 7º, da LDA/98), tais como, as obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; as composições musicais, tenham ou não letra; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; os programas de computador; as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual<sup>28</sup>.

Já de modo contrário, existem também as obras que não recebem proteção autoral. Para José de Oliveira Ascensão isto acontece “por não haver autor sobre elas” ou por estarem em domínio público<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> A proteção concedida, no entanto, para estas categorias, não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. Lei n. 9.610, artigo 7º., parágrafo § 2º.

<sup>29</sup> Para Bruno Jorge Hammes Domínio Público “significa que já não há um titular exclusivo da obra. Todos e cada um podem utilizá-la sem depender de autorização de um titular e sem ter que pagar algo pela utilização. Domínio público não deve ser confundido com propriedade pública pertencente ao Estado”. HAMMES, Bruno Jorge. 2002, p. 129.

Assim, podem existir obras literárias ou artísticas, sem necessariamente existir um direito de autor sobre elas<sup>30</sup>. O artigo 8º., da LDA/98 traz uma enumeração exemplificativa de criações humanas que não recebem a tutela do Direito de Autor, entre as quais, os *atos oficiais* (como, textos, tratados, convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais); as *notícias* de jornais e de periódicos, bem como as notícias e informações em cartas missivas, por ser de interesse público referente ao direito de informação e à comunicação pessoal; as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; os nomes e títulos isolado.

Percebe-se que há uma série de criações que não são protegidas pela LDA e que podem ser utilizadas livremente, porque estão em domínio público. O grande problema, no entanto, não está em relação a estas obras não protegidas, mas em relação às obras protegidas pelo Direito de Autor, enumeradas acima e no artigo 7º., da LDA e as constantes na Convenção de Berna e que parece que despertam um maior interesse.

O *nó górdio* do direito consiste justamente em como conciliar e harmonizar o direito da Liberdade à Informação (artigo 5º., inciso XIV) com o Direito de Autor (artigo 5º., incisos XVII e XVIII). Ambos consagrados pela Constituição Federal de 1988, mas que são conflitantes.

Se de um lado a CF/88 assegura a liberdade à informação, por outro, também garante ao autor o direito exclusivo de colocar sua obra a disposição do público, de autorizar a publicação ou reprodução de suas obras, direito transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar<sup>31</sup> (artigo 5º., inciso XXVII e XXVIII, da CF/88), ou seja, a LDA protege os direitos patrimoniais do autor durante toda sua vida, mais setenta

---

<sup>30</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. 1992, p. 113. No mesmo sentido HAMMES, Bruno Jorge. 1992, p. 127.

<sup>31</sup> A Lei do Direito Autoral, Lei n. 9.610/98 protege os direitos patrimoniais do autor durante toda a sua vida, mais setenta anos após sua morte, contados de 1º. de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento (art. 41).



anos após sua morte, obedecida a ordem sucessória da lei civil (art. 41, da lei nº 9.610/98). Desta forma, tanto o preceito Constitucional, como a LDA/98 não autorizam a nenhuma pessoa utilizar, publicar ou reproduzir uma obra intelectual sem ter o consentimento do autor. (art. 33, da LDA).

A proteção da atividade intelectual é uma questão de respeito e admiração à dimensão mais nobre do homem. Pelo trabalho intelectual o homem constrói a cultura e o progresso. Nele se manifesta a capacidade inesgotável de criar. A literatura e a arte são frutos da atividade intelectual humana. Protegê-los é proteger a cultura. Não é possível querer cultura, sacrificando o direito de autor. Este é o requisito para aquele. Assim, dando proteção aos autores, o país está promovendo e aumentando o seu patrimônio cultural.

O respeito ao Direito de Autor é de fundamental importância para estimular e favorecer a atividade criadora dos homens e permitir a difusão de idéias. Bruno Jorge Hammes até que reconhece que o Direito de Autor pode até estar sujeito há algumas limitações, no caso de licenças compulsórias, mas não deve ser o autor que deverá suportar sozinho o ônus econômico do atraso cultural da sociedade:

O acesso à cultura é um direito de todo cidadão. E este direito do cidadão justifica algumas limitações ao Direito do Autor (...). Mas também é verdade que não são os autores que devem custear a educação do povo (...). Se o ensino tem preço, este deverá ser pago pelo Estado. Sendo este omissor, o ônus lamentavelmente recai sobre o interessado. Não é justo impô-lo aos autores<sup>32</sup>

E completa dizendo que:

É necessário achar medidas eficazes para que o progresso técnico não venha a acabar com a proteção autoral. Os autores não são contrários ao progresso técnico. Também eles têm grandes vantagens com o progresso. Mas é preciso lembrar que, sem autores que criem obras, os melhores aparelhos de nada servem. Os autores só podem criar se não forem espoliados dos seus direitos. A existência de meios mais sofisticados e fáceis de copiar obras alheias tampouco se justifica, assim como a invenção de técnicas novas para entrar na casa dos

---

<sup>32</sup> HAMMES, Bruno Jorge. 2002, p. 110.

outros também não justifica o furto. Nem o acesso à cultura tampouco o direito à educação podem servir de pretexto para fazer os autores pagarem o preço da educação.<sup>33</sup>

Em nota de rodapé do livro sobre o “Direito da Propriedade Intelectual”, Hammes é enfático ao defender as prerrogativas do Direito de Autor sobre o direito exclusivo de autorizar, publicar e reproduzir sua obra (arts. 28 e 29 da LDA/98) ao dizer que:

Já participou de congresso de biblioteconomia em que os bibliotecários se queixavam da falta de verba orçamentária para adquirir as obras. Dabatendo em painel sobre a matéria, juntamente com vendedores de aparelhos Xerox, a idéia dominante chegou a ser que os alunos têm direito de acesso aos livros, que o seu poder aquisitivo é muito limitado, que as bibliotecas têm pouca verba e que os meios modernos estão aí para facilitar o acesso e que, conseqüentemente, devem ser utilizados. A solução é óbvia: copiar. Ao que retrucou: “a cultura tem preço. Alguém tem que pagar, ou o Estado, ou alguém outro ou o próprio interessado. Os autores não podem ser responsabilizados por esse custo”. Se em virtude do direito de acesso à cultura e aos livros, do pouco poder aquisitivo dos estudantes e do orçamento reduzido das Universidades, os fabricantes das máquinas de Xerox os dessem gratuitamente às Bibliotecas ou aos Estudantes, os Autores também poderiam começar a pensar se podem abrir mão dos seus Direitos de Autor.<sup>34</sup>

O autor citado também reconhece que quando alguém cria uma obra e a publica, certamente pretende que o público a conheça, a adquira ou a utilize. E que não vai alcançar este objetivo se não permitir um certo raio de ação livre ao adquirente<sup>35</sup>. Mas o que não pode é querer transferir este ônus do atraso cultural para o criador da obra intelectual, para suportá-lo sozinho. E arremata dizendo:

Se quisermos estender o direito de cópia privada ainda às pessoas jurídicas, as proporções do problema aumentam gigantescamente (...). Se uma empresa, v.g., em vez de

---

<sup>33</sup> HAMMES, Bruno Jorge. 2002, p. 115.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> HAMMES, Bruno Jorge. 2002, p. 94.

fazer com assinaturas de uma revista científica para os seus engenheiros, se contenta com uma, copiando os exemplares necessários para os engenheiros, não se pode dizer que a exploração não tenha sido afetada. Não obstante, esta prática poderia ser declarada lícita desde que se prevísse uma remuneração eqüitativa<sup>36</sup>.

A nível de Internet os Tribunais Superiores ainda não se manifestaram sobre o assunto, em razão da moderna tecnologia utilizada no mundo virtual ser muito recente, e não ter havido tempo suficiente para que as querelas judiciais chegassem até estes órgãos judicantes.

Mas, levando-se em consideração o princípio constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV, art. 5º, CF/88) – e sendo o Direito Autoral uma garantia constitucional, deve receber o abrigo da tutela jurisdicional frente às violações aos Direitos Autorais na Sociedade da Informação.

---

<sup>36</sup> A Lei de Direito Autoral brasileira (lei n. 9.610/98) no artigo 46, inciso II permite a reprodução de pequenos trechos em um só exemplar, para uso privado do copista, desde que feita por este e sem intuito de lucro. Ora, para que não ocorra nenhuma violação ao Direito de Autor, é necessário observar os cinco pré-requisitos deste dispositivo, a saber: *cópia de a) de pequenos trechos; b) em um só exemplar; c) para uso privado do copista; d) feita por este e e) sem intuito de lucro.* Vê-se, portanto, que a dificuldade para copiar até pequenos trechos da obra, é enorme e dificilmente alguém não violaria os Direitos Autorais, pois para que isto não ocorresse, o copista, além de observar todos os quatro requisitos acima citados, deveria ainda ele mesmo operar a máquina copiadora. Em relação a *pequenos trechos*, a LDA em nenhum momento determina o que são pequenos trechos, deixando, o Legislador ordinário, esta interpretação à encargo da doutrina e da jurisprudência. No entanto, a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR), em respeito ao Direito Autoral e em vista da demora até que o judiciário viesse a se pronunciar sobre o assunto, chegou a um acordo com os organismos e entidades que representam os autores intelectuais, fixando a cópia de *pequenos trechos* em 10% (dez percento) de um livro ou de uma obra. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS (ABDR). *Um alerta sobre a cópia ilegal de livros*. São Paulo: ABDR, s/d, p. 3.

Ademais, reconhecemos o direito da liberdade à Informação, isto no entanto, não significa que o direito à informação tenha um caráter absoluto e irrestrito, encontrando também suas limitações constitucionais e na própria lei de imprensa, como a recente decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BOLETIM INFORMATIVO. PERIODICIDADE MENSAL. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPRENSA. O informativo com periodicidade mensal e acesso ao público em geral, está inserto dentro do que dispõe o art. 12 da Lei 5.250/67. MATÉRIAS VEICULADAS ATRAVÉS DE SITE NA INTERNET – DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E À LIVRE EXPRESSÃO – APLICABILIDADE DA LEI 5.250/67 – CONTROLE JURISDICIONAL DO ESTADO. Em face da aplicabilidade da Lei de Imprensa às matérias veiculadas através de site na Internet, com acesso ao público em geral, o direito à livre manifestação do pensamento bem como o da livre expressão assegurados pelos incs. IV e IX do art. 5º., da Constituição Federal, não podem ser vistos como de caráter absoluto e irrestrito. Assim sendo, toda vez que a veiculação de informação ou pensamento, mesmo que através da rede de comunicação Internet, afete a honra ou a imagem de terceiros, haverá a possibilidade de o Poder Judiciário coibir o abuso, a teor do inc. XXXV do art. 5º., da Constituição Federal de 1988, sem que fique caracterizada qualquer espécie de censura. TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS DO ART. 273 DEMONSTRADOS – CONCESSÃO DA MEDIDA INAUDITA ALTERA PARS – POSSIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO – COMINAÇÃO DE MULTA – INTELIGÊNCIA DO §4º., DO ART. 461 DO CPC – ABSTENÇÃO DE EDIÇÃO DO INFORMATIVO – DECISÃO CASSADA NESSE SENTIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC – 2ª. C. Cív., AI 00.012208-4, Rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 10.09.2001, v.u.)<sup>37</sup>.

O direito de explorar economicamente a obra é um direito personalíssimo do autor. A Lei de Direito Autoral assegura ao autor o

---

<sup>37</sup> KAMINSKI, Omar (org.). *Internet Legal. O Direito na Tecnologia da Informação. Doutrina e Jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 273.

direito exclusivo de utilizar, fruir, dispor, de reproduzir, distribuir e comunicar ao público sua obra, ou então de conservá-la inédita (inciso III, art. 24, da LDA/98)<sup>38</sup>. Cabe ao autor o direito exclusivo de comunicá-la ou não, podendo expressá-la ou fixá-la por qualquer meio ou em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Temos assim, um leque muito grande de meios, formas, modalidades através das quais o autor da obra pode explorá-la. É do seu livre arbítrio. Mas nem sempre o autor reúne as condições materiais para tal envergadura, podendo, neste caso transferir os direitos patrimoniais para que terceiros a explorem, em seu nome, mediante uma remuneração pecuniária, em contrato previamente ajustado entre as partes.

Embora a LDA não traga em seu bojo nenhum dispositivo que disponha explicitamente sobre a comunicação ao público das obras pelo meio eletrônico da rede mundial de computadores ou Internet, o legislador, no entanto, deixou à salvo os direitos autorais do autor quando dispôs que são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (art. 7º., da LDA/98), aí incluídas, portanto, a rede mundial de computadores.

## 7. Conclusão

Ao final deste trabalho podemos concluir que:

1. Se por um lado, o desenvolvimento e a difusão da tecnologia digital trouxe tantos benefícios, formando uma verdadeira sociedade da informação globalizada, onde todos os que a acessam, sejam grandes empresas com fins econômicos, seja o pequeno usuário doméstico, deixando para trás o modo arcaico

---

<sup>38</sup> Neste sentido, o acórdão do TJSP. "Direito Autoral. Indenização. A publicação em revista semanal de trechos de diário pertencente a ex-Presidente da República falecido, sem a autorização de seus familiares, enseja indenização, a título de direitos autorais, aos herdeiros do de cujus, ainda que se trate de obra de acentuada importância histórica, pois era direito da família mantê-la inédita e sem publicação". Apelação Cível n. 95.250-4/5, 3ª., Câm., Rel. Des. Alfredo Migliori, j. 06.06.2000. RT n. 782, dez./2000, p. 238.

de se fazer negócios, ensejando oportunidades de compra e venda de qualquer produto em todos os setores da civilização, gerando, inclusive empregos em áreas nunca antes exploradas no mercado de trabalho, acarretou, por outro lado, um impacto ambivalente na proteção dos direitos autorais. A nova tecnologia familiariza-se a uma grande máquina copiadora, o que proporciona a expansão da reprodução de obras não autorizadas.

2. Da mesma forma que o direito e a liberdade à informação é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, reconhecida como tal na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Direito Autoral também é um princípio fundamental, consagrado pela Constituição Brasileira e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. O direito à informação se choca, portanto, com o direito autoral, tanto mais porque os conteúdos e informações que navegam por esta rede mundial de computadores e da sociedade da informação, estão protegidos pelas leis de direitos autorais, gerando um conflito entre dois direitos humanos fundamentais.
3. Conclui-se que o paradoxo existente entre Sociedade da Informação e os Direitos Autorais necessitam de uma nova releitura a partir da crise de paradigmas (direito de autor e direito de informação frente ao contexto histórico presenciado), criando um novo paradigma, um paradigma digital, que implica na utilização de uma outra matriz teórica do direito que se insira no contexto temporal, qual seja o do direito cibernético, pelo qual a *autopoise* é uma condição imprescindível à unidade operacional e estrutural do sistema jurídico, para as soluções complexas que o sistema social apresenta. Direito Autoral e direito ao acesso e uso da informação devem coexistir em comunhão, devendo-se encontrar um equilíbrio atrás dos limites ou através da aplicação/interpretação dos Tribunais, da gestão coletiva destes direitos, pelos princípios da analogia e da hermenêutica jurídica.

## OS LIMITES REMUNERATÓRIOS E A EC 41/2003: INCONSTITUCIONALIDADE?

---

### Walber José Valente de Lima

Procurador de Justiça. Pós-graduando em Direito Processual pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Alagoas. Especialista em Direito Público pela UFAL. Formação no Curso de Altos Estudos em Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra do Rio de Janeiro.

### Leonardo de Siqueira Bitencourt

Bacharel em Direito pelo CESMAC, Assessor Técnico.

### SUMÁRIO

1. Introdução.
2. O art. 37, XI e suas modificações constitucionais.
3. O teto constitucional no Estado de Alagoas.
4. As vantagens individuais e o teto constitucional.
5. Conclusão.

### 1. Introdução

Temos acompanhado no dia a dia a uma enxurrada de ações provenientes do inconformismo do funcionalismo público, principalmente após a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998 e, posteriormente, da Emenda Constitucional 41/2003, relativos a redução vencimental imposta pelo art. 37, XI da Constituição Federal.

Com o intuito único de situar o leitor, faz-se necessário destacarmos o posicionamento do suso mencionado artigo dentro da Constituição Federal. Como sabemos, a Carta Maior não se consubstancia em um amontoado de normas ventiladas *ab hoc et ab hac*. O posicionamento de cada artigo possui uma seqüência lógica seja para evitar possíveis discordâncias dentro do próprio texto legal, seja para facilitar a sua absorção pelos estudiosos do direito.

De fato, a articulação de assuntos dentro de um mesmo contexto dificulta o surgimento de posicionamentos divergentes. O próprio debate de determinada matéria em um único momento, até mesmo pela natureza falha da mente humana, faz com que se insurjam durante a elaboração do texto legal mais dúvidas e discussões, acarretando a diminuição de atritos após a sua promulgação e publicação.

Por outro lado, a concentração de determinadas matérias dentro de capítulos, e até mesmo seções, importa em creditarmos que o legislador idealizou tal procedimento no intuito de facilitar a consulta e o aprendizado do texto elaborado. E esta necessidade advém, por óbvio, do fato de que todo conjunto de normas é feito pela e para a coletividade sendo que a falta de utilização e conhecimento a transforma, nos dizeres de *Lassale*<sup>1</sup>, tão somente em um “pedaço de papel”.

## 2. O art. 37, XI e suas modificações constitucionais

Assim, dentro do Capítulo VII da CF – Da Administração Pública – nas *Disposições Gerais* (Seção I), fora introduzido o Art. 37, inciso XI, em seus termos originais:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito.

Quando da concepção deste artigo, percebe-se, *in apcibus juris*, que o legislador procurou dar um comando inflexível, rígido a sua redação. O texto emprestado àquela norma constitucional, mais especificamente a parte em que determinava “(...) os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título”, intentava restringir qualquer tipo de interpretação que se pudesse

---

<sup>1</sup> Ferdinand Lassale (1825-1864) era advogado e foi o precursor da chamada Social Democracia Alemã. Autor de “A essência da Constituição” foi o maior defensor e expositor da concepção Sociológica da Constituição.



aplicar no intuito de excepcionar determinadas parcelas remuneratórias do limite imposto pelo art. 37.

Porém, o próprio Supremo Tribunal Federal, realizando uma interpretação conjugada do art. 37, XI com o art. 39 §1º, se encarregou de reconhecer que a expressão “*a qualquer título*” admitia exceções. Na ADIn 14, *leading case*, relatada pelo Ministro Célio Borja (frise-se: com votação unânime), ficou determinado que as “*vantagens individuais*” ou “*vantagens pessoais*” estariam excluídas do teto remuneratório.<sup>2</sup>

Posteriormente, o constituinte derivado trouxe nova redação ao art. 37, por ocasião da Emenda Constitucional nº 19/1998. Teve por objetivo afastar a interpretação dada pela Corte Máxima como também aquela que vinha sendo adotada pela jurisprudência brasileira, trazendo maior rigor ao texto constitucional, *expressis verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, **incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza**, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. (grifo nosso)

Importante destacarmos que tanto na redação original do art. 37 como na sua posterior reforma, o legislador achou por bem apresentar disposições transitórias que afastavam a invocação do direito adquirido. Apenas frisamos tal fato *obiter dictum* por não ser o objeto principal do presente estudo.

---

<sup>2</sup> STF, Julgamento 28/09/1989 - Tribunal Pleno, votação unânime, 1-12-89, RTJ 130/475.

Em seguida veio a Emenda Constitucional nº 41 (“Reforma da Previdência”) e com ela a seguinte redação para o multitransformado art. 37, XI:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Com a reforma da redação surge um novo cenário: o art. 37 é modificado para atrelar o teto dos vencimentos, antes unificado ao vencimento dos Ministros do STF, a cada ente máximo do respectivo poder.

Neste diapasão, com relação ao Poder Judiciário, o limite máximo de remuneração seria aquele autorizado aos Desembargadores dos Tribunais Estaduais, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento (90,25%) do valor percebido pelos Ministros do STF.

No Poder Legislativo, o subteto terminou acoplado ao subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais.

Já no Poder Executivo, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, o subteto equivaleria ao subsídio dos Governadores e nos Municípios, ao subsídio dos Prefeitos.

### 3. O teto constitucional no Estado de Alagoas

Fato é que a Constituição Federal, em sua redação original, autorizou a estipulação de um limite remuneratório por meio de Lei Ordinária. A grande discussão que se formou entre os operadores do direito dentro do Estado de Alagoas foi sobre a possibilidade de um decreto, leia-se Decreto Legislativo 349/95, estipular este limite vencimental dos servidores Estaduais. Transcrevemos o supracitado decreto:

Art. 1º: A remuneração mensal do Secretário de Estado é fixada, para o exercício financeiro de 1995, na forma abaixo discriminada:

I – vencimento básico: R\$ 370,58 (trezentos e setenta reais e cinquenta e oito centavos)

II – representação será obtida usando-se o multiplicador 15,19085 (quinze vírgula cento e noventa mil e oitenta e cinco)

Ocorre que à época, era perfeitamente possível estabelecer a remuneração do Secretário de Estado por meio de Decreto Legislativo já que inexistia o §2º do art. 28 da CF, o qual determina que “*os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa (...)*”. Assim, sendo o ato realizado de acordo com o ordenamento jurídico de sua época, este é recepcionado pela ordem constitucional caso não seja incompatível *ratione materiae*. Exemplo clássico dessa possibilidade é o próprio Código Penal Brasileiro que entrou em vigor em 7 de dezembro de 1940 como Decreto-Lei (DL - 2848) sendo recepcionado pela Carta da República.

Outra questão discutida foi a alegação de que o Decreto 38.127/99 estipulou uma redução nos proventos dos servidores. Vejamos:

Decreto 38.127/99: “Art. 1º: O subsídio ou a remuneração de cargo, posto, graduação, ou função da administração direta, autárquica ou fundacional, as pensões e os proventos de inatividade pagos pelo Poder Executivo, não poderão ultrapassar o limite bruto de R\$ 6.000,00 (seis mil reais)

§1º: São excluídos do teto estabelecido neste artigo:

- a) gratificação natalina
- b) adicional de férias
- c) ajuda de custo, diárias e indenização de transporte nos limites respectivos
- d) adicionais por tempo de serviço, até o limite total de trinta e cinco por cento sobre os vencimentos do servidor”

Superficialmente, realizando-se uma análise exclusivista do artigo colacionado, poderíamos chegar a conclusão de que realmente fora implementado uma redução para aqueles que percebiam mais do que 35% na remuneração dos servidores públicos estaduais sobre o adicional por tempo de serviço. Porém, e prezando pela exegese do ordenamento jurídico como um todo, devemos realizar a interpretação da norma de acordo com o conjunto de leis que vigiam em determinado lapso temporal.

Neste raciocínio, encontrava-se em vigor à época a Emenda Constitucional Estadual nº 15/96 que determinava como limite máximo de remuneração em espécie, a qualquer título, o valor percebido pelo Secretário Estadual, Deputado Estadual e Desembargador, sendo estabelecido neste limite inclusive as vantagens de caráter individual.

Assim, em verdade, o Decreto 38.127/99 passou a exercitar uma interpretação da administração, ampliando, e não reduzindo, o limite para 35% da remuneração percebida.

#### **4. As vantagens individuais e o teto constitucional.**

Trata-se de outra questão bastante controvertida a possibilidade do teto constitucional alcançar as vantagens de caráter pessoal. Estaria esta determinação do constituinte derivado, que possui o poder de reforma, afrontando os princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de salários?

Neste momento mantemos o entendimento de serem estes princípios uma garantia outorgada aos cidadãos pelo constituinte originário e que só através dele, e não através do poder derivado, poderia ser retirada da esfera de direitos constitucionalmente garantidos. Mesmo uma Emenda Constitucional, por sua característica derivada, não teria o condão de autorizar uma redução desta envergadura.

Carl Schmitt, em sua clássica obra *Teoría de la Constitución*, já demonstrava brilhantemente toda a força do poder constituinte originário, que não se subordinava nem mesmo a sua própria criação, a Constituição. Trata-se de um poder que permanece latente dentro da Nação:

El Poder constituyente no está vinculada a formas jurídicas y procedimientos; cunado actúa dentro de esta propiedad inalienable, está siempre en estado de naturaleza.

En el Poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Pero él mismo no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas e organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva<sup>3</sup>

Porém, devemos salientar que os salários acima do teto estipulado não se tratam de um direito adquirido de estatura constitucional com força para impedir a sua fixação dentro dos limites vencimentais. Definitivamente não. O que há de ser observada é a evidente afronta ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, quando se trata de vantagens individuais, que se consubstancia em verdadeira figura qualificada do direito adquirido com força para impedir a sua limitação.

Oportuno lembrarmos que recentemente a questão foi objeto de apreciação pela nossa Suprema Corte. Por ocasião do Mandado de Segurança nº 24875, decidiram os ilustres Ministros do STF que os adicionais por tempo de serviço devem ser incluídos no teto salarial do

<sup>3</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri : Alianza Universidad Textos, 1992, p. 97

funcionalismo público. Porém a irredutibilidade de vencimentos deve ser respeitada sendo necessária a apreciação de cada caso concreto. A discussão se limita a análise de se tais proventos foram incorporados legitimamente e se houve ofensa ao princípio da moralidade.

De bom grado, convém trazermos aos autos o voto do Ministro Lewandowski que, reconhecendo a legítima incorporação daqueles proventos no caso dos Ministros aposentados, proferiu o voto de minerva, *expressis verbis*:

A conciliação das situações dos impetrantes com a nova ordem constitucional, então, há de fazer-se sob o prisma da irredutibilidade de vencimentos, tradicional garantia dos magistrados – estendida pelo STF também aos proventos – que repele a idéia de decesso remuneratório. Nessa linha, o Supremo tem decidido que o valor nominal da remuneração percebida pelo servidor, sob a égide de determinado plexo normativo, não pode sofrer diminuição, sob pena de vulnerar situação juridicamente estável, mune à alteração legislativa posterior.”<sup>4</sup>

Assim, os Ministros consideraram constitucionais os dispositivos da Emenda Constitucional nº 41. Neste raciocínio, apesar das vantagens individuais serem passíveis de análise caso a caso, segundo o entendimento esposado via decisão unânime, os adicionais por tempo de serviço deverão respeitar os limites impostos pela multicitada emenda.

## 5. Conclusão

*Non vi, virtute*, não observamos qualquer inconstitucionalidade na EC nº 41. Obviamente, pela sua complexidade e como bem frisou o ilustre Ministro Sepúlveda Pertence se referindo ao julgamento do MS 24875, “o tema é complexo e se trata de um verdadeiro ‘sarapatel de normas’”, merecendo análise profunda quando do surgimento de cada caso concreto.

Não só a matéria possui diversas interpretações, inclusive dentro do próprio STF, como a quantidade de normas que devem ser analisadas com o fito de se realizar a verdadeira justiça é enorme.

---

<sup>4</sup> Mandado de Segurança n. 24.875-1 Proced. Distrito Federal. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Voto prolatado em 11.05.2006.

A tendência, após a promulgação da EC 41, é que o problema seja apaziguado e as soluções futuras sejam de mais fácil desenlace.

Importante destacarmos que o Estado Democrático de Direito não tolera abusos. Um país que intenta ser respeitado mundo afora deve começar a sua caminhada respeitando os seus cidadãos. A EC 41 veio apenas ratificar a intenção original do legislador de evitar exageros dentro do poder público. Não raro tomamos notícia de membros do Poder Executivo, Legislativo ou mesmo do Judiciário, que percebem proventos inimagináveis para a maioria da população brasileira.

Percalços houveram. Até mesmo a necessidade de se introduzir o tema dentro da Carta Magna do país é discutível. Mas o que se destaca em todo este processo de estipulação do teto remuneratório dentro do Estado é a determinação dos agentes da população democraticamente eleitos em conseguir, finalmente, estipular mencionado limite.

Neste momento em que toda a população se prepara para exercer a sua plenitude democrática, as vésperas das eleições, e que ao mesmo tempo se mostra desiludida frente às constantes denúncias de mensalões, valeriodutos e sanguessugas, finalmente vemos, no fim do túnel, uma luz. Uma luz que, se não alcança as nuvens, ao menos, alcança o “teto”.

