

DOCTRINA

UMA VISÃO PRAGMATISTA DO PROCESSO DE DECISÃO JURÍDICA COMO JOGO DE LINGUAGEM: A CONSTATAÇÃO DA CONTINGÊNCIA DA LINGUAGEM PARA A SUPERAÇÃO DO PROBLEMA DA RACIONALIDADE DOS PROCESSOS DECISÓRIOS

Adrualdo de Lima Catão

Mestre e Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela UFPE. Especialista em Direito Processual pelo CESMAC. Professor de Filosofia do Direito da UFAL

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A noção de jogo de linguagem para a crítica de posturas universalistas: os critérios para a medida da correção e da certeza das assertivas são encontrados de forma contextualizada. 3. A distinção comensurabilidade-incomensurabilidade como questão de grau: os ambientes de decisão jurídica e seus diferentes graus de comensurabilidade. 4. Considerações conclusivas: os processos de decisão jurídica como ambientes regrados e a constatação da contingência como forma de superação do problema da irracionalidade e do relativismo nos processos de decisão no direito.

1. Introdução

O presente trabalho pretende apresentar a postura pragmatista como uma possível visão do fenômeno da decisão e interpretação do direito, para superação do problema da racionalidade dos processos de decisão jurídica. Nesse sentido, tem-se a noção de que o problema da racionalidade do direito é um falso problema, se colocado como uma tentativa de se buscar controles prévios e descontextualizados para os decididores.

Assim é que a postura pragmatista, associada a uma visão wittgensteiniana da medida da correção da interpretação, quer-se afirmar que o processo de decisão jurídica tem seu controle dentro das próprias normas do jogo de linguagem. Assim, dentro de um ambiente paradigmático, é possível encontrar-se controles mais ou menos claros

para a decisão a ser tomada. Todavia, tais normas controladoras não deveriam ser encaradas como pressupostos para uma racionalidade da decisão:

Isto porque tais normas, como normas de um determinado jogo de linguagem, são contingentes, e, portanto, podem sofrer mutações imprevisíveis, ainda mais quando o ambiente em que a questão jurídica é colocada trata de questões que envolvem interesses completamente adversos. Tais interesses, muitas vezes, são tão incompatíveis que impõem ao ambiente discursivo um grau de incomensurabilidade que impossibilita pensar-se em regras prévias de controle de decisão.

Tal situação é típica da decisão legislativa e das questões jurídico-constitucionais. Onde os interesses envolvidos são tão divergentes que não há como se encontrar regras claras e prévias que possam nortear de forma objetiva algo como uma decisão racional.

Daí a crítica que se faz nesse trabalho às tentativas racionalizantes que se pretendem universais e totalizadoras, como se fosse possível encontrar, em toda questão jurídica um ambiente no qual as regras para a decisão seriam encontradas previamente, donde a previsibilidade da decisão a ser tomada seria quase que absoluta.

De outro lado, não se quer apresentar o processo de decisão jurídica como um procedimento lingüístico arbitrário, em que qualquer decisão é possível e nada pode ser previsto. Não se trata de trazer à baila uma espécie de irracionalismo às decisões judiciais, mas apenas de demonstrar que, mesmo nos ambientes em que os discursos são mais comensuráveis, as regras do jogo de linguagem podem proporcionar uma segurança momentânea, que serve de certeza, somente enquanto a contingência das situações da vida não apresentem um caso tão inusitado que as regras anteriormente utilizadas já não sejam vistas da mesma forma. Aqui, estar-se-ia diante de mudanças paradigmáticas, que, por se tratar de modificações revolucionárias, não podem ser previstas.

Daí a impropriedade de posturas racionalizantes totalizadoras, que deixam de levar em conta os ambientes de alto grau de incomensurabilidade, bem como a possibilidade de mudança contingente das regras do jogo de linguagem que está sendo jogado no direito.

Inicialmente o trabalho tratará de apresentar o pragmatismo como postura antiessencialista e anti-representacionista para, logo após, tentar aproximar o pragmatismo antiessencialista à noção wittgensteiniana do jogo de linguagem, para utilizá-la como corolário da noção kuhniana de paradigma como ambiente em que os critérios para correção das decisões são, de certa forma, identificáveis.

Com base na noção de paradigma, o trabalho, quer apresentar as noções de comensurabilidade e incomensurabilidade como medidas para a possibilidade de determinação de critérios para a decisão correta. Ao final, pretende concluir que existem ambientes de decisão jurídica em que tais critérios são mais facilmente determináveis que outros e, mesmo nesses ambientes, que podem ser chamados de paradigmáticos, não há que se falar em critérios e regras “racionais”, desde que por “racionais” se entenda imutáveis, universais ou transcendentais.

2. A noção de jogo de linguagem para a crítica de posturas universalistas: os critérios para a medida da correção e da certeza das assertivas são encontrados de forma contextualizada

A tese pragmatista acima exposta apresenta um caminho nitidamente wittgensteiniano, no sentido de que supera o enfoque epistemológico da busca pela verdade independente do contexto, e traz a lume uma postura de visualização das necessidades e interesses humanos concretos e contextualizados.

Daí que a noção de jogo de linguagem de Wittgenstein serve para o propósito de uma argumentação filosófica pragmatista, de forma a deixar de lado qualquer tipo de vocabulário que ainda mantenha concepções de caráter transcendente ou universalista.

A visão do homem como ser desde já inserido na linguagem e que não tem qualquer acesso direto a um “mundo” independente dele é a base da consideração de que a verdade não é correspondência, mas se refere à maior coerência ou utilidade das descrições realizadas num determinado contexto lingüístico. A verdade não está diante do homem, pois só há verdades onde há frases, que são elementos lingüísticos, criações humanas.¹

¹ RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Presença, 1994, p. 25.

Esta visão impede que se considere haver qualquer verdade independente do homem, como também impede qualquer visão do que seria a natureza intrínseca das coisas ou da própria humanidade.

Assim é que a forma de vida do ser humano se configura como um “jogo de linguagem”. Ao invés de definir um conceito de jogo de linguagem, Wittgenstein exemplifica-os como sendo contextos de formas de vida nas quais o homem atua, age. “A expressão jogo de linguagem deve aqui realçar o fato de que falar uma língua é uma parte de uma actividade ou de uma forma de vida”.² Daí que é a atuação do homem, dentro do jogo, que confere significação às suas descrições.

Isto quer dizer que não há algo “em si” que é retratado pela linguagem. Ao viver o homem atua dentro de um contexto significativo e, para atender a seus objetivos e interesses, tem que jogar segundo as regras do jogo de linguagem em que está inserido. Estas regras é que conferem os critérios para a medida da correção das assertivas feitas dentro do jogo de linguagem.

O “ser” das coisas se manifesta lingüisticamente, dentro do contexto das formas de vida. Identifica-se, portanto, linguagem e o agir humano. O agir humano sempre se dá em determinados contextos de ação, com características próprias e específicas, que é o jogo de linguagem.³

Sempre se está num jogo determinado. São vários os jogos com que o ser humano age e entre os mesmos não há qualquer elemento essencialmente comum. Ao invés de tentar encontrar uma essência da linguagem “eu afirmo que todos estes fenômenos [jogos de linguagem] nada têm em comum, em virtude do qual nós utilizemos a mesma palavra para todos – mas antes que eles são aparentados entre si de muitas maneiras diferentes”.⁴

Veja-se que Wittgenstein quer trazer a noção de jogo de linguagem para tentar demonstrar que tudo que a filosofia deve fazer é se preocupar em explicar de que forma as palavras são usadas dentro

² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. (IF 19 e 23).

³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 138.

⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., 2002. (IF 65).

dos variados contextos de significação, que são os jogos de linguagem. “Pode se ter a impressão de que, com isto, estamos trivializando o tema, reduzindo a filosofia a meras questões verbais. Mas isto é um engano. A linguagem não tem nada de trivial”.⁵

Isto demonstra que, em sendo vários os jogos, em cada jogo havendo regras de significação específicas, e em não havendo fatos independentes de descrições dentro desses jogos, não há que se falar em uma essência que existe independentemente ou “fora” dos jogos de linguagem.

O uso da linguagem pelo ser humano que tem suas regras definidas segundo as necessidades e o contexto dos utilizadores da linguagem. A “evolução” humana é, portanto, uma sucessão de formas de vida, expressas nos jogos de linguagem, donde se torna impossível pensar que há algo, fora de um jogo de linguagem, que sirva de parâmetro para aferir qual descrição, dentre as conflitantes, pode ser considerada verdadeira ou correta.

Pronunciar uma frase sem um lugar fixo num jogo de linguagem é, tal como disseram com razão os positivistas, pronunciar algo que não é verdadeiro nem falso. (...) Só se poderá saboreá-la ou cuspi-la. Com isso não se está, porém, a dizer que não poderá, com o tempo, tornar-se um candidato a valor de verdade. Se for saboreada e não cuspidada a frase poderá ser repetida, agarrada, difundida. Exigirá, então, gradualmente, um uso habitual, um lugar familiar num jogo de linguagem.⁶

Os critérios que foram utilizados, por exemplo, para aferir a validade das descrições feitas por Galileu, quando o paradigma por si inaugurado estava em vigor, simplesmente não existiam quando ele foi levado a julgamento pela Igreja.

“Nenhuma epistemologia concebível, nenhum estudo da natureza do conhecimento humano”, podia ter concebido tais critérios, antes que os mesmos tivessem sido conquistados.⁷ Tais critérios

⁵ HACKER, P. M. S. *Wittgenstein*. São Paulo: Unesp. 2000, p. 16.

⁶ RORTY, Richard. *Op.cit.*, 1994, p. 41.

⁷ RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 258.

estavam em formação, pois estava em formação o paradigma no qual as descrições científicas teriam a sua validade aferida.

Não faz sentido pensar, pois, na possibilidade de confrontar descrições feitas dentro de um paradigma superado com descrições feitas dentro de um paradigma vigorante. Não faz sentido pensar que eram “falsas” as assertivas sobre o movimento feitas por Newton, diante do surgimento das teorias da relatividade.

A mudança na forma de jogar e, portanto, a mudança de jogos não é fruto de um “consenso racional” ou algo superior ao contexto em que o homem age. Os conceitos são usos de palavras e as palavras deixam de ser usadas porque outras passam a ser usadas em seu lugar, outras palavras mais interessantes ou úteis aos propósitos humanos.⁸

É que os seres humanos agem em vários jogos de linguagem, diferentes entre si e que, como visto, não têm uma essência em comum. Daí que as descrições feitas dentro desses jogos não podem ser consideradas verdadeiras ou falsas, corretas ou incorretas, com base em um critério de fora, independente de cada jogo de linguagem.

Seguindo a linha de Kuhn, tem-se que diferentes paradigmas científicos sobrevivem contemporaneamente e são ambos eficazes nos tratos com os problemas humanos, apesar de as asserções retiradas de um e de outro serem completamente incompatíveis, não faz qualquer sentido perguntar sobre qual das duas seria “correta” ou “verdadeira”.⁹

Tais perguntas não fazem sentido quando se passa a adotar a visão de que o homem está sempre inserido num jogo de linguagem e as descrições só podem ter sua “veracidade” ou “correção” medidas por critérios de dentro de cada jogo, critérios esses que estarão relacionados

⁸ RORTY, Richard. “A pragmatist View of Contemporary Analytic Philosophy”. *Site da Universidade de Stanford*. Disponível em <www.stanford.edu/~rrorty/>. Acesso em: 5 de setembro de 2003.

⁹ Em Kuhn, tem-se a opinião de que as crenças dos cientistas determinado paradigma anteriormente existente não podem ser comparadas às crenças de paradigmas atuais, mas tão somente às crenças dos cientistas contemporâneos ao paradigma analisado. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 22.

com a utilidade, eficácia ou coerência e plausibilidade das descrições como forma de solução de problemas humanos.¹⁰

Isto, porém, não quer dizer que a incomensurabilidade entre os vocabulários ou jogos de linguagem seja algo intransponível. As revoluções científicas e as influências morais entre culturas diversas se dão através de interferências entre os vocabulários que, gradualmente, formam um novo vocabulário. A criação desses novos vocabulários não se dá por critérios pré-fixados e externos aos jogos de linguagem, trata-se da invenção de novos instrumentos para solução de problemas: “Introduzir um vocabulário desses é mais como pôr de parte alavanca e o calço por se ter tido a idéia da roldana, ou como pôr de parte o gesso e a têmpera por se ter imaginado o modo de lidar adequadamente com a tela”.¹¹

A linguagem é instrumento que é usado pelo homem para viver, é sua forma de vida.¹² Esta visão instrumentalista da linguagem levada por Wittgenstein reflete a desnecessidade filosófica de busca por um critério último com o qual medir a correção de asserções jurídicas ou a verdade de asserções teóricas. A noção de jogo de linguagem torna inútil a postura filosófica universalista.

As regras do jogo, todavia, não estão postas desde já. O “adestramento” do homem é que o faz “aprender” as regras. É como se só fosse possível aprender as regras do jogo jogando. Não se trata de repetir símbolos, mas de “agir” de uma determinada forma, de acordo com as regras do jogo. Tentar buscar tais regras “antes” do jogo é cair num universalismo, o que ora se pretende contrapor.

Procurar, portanto, critérios de decisão, seja moral, teórica, política ou estética em um lugar objetivo (na representação do mundo), ou na subjetividade humana (razão) ou em regras universais e transcendentais do discurso (razão comunicativa) é empresa filosófica “sem sentido”, pois esquece a contingência do homem e de sua linguagem. Esquece que o homem age jogando lingüisticamente, donde não há como se encontrar a essência das coisas, mas tão somente

¹⁰ RORTY, Richard. Introdução: pragmatismo como anti-representacionismo. In: MURPHY, John. **O Pragmatismo: de Peirce a Davidson**. Porto: Edições Asa, 1993, p. 10.

¹¹ RORTY, Richard. Op. cit., 1994, p. 27.

¹² OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Op. cit., 1996, p. 143.

analisar as mudanças que ocorrem nos vários jogos de linguagem do qual o homem participa.

A tendência a procurar esses critérios é a tendência em procurar uma essência. Trata-se da tentativa de encontrar a linguagem ideal, privilegiando uma entre as várias linguagens nas quais o homem atua. Enquanto se pense em algo como uma natureza intrínseca da moralidade ou da verdade, continuará em voga a busca por um vocabulário universal que possibilite alguma coisa chamada “racionalidade humana”.¹³

3. A distinção comensurabilidade-incomensurabilidade como questão de grau: os ambientes de decisão jurídica e seus diferentes graus de comensurabilidade

Seguindo o raciocínio apresentado acima, pretende-se apresentar a noção de comensurabilidade, que quer se referir ao ambiente lingüístico (jogo de linguagem) no qual as regras e critérios para a correção das assertivas são, de certa forma, identificáveis objetivamente.

O que se quer aqui é apresentar as noções de comensurabilidade e incomensurabilidade como tipos ideais que serviriam para medir o grau de objetividade com que as regras e critérios de correção das decisões podem ser identificados, no campo específico de tratamento deste trabalho, qual seja, os processos de decisão jurídica.

Assim sendo, deve-se tentar pensar a comensurabilidade como uma característica dos discursos proferidos em um ambiente no qual o grau de consenso sobre as bases da comunicação é suficiente a se encontrar critérios mais ou menos estabelecidos para a solução de controvérsias.¹⁴

Quando o nível de dissenso existente entre os participantes do discurso é tão alto, que os colocam sem a definição objetiva de

¹³ RORTY, Richard. Op. cit., 1994, p. 27.

¹⁴ Rorty deixa claro que não concorda que há discursos plenamente incomensuráveis. RORTY, Richard. **Pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología e ética**. Barcelona: Ariel Filosofia, 2000, p. 101.

critérios que possam ser usados para a solução das controvérsias, está-se diante de um discurso incomensurável. Quando, ao contrário, é possível identificar bases de entendimento sobre critérios para solução de controvérsias, tal discurso é comensurável.

O que se quer, pois, é destacar que esta diferença não pode ser estabelecida com base numa linha bem definida. A diferença entre discursos comensuráveis e incomensuráveis seria, então, uma diferença de grau, donde quanto maior for o grau de consenso existente entre os utilizadores da linguagem, sobre os critérios para solução de controvérsias, maior grau de comensurabilidade possuem os discursos.

Isto quer dizer que não há uma “incomensurabilidade pura”, que tornaria incomunicáveis os discursos proferidos por formas de vida diferentes. O que pode haver são discursos com tão alto grau de incomensurabilidade que o entendimento fica muito prejudicado.

É evidente que Kuhn está a tratar da questão específica da evolução científica ao usar a noção de paradigma. Mas o que se propõe nesse trabalho é trazer esta expressão para um uso mais amplo, amparado na sua semelhança com a noção de jogo de linguagem. Aplicando-a na questão da definição de critérios de decisão no direito, ao usar as noções de comensurabilidade e incomensurabilidade, apresentando-se o processo decisório como ambiente cujos falantes são utilizadores de jogos de linguagens específicos.

Em determinados tipos de processos, o que há são utilizadores da linguagem cujos interesses são tão opostos e envolvem questões tão antagónicas e controversas, que não se pode dizer que há um critério prévio para a solução do conflito. Claro que esta visão da incomensurabilidade vem fazer frente à ideia de que podem existir critérios prévios e definidos objetivamente e de forma descontextualizada que definiriam a racionalidade do ambiente discursivo.

Assim é que, quando se tenta encontrar critérios de correção das decisões, sejam eles procedimentais, ou mesmo de conteúdo, tal postura invoca um universalismo inaceitável a uma teoria pragmatista.

A constatação da incomensurabilidade de paradigmas é claramente demonstrada pela mutação revolucionária do sentido dos

critérios de decisão. No caso do direito, a mudança na interpretação dos textos normativos. Imagine-se, por exemplo, como se operou a mudança na noção de “família” no direito civil brasileiro.

Assim, a questão é: como se muda um vocabulário, sem perder a comunicabilidade? Como surgiu o vocabulário da física quântica, se todos os cientistas falavam, antes, a linguagem newtoniana, por exemplo? Como pôde surgir a noção de família baseada na afetividade, se antes ninguém cogitava da possibilidade sequer da existência de família fora do casamento? Seguindo o mesmo raciocínio, como dois povos, que possuem formas de vida distintas, conseguem se reunir em uma deliberação jurídica? Como se pode pensar em “conversa” entre os trabalhadores de movimentos sociais que lutam por reforma agrária e os fazendeiros? Como pensar que ambos podem, em conjunto, manter um diálogo inteligível sobre a interpretação do direito de propriedade previsto na Constituição brasileira? Estas perguntas ficariam sem respostas, caso se pensasse na incomensurabilidade como intraduzibilidade entre paradigmas.

Os paradigmas não surgem do nada, mas se originam do vocabulário de algum outro paradigma. Eles se modificam com base um vocabulário anterior. O que se considera uma metáfora num determinado paradigma, pode vir a se tornar literalidade em um paradigma diferente. Também a diversidade de vocabulários contemporâneos pode formar um novo vocabulário diferente:

As conquistas revolucionárias nas artes, nas ciências e no pensamento moral e político verificam-se tipicamente quando alguém se apercebe que dois ou mais dos nossos vocabulários estão a interferir um com o outro e tenta inventar um novo vocabulário que substitua os outros dois.¹⁵

Por outro lado, numa visão pragmatista, pensar que todas as linguagens sejam traduzíveis umas nas outras não significa que tais equivalências possam ser encontradas simplesmente. “Significa apenas que não podemos atribuir sentido à pretensão de que existem mais do que impedimentos temporários para o nosso *know-how* – a pretensão de que algo chamado ‘um esquema conceptual diferente’ nos impede de aprender a conversar com o utilizador de outra

¹⁵ RORTY, Richard. Op.cit, 1994, p. 34.

linguagem. Não afasta também a intuição por detrás da falsa pretensão romântica de que os grandes poemas são intraduzíveis. Eles são, evidentemente, traduzíveis; o problema é que as traduções não são elas mesmas grandes poemas”.¹⁶

“Impedimentos temporários” para o entendimento. A incomensurabilidade, para o pragmatista, não pode significar um impedimento definitivo à comunicação. Isto seria negar a idéia pragmatista de que nada é incondicional, nada é não-relacional. Portanto, a incomensurabilidade em alto grau, é impedimento temporário ao entendimento, que pode ser superado, desde que se possibilite a continuidade da conversação.

Isto quer dizer que, de um lado, nem se podem ver os processos de decisão como ambientes regrados, nos quais seria possível encontrar critérios de solução de controvérsias de forma objetiva, nem, de outro lado, o inverso disso, ou seja, que seria impossível haver um critério universal, dada a inexistência de bases fixas para solução de controvérsias e possibilidade do entendimento.

Nesse sentido, “podemos saber como responder a uma observação crítica num jogo de linguagem diferente, sem que saibamos qual é a frase do nosso jogo de linguagem ordinário que, materialmente, equivale a essa observação”¹⁷. Daí que a comunicação inter-paradigmática é possível, pelo que o discurso proferido em ambientes incomensuráveis é também, possível.

Ver, portanto, o ambiente discursivo dos processos de decisão jurídica como ambientes paradigmáticos, não implica em relativismo. De outro lado, constatar a existência de interesses incomensuráveis, dentro de um mesmo ambiente de decisão, não implica a necessidade de adoção de critérios universais de “racionalidade”.

Constatar a comensurabilidade não implica em defesa do relativismo ou da arbitrariedade na formação dos critérios de decisão, já que, como visto, os paradigmas se modificam e, um ambiente que hoje é comensurável, amanhã pode vir a se tornar incomensurável, dadas as mudanças paradigmáticas contingentes. Assim, constatar a comensurabilidade é, ao mesmo tempo, constatar a

¹⁶ RORTY, Richard. *Op.cit.*, 1988, p. 276.

¹⁷ RORTY, Richard. *Idem*.

incomensurabilidade. Perceber que os processos de decisão são ambientes mais ou menos regrados somente corrobora a tese de que tais regras e critérios são contextuais e não definitivos.

4. Considerações conclusivas: os processos de decisão jurídica como ambientes regrados e a constatação da contingência como forma de superação do problema da irracionalidade e do relativismo nos processos de decisão no direito

A posição de que os discursos proferidos nos processos de decisão jurídica podem ter elevado grau de incomensurabilidade leva ao entendimento segundo o qual seria impossível se pensar em um critério objetivo para a correção das decisões jurídicas. De outro lado, mesmo em ambientes nos quais se podem encontrar critérios mais objetivos para a correção das decisões, não se pode afirmar que tais critérios sejam imutáveis, já que a interpretação dos mesmos estará sempre sujeita às modificações de paradigma, contingentes, imprevisíveis.

Um exemplo do primeiro tipo de ambiente decisório se pode encontrar tanto nas deliberações legislativas quanto naquelas implementadas nas cortes constitucionais. Em ambos os tipos de procedimento decisório o que se têm são deliberações sobre temas de alta complexidade e que envolvem interesses sempre adversos.

Isto porque, em ambos os casos, está-se diante da interpretação da constituição, que encerra, no seu texto, a proteção de princípios e garantias, quase sempre contraditórios. Assim é que, ao proteger a propriedade privada, a Constituição brasileira, por exemplo, impõe a função social da propriedade. Da mesma forma, ela protege a livre iniciativa, mas estabelece como uma das metas governamentais a redução da desigualdade. Assim também, o mesmo texto normativo estabelece o princípio da igualdade, de um lado, e permite a discriminação ativa, de outro (vide a discussão sobre a questão das cotas raciais em universidades).

De outro lado, existem processos de decisão jurídica em que o grau de incomensurabilidade não é tão elevado quanto aquele presente na interpretação constitucional. Em ambientes como os que decidem questões de direito administrativo e tributário, por exemplo, o modelo de decisão se assemelha muito pouco com uma postura tópica, tendo

nítido caráter sistemático e com grande presença de noções como segurança jurídica e princípio da legalidade.

Numa postura pragmatista, portanto, seria impossível se pensar em um modelo ideal de processo decisório em direito. Seria incabível a idéia de que pode haver qualquer tipo de algoritmo capaz de medir algo como a “racionalidade” das decisões jurídicas. Ou seja, o medo do relativismo é causado pela noção de que o ambiente discursivo contextualizado possa levar a “qualquer decisão”.

Esta visão é decorrente de uma postura relativista que, em substituição às teorias da verdade como correspondência, apresentam a visão de que a evolução do conhecimento seria a modificação do próprio mundo, uma teoria da “maleabilidade” do mundo. Assim, quando se tenta superar a visão tradicional de que deve haver algo além do contexto que possa justificar as crenças humanas, imediatamente se tem a impressão de que se está tentando deixar o mundo à mercê do homem e, por conseguinte, tratar a interpretação e a decisão jurídica como uma mera questão de “vontade”.

É a “noção que onde não existem objetos para corresponder não temos esperança de racionalidade, mas apenas gosto, paixão e vontade”.¹⁸ Se não há critérios objetivos para decidir sobre a correção das decisões, qualquer argumento jurídico seria tão válido quanto outro, qualquer descrição seria tão boa quanto outra.

Putnam, nesse sentido, critica diretamente a abordagem de Rorty quanto à incomensurabilidade, tachando-a de relativista. O problema reside justamente na questão de se entender ou não a incomensurabilidade como sinônimo de incomunicabilidade, ou de intraduzibilidade.

Ao se identificar a verdade com o que os “pares culturais” concordam, quando se está em um discurso normal, ou seja, comensurável, pode tornar qualquer tese justificável como verdadeira. “Tomada nesse sentido, ela diz que a verdade numa língua – em qualquer língua – é determinada por aquilo que a maioria dos falantes dessa língua diria”.¹⁹

¹⁸ RORTY, Richard. **Conseqüências do Pragmatismo**. Lisboa: Piaget, 1999, p. 236.

¹⁹ PUTNAM, Hilary. **Renovar a filosofia**. Lisboa: Piaget, 1998, p. 100.

A questão das críticas relativistas é que elas mesmas se baseiam na possibilidade de que haja qualquer coisa independente do contexto, qualquer coisa incondicional. O próprio Putnam apresenta certas idéias de nítido caráter pragmatista, que corroboram a tese de que os argumentos são sempre condicionais e que, dependendo do grau de incomensurabilidade, não se consegue encontrar critérios bem definidos para a solução de controvérsias.

No mesmo capítulo em que critica o que chama de relativismo em Rorty, Putnam afirma que “como o relativismo, mas de uma maneira diferente, o Realismo é uma maneira impossível de ver o mundo de Nenhures”.²⁰ Ou seja, para além de suas desavenças filosóficas com Rorty, parece que o ponto central do presente trabalho pode sofrer contribuições de ambos os lados, no sentido de que é impossível analisar o mundo senão dentro de um jogo de linguagem.

Isto, todavia, não significa dizer que “o homem faz o mundo”, ou que “a cultura faz o mundo”, ou mesmo que qualquer dessas formas de “mundo” é tão boa quanto outra. Esta visão parece estar ligada ao fato de Kuhn utilizar frases como aquela citada neste mesmo trabalho, segundo as quais os cientistas de diferentes paradigmas estariam em “mundos diferentes”:

Kuhn tinha razão em dizer que ‘um paradigma filosófico iniciado por Descartes e desenvolvido ao mesmo tempo pela dinâmica newtoniana’ precisava ser derrubado, mas permitiu que esta noção do que contava como ‘paradigma filosófico’ fosse determinada pela noção kantiana de que o único substituto para uma descrição realista de um espelhar bem sucedido era uma descrição idealista da maleabilidade do mundo espelhado.²¹

Quando o pragmatista diz “que uma noção depende dos interesses não significa dizer que todos os interesses são igualmente aceitáveis”.²² Isto que dizer que “a nossa imagem do mundo não pode ser ‘justificada’ por nada a não ser o seu sucesso julgado pelos

²⁰ PUTNAM, Hilary. **Realismo de rosto humano**. Lisboa: Piaget, 1999, p. 103.

²¹ RORTY, Richard. *Op.cit.*, 1988, p. 254.

²² PUTNAM, Hilary. *Op.cit.*, 1998, p. 99.

interesses e valores que evoluem e são modificados ao mesmo tempo e em interação com a nossa imagem em evolução do próprio mundo”.²³ Por isso nem o “mundo”, nem os valores (em se mantendo o dualismo fato-valor) podem ser considerados “criação” do homem.

Sobre essa discussão é que parece se manter a controvérsia entre Putnam e Rorty. Ambos parecem concordar que a “verdade” ou “acertabilidade” das descrições não pode ser aferida fora de um contexto. O problema é que Putnam não consegue se livrar da assertiva de que “O fato de uma declaração ser garantida ou não é independente da maioria dos nossos pares culturais dizer que são garantidas ou não”.²⁴

Rorty não consegue aceitar esta possibilidade de justificação não sociológica de justificação.²⁵ Todavia, o que Putnam parece querer deixar claro é que a medida das descrições não é arbitrária, e, por isso, não pode ser simplesmente modificada por uma maioria:

Não podemos escolher os interesses que temos. A linguagem que falamos reflete quem somos e aquilo que somos, e reflete em especial o gênero de interesses que temos. Desde que conheçamos o tipo de interesses que as pessoas realmente têm, seremos capazes de ouvir declarações que parecem contraditórias e entendê-las de uma maneira que não é contraditória.²⁶

Ao defender sua posição, invoca a tese de que as bases da linguagem não surgem do nada, mas são objeto de uma história. Daí a impossibilidade imediata de que um determinado grupo social forje a verdade ao seu bel prazer. Destaca que não se podem escolher as crenças que se tem. Daí que não é a maioria que define a verdade, mas o uso da descrição dentro do jogo, que não está simplesmente a mercê dos pares culturais, não podendo ser modificado pela simples “vontade” destes.

²³ PUTNAM, Hilary. Op. cit., 1999, p. 103.

²⁴ PUTNAM, Hilary. Op. cit., 1999, p. 96.

²⁵ RORTY, Richard. **Truth and progress: philosophical papers**. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 45.

²⁶ PUTNAM, Hilary. Op. cit., 1998, p. 98.

Na verdade, quer-se, com a postura pragmatista, tão-somente defender a tese que considera o homem como ser inserido sempre num jogo de linguagem, e o jogo reflete os interesses e necessidades humanas, não havendo que se falar em critério incondicional de solução de controvérsias. Isto vai levar a uma visão diferente dos critérios universalistas para a decisão jurídica, como acontece com as teorias da argumentação baseadas na racionalidade comunicativa habermasiana.²⁷

De outro lado, o pragmatismo que aqui se apresenta não quer ser um relativismo, não cabendo falar em um “vale-tudo”, ou em uma “*phronesis*” no campo do direito. Uma perspectiva relativista neste campo efetivamente justificaria a tese de que qualquer decisão seria possível, e que os critérios para resolução de controvérsias jurídicas seria, simplesmente, arbitrário.

Não é essa a leitura que se quer fazer do pragmatismo em Rorty ou em Putnam. O que se pretende é usar a postura pragmatista para melhor visualizar os diferentes ambientes discursivos em que as decisões jurídicas são tomadas.

Pensar o processo como jogo de linguagem, é vê-lo de acordo com os fins a que se destina. Para isso deve-se ver a linguagem como forma de ação humana, donde o processo será uma dessas formas de ação, com funções específicas. Identificar a noção de processo com a de jogo de linguagem é encará-lo como conjunto de práticas linguísticas que servem a um determinado fim, que se referem à satisfação de necessidades humanas. Daí que a correção das decisões estará ligada às suas conseqüências práticas.

Assim, não se pode analisar o processo de decisão jurídica fora do contexto a que ele serve, pois, como um tipo jogo de linguagem, suas regras servem a um determinado fim. Dentro desse jogo de linguagem é que as assertivas terão sua correção ou validade medidas, não se fazendo sentido em buscar formas prévias de justificação. A

²⁷ Com base em Peirce, não se trata da visão de uma comunidade privada específica para definição das regras de racionalidade discursiva, pois, mesmo que não se possa sair do jogo de linguagem a que o ser humano está vinculado, “na relação com a realidade não se pode perder o nexos com algo que independe de nós e que é, nesse sentido, transcendente”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997, p. 32. .

contingência da linguagem impede que se encontrem formas prévias de correção das decisões.

Em muitos casos as respostas dadas num determinado jogo de linguagem são simplesmente incontroversas, dado o alto grau de comensurabilidade dos discursos pronunciados. Todavia, tal situação não indica a possibilidade de se buscar algo mais, como um controle prévio, a que normalmente se dá o nome de “racionalidade”.

O controle só pode se dar *a posteriori*, na medida que a decisão será aceitável socialmente. Isto é o que possibilita a mudança paradigmática em direito, já que, muitas vezes, a substituição de uma interpretação tradicional se dá de forma imprevisível, diante de um caso específico e inusitado, que desperta a mudança de interpretação de determinadas normas.

Constatado o papel da contingência dentro do processo de decisão jurídica, bem como a sua característica não arbitrária ou irracional-relativista, tem-se que não se faz necessária a busca filosófica por critérios únicos para a medição da correção ou “racionalidade” das decisões jurídicas.

O problema da irracionalidade na decisão, seja judicial ou legislativa, só aparece quando se deixa de lado a noção de que o processo é um ambiente regado, e tais regras são contextuais e modificáveis de forma contingente. Fazem parte de tais regras não só os textos normativos dogmáticos, mas também as convenções lingüísticas presentes no corpo social que interpreta os textos dogmáticos.

Isto não quer dizer, todavia, que o ambiente de decisão não admita controvérsia quanto às regras. Em discursos incomensuráveis, na interpretação da constituição, por exemplo, o ambiente é extremamente controvertido, mas há possibilidade de comunicação e, a incomensurabilidade não pode levar à noção de irracionalismo na decisão.

Mesmo num ambiente decisório deste tipo, há um mínimo grau de controle, perpetrado pelas regras do jogo de linguagem. Por isso a desnecessidade e a inutilidade em se pensar num critério único. Primeiro porque os processos de decisão são contextualizados e envolvem interesses diversos. Segundo porque existem ambientes cujo grau de incomensurabilidade é tão alto que ficaria sem sentido se pensar

num critério único para a solução de controvérsias. E, finalmente, porque, mesmo diante da incomensurabilidade, o processo é ambiente regrado, e tem a medida da correção de suas decisões nas conseqüências práticas geradas pelas mesmas.

Un diálogo racional puede también conducir a dos o más respuestas *igualmente bien* fundamentadas. O, inversamente: no es posible indicar un criterio objetivo o “la razón última” de acuerdo con la qual pudiera sostenerse que una de las propuestas de interpretación estaría mejor argumentada que la otra. En cierto modo, el diálogo no puede salir de si mismo.²⁸

Neste sentido, “el concepto de aceptabilidad está conectado con la conclusión, es decir, con el contenido material de la interpretación e con la forma del razonamiento o con las propiedades del procedimiento justificatorio mismo”.²⁹

Talvez seja interessante ter uma visão pragmatista das tentativas perpetradas pelos teóricos da argumentação, vendo-as como propostas de justificação das decisões tomadas. Ou mesmo como critérios a serem adotados em determinadas situações, sem a necessidade de encará-los como definitivos.³⁰ Concluindo, pensar num critério “racional” é deixar de lado a contingência dos processos de decisão. Contingência presente na linguagem, e que impede se pensar em critérios definitivos e imutáveis.

²⁸ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.247.

²⁹ AARNIO, Aulis. Op. cit., 1991, p.247.

³⁰ Interessante a posição de Alexy, quando, num epílogo ao seu “Teoria dos Direitos Fundamentais”, apresenta a modesta opinião de que o critério que ele apresenta como marco para o legislador em suas decisões sobre direitos fundamentais, não pode ser aplicado em todos os casos. ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 22, n 66, 2002, p. 13-64.

ESTADO LIBERAL (OCIDENTAL) E DIREITOS FUNDAMENTAIS ACASO OU RELAÇÃO NECESSÁRIA?

Eu vejo o futuro repetir o passado.
Eu vejo um museu de grandes novidades.
O tempo não pára.
Cazuza, O tempo não pára

Beclaute Oliveira Silva

Diretor de Secretaria da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas. Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de graduação do Curso de Direito da Faculdade SEUNE. Professor de Pós-graduação do Curso de Direito do CESMAC.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Incursão no modelo greco-ateniense. 3. Da ideologia absolutista para o liberalismo. 4. Os Direitos Fundamentais e o estado liberal. 5. Os Direitos Fundamentais e o estado social. 6. Sociedade pós-convencional e a legitimidade liberal do estado. 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente ensaio tem por escopo analisar o papel dos direitos e garantias fundamentais na estrutura do Estado Liberal, que será considerado, no texto, como o Estado Ocidental construído a partir da modernidade até agora.

Tomar-se-á a expressão direitos fundamentais para designar os direitos humanos, como também as liberdades clássicas e os direitos sociais.

Muito embora tenha sido divulgada a idéia de que os direitos fundamentais, máxime os de matiz liberal, constituam cláusulas de barreira que impedem o Estado de interferir na esfera privada, mostrar-se-á que este raciocínio não é totalmente verdadeiro, pois além de cláusula de barreira, os direitos fundamentais possibilitam a averiguação da legitimidade, no modo liberal, do poder exercido pelo Estado frente aos cidadãos.

Para realizar este intento, procurou-se fazer um percurso histórico para se buscar como estas categorias, direitos fundamentais, têm sido utilizadas pela humanidade para estruturar a convivência humana.

O *iter* teve início na sociedade grega, dando-se ênfase à *pólis* ateniense. Nesta sociedade, percebeu-se que a sua estrutura possuía por lastro a idéia de igualdade material, sendo que esta categoria acabava condicionando o exercício da liberdade. Ademais, a função da liberdade consistia em participar do autogoverno da cidade.

Passando para a modernidade, tem-se presente o Estado absolutista, em que o homem não é considerado importante na determinação do poder, pois este deriva de Deus. Com o surgimento do liberalismo, outras premissas são colocadas. O homem passa a ser visto como centro do mundo. Entretanto, o que determina o homem é a propriedade. Esta forma de pensar vai estar no pensamento de HOBBS, LOCKE, HEGEL, BENJAMIN CONSTANT, dentre outros expoentes.

Os direitos fundamentais, que são considerados inatos ao homem, irão compor o núcleo essencial da Constituição, conforme preconiza a **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Esta idéia se espalha pelo mundo ocidental. As bandeiras da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – são nitidamente liberais e têm por centralidade a propriedade, mesmo no aspecto da fraternidade, que consiste no respeito de todos à propriedade alheia.¹ Ponto que se deve ressaltar é que a igualdade aqui não é material, mas formal, não sendo possível a distinção, a partir das especificidades, pois esta era vista como resquício do *ancien régime*. Além disso, a liberdade consistia em poder adquirir e assegurar bens. Neste aspecto legítimo é o Estado que, com base nos direitos fundamentais, é capaz de realizar a convivência humana.

Com o advento do denominado Estado Social, foi necessário reformular a idéia liberal sob um aspecto, a igualdade. Neste ponto, fez-se uma nova elaboração, vendo-a como igualdade formal e material. Esta reformulação teve por objetivo garantir que as pessoas pudessem ser capazes de ter o mínimo para participar de forma livre da sociedade.

¹ A propriedade aqui está colocada no sentido lockeano.

Este mínimo, batizado de mínimo existencial, nada mais é do que uma nova forma de ver o homem como proprietário privado. Efetiva-se assim a mudança para o chamado Estado Social, que, malgrado importante, não é essencial, pois possibilita, de forma mais efetiva, a reprodução das relações capitalistas.

Digna de análise foi também a visão de HABERMAS sobre o fenômeno constitucional. Este autor condicionou a legitimidade da Constituição aos direitos fundamentais e à soberania popular. Nele não há dissenso entre os direitos fundamentais e o Estado. Pelo contrário, o Estado irá se realizar enquanto instância legítima, na medida em que consegue garantir o respeito a essas duas premissas.

2. Incursão no modelo greco-ateniense

Na Antigüidade clássica, os cidadãos gregos estruturavam a sua vida com base na participação na administração da *pólis*. A participação era considerada inata, pois o homem era visto como um animal político. A classe, animal político, não era algo exclusivo no homem, porém uma designação para todos os animais que só poderiam conviver em coletividade, como era o caso dos cupins, das formigas, das abelhas e do homem, como bem relatado por Thomas HOBBS.²

Neste contexto, é condicionante a existência de igualdade entre os partícipes de cada classe. Sem esta igualdade não seria possível a democracia grega. Ademais, associada a esta categoria, tem-se a liberdade. Apenas com o exercício da liberdade será possível a manifestação de vontade constituidora do *modus vivendi* imperante nesta sociabilidade. Aqui a liberdade consiste em participar na gestão da *pólis*.

A produção do direito não será monopólio dos deuses, mas da livre manifestação de vontade dos partícipes da assembléia.

Vê-se aqui nitidamente que a organização e estruturação do poder político estão condicionadas a estes dois pilares: a igualdade e a liberdade. É bem verdade que as mulheres, os estrangeiros e os escravos não participavam da *ágora*, que é soberana. Neste aspecto, há uma

² HOBBS, Thomas. *De Cive – Elementos Filosóficos a Respeito do Cidadão*. Tradução de Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 97.

interessante passagem na obra de MONTESQUIEU, que se passa a transcrever:

Libanius diz que em Atenas, um estrangeiro que se imiscuísse na Assembléia do Povo era punido com a morte E isto porque esse homem usurpava o direito de soberano.³

É interessante notar que a igualdade aqui vista não é a formal, construída pelos modernos, mas a igualdade material. Conforme relato de MONTESQUIEU, Sólon dividiu a sociedade ateniense em quatro classes. O critério da divisão era o grau de riqueza de cada estamento. A segregação só servia para o acesso a determinados cargos e não para o direito ao voto.⁴

Neste período se estabelece a idéia de justiça como equidade. Aqui a origem etimológica da expressão é bastante emblemática, pois *aequo* é raiz tanto para a palavra “igual”, como para o vocábulo “equidade”. Neste contexto, na igualdade está a justiça, representada pela deusa grega Têmis, que carrega consigo a balança, símbolo do que é equânime. Eis aqui a justa medida. Outra imagem constitutiva do conceito de justiça consiste na “Régua de Lesbos”, instrumento flexível utilizado pelos artífices para medir superfícies irregulares, conforme alusão de ARISTÓTELES⁵. Mais uma vez está presente a medida conforme a especificidade. Uma igualdade material. Assim, fica nítido como a Antigüidade grega utilizava a idéia de igualdade material. Ela será determinante para a formação do Estado.

Por outro lado, a liberdade dos antigos não pode ser comparada à liberdade dos modernos. A marca da liberdade dos antigos consiste, segundo Paulo Luiz Netto LÔBO, no seguinte: “livre é quem pode participar do autogoverno da cidade”.⁶ Este tipo de liberdade difere daquele preconizado pelos modernos. Neste caso, “livre é quem pode

³ Cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d., p. 46.

⁴ Cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. *Op. cit.*, p. 47.

⁵ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Traducción Julio Palli Bonet. 4ª reimp. Madrid: Editorial Gredos, 1998, p. 265.

⁶ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, nº 141, jan./março 1999, p. 109.

deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado”.⁷ Na hipótese grega, os cidadãos, por serem iguais, são capazes de, através da livre manifestação de vontade, determinar o seu próprio destino.

Estabelece-se assim, ainda que de forma sucinta, que o modelo de Estado construído em Atenas, ou mesmo no período da República Romana, está nitidamente vinculado ao modo como estes povos concebiam os direitos que lhes são inerentes ao homem. Há, aqui, ainda que de forma bastante específica, dado o momento histórico em que estão insertos, direitos fundamentais. Eles realizam o homem, enquanto agente determinante de sua história, através do autogoverno. Eles existem para realizar a plenitude da *pólis*.

Não se trata de uma sociabilidade aos moldes dos modernos, onde vigoram outras premissas como a propriedade privada, a igualdade formal e a liberdade burguesa – poder de dispor e gozar de sua propriedade – etc.

3. Da ideologia absolutista para o liberalismo

Durante o feudalismo, o Estado era propriedade do senhor feudal. Com a mudança para o regime absolutista o Estado deixa de ser propriedade do soberano, passando a ser o próprio soberano. É bastante emblemática a expressão emitida por Luis XIV, quando afirma: *l'Etat c'est moi*. Teórico contemporâneo ao período absolutista, Jean BODIN, assim se manifesta: “*La soberanía es le poder absoluto y perpetuo de una república*”.⁸ Ressalte-se, por oportuno, que para o referido autor, “república es um recto gobierno de varias familias; y de lo que les es común com poder soberano”.⁹

Nesta estrutura, o povo não ingressa com instância de decisão.¹⁰

⁷ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Op. cit.*, p. 101.

⁸ Cf. BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Selección, estudio preliminar y traducción de Pedro Bravo Gala. Madrid: Tecnos, 3 ed., 1997, p. 45.

⁹ Cf. BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁰ Apesar de, em Thomas HOBBS, o cidadão aparecer como constitutivo do poder soberano.

Esta é a constatação de Emmanuel Joseph SIEYÈS, ao iniciar o seu opúsculo **O que é o Terceiro Estado**, que se transcreve:

1º O que é o *Terceiro estado*? – *Tudo*. 2º O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – *Nada*. 3º O que é que ele pede? – *Ser alguma coisa*.¹¹

Com o advento da visão liberal do mundo, passou-se a analisar o homem como sendo o centro da sociabilidade, e não a *pólis*. A partir daí a centralidade do homem irá substituir, paulatinamente, a centralidade do Estado. Eis o surgimento do individualismo. Atributos que eram do todo passam a ser atributos da parte, como por exemplo a autodeterminação, um correlato da soberania. *Mutatis mutandis*, pode-se afirmar: o indivíduo é o Estado (micro, mas Estado).

Um ponto merece destaque. O indivíduo no liberalismo, como se demonstrará, nada mais é que a propriedade. Neste passo pode-se afirmar: a propriedade é o Estado.

Apesar de ser um conceito do século VI d. C., cabe aqui o conceito de pessoa construído por BOÉCIO, citado por Santo TOMÁS DE AQUINO: “*persona es la sustância individual de naturaleza racional*”.¹² Demonstra-se aqui o caráter expressivamente individual do homem. Não só. Esta individualidade substancial deverá ser arquitetada com base na liberdade, que no juízo de Baruch de ESPINOSA é assim definida:

Diz-se *livre* o que existe exclusivamente pela necessidade da sua natureza e por si só é determinado a agir; e diz-se *necessário*, ou mais propriamente, coagido, o que é determinado por outra coisa a existir e a operar de certa e determinada maneira (*ratione*).¹³

¹¹ Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa – Que é o Terceiro Estado?** Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber júris, 1986, p. 63-64.

¹² Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO. **Suma de Teología, I, parte I.** Traducción de José Martorell Capó. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1994, p. 320.

¹³ Cf. ESPINOSA, Baruch de. **Ética, in Espinosa.** Coleção *Os Pensadores*. Tradução de Marilena Chauí et. al. 5. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991, p. 76-77.

Vale salientar, por oportuno, que no juízo feito por MONTESQUIEU, a idéia de liberdade será mais comedida pois este a entende como “o direito de se fazer aquilo que as leis permitem”¹⁴

Deve-se ressaltar que a liberdade nos modernos, como já registrado, consiste em poder ser proprietário. LOCKE define como elemento constitutivo da propriedade a vida, liberdade e bens. Por oportuno, transcreve-se elucidativo excerto do aludido filósofo político:

E não é sem razão que ele (o indivíduo) procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a *mútua* conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de *propriedade*.¹⁵

Mais.

O *fim maior* e principal para os homens se unirem em sociedades políticas e se submeterem a um governo é portanto a *conservação de sua propriedade*.¹⁶

Em sentido análogo, na esteira do liberalismo do século XVII e XVIII, afirma Paulo Luiz Netto LÔBO, com base em George W. F. HEGEL, que a esfera exterior da liberdade é a propriedade.¹⁷ Por oportuno, transcrevo as conclusões de George W. F. HEGEL:

Já hoje está suficientemente esclarecido que só a personalidade confere o direito sobre as coisas e que, portanto, o direito pessoal é essencialmente um direito real (entendendo-se coisa no sentido mais geral, como o que é exterior à minha liberdade, onde se pode incluir também o meu corpo, a minha vida). O direito real é o direito da personalidade como tal.¹⁸

¹⁴ Cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. *Op. cit.*, p. 132.

¹⁵ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 495.

¹⁶ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. *Op. cit.*, p. 495.

¹⁷ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Op. cit.*, pp. 103 e 109.

¹⁸ Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. 3ª ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1986, p. 52.

Fica demarcado que a liberdade é vista como algo para si e não para realização da coletividade, como fora no modelo grego. Aqui, ela é um fim; nos gregos, um meio.

Ademais, deve-se entender que, segundo as lições de KANT, o direito não se ocupa do que é intrínseco, campo da moral, mas do que se exterioriza.¹⁹ Desta forma, a liberdade só terá importância para o direito quando se exteriorizar. Esta manifestação externa dá-se, como presente, em George W. F. HEGEL, na propriedade e por isso devem respeitar o **espaço soberano do outro**, cabendo ao Estado a função de regular esta relação **fraterna**. Não se está diante de uma categoria grega onde o outro será importante para a constituição da vida feliz, mas da idéia hobbessiana de que o homem vive em estado de guerra.²⁰

Com relação à igualdade, há também no pensamento liberal uma peculiaridade: prevalece a idéia da igualdade formal. Todos são iguais pois pertencem ao gênero humano, não podendo ser distinguidos por sua origem – povo, nobreza ou clero. A igualdade dá-se perante a lei. Em Jean-Jacques ROUSSEAU, a lei, produto da vontade geral, é dirigida a todos, indistintamente.²¹ Não se deve perder de vista que a fraternidade é baseada na idéia de que todos são irmãos porque compartilham da mesma natureza, ou seja, são proprietários. O respeito a outro, nada mais é do que respeito à propriedade privada.

Essa formulação da igualdade será importante para a construção do que seria a ideologia vigorante na Revolução Francesa. É interessante notar que os ideários da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – estavam nitidamente interligados. O ponto de interseção é a propriedade, conforme definição de LOCKE e demais teóricos, como já restou exposto.

¹⁹ Cf. KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 77.

²⁰ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1997, p. 107-111.

²¹ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, s.d., pp. 47-48.

De forma sintética, pode-se afirmar que a liberdade, elemento da propriedade, tem esta como exteriorização da pessoa.²² A igualdade como decorrente do direito à vida, que é elemento da propriedade, e condicionadora do livre acesso aos bens e do tratamento paritário entre os membros da sociedade. É formal. Até porque a existência de leis específicas significa resquício do *ancien régime*.

Já a fraternidade é um imperativo para que se estabeleça a segurança, com o respeito mútuo da esfera privada de cada um. Ou seja, a função dela será, como bem explicitou LOCKE, propiciar a conservação da propriedade, que é a própria personalidade, tal qual em juízo hegeliano. Aqui há o respeito por todos à propriedade privada, vista em sentido amplo, como salientou LOCKE e HEGEL.

Em interessante passagem, Gregório Peces-Barba MARTINEZ defende que a liberdade, a igualdade e a propriedade, cunhadas na **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, são de orientação nitidamente lockiana. Eis o excerto:

Se entramos en el contenido de los derechos, y dejando aparte el tema de la resistencia a la opresión, las ideas del artículo primero – «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» – y del artículo segundo, al considerar entre los derechos naturales a la libertad y la propiedad, desarrollados después en los artículos 4º y 17, respectivamente, son originariamente lockianos.²³

É equívoco querer pensar que os lemas da Revolução Francesa possam ter vínculo com direitos de matriz socialista. Esta relação é equivocada dos pontos de vista filosófico e histórico. Os lemas da Revolução Francesa são liberais. Malgrado isso, tem sido divulgada com invulgar sucesso a idéia de que aquelas bandeiras constituíam momentos da evolução do movimento deflagrado pela classe burguesa, como tentou transparecer a idéia das gerações dos direitos fundamentais, como preconizada, dentre outros, por Paulo BONAVIDES, que se passa a transcrever:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios

²² Vide Paulo Luiz Netto LÔBO, nota 15.

²³ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Derecho y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 52.

cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.²⁴

A esta idéia, lançou George Marmelstein LIMA²⁵ outras objeções, com base em conferência proferida por Antônio Augusto Cançado TRINDADE, em que este autor demonstrou que o criador da teoria das gerações de direitos fundamentais, Karel VASAK, não levou muito a sério esta teoria.

Malgrado se reconheça o caráter didático desta construção, ela tem sofrido críticas. Em primeiro lugar, a implementação de uma geração pressuporá a realização da primeira. O que não ocorre. Em alguns países, inclusive, os denominados de segunda geração vieram antes do que os da primeira. Ademais, os da primeira geração não podem desaparecer quando se estiver na segunda ou terceira fases. E o que é mais importante, um direito fundamental pode ser vista sob o enfoque da primeira, da segunda e da terceira geração, como é o caso da propriedade. Este pode ser visto como uma liberdade clássica (primeira geração), mediante o prisma da função social (segunda e/ou terceira geração).

Desta forma, fica claro que o ideal liberal terá por marca primordial a centralidade da propriedade. Este se manifesta em diversas facetas, a saber: vida, liberdade e propriedade.

4. Os Direitos Fundamentais e o estado liberal

No contexto individualista, a função do Estado será garantir que as liberdades humanas, que têm nítido caráter patrimonial, manifestem-se sem interferências. Caso haja interferência, que pode ser decorrente da atuação do outro, como também do poder público, cabe ao Estado ser o grande garantidor da ordem estabelecida.

²⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 516.

²⁵ LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo) Dimensões dos Direitos Fundamentais**. Artigo capturado no

Para que isto ocorra é necessário fixar parâmetros para a atuação do homem frente ao poder público, bem como do homem frente ao outro. Com isso surge a necessidade de se erigir dois grandes estatutos.

No âmbito privado, surge o Código Civil como a constituição da vida privada.²⁶ Ele estabelece os limites de atuação dos homens em sociedade. Este ponto, por não ser objeto deste estudo, não será analisado.

No âmbito político, surge a Constituição. Este decorre do que PONTES DE MIRANDA denominou de Poder Estatal, ou seja, “o poder de construir e reconstruir o Estado.”²⁷ Para realizar o intento liberal, preconizou a Revolução Francesa as seguintes condicionantes:

Art. 16. A sociedade em que não seja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.²⁸

Conforme preconiza Fábio Konder COMPARATO, não se pode pensar a separação dos poderes dissociada da garantia dos direitos fundamentais. Uma complementa a outra. Faces da mesma moeda.²⁹

Há uma idéia corrente entre os doutrinadores de que os direitos fundamentais seriam limitação ao poder estatal. É o que pensa, por exemplo, Karl LOEWENSTEIN, como se vê a seguir:

²⁶ Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**. Boletim da Faculdade de Direito Studia Jurídica, nº 48, Colloquia 6. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000, p. 329.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**, vol. I (arts. 1-36). Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, p.117.

²⁸ Cf. **Declaração de Direitos dos Homem e do Cidadão** in Revista do Ministério Público Alagoas/Ministério Público de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas. Centro de Ciências Jurídicas – CJUR, nº 08, Edição Especial, jul./dez., 2002. Organizadores: George Sarmento Lins Júnior e Humberto Pimentel Costa. Maceió: MPEAL:UFAL/CJUR, p. 24.

²⁹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **As Garantias Institucionais dos Direitos Humanos**. Texto capturado na internet no site: <http://www.anpr.org.br/bibliote/artigos/comparato2.html>, às 11:24h, 21 de julho de 2005.

Entre todos los limites impuestos al poder del Estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual em los que el Leviatán no puede penetrar.³⁰

No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA, quando afirma que “os direitos fundamentais limitam os poderes do Estado”.³¹

Entretanto, não só para este aspecto servem os direitos fundamentais. A sua existência é que possibilita a legitimidade liberal do Estado e até mesmo do poder constituinte originário. Saliente-se que legitimidade neste trabalho está colocado no sentido de verdadeiro.

A existência, o reconhecimento e a utilização da liberdade e da igualdade são condicionantes necessárias para uma carta política, como se colhe da **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**.

Assim, conforme John LOCKE, a razão para se abandonar o “estado de natureza”, constituindo-se a sociedade política, é a garantia de que as liberdades básicas serão asseguradas, máxime no que concerne à propriedade.³²

Até mesmo o poder para organizar o Estado e compor os quadros diretivos é exercido com base nas garantias fundamentais e tem por intuito realizá-las, enquanto manifestação que são da propriedade. Assim, o antagonismo entre Direitos Fundamentais e Estado Moderno é uma falsa questão. O segundo decorre e existe para realizar os primeiros, sob pena de encontrar-se maculado com a pecha de “ilegítimo”.

Não se poderia pensar em democracia sem se pressupor, necessariamente, a igualdade e a liberdade, com intuito de garantir a convivência com base na lei que é, segundo ROUSSEAU, além de produto da vontade geral,³³ condição para a associação da vida civil³⁴

³⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed., reimp. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979, p.390.

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo. IV (arts. 118-153, §1º)**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 621.

³² Cf. LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. *Op. cit.*, pp. 468-471.

³³ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. *Op. cit.*, pp. 47-49.

³⁴ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. *Op. cit.*, p. 49.

(fraternidade). Saliente-se. A igualdade dá-se perante a lei e esta é produto da vontade geral, ou seja, manifestação da liberdade que se exterioriza na propriedade.

A relação bélica entre os dois institutos (Direitos Fundamentais e Estado), além de não ter sido construída pelos filósofos liberais, acaba por constituir uma idéia equivocada de que os direitos fundamentais liberais são direitos de defesa contra o Estado. Na verdade, eles são defesas contra a incursão indevida, a partir do prisma liberal, de agentes do Estado contra os detentores do poder, que são, na modernidade, o povo, como salienta José Joaquim Gomes CANOTILHO³⁵. Na realidade, é a partir dos direitos fundamentais que o Estado Liberal tem sua razão de existir, conforme a filosofia liberal, desde HOBBS. A própria divisão de atribuições no exercício do poder, como bem salientou Fábio Konder COMPARATO, anteriormente citado, busca sua razão de ser na efetivação dos direitos fundamentais.

O Estado Liberal é constituído com lastro nas premissas do direito à vida, à liberdade e à igualdade, sendo que todos eles são expressões de uma única categoria, a propriedade. É função do Estado, nesta perspectiva, realizar estes valores sob pena de ter maculada a sua “legitimidade” de cunho liberal.

5. Os Direitos Fundamentais e o estado social

Após a implementação de diversos dos ideários liberais, no final do século XVIII e no século XIX, ocorreu, no mundo ocidental, um desencantamento com as conseqüências dessa nova forma de mundo. Neste contexto, implementa-se a Revolução Industrial, que irá exacerbar um temor descrito por Thomas HOBBS, quando elenca as três causas de discórdia entre os homens, quais sejam: a competição, a desconfiança e a glória. Com relação à competição, o filósofo político inglês entende que esta tem por conseqüência o lucro. Assevera que, pelo lucro, os homens usam a violência para se tornarem senhores das pessoas e dos seus bens.³⁶ Por conta desta violência é que o referido autor propugnou pela necessidade do Leviatã.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 71.

³⁶ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. *Op. cit.*, pp. 108-109.

O Estado Liberal, malgrado tenha sido estruturado para garantir a convivência fraterna sob o império da lei, acabou por instituir aquilo que HOBBS denominava de Estado da Natureza, ou seja, um estado de guerra permanente onde o outro é o inimigo.

Nesse contexto, começam a surgir vozes preconizando um Estado que fosse capaz de intervir na competição instaurada, mas não desejada, pelo ideário liberal. É interessante notar que o equívoco do ideário liberal decorre nitidamente da idéia rousseauiana do bom selvagem, que fora influenciada por São Thomas MORUS³⁷, na qual os membros formadores do pacto inicial eram bons. HOBBS pensava o oposto e por isso preconiza soluções diversas.

A intervenção na atividade privada começa na proliferação de leis extravagantes reconstruindo o campo de atuação da autonomia da vontade. É o que se denomina de dirigismo estatal. Esta mudança, influenciada pela conjuntura socioeconômico, começa a tomar corpo no início do século XX, nos textos constitucionais. Historicamente, temos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que segundo José Afonso da SILVA, irão influenciar a Constituição Brasileira de 1934, bem como as demais.³⁸

O que caracteriza as denominadas constituições sociais é a regulamentação da ordem econômica e da ordem social. Aqui, o Estado será chamado a intervir seja na produção legislativa seja na consecução de serviços para a comunidade. Eis a idéia do Estado Provedor.

Esta positivação tem por lastro teórico a igualdade, mas não apenas a liberal, porém, de certa forma, o modelo grego, que é material. Diz-se certa forma por que no Estado Social não se perdeu a centralidade da propriedade.

No modelo grego, a igualdade material consiste em utilizar a “Régua de Lesbos”, ou seja, tratar situações iguais de forma idêntica e situações desiguais de forma distinta, na proporção em que se desigualizam. Hoje este princípio tem por função garantir aos seres humanos, que nascem livres, as condições materiais para desenvolver

³⁷ Cf. MORUS, São Thomas. *A Utopia*. Tradução de Ana Pereira Melo Franco. 3ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, pp. 35-37.

³⁸ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 276.

suas liberdades. Não se trata do modelo grego que assegura à participação efetiva da gestão da *pólis*.

Acrescente-s e que esta mudança de perspectiva não implica retorno ao *ancien regime*.

Desenvolve-se, para tanto, o conceito de que a igualdade dá-se na aplicação do direito e esta se manifesta de duas formas: a igualdade formal e a igualdade material.³⁹

Esta nova isonomia traz consigo a necessidade de mudança com relação à idéia de justo. Passa-se da prevalência da justiça comutativa, típica dos contratos privados, para a idéia de justiça social ou distributiva. No direito brasileiro esta determinação é expressa (vide art. 3º, I, CF/88, art. 170 CF/88 e art. 193 CF/88).

Em obra clássica, José Joaquim Gomes CANOTILHO afirma que há uma nítida conexão entre a igualdade material e a democracia econômica e social.⁴⁰ Ou seja, são direitos fundamentais, de caráter socioeconômico, que justificam o exercício do poder político.

Mais uma vez, são os direitos fundamentais que ajudam a determinar o modelo de Estado. Não há necessidade de contraposição entre os Direitos Fundamentais Sociais e o Estado, mas de concretização. A ausência do poder público, não realizando os direitos sociais, implica perda de justificação do referido poder e, via de consequência, dos seus mandatários, podendo ser objeto de correção mediante a via judicial.

Entretanto, a mudança de perspectiva no denominado Estado Social não suplanta o modelo liberal, apenas corrige algumas distorções decorrentes do *laissez-faire*, permitindo que o homem possa adquirir propriedade suficiente para garantir sua existência. Neste diapasão surgem conceitos como mínimo existencial e mínimo vital, vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁴¹

³⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1994, p. 380-381.

⁴⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *Op. cit.*, p. 338.

⁴¹ Cf. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 61-65.

Isto entretanto é um engodo. Na realidade, reformulou-se o conceito de igualdade para realizar a idéia do ser humano como propriedade. O cerne é o mesmo. As mudanças são acidentais. Em substância, há na sociedade atual ainda a prevalência da reificação do homem.⁴² Tanto é assim que a Lei Fundamental de Bonn, apesar de não contemplar expressamente os denominados direitos sociais, efetiva-os ao derivá-los das liberdades clássicas, a partir de uma mudança semântica de conceitos como dignidade humana e igualdade.⁴³

Deve-se salientar, por oportuno, que o conceito dignidade é extraído de KANT, que, ao modo liberal, a vê como coisa (*res*), logo, componente da propriedade, como bem salientado por LOCKE.⁴⁴ Eis a construção kantiana:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.⁴⁵

Ora, o fato de a dignidade estar acima de qualquer preço é relativo, acidental, pois o capital, tal qual Midas, transforma tudo o que toca em finanças. O ter ou não preço, para um bem, não é essencial, mas acidental, pois o que o torna patrimônio é a possibilidade de apreensão, ou seja, de se possuir.

Desta forma, não se pode buscar, no princípio da dignidade humana, nos moldes kantiano, a repersonalização das relações entre os homens. Pelo contrário, a sua afirmação é uma faceta da reificação do homem.

Assim, o Estado Social é, em essência, liberal.

⁴² As expressões substância e acidente são utilizadas no sentido aristotélico.

⁴³ Cf. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. *Op. cit.*, pp. 45-49

⁴⁴ LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 495.

⁴⁵ Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

6. Sociedade pós-convencional e a legitimidade liberal do estado

Uma análise que tem se desenvolvido no meio jurídico consiste na visão habermasiana do direito, máxime no que consiste no papel dos direitos fundamentais na legitimação da ordem constitucional.

Um dos pontos de partida de sua análise consiste na determinação do que seja sociedade pós-convencional. Preliminarmente, deve-se estipular o que é uma sociedade convencional, para depois compreender o que se chama sociedade pós-convencional ou pós-tradicional.

A sociedade convencional é aquela que pauta sua existência na aceitação da tradição e do costume.⁴⁶ Há aqui um consenso que tem por objeto a concordância com o que fora estabelecido pelos ancestrais. Após o advento do liberalismo, onde a liberdade⁴⁷ passou a ser a tônica, o auto-regramento da conduta levou, por consequência, a humanidade a romper com a tradição. Para isso, estatuiu uma **ordem artificial**, ou seja, uma ordem construída a partir do engenho humano. Neste ponto, o legítimo não é seguir o que diziam os antigos, mas legítimo é pautar a conduta conforme os preceitos da lei, que é produto da vontade geral, conforme ROUSSEAU.⁴⁸ Este rompimento teve sua objetivação a partir do final do século XVIII com a Revolução Americana e, depois, com a Revolução Francesa. Esta nova forma de sociabilidade é denominada por Jürgen HABERMAS como sociedade pós-convencional ou pós-tradicional. Esta nova sociabilidade só é possível com o advento do Estado Liberal.

O mundo social é uma realidade constitutivamente normativa.⁴⁹ Dentre os arcabouços normativos, tem-se a norma jurídica, que, dada a sua importância, necessário se faz estabelecer em que bases é possível uma construção artificial do direito que seja legítimo. Jürgen HABERMAS não tem dúvida. A legitimação deverá decorrer da correlação entre o princípio da soberania popular e o domínio das leis

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia-Entre Facticidade e Validade**. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50.

⁴⁷ Liberdade aqui vista a partir do conceito de Benjamin Constant.

⁴⁸ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. *Op. cit.*, 47-49.

⁴⁹ Cf. VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 89.

garantido pelos direitos humanos.⁵⁰ Em passagem bastante elucidativa, Jürgen HABERMAS vaticina:

A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica da prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que *possibilitam* o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição.⁵¹

Neste contexto, fica evidenciado que na determinação do Estado o estabelecimento dos direitos fundamentais não pode ser dispensado, pois, para se começar a constatar a legitimidade liberal de um ordenamento, deve-se verificar se as regras do procedimento racional estão fixadas na Constituição. A Constituição que não as contiver carece de validade racional, de legitimidade, no sentido liberal. Esta falta contaminará todo o ordenamento. É condição para o procedimento racional a existência de um catálogo de direitos humanos e a soberania popular. Tem-se aqui uma nova feição para a prescrição do art. 16 da **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, anteriormente citada, pois não contempla a separação dos poderes.

O sistema assim deve considerar os direitos fundamentais que os sujeitos devem acatar mutuamente. Na dicção de HABERMAS:

El catálogo de derechos fundamentales que contienen las constituciones burguesas cuando están fijadas por escrito, junto con el principio de la soberanía popular, el cual vincula la facultad de legislar a una comprensión democrática de la toma de decisiones colectivas, es expresión de esa justificación que ahora se torna estructuralmente necesaria.⁵²

⁵⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política**. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 298.

⁵¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política**. *Op. cit.*, p. 300.

⁵² Cf. HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**. Vol. I. Traducción de M. Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Taurus, 1999, p. 338-339.

O princípio democrático decorre da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica.⁵³ Aqui está a gênese lógica dos direitos em uma sociedade pós-tradicional. Eis o itinerário: aplicação do princípio do discurso para o direito a liberdades subjetivas de ação em geral, constitutiva para forma jurídica enquanto tal; institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política (pode equiparar-se à autonomia privada) com a forma jurídica.

Sob esses pressupostos e com os controles processuais adequados, a chave do assunto pode sintetizar-se no respeito ao procedimento democrático, pois na soberania popular há a garantia da participação de todos os cidadãos na comunidade do discurso na criação normativa. Não existe um direito racionalmente válido sem democracia. Entretanto, nem sempre a racionalidade procedimental garante a racionalidade dos resultados. Para isso faz-se mister o respeito a direitos fundamentais que possibilitem a ética discursiva.

Além disso, defende HABERMAS que nenhum sistema jurídico pode alegar ser o mais racional, até porque o direito é enquanto está sendo efetivado. Acrescenta ainda que a Constituição é um projeto inacabado, pois é construída e reconstruída na comunidade do discurso. Há aqui uma quebra na universalidade. Por esta razão, defende a necessidade de os sistemas jurídicos tratarem com certa parcimônia a desobediência civil, sem legalizá-la, pois ela pode ser o sinal de que a ordem jurídica perdeu a sua dimensão ética.

Os direitos fundamentais vislumbrados por HABERMAS são os que têm por função realizar, na comunidade, o princípio discursivo, base para o procedimento democrático e fundamento da legitimidade das normas resultantes. São eles:

“1- Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas da ação*.

Esses direitos exigem como correlatos necessários:

2- Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito.

⁵³ Cf. HABERMAS, Jürgen. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade**. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 158.

3- Direitos fundamentais que resultam imediatamente *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

4- Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

5- Direitos fundamentais às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).⁵⁴

Vê-se que Jürgen HABERMAS não descarta do seu catálogo a idéia de direitos fundamentais sociais, pelo contrário, eles são essenciais para realizar as liberdades burguesas. Sem eles não é possível a legitimidade liberal do processo democrático, que fatalmente desembocaria, na precisa visão de ARISTÓTELES na demagogia.

A democracia também não pode ser vista como um princípio moral, já que este opera em um nível de organização interna de um determinado jogo de argumentação, como já restou demonstrado a partir da teoria kantiana. Já o princípio democrático refere-se ao nível externo de participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, em formas comunicacionais garantidas pelo direito.

Há, claro, uma diferença de níveis de referência. O princípio moral destina-se a todas as regras de ação justificáveis com argumento moral, enquanto o princípio democrático é formatado conforme as regras de direito.

Vale frisar, ademais, que o princípio democrático só se realiza plenamente com os direitos fundamentais. Não há como separá-los, sob pena de constituir-se um sistema jurídico destituído de legitimidade liberal.

Com base nisso, percebe-se que HABERMAS fornece um procedimento apto a verificar em dado contexto se um sistema jurídico positivo, que é facticidade – imposto coativamente –, responde ao crivo da validade, que em Jürgen HABERMAS consiste na aceitação, por

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 159/160.

parte dos cidadãos, de que o sistema é legítimo, no sentido de justo, mas que não deixa de ser liberal.

Esta análise só é possível dentro da teoria do discurso em que todos os fundamentos possam ser revistos.

A teoria desenvolvida por HABERMAS sofre o rechaço de Lênio Luiz STRECK, máxime no que concerne à restrição que o autor alemão faz à atuação política do Tribunal Constitucional para efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, uma vez que este restringe o Judiciário ao papel de guardião do processo da criação democrática do direito. Nas palavras de STRECK:

Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito.⁵⁵

Esta crítica, malgrado pertinente, não retira a influência da teoria procedimental de HABERMAS no que concerne à análise efetivada neste ensaio, porque coloca, de forma central, os direitos fundamentais como constitutivos do Estado Democrático de Direito, corroborando a idéia de que a existência dos direitos fundamentais não é apenas uma defesa do cidadão contra o Estado, como se estivesse a afirmar: fique longe, não intervenha. Aqui, como foi na Grécia, nos Liberais e na remodelação do liberal (Estado Social), há uma nítida relação entre os direitos fundamentais e a própria razão de ser do Estado, sob o aspecto da formulação burguesa.

Vale salientar, entretanto, que em HABERMAS não houve mudança substancial de perspectiva. O homem continua sendo visto como preconiza os liberais – proprietários privados.

7. Conclusão

Com este texto procura-se re+velar (retirar o véu) os vínculos que unem a idéia de Direitos Fundamentais e o Estado Liberal, melhor dizendo, ocidental, a partir do século XVIII. Na realidade, podem-se

⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2002, p. 138.

reduzir estes vínculos a um: a propriedade privada segundo o pensamento liberal de LOCKE.

A propriedade é o Estatuto que rege o denominado Estado Moderno. Malgrado, os Direitos Fundamentais e o Estado sejam tratados como categorias antagônicas, não são. A contraposição é ideológica. Isto pode ser facilmente constatado no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Qual a função da contraposição? Conceder aos Direitos Fundamentais um caráter revolucionário que ele não tem, já que reproduz o estatuto da propriedade privada.

Esta mesma função encontra-se no decantado conceito de dignidade da pessoa humana que busca suas raízes no conceito kantiano de dignidade humana, como faz, por exemplo, Paulo LÔBO⁵⁶. No entanto, como demonstrado, o conceito de dignidade está ligado à propriedade – é a coisa sem preço. Volta-se ao círculo.

Não só. A própria origem da expressão sujeito está determinada pelo objeto. Sujeito deriva a expressão *sub+objecto*. Aquilo que está abaixo do objeto em função contemplativa. Pior. Dentro do sujeito está a determinação do objeto.

Até mesmo no Estado Social o homem não escapa da armadilha da reificação. Neste modelo estatal, malgrado suas peculiaridades, nada mais é que mais, do mesmo. E por quê? Sua função consiste em conceder o mínimo para que ele possa realizar em ato aquilo que ele é em potência proprietário privado. Para isso temos a festejada construção do direito ao patrimônio mínimo, mínimo existencial, direito à saúde, ao trabalho etc. Ou seja, sua função nada mais é que uma forma mais especializada de realizar o fim do Estado Liberal. Em outras palavras “um museu de grandes novidades” Cazusa (“O tempo não pára”).

E agora, o que se pode afirmar é que apenas com a superação da categoria propriedade privada será possível superar a forma liberal de organização da sociedade.

⁵⁶ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos Morais e Direitos da Personalidade**. Texto capturado no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>, em 1 de fevereiro de 2006, às 19h1min.

CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Bernardo Leopardi Gonçalves Barretto Bastos

Advogado. Engenheiro Civil. Mestre em Geotecnia Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO

1. Importância dos princípios. 2. Princípios do direito ambiental. 3. Princípio da precaução. 3.1. Histórico e definição. 3.2. Crítica ao princípio da precaução. 3.3. Distinção entre os princípios da prevenção e da precaução. 3.4. Posição jurídica do princípio da precaução. 4. Questão da 'certeza' científica. 4.1. Questão da aproximação científica, da incerteza e da confiabilidade. 4.2. Confiabilidades quanto ao dano e quanto à sua probabilidade de ocorrência. 5. Aplicação do princípio da precaução. 6. Conclusão.

1. Importância dos princípios

Atualmente encontra-se superada a discussão a respeito do valor normativo dos princípios sendo amplamente aceito o conceito introduzido nos trabalhos de Esser, Alexy, Crisafulli e Ronald Dworkin¹, que entendem ser os princípios espécies do gênero norma. Normas englobam, portanto, os princípios e as regras.

Os princípios têm aplicação ainda mais evidente frente ao positivado dogma da completude do ordenamento jurídico (art. 126 do Código de Processo Civil). Nos termos de Bobbio² a idéia de que o Direito não admite lacuna (dogma da completude) “é o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade” acrescentando que este entendimento, que já foi dominante, permanece dominante em parte após, principalmente das críticas da Escola do Direito Livre (representada por Eugen Ehrlich que acredita que “o Direito constituído

¹ Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Traduzido por: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz”.

O papel dos princípios na integração do direito posto é apresentado de forma precisa na já clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello³:

[Princípio] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra.

Os princípios expressos e implícitos que se apresentarem na Constituição Federal, gozam de hierarquia superior aos demais princípios.

Há autores que entendem que os princípios constitucionais são superiores hierarquicamente até mesmo às regras constitucionais⁴.

Mesmo autores que defendem não haver hierarquia entre os princípios e as demais normas acreditam que estas, “contudo, não

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

4 ZAGO, Livia Maria Armentano K. **O Princípio da Impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

sempre de ser interpretadas de molde a dar maior eficácia possível ao princípio a que se encontram sujeitas”⁵.

Os princípios ambientais que compõem o ordenamento jurídico brasileiro desempenham “a função de orientar a atuação do legislador e dos poderes públicos na concretização e cristalização dos valores sociais relativos ao meio ambiente, harmonizando as normas do ordenamento ambiental, direcionando a sua interpretação e aplicação.”⁶.

Ademais, não se prestam os princípios apenas como bússola ao legislador, mas, principalmente ao interprete do direito que, frente a um caso concreto, deverá interpretar as demais normas de forma harmônica aos princípios ambientais.

2. Princípios do direito ambiental

A exemplo dos demais ramos do Direito, não há uma classificação unânime de quais seriam os princípios ambientais. A Conferência das Nações Unidas, de Estocolmo, em julho de 1972, enumerou 26 princípios ambientais, considerados prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A doutrina, contudo, adota diversos critérios. Paulo Affonso Leme Machado⁷, por exemplo, enumera sete princípios, enquanto Luis Roberto Gomes⁸ reúne a principiologia ambiental em onze mandamentos.

3. Princípio da precaução

3.1. Histórico e definição

O princípio da precaução remonta ao direito alemão (Vorsorgeprinzip) desde a década de 1970. Estabelece a doutrina daquele país que os riscos ambientais devem ser mitigados em

5 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

6 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. O direito ambiental e seus princípios informativos. **Revista de Direito Ambiental**, v. 8, n. 30, 2003.

7 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

8 GOMES, Luís Roberto. Princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo v.16, 1999.

observância ao princípio da precaução, o qual requer a redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano.

O princípio da precaução foi estabelecido expressamente pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 no Rio de Janeiro ao dizer que:

Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.⁹

Uma interpretação literal deste princípio mostraria que sua aplicação se restringe a danos sérios ou irreversíveis. Não há, contudo, qualquer razão para acreditar que o princípio não se aplique a danos ambientais menos intensos.

Outro elemento importante da definição acima é seu caráter negativo. O princípio não estimula nem determina uma conduta pró-ativa, mas apenas assegura que as incertezas científicas *não* sejam um obstáculo à preservação ambiental. Da forma que se lê no texto da convenção das Nações Unidas, o princípio determina apenas que evento potencialmente danoso *não* será utilizado como pretexto para postergar medidas eficazes.

Na busca de uma definição mais protetiva para o ambiente, Bernard Goldstein¹⁰ apresenta a definição de Wingspread de 1997 para o princípio da precaução.

Quando uma atividade aumentar os danos à saúde humana ou ao meio ambiente, medidas de precaução devem ser tomadas mesmo

⁹ Tradução livre do inglês: "Where there are threats of serious irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation."

¹⁰ GOLDSTEIN, Bernard; CARRUTH, Russellyn S. The Precautionary Principle and/or Risk Assessment in World Trade Organization Decisions: A Possible Role for Risk Perception. *Risk Analysis*, v. 24, n. 2, p. 491-499, 2004.

em situações onde as relações causa-efeito não forem totalmente explicadas pela ciência.¹¹

A definição de Wingspread é coerente com a definição das Nações Unidas, contudo apresenta uma ação positiva. As medidas devem ser tomadas sempre que se verifiquem situações de incerteza ao invés de se determinar apenas que as medidas de prevenção não sejam postergadas como propõe a primeira definição.

Em todo caso, pode se extrair de ambas as definições que o princípio da precaução é uma norma valorativa que estabelece duas situações: em primeiro lugar reconhece a complexidade dos problemas ambientais e as limitações do método científico; num segundo momento elege o meio ambiente como um valor importante o suficiente para que as incertezas científicas possam ser subestimadas, impondo a todos (poder público e a sociedade) uma atitude protecionista e razoável em relação às atividades potencialmente danosas ao meio ambiente.

3.2. Crítica ao princípio da precaução

Chauncey Starr¹² acredita que o princípio da precaução é uma proposição meramente retórica que em nada contribui para as tomadas de decisão no âmbito ambiental. Acrescenta que, dada à complexidade das situações e a limitação dos critérios científicos, os órgãos políticos teriam sempre que decidir entre as opções de continuar um determinado empreendimento ou não, sem qualquer garantia de qual das opções seria a melhor para a sociedade.

A comissária da União Européia, Wallstrom¹³, acrescenta que os EUA não reconhecem o princípio da precaução nas questões comerciais internacionais por considerá-lo parte de uma doutrina nebulosa, criada pelos europeus com o único objetivo de validar barreiras comerciais contra todos os produtos produzidos com maior produtividade fora de suas fronteiras.

¹¹ Tradução livre do inglês: "When an activity raises threat of harm to human health or the environment, precautionary measures should be taken even if some cases and effect relationships are not fully established scientifically."

¹² STARR, Chauncey. *The Precautionary Principle Versus Risk Analysis. Risk Analysis*, v. 23, n. 1, p. 1-3, 2003.

¹³ GOLDSTEIN, Bernard; CARRUTH, Russellyn S., 2004.

As duas posições levantadas são cínicas¹⁴ e limitadoras da interpretação possível ao princípio precaucionista. Não parece plausível que a falta de certeza científica invalide o princípio, mas sim o contrário, visto que sua aplicação visa justamente dar orientação para os casos de incerteza.

O princípio da precaução se presta a guiar tanto a interpretação das questões ambientais quanto as decisões políticas minimizando os efeitos negativos que uma atividade possa gerar mesmo que não seja previsível dada a ignorância científica sobre determinado assunto.

A complexidade da questão ambiental é um fato impeditivo de adoção de normas simplistas como, por exemplo, a mera adoção de limites toleráveis de contaminação aplicáveis a todos os casos. A precaução é um princípio ontologicamente válido e essencial para lidar com questões complexas como a contaminação ambiental.

3.3. Distinção entre os princípios da prevenção e da precaução

Enquanto o princípio da prevenção visa evitar atividades sabidamente danosas ao meio ambiente, o princípio da precaução atua nos casos em que as incertezas permeiam determinada questão. As dúvidas no âmbito técnico compelem a sociedade a se *precaver* sobre a possibilidade de um dano (dano incerto), onde se aplica o princípio da precaução. Por outro lado, se uma atividade é seguramente danosa (dano certo), cabe à sociedade evitar, ou prevenir este evento. A similitude semântica entre os termos “precaução” e “prevenção” não deve confundir os conceitos de ambos os princípios, visto serem eles diferentes na sua essência.

3.4. Posição jurídica do princípio da precaução

Segundo orientação dos nossos tribunais, a assinatura de uma declaração internacional (como o que ocorreu na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992), não faz com que o seu texto passe a integrar automaticamente o ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁴ O termo *cínico* é empregado aqui no sentido de que as referidas definições do princípio da precaução visam dar utilidade prática imediata ao princípio em detrimento a qualquer análise axiológica. Neste sentido a definição de Wallstrom é conhecida na comunidade ambiental como “a definição cínica do princípio da precaução” (Goldstein, 2004).

Para fazer parte do direito interno, necessário se faz a ratificação pelo Congresso Nacional do texto aprovado. No Brasil há duas convenções internacionais ratificadas que trazem, em seu bojo, o princípio da precaução, são elas: Convenção da Biodiversidade Biológica, ratificada através do Decreto Legislativo 2 de 3.2.1994, e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima.

Em ambos os documentos o princípio da precaução encontra-se em forma mais restritiva do que a declaração de Wingspread, o que, contudo, dado a natureza abstrata dos princípios, em nada impede a interpretação mais extensiva deste mandamento, devendo, portanto, interpretar-se o princípio da forma mais geral.

Luis Roberto Gomes¹⁵, por sua vez, defende ainda a tese de ser o princípio da precaução uma norma implícita da Constituição Federal visto que há nela vários mecanismos preventivos embasados na precaução como na obrigatoriedade de estudo prévio de impacto ambiental e na necessidade de consulta popular em audiências públicas em questões ambientais de grande monta.

4. Questão da ‘certeza’ científica

Outro ponto da definição estudada que chama atenção é a referência à falta de “absoluta certeza científica”. A ausência de certeza científica absoluta é uma regra quase universal, visto que dificilmente haverá alguma atividade humana cujo impacto seja estimado com “absoluta certeza científica”. Esta última expressão remonta necessariamente a uma digressão filosófica.

O termo “certeza científica” tem notadamente uma influência da episteme platoniana, pela qual a ciência teria como meta o verdadeiro conhecimento, conforme lição de Jenner Barretto Bastos Filho¹⁶. No que se observa que a referida ‘certeza científica’ esta relacionada com a verificação do ‘verdadeiro conhecimento’. Este ponto exigiria uma digressão ainda mais profunda a fim de buscar o significado do que viria a ‘verdadeiro conhecimento’. Definir a verdade

¹⁵ GOMES, Luís Roberto, 1999.

¹⁶ BASTOS FILHO, Jenner Barretto. **O que é uma Teoria Científica? Breve provocação sobre um tema complexo.** 2 ed. Maceió: Editora Universidade de Alagoas, 1998.

é uma questão que precede mesmo a Pilatos, e não se encontra pacificada entre os filósofos.

Em termos mais pragmáticos, contudo, a aplicação do princípio da precaução exige um critério para a identificação, ainda que superficial, do que viria a ser uma proposição científica. É certo que uma proposição científica não pode ser entendida como pura e simplesmente qualquer parecer técnico ou estudo ambiental a respeito de determinado empreendimento ou situação que desperte preocupação com a segurança da população e o equilíbrio ecológico.

Muitos autores tentam definir o que viria a ser um mandamento científico. Inúmeros critérios são utilizados para classificar determinada teoria como científica ou não-científica. Os filósofos da ciência são, contudo, unânimes em afirmar que a verdade absoluta *não* é uma característica das proposições científicas.

Para Popper¹⁷, por exemplo, o critério para determinar se uma proposição é validada cientificamente é a sua refutabilidade, isto é, só se afigura científico o que for refutável. Neste aspecto, só se afigura científico o mandamento não dogmático que possibilite sua verificação.

A posição dos estudiosos da filosofia da ciência faz concluir que o termo “absoluta certeza científica” é uma ficção; um ideal, nas palavras de Jenner Barretto Bastos Filho¹⁸, “o conhecimento é uma aventura extraordinária. Mas o desiderato de certeza, a não ser para situações muito limitadas, muito provavelmente, é uma quimera”.

4.1. Questão da aproximação científica, da incerteza e da confiabilidade

Se as teorias científicas são conjecturas, conclui-se que todo mandamento científico, ainda que nunca garanta a absoluta certeza, informe certa confiabilidade. Caso contrário o conhecimento científico não teria qualquer utilidade prática. Para situações muito simples o grau de confiabilidade é tão alto que, em termos práticos, pode-se dizer que há ‘absoluta’ certeza.

A confiabilidade poderia ser entendida como o grau de “certeza” de um determinado mandamento científico.

¹⁷ POPPER, K. R. *Autobiografia Intelectual*. São Paulo: Cultrix. 1974.

¹⁸ Op. Cit.

Exemplificando. Antes da invenção dos testes de DNA, buscava-se a comprovação da paternidade através da compatibilidade sanguínea. Este teste, apesar de inócuo para a confirmação de paternidade é conclusivo para a negativa. Não há caso possível em que ambos os pais tenham sangue tipo 'O' e o filho apresente sangue tipo 'AB', por exemplo. Nesta situação, relativamente simples, há uma aproximação científica tão intensa, que ninguém cogita a possibilidade de erro. Em termos práticos a negativa de paternidade por compatibilidade sanguínea pode ser considerada uma proposição com lastro científico que apresenta uma certeza 'absoluta'.

Outro exemplo é o próprio exame de DNA, que também goza de lastro científico. Este exame, ao contrário do seu antecessor, não é plenamente conclusivo para a negativa como também não o é para a confirmação de paternidade. Há, contudo, um grau de aproximação muito alto. A incerteza relacionada com o resultado de um exame de DNA é aferida estatisticamente e pode apresentar uma confiabilidade na ordem de 99,98%, por exemplo.

A incerteza associada aos exames de DNA, não confere absoluta verdade científica. Mas, por outro lado, oferece uma alta confiabilidade.

As questões ambientais, ao contrário da determinação de paternidade, se apresentam, em geral, como problemas de alta complexidade com a confluência de inúmeros fatores que tornam a previsão de impactos extremamente incerta.

4.2. Confiabilidades quanto ao dano e quanto à sua probabilidade de ocorrência

É importante, ainda, distinguir dois tipos de confiabilidade: quanto ao dano e quanto à probabilidade de ocorrência.

A confiabilidade quanto ao dano consiste em se prever com razoável precisão todos os possíveis danos relacionados com a atividade estudada. A confiabilidade quanto à probabilidade de ocorrência do dano, por sua vez, implica no conhecimento de sua incidência.

Por esta classificação, os impactos podem ser divididos em três grupos: a) baixa confiabilidade quanto aos danos, b) alta confiabilidade quanto aos danos e baixa quanto à probabilidade de ocorrência e c) alta

confiabilidade quanto aos danos e alta confiabilidade quanto à probabilidade de ocorrência.

Como exemplo do primeiro grupo podemos citar todos os impactos de escala global e boa parte dos impactos relacionados às atividades baseadas em tecnologias recentes. Os impactos gerados pela emissão de gás carbônico, por exemplo, não são estimados com alto grau de confiabilidade. A relação entre o aquecimento global e a emissão de gás carbônico é um caso típico desta categoria. Há previsões que estimam que a temperatura global aumente em 1°C nas próximas décadas. Outros estudos prevêem aumentos na temperatura de até 3°C. Há ainda grupos de pesquisa que avaliam a possibilidade de redução na temperatura média do planeta. Considerando ainda que não se pode prever com razoável precisão quais os efeitos das supracitadas mudanças na temperatura do planeta, conclui-se que o impacto gerado pela emissão de gases de efeito estufa é de baixa confiabilidade quanto aos danos a ele relacionados.

Outro exemplo de impactos cujos danos ainda não são bem estabelecidos refere-se à influência de torres de transmissão para o sistema de telefonia móvel na saúde humana. Há o receio de que a população próxima a estas torres possa vir a sofrer de problemas de saúde ainda não completamente entendidos.

Apesar de serem conhecidos os efeitos da exposição à radiação proveniente da fissão nuclear, até o início dos anos 1970 não havia estudos que pudessem prever com razoável precisão a probabilidade de ocorrência de acidentes nas usinas nucleares, notadamente quanto a possibilidade de explosão de reatores. Havia, neste exemplo, alta confiabilidade quanto aos danos e baixa quanto à probabilidade de ocorrência.

Um exemplo de impacto de alta confiabilidade quanto aos danos e alta confiabilidade quanto à probabilidade de ocorrência é a utilização de gasolina como combustível. Já há um conhecimento razoável sobre todos os compostos da gasolina e sua influência no organismo humano. O benzeno, por exemplo, um dos componentes da gasolina, é um composto sabidamente cancerígeno. É possível, inclusive, calcular o acréscimo de probabilidade de desenvolvimento desta doença na população através da estimativa do ingresso deste composto por inalação e ingestão.

5. Aplicação do princípio da precaução

O princípio da precaução, por tratar diretamente das incertezas inerentes às questões técnicas de lastro científico, tem especial aplicabilidade nas questões ambientais que são em geral complexas e se apresentam em diversos graus de confiabilidade.

Em atividades prévias, como no caso do licenciamento ambiental ou de obtenção de qualquer outra licença ou autorização, o princípio da precaução estabelece que o ônus de provar que a técnica ou processo a ser utilizado é ambientalmente cabe ao empreendedor. Portanto não caberia ao órgão ambiental provar a insegurança do projeto, pois tal ônus seria dos responsáveis pelo empreendimento.

A autoridade competente sobre o licenciamento ambiental ou excepcionalmente a autoridade judicial, deverá distinguir os três tipos de impacto descritos anteriormente.

Em se tratando de atividade com baixo grau de confiabilidade quanto aos danos, o mandamento do princípio da precaução tem força máxima e dificilmente esta atividade pode ser considerada harmônica com o ordenamento jurídico, uma vez que, não é razoável assumir um risco de um dano desconhecido.

Neste aspecto se afiguram necessários todos os esforços para a redução da emissão de gases causadores de efeito estufa e a precaução na instalação de torres de transmissão de ondas de rádio que devem ser posicionadas com razoável distância das construções residenciais até que se entenda melhor os seus efeitos.

As atividades com alto grau de confiabilidade sobre o dano e baixa confiabilidade sobre a probabilidade de ocorrência situam-se em uma zona intermediária de incidência do princípio precaucionista. Todas estas atividades tendem com o tempo a ter a probabilidade de ocorrência cada vez melhor estabelecida pela ciência.

Contudo, ainda que se pondere a intensidade do dano esperado dificilmente se poderia avaliar se o risco resultante é tolerável ou não, uma vez que não se saberia como avaliar a incidência deste dano. Apenas em casos de danos muito leves, poder-se-ia legitimar a atividade. Nestes aspectos, uma vez comprovada pelo empreendedor a

hipótese extrema e ainda assim o dano for irrisório, não haveria como nem porque inibir esta atividade.

Por hipótese extrema entenda-se aquela em que se admitisse que o dano alcançasse o maior número de pessoas causando-lhes o maior dano possível, dentro da razoabilidade.

Nos casos em que estejam bem estabelecidos todos os danos bem como completamente entendidas suas probabilidades de ocorrência na população, não há que se falar em princípio da precaução, mas, tão somente no julgamento da aceitabilidade da atividade. Este julgamento consiste puramente em se determinar se o risco é tolerável ou não. Neste sentido, nossa sociedade, a exemplo de todas as outras conhecidas, tolera o uso de gasolina como combustível apesar de conhecer seus efeitos deletérios. A probabilidade de desenvolvimento de câncer, por exemplo, citando apenas um dos vários compostos da gasolina, apesar de não ser nula, é considera baixa o suficiente para legitimar a utilização deste combustível.

Cabe, assim, ao empreendedor, dentro da interpretação dada ao princípio da precaução, provar a segurança de seu empreendimento durante o processo de licenciamento ambiental e em qualquer momento em que se verifique uma contaminação efetiva, com ênfase na confiabilidade na magnitude do dano e na probabilidade de sua ocorrência.

6. Conclusão

O princípio da precaução está em pleno vigor no Brasil quer como norma implícita na Constituição Federal quer na forma positivada pelo Decreto Legislativo de 3.2.1994. Apesar da forma escrita ser mais restritiva do que a declaração de Wingspread, nada impede, e até se impõe, a interpretação mais extensiva deste mandamento, dado a natureza abstrata dos princípios.

O termo “certeza científica” é melhor interpretado no sentido de alta confiabilidade. Esta confiabilidade pode ser tanto quanto ao dano em si como em relação à probabilidade de ocorrência deste dano.

Em relação ao critério de aplicação do princípio da precaução em relação à confiabilidade podemos sumarizar o que se segue.

O princípio da precaução estabelece a proibição das atividades cujos danos não estejam razoavelmente entendidos.

Aqueles danos cuja extensão esteja bem estabelecida mas que não se possa avaliar a probabilidade de ocorrência, só passam pelo crivo do princípio da precaução no caso limite de se afigurar tolerável a incidência máxima deste dano.

Quanto às atividades nas quais tanto a extensão do dano quanto a probabilidade de sua ocorrência sejam razoavelmente estabelecidas, o princípio da precaução não tem aplicabilidade uma vez que há razoável 'certeza' científica.

PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE?

Danielle Sales Echaiz Espinoza

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na teoria constitucional. 3. A importância de uma distinção. 4. Origens históricas. 5. O conteúdo dos princípios. 6. Aplicabilidade. 7. Os princípios e sua adoção no sistema brasileiro. 8. Conclusão.

1. Introdução

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, atualmente considerados princípios constitucionais gerais, desempenham papel fundamental no controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, assim também como na efetivação dos direitos fundamentais. Neste trabalho, propomos uma análise comparativa entre ambos, através da qual nos será possível, identificando suas semelhanças e diferenças, sustentar uma compreensão dissociada dos princípios, inclusive quanto a sua aplicação. Este artigo tem a finalidade de contribuir para a discussão – necessária e premente – acerca das distinções entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

2. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na teoria constitucional

A mudança do paradigma do Estado de Direito legalista para o Estado de Direito constitucional¹ deflagrada na segunda metade do séc XX, trouxe para o centro da discussão jurídica a efetivação dos direitos

¹ Esta expressão baseia-se nas idéias do constitucionalista Paulo Bonavides ao compreender o estado de direito em duas fases: a primeira caracterizada pelo primado à lei e pela idéia de constituição política (o velho estado de direito) e a segunda pelo culto à Constituição e afirmação de sua força normativa (novo estado de direito). Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.398.

fundamentais consagrados na Lei Maior, em grande parte, por meio de princípios jurídicos. A ascensão dos princípios a normas constitucionais fez surgir uma icógnita para o pensamento positivista da época que até então, só os considerava fonte subsidiária da lei. Como conceber no conceito clássico de norma jurídica como juízo hipotético (*se* ocorrer fato previsto, *então* ocorrerá consequência jurídica) disposições impregnadas de valores e fins que não se referem a uma conduta específica?

Esse ambiente de impotência gerado aos arestos do formalismo jurídico agregou-se às teses de normatividade dos princípios iniciadas por Crisafulli e outros² no começo do séc. XX, mas somente consagradas nas obras já clássicas de Ronald Dworkin e Robert Alexy, contribuindo para o declínio do positismo jurídico e o início de uma “nova era”³- ainda em formulação – na concepção do Direito. Os fundamentos da teoria dos princípios foram lançados e o sistema jurídico, outrora considerado conjunto estático de leis, é redefinido como uma integração dinâmica de regras e princípios em constante adaptação à realidade social.

Temas bastante discutidos são a aplicação das normas principiológicas e a resolução de conflitos entre as mesmas. Constatada a impropriedade do método substantivo tradicional para o tratamento dessas espécies normativas, elaborou-se a doutrina da aplicação otimizada dos princípios, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas de cada situação concreta⁴. É exatamente nesse contexto, que se passou a invocar a utilização de princípios instrumentais como o da proporcionalidade e o da razoabilidade, aplicados como parâmetros na

2. Idem, p. 257.

3. BARROSO, Luís Roberto et BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos Princípios. In: Leite, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

4. HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: Leite, George Salomão (Org.), op.cit., p.64.

resolução de conflitos entre princípios e, há quem defenda, até mesmo para o conflito entre regras⁵.

No entanto, há algo intrigante quando verificamos a utilização desses princípios, especificamente no Brasil. A doutrina pátria, quando não os confunde, é obscura em dissociá-los. É notório o embaralhamento conceitual, mormente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referindo-se à razoabilidade e à proporcionalidade de forma conjunta e indiscriminada. Será que conjugar os dois princípios numa sinonímia casual e simplista é justificável? Por outro lado, quais as razões para tal confusão? Existem pontos divergentes que possibilite elaborar uma distinção relevante e objetiva? Qual seria o resultado prático de uma possível diferenciação?

Procuramos, primeiramente, justificar a abordagem do assunto, perquerindo sua importância face o atual estágio do pensamento jurídico para em seguida, contrapormos os dois princípios sob os mais diversos aspectos, como origem histórica, conteúdo e aplicabilidade, ressaltando suas diferenças e eventuais semelhanças.

3. A importância de uma distinção

A instauração do Estado Principológico⁶ exigiu uma nova metodologia na aplicação do Direito, capaz de comportar a dialeticidade dos princípios que, no plano abstrato se implicam, mas na órbita do caso concreto muitas vezes se excluem. Assim é que não se pôde prescindir de um método que permitisse ao julgador levar em consideração os valores em pauta para atribuir-lhes, de acordo com as peculiaridades de cada situação, seus respectivos graus de importância e realização.

Contudo, para que esse tipo de argumentação judicial não resulte em decisionismo judicial, o que consistiria em grave ameaça à segurança jurídica, faz-se necessário buscar parâmetros ou balizas que

⁵ Esse é o entendimento de Humberto B. Ávila ao afirmar que em alguns casos as normas descritivas (regras) devem ser ponderadas também, para o que se utilizará preferencialmente do princípio da razoabilidade, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4 ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. É acompanhado por Luís Roberto Barroso quanto à possibilidade de ponderação de regras, cf. BARROSO e BARCELLOS, op.cit., p.114.

⁶ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 15.

garantam racionalidade a todo julgamento que envolva a aplicação de tais normas abertas.

Surge, então, o maior desafio, ainda em teste, dos pós-positivismo⁷: conjugar em um método de aplicação do direito a possibilidade de apreciações axiológicas por parte do julgador com a incontestável necessidade de se observar critérios objetivos e normativos, atendendo tanto às exigências éticas do primeiro quanto à racionalidade científica do segundo⁸. Embora esta tarefa pareça ser em princípio contraditória, ela é de fundamental importância para o equilíbrio entre justiça e segurança jurídica, evitando ao mesmo tempo o excessivo apego à letra fria da lei e a justiça própria de cada julgador.

Dessa forma, quando se trata de resolver conflitos entre princípios ou entre estes e regras, momento em que se impõe a inevitável apreciação valorativa dos bens em questão, é necessário que a motivação da decisão judicial seja ainda mais criteriosa, balizada por parâmetros específicos. Um deles, segundo Luís Roberto Barroso, é a utilização de princípios instrumentais, como o da proporcionalidade e da razoabilidade, que traçam o caminho a ser percorrido na argumentação jurídica para efetivar o conteúdo dos princípios materiais⁹.

Daí, infere-se a exigência de que o aplicador deve precisar bem o conteúdo desses princípios, pois da aplicação correta deles decorrerá a legitimidade de sua decisão. É imprescindível, portanto, que o julgador maneje bem eventuais distinções entre o princípio da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade, para que não incorra no risco de motivar mal sua decisão e, conseqüentemente, viciá-la.

⁷ BARROSO, Luís Roberto et BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos Princípios. In: Leite, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.107.

⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 123.

⁹ BARROSO e BARCELLOS. Op. cit., p.124.

4. Origens históricas

O princípio da razoabilidade encontra suas raízes na interpretação ampliada da cláusula do *due process of law* dada pela Corte Suprema norte-americana. Mais que uma garantia processual, ela passou a representar para o ordenamento jurídico daquele país uma proteção das garantias individuais frente à atuação do Poder Público. Assim, a “*reason of rule*” (regra da razão) ou “*reasonable*” (razoabilidade) surge para controlar a atividade estatal dentro do razoável, tido como aquilo que esteja conforme à razão, moderado, não arbitrário, que corresponda ao senso comum¹⁰. Nesse mesmo sentido, confirma Leda Boechat Rodrigues: “lei 'razoável' era aquela 'sensata, digna de aplauso e compreensível aos intérpretes' ”¹¹.

Nota-se que dentro dessa concepção, razoabilidade não envolve relação direta entre um meio e um fim, assemelhando-se mais à idéia de equidade, correspondência, justa medida a que se referia Aristóteles¹².

É válido ressaltar ainda que a referida Corte Suprema desenvolveu posteriormente, conforme o que se extrai dos estudos de Carlos Bittar sobre o direito norte-americano¹³, outros *standards* utilizados como parâmetros para a averiguação de constitucionalidade das leis. Conjugados ao “*test of reasonableness*” (pelo qual somente se averigua a racionalidade e arbitrariedade das leis restritivas), também se procede ao “*test of expediency*” (análise da oportunidade e necessidade daquela restrição), ao “*balance of convenience*” (verifica se há proporção entre as vantagens supervenientes e as restrições resultantes) e a “*rule of certainty*” (análise da certeza e objetividade das prescrições legais). Atualmente esses *standards* em conjunto desempenham no direito norte-americano o que o princípio da proporcionalidade representa na Alemanha e em outros países europeus.

¹⁰ BARROSO e BARCELLOS. Op. cit., p.204 e ss.

¹¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.140.

¹² ARAÚJO, Francisco Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática**. Campinas: Copola, 2002, p.109.

¹³ Apud BARROS, Susana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 63.

Analisemos a proporcionalidade. A idéia de proporção está intimamente associada à própria concepção do direito. Aristóteles já trabalhava o conceito quando se referia à justiça material composta, segundo ele, da combinação entre *meio-termo* e *justa medida*¹⁴. Verifica-se o mesmo no pensamento romano de que justiça é *dar a cada um o que é seu ou conforme sua porção*. O termo é invocado também na definição de direito proposta pelo poeta Dante Alighiere: “*direito é proporção real e pessoal ...*”

Por isso mesmo, a noção de proporcionalidade permeia todo e qualquer ordenamento jurídico. Podemos identificá-la no direito penal, tributário, administrativo, eleitoral e até mesmo no direito privado civil e trabalhista¹⁵. No campo do direito constitucional não foi diverso, principalmente diante da nova ordem de direitos fundamentais os quais não raramente colidem em determinado caso concreto, mas devem coexistir, ainda que uns prevaleçam sobre outros, sem, no entanto, quebrar a harmonia do sistema. Nesse ponto, é relevante relembrar a própria definição de proporcional como algo bem conformado, harmonioso, aquilo que mantém relação entre as partes de um todo que provoca um sentimento de equilíbrio, de harmonia. Assim, direitos fundamentais só podem ser restringidos na proporção em que essa mesma restrição promove a efetivação de outro direito, também fundamental.

É evidente que o princípio da proporcionalidade tem um conteúdo mais amplo, como veremos, construído ao longo do tempo pela jurisprudência e doutrina alemãs, mas podemos afirmar que foi dessa essência que se partiu para uma construção acerca do princípio tal como o conhecemos hoje. O termo proporcional começou a ser empregado na Alemanha para se referir a limitação da liberdade em virtude da atividade policial¹⁶. Surge, portanto, no direito administrativo, como exigência mesmo do Estado de Direito,

¹⁴ ARAÚJO, Francisco Fernandes. Op. cit., p.109.

¹⁵ Para maiores detalhes, consultar GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003, p.78-81.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 77.

assemelhando-se àquela noção de razoabilidade como o não arbitrário, não excessivo. No entanto, dele se distancia mesmo naquela época (secs. XVIII e XIX), por abranger outros critérios adicionais como necessidade e exigibilidade. Mas foi somente no cenário jurídico de resgate dos valores (segundo pós-guerra) que a Corte Constitucional alemã, juntamente com a doutrina tedesca, consolidaram o que se entende atualmente por princípio da proporcionalidade, com conteúdo objetivo e repartido em critérios informativos.

Destarte, verificamos que a aplicação de ambos os princípios tem uma origem comum: o Estado de Direito liberal implantado pelas revoluções do séc.XVIII. Funcionaram ambos como contenção do poder político e limite para a interferência nos direitos individuais. Na Europa, o princípio da proporcionalidade adquiriu contornos materiais mais objetivos, nos Estados Unidos, por sua vez, o princípio da razoabilidade foi complementado pelo princípio da racionalidade e outros parâmetros, com nítido propósito de conceder às decisões mais objetividade.

5. O conteúdo dos princípios

Segundo Guerra Filho, o princípio da proporcionalidade, por ter um conteúdo positivo, não se confunde com o da razoabilidade entendido, segundo ele, como um princípio negativo que se resume a delimitar o poder público sob a cláusula da não arbitrariedade¹⁷. A razoabilidade atuaria como “bloqueio”, enquanto a proporcionalidade, além dessa mesma função, também asseguraria a própria concretização dos direitos fundamentais¹⁸.

Assevera ainda o autor que por causa de seu conteúdo material, o princípio da proporcionalidade tem características de regras, já que pode se subsumir a fatos jurídicos diretamente. Essa conclusão a que parece chegar o mestre cearense não é isolada e se baseia nos escritos de

¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003, p. 69.

¹⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Op. cit.*, p. 52.

Robert Alexy e seus discípulos, dentre eles Martin Borowisky¹⁹ e Luís Vírgilio Afonso da Silva²⁰.

No entanto, para Ávila a proporcionalidade e razoabilidade não podem ser enquadradas nas categorias normativas existentes – não são nem princípios – visto que, segundo ele, não impõem a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promover o fim – nem podem ser classificadas como regras – já que a atividade do aplicador é mais complexa do que a subsuntiva, demandando a ordenação de vários elementos ponderativos²¹. Então, inclui a proporcionalidade e a razoabilidade naquelas espécies de normas que servem como instrumentos de aplicação de outras normas materiais e as denomina de postulados normativos. Seja como for, o importante é fixar que ambos os princípios têm em comum o caráter instrumental de aplicação de outras normas.

Quanto ao conteúdo específico de cada um, temos que o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: o da adequação (relação de causalidade entre meio e fim, o meio utilizado deve levar à realização do fim); o da exigibilidade ou necessidade (o meio deve ser o mais suave, ou seja, aquele que dentre outros também adequados restringe menos os direitos em conflito) e o da proporcionalidade em sentido estrito (se há equilíbrio na relação entre o grau de importância do direito realizado e grau de restrição do direito contrário).

Já a razoabilidade, conforme nos referimos, tem como conteúdo a não arbitrariedade, o moderado, o justo, aquilo que está de acordo com o senso comum. A fundamentação com base nesse princípio não exige a rigorosa racionalidade objetiva contida na exigência da proporcionalidade, como da adequação do meio ao fim, da necessidade do meio ser o menos restritivo, bem como da promoção de um harmonioso equilíbrio entre direitos realizados e restringidos. Às vezes, como salienta a professora Germana de Moraes, a idéia do razoável como aquilo que corresponde ao senso comum pode se justapor ao raciocínio concernente à proporcionalidade em sentido estrito “à medida que a valoração dos interesses em conflito, tenha como fonte o consenso

¹⁹. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 89.

²⁰. Apud ARAÚJO, Francisco Fernandes. Op. cit., p. 32.

²¹. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 90.

popular e não juízo do aplicador"²². No mesmo sentido, Francisco Fernandes Araújo, ao afirmar que a proporcionalidade contém ingredientes da razoabilidade quando se analisa a proporcionalidade:

E é neste desdobramento, da justa medida, que utilizamos praticamente o mesmo raciocínio do princípio da razoabilidade, o que demonstra a inutilidade do tratamento separado deste último princípio, quando nos valemos do princípio da proporcionalidade.²³

Dessarte, com referência aos seus conteúdos podemos afirmar que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade são diversos, podendo ocasionalmente (nem sempre) coincidir a idéia da razoabilidade com proporcionalidade em sentido estrito quando esta se apoiar no consenso popular.

6. Aplicabilidade dos princípios

Humberto Ávila é quem melhor sistematiza as diferenças quanto à aplicabilidade dos princípios em questão. Para ele, a proporcionalidade é aplicada quando há conflito horizontal de princípios e necessariamente há relação causal entre meio e fim. Exemplifica com o caso da lei estadual que obrigava as empresas vendedoras de botijões de gás a efetuar a pesagem dos mesmos no ato da compra, diante do consumidor. Nesse caso, tem-se que dois princípios colidem: a proteção e defesa do consumidor e o princípio da livre iniciativa das empresas, restringido com a adoção do meio (etiquetar as mercadorias, com elevação de custos). Como a situação envolve relação de causalidade entre o meio e o fim, ou seja, a obrigação de etiquetar causa diretamente a proteção do consumidor ou a restrição de outro fim também a ser promovido pelo Estado, como o da livre iniciativa das empresas, caberia, então o Princípio da Proporcionalidade, observando-se todos os seus subprincípios.

A razoabilidade, por sua vez, orienta a aplicação de regras quando estas conflituam com princípios ou entre si sempre que houver dever de equidade, dever de congruência ou dever de equivalência. Em qualquer dessas hipóteses, não se averigua qualquer relação causal entre

²². MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 133.

²³. ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Op. cit.*, p. 109.

meio e fim. Por isso, assevera que a razoabilidade exige apenas uma simples relação de correspondência entre a medida e o critério adotado de diferenciação, o meio não causa diretamente o fim, mas apenas deve estar em congruência com ele, ou seja, remete-nos àquela idéia de moderado, não excessivo, não-arbitrário. Como exemplo do primeiro caso temos, a medida provisória que ampliou de dois para cinco anos o prazo para a propositura de ação rescisória pela União – regra conflitando com princípio da igualdade. No segundo caso, cita-se (o exemplo é do autor) a criação de taxa judiciária com percentual fixo – falta de equivalência entre o tipo de serviço prestado e o valor fixo indiscriminado da taxa. Em ambas as situações o princípio da razoabilidade é adequado para fundamentar qualquer decisão a respeito.

7. Os princípios e sua adoção no sistema brasileiro

O grande dilema da utilização indiscriminada dos princípios por parte da doutrina e jurisprudência pátria reside na influência que os ordenamentos jurídicos norte-americano e alemão exerceram no sistema brasileiro. É bom ressaltar que primeiramente foi adotado o princípio da razoabilidade de larga utilização no direito administrativo com sede material no artigo 5º, LIX da Constituição da República que assegura o devido processo legal.

O princípio da proporcionalidade, no entanto, foi introduzido diretamente no direito constitucional graças a influência alemã na doutrina e jurisprudência brasileiras, na questão da efetivação de direitos fundamentais conflitantes no caso concreto²⁴.

Por isso, alguns autores como Nagib Slaib Filho reduzem as diferenciações entre proporcionalidade e razoabilidade ao critério territorial. Tal conclusão pode até justificar o embaralhamento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto, mas em nada contribui para a compreensão da matéria. No direito, muitas vezes, assemelhar institutos só contribui para confusão conceitual, acentuando o risco de aplicação equivocada dos mesmos.

8. Conclusão

Na chamada era pós-positivista do Direito, o que se busca é alcançar o equilíbrio entre os reclamos da justiça e os imperativos da

²⁴ MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 129.

segurança jurídica. Na tentativa de impedir que estes se percam por completo no subjetivismo dos julgadores ávidos por “justiça” (ainda que esta seja a dele próprio), várias correntes do pensamento se aglomeram para oferecer uma metodologia mais científica para o discurso jurídico. A Teoria da Argumentação é uma delas, impondo que a motivação das decisões judiciais devem ser pautadas por técnicas racionais e objetivas.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como instrumentos de aplicação de outras normas, exercem papel fundamental, principalmente quando se fala em tempos de procedimentalização do direito²⁵, onde os procedimentos judiciais atuam concretamente na efetivação de direitos. Embora ambos sejam utilizados como parâmetros de aferição de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, distinguem-se quanto ao seus conteúdos e sua aplicabilidade.

Será imprescindível, para fins de legitimação da decisão a ser proferida, que o aplicador do direito (julgador ou administrador) saiba efetuar as distinções necessárias ao utilizar-se dos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Não obstante a indiferença da nossa corte suprema quanto à matéria, acreditamos que definir bem o horizonte jurídico de cada um deles, separando-os pelas distinções, ainda que não tão díspares, e aproximando-os pela semelhanças contribuirá para o tratamento mais científico do assunto no sistema jurídico brasileiro.

²⁵. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. Op. cit., p. 38.

O LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO: CONFORME A AÇÃO E EFEITOS

Filipe Lôbo Gomes

Serventuário do Tribunal de Justiça de Alagoas. Mestrando em Fundamentos Constitucionais dos Direitos pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau – PE. Professor Especialista Assistente I da Faculdade de Alagoas – FAL, lecionando as disciplinas Processo Constitucional, Administrativo e Tributário e Estrutura e Organização do Estado. Co-organizador da Constituição do Estado de Alagoas, edição 2004.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Características basilares do instituto litisconsórcio: 1.1. O fenômeno do litisconsórcio; 1.2. Espécies de litisconsórcio; 2. O litisconsórcio necessário: 2.1. Da conformação do litisconsórcio necessário; 2.2. Da inobservância do litisconsórcio necessário na propositura da ação; 2.3. Dos efeitos decorrentes do litisconsórcio necessário. Conclusão.

Introdução

Tema que suscita grandes controvérsias no direito processual brasileiro, o fenômeno do litisconsórcio apresenta diversas peculiaridades e regimes de produção de efeitos que necessitam de uma aprofundada análise doutrinária.

Dentro da vastidão de referida temática, optou-se, por bem, em se fazer um recorte metodológico, de sorte a se estudar em minúcias todos os aspectos do litisconsórcio necessário.

Nesse desiderato, adianta-se que os capítulos vindouros terão por base uma abordagem dedutiva, passando dos aspectos gerais aos aspectos específicos.

Assim, no primeiro capítulo serão tratados o conceito e as espécies de litisconsórcio, adentrando em suas singularidades, com uma

apreciação mais detida nas classificações que tenham por base o aspecto obrigatoriedade e alcance de seus efeitos.

No segundo e último capítulo, enveredar-se-á pela conformação do litisconsórcio necessário, objeto deste estudo, atentando para o aspecto de sua unitariedade, ressalvadas as disposições legais específicas.

Ademais, será processada a distinção entre litisconsórcio necessário e unitário, dada a ambigüidade “conceitual” trazida no art. 47 do C.P.C..

Posteriormente, serão destacados os efeitos da inobservância da instauração do litisconsórcio necessário na propositura da ação e seus efeitos gerais e recursais, fazendo um estudo apartado de ambos, tendo em vista a relevância do primeiro para a caracterização da existência ou não do processo.

Estes são, em síntese, os pontos principais de discussão.

1. Características basilares do instituto litisconsórcio

1.1 O fenômeno do litisconsórcio

O fenômeno do litisconsórcio surge quando duas ou mais pessoas se encontram no mesmo pólo do processo, como autores, como réus, ou como autores e réus.^{1 2} Trata-se de possibilidade conferida pelo sistema para que exista no processo uma cumulação subjetiva.

A necessidade de cumulação subjetiva é devida a diversos princípios do processo civil. Dentre eles, o que ganha destaque é o da

¹ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso Avançado de Processo Civil**. 2. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 238.

² Bartolomeu Alves Bezerra conceitua litisconsórcio da seguinte maneira: Concretamente, *litisconsórcio* é a situação jurídica em que se verifica a pluralidade de pessoas em um ou em ambos os pólos da relação processual, o que pode ocorrer, nos casos previstos em lei, desde a origem ou depois de proposta a ação. *In Intervenção de terceiros no processo do trabalho e o direito constitucional à tutela jurisdicional, à ampla defesa e ao contraditório*. Recife: Dissertação de Mestrado em Direito na UFPE, 2004 (mimeo.), p. 30.

economia processual, pelo qual se sintetiza o processo com o objetivo de evitar o desperdício de recursos financeiros, humanos e jurisdicionais. O segundo princípio é o da segurança jurídica, porquanto o litisconsórcio tem o mote de proporcionar, em hipóteses que serão minudenciadas oportunamente, a aplicação de direito uniforme àqueles que sejam partes em um processo, evitando a prolação de decisões conflitantes.

1.2. Espécies de litisconsórcio

Perpassada a conceituação do que seja litisconsórcio, e antes de um estudo acurado sobre o litisconsórcio necessário, passaremos a uma análise sobre os diversos tipos de litisconsórcio, segundo os diferentes modelos de classificação existentes.

Dessa forma, têm-se³:

a) Quanto à acumulação de sujeitos do processo (ativo, ou passivo)

O litisconsórcio se apresenta ativo quando vários autores propuserem ação contra um único réu. Por outro lado, o litisconsórcio será passivo quando ocorrer que um só autor proponha ação contra vários réus.

No que reporta, de regra, ao litisconsórcio passivo, *mister* se faz a referência aos artigos 191 e 298 do Código de Processo Civil⁴, os quais tratam, respectivamente, do prazo em comum para responder e da contagem em dobro de prazos para contestar, para recorrer, e, de modo geral, para falar nos autos em situações onde nem todos os litisconsortes possuem o mesmo procurador.

Ainda dentro desta classificação, tem-se o litisconsórcio misto, pelo qual diversos autores propõem ação contra diversos réus.

b) Quanto ao tempo de sua formação (inicial, ou ulterior)

Dependendo dos momentos de sua formação, o litisconsórcio será inicial ou ulterior. Será inicial quando formado logo na propositura

³ Classificação traçada por Luiz Rodrigues Wambier. Op. cit., 1999, p. 239-240, após um apanhado geral da doutrina nacional.

⁴ Nas próximas referências ao Código de Processo Civil será usada a abreviatura C.P.C.

da ação ou quando tenha sido constituído posteriormente mediante qualquer das formas de intervenção de terceiros.

Será posterior, configurando exceção ao princípio da *perpetuatio legitimationis*, quando decorrer do litisconsórcio necessário.

O “litisconsórcio tardio”, em se tratando de litisconsórcio facultativo, será o do assistente, questão trazida no artigo 54 do C.P.C., pelo qual o assistente poderá ser considerado litisconsorte da parte principal, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica existente entre ele e o adversário do assistido.

c) *Quanto à sua obrigatoriedade (facultativo, ou necessário)*

Lecionando sobre as características da obrigatoriedade do litisconsórcio, citamos os ensinamentos de Wambier:

O litisconsórcio pode ser *facultativo* ou *necessário*, conforme se possa admiti-lo, sem que, exista necessidade de sua formação ou quando a sorte do processo dependa da presença dos litisconsortes, sob pena de vício bastante grave (inexistência jurídica, ineficácia, nulidade absoluta; há na doutrina diversas opiniões quanto ao grau de comprometimento do processo em razão disso)⁵ (itálico do autor).

No sentido de se imputar vício bastante grave⁶ para a ausência da presença de litisconsorte necessário, importantes são as lições de José Carlos Barbosa Moreira:

A tentativa de conciliação das partes na audiência de instrução e julgamento constitui incidente de ocorrência obrigatória, sob pena de nulidade⁷, inclusive quando se haja realizado sem êxito a audiência de conciliação. (...) Havendo litisconsórcio ativo ou passivo, será ordenado o comparecimento de todos os litisconsortes; não, porém,

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Op. cit., 1999, p. 240.

⁶ O trecho transcrito relata nulidade, mas, advirta-se, o mesmo será transcrito por seu fundamento e valor, eis que deve ser interpretado como caso de inexistência, como será melhor detalhado no item 2.2. .

⁷ Insista-se, inexistência, como asseverado na nota de rodapé retro.

dos assistentes, salvo dos “assistentes litisconsorciais”⁸, cuja posição processual é a de litisconsortes.⁹

d) Quanto ao alcance de seus efeitos (unitário, ou simples)

O litisconsórcio, no que pertine ao alcance de seus efeitos, poderá ser unitário ou simples. O litisconsórcio será unitário quando a sentença deva ser proferida de forma idêntica para todos os que estejam no mesmo pólo do processo.

Arruda Alvim tratando da unitariedade leciona: “a essência da unitariedade significa ou é redutível a que a ação deverá ser contra ou a favor dos litisconsortes unitários. Isto é, essencialmente, há de ser julgada procedente, ou improcedente, podendo, desta forma, a sorte no plano do Direito Material variar, em certa medida.”¹⁰

Do contrário, será simples o litisconsórcio em que seja indiferente ser uniforme ou não o resultado para todos os litisconsortes de dado pólo processual.

2. O litisconsórcio necessário

2.1. Da conformação do litisconsórcio necessário

O litisconsórcio necessário é detalhado no art. 47 do C.P.C., o qual fixa que haverá litisconsórcio necessário quando: por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir de modo *uniforme* para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Na doutrina, Wambier apresenta o seguinte conceito de litisconsórcio necessário:

O litisconsórcio necessário consiste na cumulação de sujeitos da relação processual (no pólo ativo, no passivo ou em ambos) sempre que a lide deva ser decidida da mesma forma, no plano do direito material, para todos os litisconsortes, ou seja, sempre que o litisconsórcio for

⁸ Tema abordado na alínea b) do item 1.2. .

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil** (Atualizado por Vilson Rodrigues Alves). 2. ed. atual., 2. tiragem. v. 1. São Paulo: Millennium Editora, 2000, p. 103.

unitário (salvo disposição legal expressa em sentido contrário).”¹¹

O conceito legal carreado no intróito deste capítulo, segundo Humberto Theodoro Júnior¹², é falho, porquanto se definiu o litisconsórcio necessário somente do ponto de vista do litisconsórcio unitário, no que podemos ver consonância com o “salvo disposição expressa em sentido contrário” constante na lição de Wambier supra transcrita.

Existem casos, todavia, em que o litisconsórcio é necessário e o resultado da causa não é mesmo para todos os participantes do processo. São exemplos: o concurso de credores do devedor insolvente, a participação dos confrontantes nas ações divisórias e demarcatórias etc. Aqui, pode-se falar numa prevalência do aspecto legal na conformação da necessidade do litisconsórcio.

O parágrafo retro vem a calhar como subsídio para resolver a confusão provocada pelo art. 47 do C.P.C. com relação à identificação entre litisconsórcio unitário e litisconsórcio necessário mencionada linhas acima. Existem situações em que o litisconsórcio necessário não se apresenta como unitário, mas simples.¹³ A sua formação é obrigatória, contudo, o resultado não precisa ser o mesmo para todos aqueles que se encontram em idêntico pólo da relação processual. Exemplo dessa hipótese, e que se soma às trazidas no parágrafo anterior, é a da ação de usucapião, pois o resultado não será o mesmo para aquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel e para os confinantes.¹⁴

¹¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Op. cit., 1999, p. 241.

¹² Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 33. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 99.

¹³ Frise-se, no reforço da diferenciação avençada, que “nem todos os litisconsórcios unitários são litisconsórcios necessários, e nem todos os litisconsórcios necessários são unitários”, como relatava Pontes de Miranda em seu **Comentários ao Código de Processo Civil [de 1939]**, 2. ed., vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 31.

¹⁴ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Op. cit., 1999, p. 242.

Todos estes posicionamentos só vêm para confirmar que, em nosso sistema legal, o *litisconsórcio ativo necessário*^{15 16} é sempre fruto da lei, isto é, decorre de hipóteses em que o legislador obriga os vários demandantes a propor a causa em conjunto, como acontece nos casos dos parágrafos 1º, incisos, e 2º, do art. 10¹⁷ e no art. 952, ambos do C.P.C..¹⁸

Todavia, dentro de outro matiz, Humberto Theodoro destaca a obrigatoriedade de decisão uniforme para todas as partes somente nos casos de litisconsórcio necessário passivo, no que o acompanhamos pela pertinência, senão vejamos:

Somente ao litisconsórcio passivo é que se aplica a segunda parte do art. 47 (necessidade de decisão uniforme para todas as partes), tanto que o dispositivo legal conclui com a afirmação de que, em tal hipótese, “a eficácia da sentença dependerá da *citação* de todos os litisconsortes no processo.”¹⁹

Ora, como bem acentuado, a citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender, conforme o art. 213 do C. P. C.

O que se assacou até agora nos leva à conclusão de que o litisconsórcio necessário pode decorrer *da lei* pura e simplesmente ou *do aspecto da uniformidade da decisão*, sendo esta obrigatoriedade de

¹⁵ No mesmo sentido tem-se Cândido Rangel Dinamarco *in Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 233-239.

¹⁶ Alerta-se para o fato de que ninguém pode ser obrigado a ser autor, entendimento que será melhor aclarado no item 2.2. .

¹⁷ Limitando a abrangência de hipóteses de litisconsórcio necessário no art. 10, do C.P.C., Ernane Fidélis dos Santos *in Manual de direito processual civil*. 7. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 74, relata que o consentimento de outro cônjuge para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários não é hipótese de litisconsórcio necessário, vez que: “O cônjuge pode promover ação declaratória, sem se litisconsorciar com outro. O consentimento exigido (art. 10) é apenas pressuposto processual e não torna o cônjuge autor.”

¹⁸ Outro exemplo que se menciona é o do espólio que propõe ação contra o devedor, sendo obrigado a citar o herdeiro recalcitrante que não o queira acionar, para integrar a lide, no pólo ativo da ação.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2000, p. 98.

uniformidade de decisão aplicável nos casos de litisconsórcio passivo necessário.

Seguindo estas lições, cabe, com o fito de dar uma maior precisão conceitual, destacar, dentro das lições de José Frederico Marques sobre a distinção entre litisconsórcio necessário e unitário, que:

o litisconsórcio necessário promana da exigência de participação no processo, de todas as partes, visto que a decisão da lide vincula todos os que estão integrados na relação jurídica a que se prende o conflito litigioso a ser proposto;²⁰ (...) “o litisconsórcio unitário, a seu turno, diz respeito ao modo porque se geram as relações entre os litisconsortes entre si e com a parte contrária, nos casos em que – seja necessário ou não o litisconsórcio – a situação jurídica submetida à apreciação judicial tem de receber disciplina uniforme, não se concebendo que a decisão da lide seja uma para este e outra para aquele co-litigante^{21 22}.”

Solapando de vez a distinção entre litisconsórcio necessário e unitário, traz-se a lume a hipótese do litisconsórcio unitário facultativo.

²⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Op.cit.*, 1999, p. 434.

²¹ José Carlos Barbosa Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V. Rio de Janeiro: Forense, p. 298, *apud* José Frederico Marques. *Op. cit.*, 2003, p. 434.

²² De maneira análoga, em seu **Código de Processo Civil Comentado**, 3 ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 323, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery se posicionam sobre as diferenças entre litisconsórcio unitário e necessário, discorrendo que aquele ocorre quando: “a lide tiver de ser decidida de maneira uniforme para todos os litisconsortes. Se o juiz puder decidir de forma diversa para eles, o litisconsórcio será simples. Basta a potencialidade de decidir-se de forma diversa para os litisconsortes para classificá-lo como simples. O fato de o juiz, eventualmente e no caso concreto, decidir de maneira uniforme para os litisconsortes não basta para caracterizá-lo como unitário. Ao contrário do litisconsórcio necessário, cuja obrigatoriedade da formação pode decorrer da lei ou da relação jurídica, a unitariedade litisconsorcial somente existe em função da natureza da relação jurídica discutida em juízo.”

Ele se dá quando ocorre a dispensa de “necessariedade”²³, isto é, quando a necessidade de citação de todos os litisconsortes para integrar o feito é relativizada. Pode-se citar, neste sentido, uma demanda embasada em solidariedade passiva, em que o credor pode demandar a condenação de apenas um dos devedores a pagar a dívida inteira (litisconsórcio facultativo, portanto), mas, em propondo a demanda em face de dois ou mais dos co-devedores solidários, haverá a formação de um litisconsórcio facultativo unitário. Nesta hipótese, portanto, vê-se situação de litisconsórcio unitário que não seja necessário.

Adentrando ainda mais no cerne da uniformidade como um dos elementos para que se possa aferir sobre a necessariedade do litisconsórcio, dignos de citação são os posicionamentos de Alexandre Freitas Câmara:

Trata-se do que a doutrina chama de relação jurídica indivisível, assim entendidas as relações jurídicas de direito material indivisíveis, ou seja, aquelas relações jurídicas em que eventuais decisões judiciais que a seu respeito sejam proferidas deverão produzir efeitos sobre todos os sujeitos, o que torna indispensável a presença de todos eles no processo.(...)

Em outras palavras, a mesma relação jurídica que fez com que o litisconsórcio fosse *necessário* faz também com que ele seja *unitário*.²⁴

Desta forma, conclui-se, usando das lições de Câmara, que “Assim é que podemos afirmar, sem medo de errar, que o litisconsórcio unitário será, *em regra*, também necessário.”²⁵

Pode-se, então, carrear como exemplos de uma “uniformidade necessária”²⁶ as situações de ação de anulação de casamento pelo Ministério Público, onde os efeitos têm de inexoravelmente atingir ambos os cônjuges, a anulação de contrato celebrado por três

²³ Termo utilizado por Alexandre Freitas Câmara *in Lições de direito processual civil*. 8ª ed. rev. e atual., vol.1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 173.

²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª ed. rev. e atual., vol.1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 164.

²⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 173.

²⁶ Aquela diferente do litisconsórcio simples, consoante detalhado no item 2.1..

contratantes mediante coação, onde o coagido deverá citar como litisconsortes passivos os demais, a ação de dissolução de sociedade e a ação reivindicatória.²⁷

2.2 Da inobservância do litisconsórcio necessário na propositura da ação

Delineados os pontos principais da conformação do litisconsórcio, cabe detalhar as conseqüências da não formação do litisconsórcio necessário.

A parte final do *caput* do art. 47 dispõe que a ausência de qualquer dos litisconsortes necessários implicará a “falta de eficácia da sentença”, seja este tipo de litisconsórcio unitário ou simples.

A doutrina, diante dos efeitos da “ineficácia da sentença”, discute se a mesma seria nula, ineficaz ou inexistente.

Acompanha-se, pela propriedade dos argumentos, Wambier²⁸, ao tratar que referida sentença seria inexistente, vez que proferida em processo que sequer existiu, por faltar um dos pressupostos de existência (a citação das partes da relação processual), não se angularizando²⁹ a relação processual.^{30 31 32}

²⁷ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 1996, p. 166-172.

²⁸ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). Op. cit., 1999, p. 242.

²⁹ Cf. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997, p. 144. Autor que revisita, na referência processada, a teoria Pontiana.

³⁰ Posição semelhante é defendida por Ernani Fidélis dos Santos, op. cit., p. 74: “em todos os casos onde a decisão tem de ser uniforme e não pode ser proferida sem a presença de todos os litisconsortes, a não-integração destes ao processo, pela citação válida, torna a sentença ineficaz. Ela não é nula, *mas tida por inexistente* e independe de qualquer rescisão para perder o valor, preceito válido não só para os que não participaram do processo como também para os que dele participaram. Para todos.” (itálico do autor)

³¹ Marcos Bernardes de Mello, em seu **Teoria do Fato Jurídico**, 6 ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 76, traz importantes lições sobre a o que seja inexistência: “No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do ato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. (...) O casamento realizado perante quem não tenha autoridade para casar, um delegado de polícia, por exemplo, não

Todavia, em que relevantes as posições divergentes, ganha importe a distinção dos efeitos, vez que sendo nula a sentença, ela terá “entrado” no “mundo jurídico” e produzido efeitos, somente podendo ser atacada por ação rescisória até o prazo de dois anos. ao se perfilar a teoria da inexistência, os ataques não estariam limitados por mencionado lapso temporal, porquanto do *não ser* nada deriva.

Outrossim, buscando afastar a inexistência do processo, o parágrafo único do art. 47 do c.p.c. prescreve que o juiz ordenará a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Pergunta-se: nesta hipótese devem ser citados que tipos de litisconsortes? Ora, como visto no item 2.1., só cabe falar em obrigatoriedade de citação do pólo passivo da relação processual, conforme a dicção do art. 213 do c.p.c., o que põe por terra qualquer alegação em sentido contrário.

Reforça a assertiva retro, o fato de ninguém ser compelido a demandar como autor, o que se confirma no sistema jurídico pelo fato de o co-herdeiro ou o condômino defender sozinho o direito comum (artigos 1314, e 1.791, parágrafo único, ambos do novo código civil³³), e pela possibilidade de suprimento judicial de outorga do cônjuge, quando ocorrer denegação sem justo motivo ou for difícil obtê-la (art. 11 c.p.c.).³⁴

2.3. Dos efeitos decorrentes do litisconsórcio necessário

Além do efeito que se pode extrair quando da inobservância do litisconsórcio necessário na propositura da ação, vê-se propriedade em

configura fato jurídico e, simplesmente, não existe. Não se há de discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa de ser desconstituído judicialmente, como costumam fazer os franceses, porque a inexistência é o *não ser* que, portanto, não pode ser qualificado.”

³² Em que pesem os argumentos, é de se destacar que reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça destaca ser hipótese de nulidade, vide nesse sentido RMS 19405/RJ, Resp 526982/MG, Resp 147769/SP e RMS 17075/MG.

³³ Dispositivos do novo Código Civil, tendo em vista que a obra consultada de Humberto Theodoro é datada de 2000.

³⁴ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2000, p. 99.

se trazer o elenco geral de efeitos do litisconsórcio colacionados por Francisco Wildo:

a) não tira a autonomia das partes coligadas (art. 48 C.P.C.). Diferentemente do assistente simples, o litisconsorte tem absoluta autonomia;

b) cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos (art. 49 do C.P.C.);

c) quando tiverem diferentes procuradores, os prazos serão contados em dobro para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos (art. 191 do C.P.C.). Se for unitário, contudo, se um dos réus contestar, o outro será beneficiado. Essa regra não se aplica, contudo, em respeito ao prazo de embargos, porque é individual e cada prazo se conta a partir da penhora sofrida por cada executado.^{35 36}

Além dos efeitos mencionados, tem-se no art. 320, I e II do C.P.C., uma derrogação do art. 319 (efeitos da revelia) do C.P.C., uma vez que aquele dispositivo prescreve que os efeitos da revelia não serão gerados nas situações em que no litisconsórcio passivo necessário algum dos réus contestar a ação, ou quando ocorrer a celebração de negócios jurídicos ou a prática de atos jurídicos sem a anuência dos demais litisconsortes necessários (ativos ou passivos). Soma-se a essas disposições a prescrição do art. 350 do C.P.C., pelo qual a confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando os demais litisconsortes³⁷.

³⁵ Observe-se situação distinta para o caso do art. 739, § 3º do C.P.C., eis que este prescreve que os embargos opostos à execução por um dos executados suspenderão a mesma em relação aos seus litisconsortes, toda vez que o fundamento destes for comum a todos.

³⁶ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Op. cit., 1997, p. 175.

³⁷ Contudo, é de se alertar para a relatividade da extensão dos efeitos da confissão, eis que os efeitos de independência seriam mais apropriados no caso de litisconsórcio necessário simples – aquele em que a decisão não será uniforme para todos. Quando se bandeia para as hipóteses de litisconsórcio necessário unitário, a confissão apresenta outro viés, porquanto o juiz, diante do princípio da livre valoração das provas, pode, muito bem, estender os efeitos daquela situação de fato aos demais litisconsortes. A interpretação, deste modo, deve ser procedida *cum grano*

Levantadas as linhas gerais, passa-se, agora, a aclarar os efeitos do litisconsórcio necessário (legal ou unitário sob pena de inexistência) com maior enfoque em seu aspecto unitário e recursal.

No que se refere aos efeitos do litisconsórcio unitário na seara recursal, entendido aqui como caractere componente do conceito de litisconsórcio necessário, importantes são as lições de José Carlos Barbosa Moreira sobre a escoreita interpretação do art. 509 do C.P.C., proferindo o cabimento de seu uso, tão somente, para os casos de litisconsórcio unitário: "os efeitos da interposição de recurso por um (ou alguns) dos co-litigantes se estende aos demais, quando *unitário* o litisconsórcio, ou seja, quando o julgamento haja de ter, forçosamente, *igual teor* para todos os litisconsortes."^{38 39}

Seguindo a esteira desta interpretação, teríamos que o parágrafo único do art. 509 do C.P.C. deve ser entendido neste mesmo sentido, ou seja, no caso de solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará os outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns, amiúde, quando estas tiverem o mesmo fundamento, gerando uma decisão uniforme.

Estes efeitos, destaque-se, têm o mote de interromper prazos - se a interposição do recurso for tempestiva - e de se estender aos demais litisconsortes, mesmo no caso daqueles que tenham desistido de recurso interposto, ou em hipóteses de escoamento *in albis* do prazo recursal, renúncia ao direito de recorrer e aquiescência à decisão.

Desta forma, para o caso mencionado acima, dentro dos pronunciamentos do retro citado autor:

Devem considerar-se como *partes* no procedimento recursal, inclusive os que porventura hajam aquiescido à decisão, ou renunciado ao recurso. Se, tendo havido sucumbência recíproca, a parte contrária "ade" ao recurso interposto por um único dentre eles, *todos* são

salis, verificando-se se a confissão é um comportamento alternativo ou determinante, para que se possa precisar a extensão de seus efeitos.

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, 124.

recorridos e, como tais, não de ser intimados e admitidos a oferecer impugnação ou contra-razões, conforme o caso. Cabendo novo recurso contra o acórdão que não conheça do interposto por um ou alguns dos co-litigantes, ou que lhe negue provimento, qualquer dos outros, como o(s) recorrente(s), será legitimado a interpor, na qualidade de parte, o novo recurso.⁴⁰

Pari passu, e adentrando ainda mais na seara dos efeitos recursais no caso de litisconsórcio unitário – entendido aqui como um dos aspectos do litisconsórcio necessário- constata-se que tais efeitos também se irradiam para o caso da recorribilidade de decisões, vez que a desistência do recurso, *v.g.*, não faz aí transitar em julgado a decisão recorrida a não ser que *todos* os litisconsortes unitários recorrentes desistam, isto é, a não ser que o último deles que ainda possuía prazo para recorrer não intente o recurso.⁴¹

Importa, por derradeiro, frisar que referido dispositivo atinente aos recursos vêm em diminuição da força do art. 48 do C.P.C.⁴², uma vez que o mesmo só tem aplicabilidade nas hipóteses de litisconsórcio necessário simples, onde as decisões não são uniformes para os litisconsortes, decorrendo o não aproveitamento de atos entre os mesmos.

Conclusão

1. O fenômeno do litisconsórcio pode ser conceituado como uma situação jurídica em que se verifica uma pluralidade de pessoas em um ou em ambos os pólos da relação processual.

2. A justificativa de tal cumulação subjetiva tem por base o princípio da economia processual e o da segurança jurídica, orientando o processo para a redução do dispêndio de recursos e para a uniformidade de decisões em situações onde persistam relações jurídicas incidíveis, aquelas onde o direito material não pode ser fragmentado.

⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., 2001, p. 124.

⁴¹ Idem, p. 127.

⁴² Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

3. As classificações ligadas à obrigatoriedade e aos efeitos decorrentes estão intimamente ligadas à delimitação do conceito de litisconsórcio necessário. No que se refere à obrigatoriedade, o litisconsórcio será facultativo quando não for necessária a sua formação, ou necessário, quando a existência do processo depender da presença dos litisconsortes. No que se refere aos efeitos, será unitário o litisconsórcio quando a sentença deva ser proferida de forma idêntica para todos aqueles que estejam no mesmo pólo da relação processual, e simples, quando for indiferente a necessidade de resultado uniforme para todos os litisconsortes de dado pólo processual.

4. O litisconsórcio necessário consiste numa cumulação subjetiva decorrente de uma situação em que, pelos aspectos do direito material, a lide tenha de ser decidida de maneira uniforme para os litisconsortes, ou de situações especificamente prescritas na lei, onde as decisões não tenham que ser uniformes (caso de litisconsórcio simples), sem a qual resultará a inexistência do processo, desde que não atendido o despacho a que se refere o parágrafo único do art. 47, do C.P.C..

5. O que diferencia o litisconsórcio unitário do necessário é justamente a inexistência do processo quando não ocorrer a participação de todas as partes que tenham que receber os efeitos de determinada decisão judicial.

6. A obrigatoriedade de decisão uniforme nos casos de litisconsórcio necessário só se aplica dentro do pólo passivo, conforme o art. 213 do C.P.C..

7. O efeito da inobservância do litisconsórcio necessário na propositura da ação é a inexistência do processo, vez que ausente referido pressuposto processual, o da citação das partes da relação processual, a comunicação para que integrem a lide. A inexistência seria um *não ser* incapaz de gerar quaisquer efeitos, donde decorre a impossibilidade de ação rescisória.

8. Os efeitos da interposição de recursos por algum litisconsorte necessário, quando referido litisconsórcio for unitário, se estenderão aos demais de maneira ampla, ou seja, mesmo que alguns destes tenham aquiescido com a decisão ou renunciado ao recurso, o ato de interposição de recurso por qualquer deles tem o efeito de retardar o trânsito em julgado da lide para os demais, de tal modo que só com a manifestação de todos os litisconsortes unitários recorrentes é que se poderá desistir da demanda.

INTRODUÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Humberto Pimentel Costa

Promotor de Justiça no Estado de Alagoas. Especialista em Direito Processual pela UFAL. Mestre em Direito pela UFPE.

SUMÁRIO

1 – Responsabilidade civil. 2 – Perfil da responsabilidade civil do Estado no Brasil.

1. Responsabilidade civil

O tema responsabilidade civil é dos mais importantes dentro da prática jurídica, uma vez que tanto permeia o direito público quanto o direito privado, muito embora com aspectos diferentes, em razão das peculiaridades de cada um desses dois grandes ramos do direito.

Sem embargo da progressiva diminuição das antigas distâncias sempre existentes entre o que se considera direito público ou direito privado, com a aproximação das duas searas, ainda é bastante sensível a distinção entre o regime jurídico de direito público, ou regime jurídico administrativo, e o regime jurídico de direito privado, quer seja este último de conotação meramente civil ou de caráter empresarial.

Quando se fala em responsabilidade civil, a primeira idéia que se tem é a de ressarcimento por ilícitos, em razão da tradicional associação do tema ao direito privado. Como demonstra Paulo Lôbo¹ com propriedade, ao analisar o direito das obrigações, cuida a responsabilidade civil das *consequências civis dos fatos ilícitos, dos atos-fatos ilícitos e dos atos ilícitos*.

Sem embargo dessa forte ligação, algumas vezes, no tocante ao Estado, pode-se deduzir responsabilidade civil em função de atos lícitos, como se observa na interessante monografia de Josivaldo Félix de Oliveira².

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das obrigações*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 128.

² OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: Habeas.

De qualquer forma, a responsabilidade ora abordada não decorre de contrato ou de lei específica, antes de lei genérica; chamada também extracontratual, aquiliana, patrimonial ou civil.

Em relação ao poder público, percebe-se que sua responsabilidade civil tem evoluído conforme o progresso social do próprio Estado.

Com efeito, a responsabilidade civil do Estado atravessou o enorme espaço existente entre a total irresponsabilidade e a atual responsabilidade objetiva.

Já a responsabilidade civil dos particulares, pessoas físicas e jurídicas de direito privado, tem sofrido uma crescente redução do papel da culpa, como fator determinante do ressarcimento, o que autoriza a dedução de que as mesmas influências acima ventiladas também são sentidas no direito privado.

É princípio básico da vida em sociedade o sofrimento de algumas restrições por parte do indivíduo, em especial quanto à sua liberdade, em nome do convívio social.

Ainda em função desse contato humano, são presenciados certos prejuízos de ordem patrimonial, inevitáveis ao longo das inúmeras relações que se estabelecem praticamente dia a dia.

Alguns desses prejuízos, quer por se constituírem em verdadeiras bagatelas, quer por não poderem ser imputados a ninguém ou por serem sofridos por todos, assumindo assim um caráter de normalidade e generalidade, são naturalmente absorvidos pelo cidadão, que os suporta como sendo parte do custo de se poder desfrutar dos diversos benefícios, notadamente a segurança, que traz o convívio com seus semelhantes.

Entretanto, outros danos escapam desse aspecto de insignificância ou de fatalidade da vida em comum. Para esses prejuízos é que o direito volta a sua atenção, fazendo surgir uma relação jurídica.

Sendo o direito, como esclarece Marcos Bernardes de Mello³, um processo de adaptação social que tende a adequar o homem ao convívio com outros homens, nos aspectos mais relevantes dessa

³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 4.

dinâmica, é natural que se ocupe em tutelar, com seu caráter de obrigatoriedade, a incolumidade da esfera patrimonial dos indivíduos.

Nesse contexto é que se põe o problema da responsabilidade civil.

A partir do momento em que o Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, inclusive com a possibilidade do emprego legítimo da força impositiva, passou a ser o intermediário entre o lesado e o causador do dano. No mundo moderno é o Estado, através do Poder Judiciário, que leva a efeito o ressarcimento dos prejuízos injustamente suportados.

Ocorre que algumas vezes é o próprio Estado que causa danos aos cidadãos, ou os cidadãos que provocam prejuízos ao Estado. Mesmo nesses casos, e em especial no que diz respeito à primeira hipótese, em decorrência do Estado de Direito, fruto da mudança de paradigma trazida pelo Estado Liberal, o Poder Judiciário serve de garantidor da pretensão legítima do ofendido.

Uma vez que o Estado passou a dever obediência às suas próprias leis, adicionando assim novo elemento às mesmas (pois outrora eram apenas instrumentos de dominação, e com o Estado de Direito tornaram-se verdadeiras garantias do próprio indivíduo contra a atuação do poder público), tornou-se insustentável qualquer argumento tendente a não reconhecer a responsabilização do Estado.

Dessa forma, temos que atualmente é pacífico que particulares e Estado possuem responsabilidade civil, nos termos do que está previsto no sistema jurídico brasileiro.

Nesta empreitada procuraremos apresentar um esboço da responsabilidade civil do Estado no Brasil, inclusive demonstrando sucintamente sua evolução.

2. Perfil da responsabilidade civil do estado no brasil

Nos dias de hoje não há dúvidas de que a expressão *responsabilidade civil do Estado* é preferível em relação à designação *responsabilidade civil da administração pública*.

Por *responsabilidade civil do Estado* não se entende apenas aquela decorrente da atividade administrativa, que apesar de estar esta

última presente em todos os Poderes do Estado, não encerra todas as possibilidades de provocação de danos.

Com efeito, não só o Poder Executivo exerce atividade administrativa, uma vez que os Poderes Legislativo e Judiciário, quando não estão a desempenhar sua atividade precípua de legislar e julgar, respectivamente, são administração pública também, sendo exemplos disso as rotinas relativas ao seu pessoal e aos bens públicos.

Pois bem, além da responsabilidade oriunda da função administrativa, decorrente da administração pública, é tema bastante atual o reconhecimento de dano passível de ressarcimento proveniente de atos legislativos e jurisdicionais, situações completamente fora do apertado conceito de administração pública.

Exemplo disso é o inciso LXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que traz, com aplicação imediata por força do §1º do mesmo artigo, a obrigação de o Estado indenizar o condenado por erro judiciário, bem como quem ficar preso além do tempo fixado na sentença.

A tese de que a responsabilidade do Estado é cabível, quando ficar comprovado que o dano ao particular veio em decorrência de lei inconstitucional, contém inegável plausibilidade, vindo igualmente a militar em desfavor da expressão *responsabilidade civil da administração pública*.

Não obstante, é digna de nota a opinião de Hely Lopes Meirelles, quando defende a expressão oposta:

Preferimos a designação responsabilidade civil da Administração Pública ao invés da tradicional responsabilidade civil do Estado, porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil, como veremos adiante. Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar.⁴

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 559.

Sendo assim, e discordando da opinião acima mencionada, por responsabilidade civil do Estado entende-se toda e qualquer responsabilidade patrimonial imputada ao Estado, quer tenha nascido da função administrativa, quer tenha sido gerada pelas demais funções que não podem ser encaixadas no âmbito da administração pública.

A disciplina da responsabilidade civil do Estado, entre nós, está contida no art. 37, §6º, da Constituição Federal. O mencionado dispositivo traz exatamente o seguinte:

Art. 37. (...)

§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O texto transcrito cristaliza e confirma nossa escolha constitucional pela responsabilidade objetiva do Estado.

Inteiramente contida na sistemática do direito público, a teoria da responsabilidade objetiva aqui adotada desposou a modalidade do risco administrativo, não havendo que se cogitar de eventual culpa do serviço ou do agente público em sua atuação.

Acerca do tema, Sérgio Cavalieri Filho traz uma explicação da opção do Constituinte de 1988:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes⁵.

Dessa forma, para se ter como devida a reparação por parte do Estado, no Brasil de hoje, basta apenas a comprovação da ocorrência do dano e do nexó de causalidade que o une à atividade estatal.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 161.

Observe-se, todavia, que essa conclusão não traz regra absoluta. Isso porque, entre nós, não há que se falar em direito absoluto, muito menos quando se trata de responsabilidade civil, mesmo que se tenha em vista o teor objetivo que assume a responsabilidade do Estado.

O alerta traz à baila o fato de que, ainda que o texto constitucional não tenha feito ressalvas, a doutrina e a jurisprudência pátrias concordam que não se aplicam os rigores da teoria do risco integral, segundo a qual responderia o Estado inclusive nos casos de *culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior*, hipóteses que atualmente afastam o dever do Estado de ressarcir, de acordo com a teoria do risco administrativo.

Assim, a relação de causalidade entre a atividade pública e o dano é a peça chave para se compreender o sistema atual do direito brasileiro.

Também assume relevância o caráter do próprio dano passível de ressarcimento, que deve ser qualificado. Quer dizer, o dano que pode ser reparado deve possuir os requisitos de *certeza*, excluindo-se danos eventuais; *especialidade*, devendo ser o mesmo individualizado, não assumindo o aspecto da generalidade no meio social; *anormalidade*, ficando assim afastados aqueles que podem ser tidos como naturais ao convívio em sociedade; *serem decorrentes de uma atividade lícita*, posto que o direito não protege os prejuízos sofridos por quem o desrespeita; e *serem economicamente relevantes*, uma vez que é inviável a reparação de insignificâncias.

Tal é, basicamente, o perfil da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro hodierno.

Entretanto, nem sempre foi assim. Outrora, em todos os Estados, vigorava sua total irresponsabilidade civil, como consequência do Estado absoluto ou Estado de polícia, caracterizado pela presunção absoluta de que o soberano não poderia cometer erros.

Não obstante o cidadão, mesmo nessa fase incipiente do Estado, não ficava totalmente desprotegido, tendo em vista que:

O rigor da irresponsabilidade civil do Estado era quebrado por leis que admitiam a obrigação de indenização em casos específicos, a exemplo de certa lei francesa que admitia a recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas e de outra que acolhia a

responsabilidade por danos resultantes de atos de gestão do domínio privado do Estado. A par disso, admitia-se a responsabilidade do agente público quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele⁶.

No Brasil também não foi diferente. O item 29, do art. 179, da Constituição de 1824, segundo relata Diógenes Gasparini⁷, muito embora dentro do contexto da total irresponsabilidade do Estado e do Imperador, trazia o princípio da responsabilidade dos agentes públicos.

Por outro lado, a Lei nº. 221, de 1894, conforme pesquisado por Yussef Said Cahali⁸, ao regular matéria procedimental, preceituou em seu art. 13 que os Juízes e Tribunais Federais processariam e julgariam as causas que se fundassem em lesão a direitos individuais, por atos ou omissões das autoridades administrativas da União.

Atualmente não mais há que se falar em irresponsabilidade civil do Estado, posto que os últimos países a adotarem esse sistema, Estados Unidos da América do Norte (com o *Federal Tort Claimn Act*) e Inglaterra (com o *Crown Proceeding Act*), em 1946 e 1947, respectivamente, reconheceram o dever de ressarcir os prejudicados pelos danos causados pelo Estado.

Após a fase da responsabilidade dos agentes públicos, com a Constituição do Império, o Brasil passou a adotar a responsabilidade do Estado a partir da culpa civil, nos mesmos moldes da responsabilidade dos particulares.

Com isso, o Estado Brasileiro tornou-se responsável civilmente desde que fosse demonstrado dolo ou culpa, por parte do agente público. É o que se denomina responsabilidade subjetiva do Estado.

O dispositivo que trazia essa previsão era o artigo 15 do Código Civil Brasileiro, datado de 1916, com a seguinte redação:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros,

⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 619.

⁷ GASPARINI, 1993, p. 619.

⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 28.

procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Muito embora o próximo passo, em termos de legislação, após a responsabilidade subjetiva do Estado, do art. 15 do antigo Código Civil, tenha sido a própria responsabilidade objetiva, prevista pela Constituição de 1946 e ratificada pelo supra transcrito art. 37, §6º, da Constituição de 1988; ainda sob a égide do sistema anterior, a doutrina e a jurisprudência trataram de moldar os contornos da responsabilidade subjetiva do Estado, tornando-a, já naquela época, diversa da responsabilidade subjetiva que também informava o sistema de ressarcimento relativo aos particulares.

Esse fenômeno jurídico se verificou, ainda dentro do âmbito da responsabilidade subjetiva do Estado, com o emprego do que se pode chamar de culpa anônima.

A construção da noção de culpa anônima ou impessoal, segundo esclarece Sérgio Cavalieri Filho⁹, deu-se com a introdução de princípios publicísticos na interpretação da natureza do vínculo que une o Estado e seu agente, como o trazido à lume com o advento da Teoria do Órgão¹⁰.

Dessa forma a culpa, que outrora deveria ser evidenciada no atuar do próprio agente público, passou a ser buscada no desempenho do serviço público, donde nasceu a noção de *culpa do serviço* ou *falta do serviço*, utilizando-se o paradigma da *faute du service*, oriunda da construção pretoriana do Conselho de Estado francês.

A culpa do serviço, mesmo sendo deduzida a partir de um sistema de responsabilidade civilística do Estado, representou um grande avanço em direção ao regime de direito público, somente inaugurado entre nós com a Constituição de 1946.

⁹ CAVALIERI FILHO, 2000. p. 159.

¹⁰ Segundo a Teoria do Órgão, que surgiu na Alemanha e teve em Gierke seu grande arauto, Estado e agentes públicos não são entes diversos, antes são os últimos, à semelhança dos órgãos dos seres vivos, partes integrantes de um todo, sem existência autônoma e isolada. Assim, os atos dos agentes públicos são imputados diretamente ao Estado.

De acordo com a teoria da culpa administrativa, que tinha o caráter de impessoalidade, dever-se-ia também reconhecer a responsabilidade do Estado quando seus serviços não funcionassem, funcionassem mal ou funcionassem atrasados, independentemente da atribuição dessa culpa a quaisquer dos agentes públicos individualmente considerados, posto que seriam meros órgãos, cuja atuação seria sempre imputada ao próprio Estado.

Essa evolução procedeu-se de maneira tão sólida que, atualmente, não há espaço para se cogitar da aplicação das concepções anteriores, em especial a teoria da irresponsabilidade, sendo pacífica a prevalência da responsabilidade objetiva do Estado no direito brasileiro, na modalidade do risco administrativo.

Ressalva deve ser feita quando a questão enfocada enfrenta danos provenientes de caso fortuito ou força maior, à luz da omissão do poder público. Ordinariamente, tanto o caso fortuito quanto a força maior são causas de exclusão da responsabilidade do Estado. Entretanto, se o Estado concorreu, através de omissão que pode ser considerada uma falta do serviço, razoável é a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, na modalidade culpa administrativa.

Ora, se a teoria do risco administrativo, ao superar a teoria da culpa administrativa, é um progresso em termos de proteção do indivíduo, nada mais justo que, em benefício da vítima, seja reconhecida a falta ou culpa do serviço como causas ensejadoras de ressarcimento, quando a omissão estatal, mesmo perante acontecimentos por ele não provocados, ou seja, mesmo que não se tenha um agir público, denote uma ausência injustificável do Estado.

A jurisprudência tem demonstrado sensibilidade nesses casos, exemplares são os seguintes julgados:

A administração pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa (STF – 2ª T. – RE – Rel. Temístocles Cavalcanti – j. 29.05.68 – RDA 97/177).

Responsabilidade Civil do Estado – Desmoronamento de construção – Fato provocado por infiltração de água – Drenagem inadequada – Ação de indenização proposta contra a Municipalidade – Motivo de força maior por esta alegado – Não comprovação. – Culpa por omissão – Verba devida – “Comprovada a omissão da municipalidade,

justifica-se plenamente a procedência da ação indenizatória conta esta movida (TJSP – 7ª C. – Ap. – Rel. Nélson Hanada – j. 26.02.86 – RT 609/91).

Responsabilidade Civil – Indenização – Danos causados por deslizamento de morro em virtude das chuvas – Contribuição omissiva do Estado por falta anônima do serviço e omissiva da empresa loteadora do terreno – Dispensabilidade, portanto, de invocação da teoria do risco – Ressarcimento devido, com atenuação da responsabilidade diante da ocorrência dos fatos da natureza – Voto vencido (TJRJ – 6ª C. – Ap. – Rel. Paulo Roberto Freitas – j. 14.10.86 – RT 625/157).

Nega-se provimento ao recurso, adotando-se a fundamentação da r. sentença da lavra do Meritíssimo Juiz Rui Stoco: 'A responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente. O Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, §6º, da Constituição da República (se a atividade da qual decorreu o gravame foi lícita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude da faute du service) (TJSP – 1ª C. – Ap. – Rel. Renan Lotufo – j. 21.12.93 – RJTJSP 156/90).

Quando o comportamento lesivo é omissivo, os danos não são causados pelo Estado, mas por evento alheio a ele. A omissão é condição do dano, porque propicia sua ocorrência. Condição é o evento cuja ausência enseja o surgimento do dano. No caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva (TJSP – 4ª C. Dir. Público – Ap. – Rel. Soares Lima – j. 25.04.96 – JTJ – LEX 183/76).

Dessa forma, é mais adequado se falar que a responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro de hoje, no que diz respeito às suas ações, segue o preceito constitucional que institui a responsabilidade objetiva, na modalidade risco administrativo, enquanto que, no tocante às suas omissões, segue a norma já tradicional do antigo Código Civil que estabelece a responsabilidade subjetiva, devendo para tanto ser evidenciada a culpa administrativa, do serviço ou anônima.

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS À PERSONALIDADE: A NECESSÁRIA INTERSECÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO PARA A GARANTIA DE SUA PROTEÇÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Marcos A. de A. Ehrhardt Júnior

Advogado. Especialista em Direito Constitucional e Mestrando pela Universidade Federal de Alagoas. Professor Substituto de Direito Civil da UFAL, Professor da Escola Superior da Advocacia em Alagoas (ESAVAL), do CESMAC e da FAL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direitos Humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade: uma distinção necessária. 3. Direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana. 4. Direitos da personalidade se confundem com o mínimo existencial ? 5. O Judiciário e a força normativa da Constituição para proteção do indivíduo através dos Direitos Humanos Fundamentais. 6. Conclusão.

1. Introdução

Com o final da segunda grande guerra, ainda sob o impacto e perplexo com a utilização da racionalidade técnico-formal positivista pelo holocausto nazista, o mundo ocidental vislumbrou o surgimento de um novo paradigma constitucional, que não mais recusava os valores, a moral e a subjetividade do discurso e da prática jurídicos ao tempo em que se afastava da tradicional ideologia liberal e individualista burguesa, que dava suporte ao direito privado eminentemente patrimonialista¹.

Conceitos metajurídicos antes interditados ao cientista do direito de ideologia positivista forjaram uma instância que pudesse conferir legitimidade teórica ao sistema jurídico. Não é por acaso que processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos tem como ponto de partida a Declaração Universal de 1948 que também repercutiu sobre os postulados do Direito Privado.

¹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 73.

No Brasil, o advento da Constituição Federal 1988 inaugurou no plano da dogmática jurídica o paradigma do Estado Social em nosso país e orientou, no plano infraconstitucional, a elaboração de todo um capítulo do novo Código Civil disciplinando os denominados *Direitos da Personalidade*², mais um passo na direção da consolidação, no sistema jurídico pátrio, do processo de constitucionalização do direito privado. Vivemos a fase da superação da secular dicotomia entre público e privado, que acabou ampliando o espectro dos direitos subjetivos privados clássicos que passam a atuar numa dimensão “social”, o novo espaço de interação entre o Direito Constitucional e o Direito Civil.

De fato, a tutela da personalidade humana através do instituto do direito subjetivo exerce uma função estratégica de grande relevância para a vida social da pessoa, tanto em suas relações com o Estado, quanto no universo das relações entre particulares³, que vivencia uma fase de transformações decisivas, já que o centro de gravidade do código civil foi deslocado para questões até então puramente marginais, num movimento de despatrimonialização e repersonalização que orientaram a delimitação da categoria dos direitos da personalidade.

Neste sentido, torna-se imperioso a fixação de conceitos de modo a evitar a confusão entre as noções de direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, identificando suas peculiaridades para contribuir com o debate acerca dos mecanismos de proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, a partir da perspectiva da teoria do mínimo existencial, matérias que vêm ocupando os doutrinadores na última década.

² A doutrina pátria suscita outras terminologias para essa categoria de direitos, dentre as quais podemos citar: direitos inatos, direitos fundamentais da pessoa, direitos subjetivos essenciais, direitos primordiais, etc., mas optamos por “direitos da personalidade”, acompanhado Orlando Gomes e Antônio Chaves, por ter se tornado a expressão com maior número de adeptos, como bem evidencia Aparecida Amarante (*Apud* LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional**: caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 212.)

³ MELLO, Cláudio Ari. Op. cit, p. 69.

2. Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade: uma distinção necessária

Entende-se por direitos fundamentais os direitos humanos que foram reconhecidos por determinada ordem jurídica positiva. Trata-se, pois de conceito mais restrito do que o primeiro, posto que a noção de direitos do ser humano comporta o conjunto de direitos ideais derivados da própria natureza do homem, reconhecidos internacionalmente, sendo o gênero do qual emergem as demais espécies.

Ao tratar do tema, GOMES CANOTILHO sustenta que os direitos do homem (=direitos humanos) são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto que os direitos fundamentais seriam garantidos e limitados espacio-temporalmente, esclarecendo ainda que *muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade*, que já desde últimos devem ser excluídos os de matiz político e aqueles direitos a prestações, por não serem relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana.⁴

Dessa forma teríamos como categoria geral os direitos humanos, que quando reconhecidos e consagrados em determinada ordem jurídica passariam também a condição de fundamentais, dentre os quais podemos identificar parcela voltada à tutela da personalidade do indivíduo e todas as suas vicissitudes.

Tradicionalmente, costuma-se iniciar o estudo dos direitos fundamentais a partir das chamadas “gerações de direitos”, clássica teoria proposta em 1979 por KAREL VASAK. No entanto, a divisão apresentada entre *direitos da liberdade* (1.^a geração), *direitos da igualdade* (2.^a geração) e *direitos da fraternidade* (3.^a geração) a despeito de sua importância histórica e didática, acabou servindo para que se empregasse um significado estanque e sucessivo a tais direitos, como se a conquista de cada uma das gerações dependesse fundamentalmente da consolidação e conquista da classe anterior⁵.

⁴ In **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 393. Cf. MELLO, Cláudio Ari. Op. Cit, p. 71/72.

⁵ Cf. LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>.

Neste sentido, falta verdade histórica a tal proposição, já que a evolução, ou melhor, a conquista, de tais direitos nem sempre segue a linha descrita⁶. Além disso, o termo “gerações” pode contribuir para a uma falsa impressão da necessidade de consolidação da geração “anterior” antes de se buscar o implemento da “próxima”, pelo que é preferível a adoção da expressão “dimensões”.

A conquista desses direitos dá-se de forma acumulativa, jamais sucessiva. Pensar diferente implica deixar direitos essenciais à real implementação do Estado Social com uma baixa carga de normatividade e sem prioridade de concretização no plano social. Mas não é só. Há de se pensar na implementação desse conjunto de garantias fundamentais como um todo indivisível, já que do ponto de vista estrutural e funcional, todos esses direitos se equivalem e se completam numa relação de interdependência, pois, v.g., de *“nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito”*⁷.

Estamos diante de direitos cuja função de relevo é a de sistematização do conteúdo axiológico do ordenamento jurídico, atuando como instância legitimadora e ferramentas essenciais de um processo democrático livre e aberto que representam os valores vigentes

Acesso em: 06 set. 2004. Vale destacar que a essa tríade de gerações iniciais, sustenta-se a delimitação de outras, valendo aqui destaque, dentre outras, a contribuição de Paulo Bonavides, que desenvolve a idéia dos direitos à democracia direta (4.ª geração).

⁶ Um exemplo brasileiro ilustra bem a questão: Na “Era Vargas”, durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc.) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção. Cf. LIMA, George Marmelstein, Op. cit., p. 03.

⁷ LIMA, George Marmelstein. Op. Cit. p. 04. Tal entendimento ajuda a compreender o baixo nível de efetividade (=eficácia no corpo social) dos direitos de 3.ª geração, como, por exemplo o direito ao meio-ambiente sadio. Como trabalhar tal direito e exigir sua proteção entre cidadãos que não tem educação (e, por tanto acesso a informações sobre os perigos da degradação ambiental) e saúde, pois vivem lutando para obtenção do mínimo necessário a sua própria subsistência. Situação extrema, é a situação de pescadores durante o período de defeso.

na coletividade, que para além de sua perspectiva puramente formal, devem ser entendimentos como paradigmas de validade das demais normas, refletindo o processo evolutivo da humanidade, que passou a admitir sua conformação a partir de uma ordem jurídica anterior e hierarquicamente superior.

Desse modo, PONTES DE MIRANDA sustenta que os direitos fundamentais não se confundiriam com os outros direitos assegurados ou protegidos pela Constituição, alertando também para o erro de se acreditar que o simples fato da elevação ao plano constitucional de um direito e não se permitir sua alteração por lei ordinária o tornaria fundamental⁸. Para o referido autor, independente do fato de serem ou não direitos naturais, discussão que transcende os limites do Direito Constitucional, os direitos humanos fundamentais seriam categoria pertencente ao direito das gentes, embora seja possível às Constituições “*fazerem fundamental o que não é (ou ainda não é) supra-estatal*”, reconhecendo a existência de duas categorias distintas, a saber: direitos fundamentais supra-estatais e direitos fundamentais estatais⁹. Já os direitos da personalidade consistem no direito subjetivo da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, sua identidade, honra e liberdade, dentre outros, visando a exigir um comportamento negativo dos outros (*excludendi alios*) na medida em que protegem bens inerentes, essenciais à plena existência do ser humano.

Pelo acima exposto fica evidente que o processo de assimilação da tutela da personalidade pelos sistemas jurídicos não começou no direito privado. Os direitos da personalidade têm sua origem no espaço do direito público, na categoria de direitos fundamentais individuais¹⁰,

⁸ Desse modo, para Pontes de Miranda, “*Os Direitos fundamentais valem perante o Estado, e não pelo acidente da regra constitucional*”, pois, existem a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar, precedendo-as. **Comentários à Constituição de 1967**, tomo IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 621.

⁹ In **Comentários à Constituição de 1967**, tomo IV, p. 622. Além dessas, o autor também se refere a direitos interestatalmente editados por convenções e tratados internacionais, que não devem ser confundidos com aqueles de caráter supra-estatal.

¹⁰ MELLO, Cláudio Ari, 2004, p. 75. Neste ponto é preciso registrar que o recurso à categoria do direito subjetivo para defender valores fundamentais

inicialmente atribuídos aos indivíduos contra o Estado, a fim de preservá-los com o uso abusivo do poder.

Estamos falando de direitos subjetivos de caráter privado¹¹, que protegem a identidade e a subjetividade do SER homem, ou seja, não resguardam o que a pessoa tem, mas o que a pessoa é. São direitos assegurados legal e constitucionalmente (art. 5.º, da CF/88), sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III), do qual passaremos a tratar mais adiante.

Neste diapasão, o citado art. 5º da Constituição Federal de 1988, no caput e nos primeiros quinze incisos tutela diversos direitos de personalidade, sob a categoria de direitos fundamentais, dentre os quais encontramos os direitos à vida, à liberdade, à integridade física e mental, à liberdade de expressão, à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Nada obstante, CLÁUDIO ARI MELLO¹² lembra que além dos direitos fundamentais de personalidade expressamente previsto no texto constitucional, *“não é apenas possível, como juridicamente necessário fundamentar diversos outros direitos de personalidade no próprio sistema normativo constitucional”*.

O referido autor fundamenta tal possibilidade no permissivo do § 2º do art. 5º de nosso Texto Fundamental, destacando, por exemplo, o direito à identidade biológica e o próprio direito ao nome, direitos que tradicionalmente eram disciplinados no plano infraconstitucional seriam erigido ao âmbito constitucional. Tal entendimento acaba por colocar em apreciação a necessidade de positivizar, no plano da legislação ordinária, direitos que já se encontram disciplinados, de modo explícito ou não, numa dimensão superior, pois já contariam com os mecanismos da nova hermenêutica constitucional para sua tutela.

do homem contra agressões externas transformou-se no eixo filosófico do pensamento político e jurídico moderno, como bem anota o referido autor.

¹¹ A doutrina civilística, para facilitar seu estudo, costuma separá-los em dois campos: os referentes à integridade física e os referentes à integridade moral e relacionar como suas características o fato de serem absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, necessários e inespropriáveis.

¹² Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. Cf. **O Novo Código Civil e a Constituição**, p. 78.

Prevalece a necessidade de formulação de uma doutrina privatista dos direitos fundamentais da personalidade, sobretudo quando dirigida à regulação das relações entre particulares, estendendo-se a eficácia dos direitos fundamentais à ordem privada, criando assim um ponto de contato entre o espaço público e o privado. Desse modo, apesar da elevação ao âmbito constitucional de conteúdos normativos civilistas, não há razão para eliminar o espaço próprio das relações intersubjetivas próprias dos particulares e relativamente autônomas em face do Estado.

Deve-se de logo anotar que não há como divisar nenhuma parte da ordem privada que fique imune à incidência dos valores e princípios constitucionais, contudo, também se deve reconhecer um espaço de auto-regulamentação civil, evitando a perda de sua autonomia¹³. Vale anotar que não temos dois sistemas distintos (Constituição x Código Civil), mas sim um novo paradigma para as relações negociais.

3. Direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana

De início, deve-se salientar que a noção de dignidade que se apresenta ao jurista não pode se limitar ao aspecto filosófico. INGO SARLET entende a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal, já que compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana¹⁴.

¹³ Paulo Luiz Netto Lôbo adverte que o fato de haver normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, que se verifica entre titulares de direitos formalmente iguais, campo estranho ao direito público. No mesmo diapasão o referido autor assevera: “*O texto constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica, sem que isso implique numa redução quantitativa dos espaços de autonomia privada. Trata-se, ao revés, de uma transformação qualitativa de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pela CF/88*”. In *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999.

Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>.

¹⁴ **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 41.

Ponto característico das constituições ocidentais do pós-guerra, sobretudo na segunda metade do século XX, é a conversão da noção de dignidade da pessoa humana como idéia reguladora do pensamento jurídico contemporâneo, para a qual converge a fundamentação de quase todos os direitos fundamentais¹⁵.

Para além dos aspectos ventilados, a busca de uma definição objetiva para o conceito impõe-se em face da exigência de certo grau de segurança jurídica. Para tanto, e considerando os fins do presente trabalho, deve-se anotar que a noção “dignidade da pessoa” só terá espaço no contexto de reconhecimento dos direitos fundamentais, ou seja, como norma fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira, *ex vi*, do disposto no art. 1.º, III da CF/1988.

Entretanto, não há como reconhecer que existe um “direito fundamental à dignidade”, pois, como qualidade imanente, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento. Desse modo, não há de se falar num “direito à dignidade” como concessão. Tal expressão deve ser compreendida como reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade¹⁶.

O princípio da Dignidade confere sentido e legitimidade à ordem constitucional, radicando na base de todos os direitos fundamentais. Assume uma função instrumental integradora, definindo limites e tarefas ao Estado e aos particulares, constituindo um dos critérios materiais que garantem *proibição de retrocesso*, ou seja, atua com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao esvaziamento ou até mesmo à supressão dos direitos fundamentais.

Desse modo, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição, embora a noção de dignidade da pessoa não

¹⁵ Pontes de Miranda defende que a afirmação e o reconhecimento da dignidade humana se operou por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade e foi o resultado de avanços, ora contínuos, ora esporádicos, nas dimensões da democracia, da liberdade e da igualdade. Sustenta ainda que erraria quem pensasse que se chegou perto de sua completa realização, pois a evolução apenas se iniciou para alguns povos e mesmo aqueles que alcançaram os mais altos graus ainda se acham a meio caminho (Op. cit., p. 622).

¹⁶ SALERT, Ingo Wolfgang, 2004, p. 70.

pode ser tida como absoluta completamente infensa a qualquer tipo de restrição e/ou relativização, como veremos no próximo item.

4. Direitos da personalidade se confundem com o mínimo existencial ?

É dentro do âmbito dos direitos fundamentais que se desenvolve a noção do *mínimo existencial*, mas especificamente dentro do grupo dos direitos sociais, posto que a mera positivação não foi capaz de lhes conferir juridicidade, em face de obstáculos de natureza técnico-jurídica ainda não equacionados¹⁷. A imprecisão dos próprios enunciados dos direitos de terceira dimensão, aliada aos elevados custos relativos à sua implementação pelo Poder Público dificultam sua materialização no mundo dos fatos. Contudo, tais obstáculos não podem retirar a judicialidade de tais direitos, ainda que consagrados sob a forma de princípios.

Seus efeitos, para além da função interpretativa e de garantia de abstenção (eficácia negativa), devem garantir a progressiva ampliação de sua concretização, vedando-se o retrocesso, mediante a invalidação, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, de normas infraconstitucionais que esvaziem ou violem o núcleo essencial de um direito já incorporado à tábua de valores da Constituição¹⁸.

A noção no mínimo existencial parece buscar delimitar um subconjunto de direitos sociais que seja efetivamente exigível do Estado¹⁹. Na busca por nessa *inviolabilidade pessoal mínima*, que para alguns configura “o conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade”²⁰, ANA PAULA DE BARCELOS cita o

¹⁷ O conjunto dos direitos fundamentais é formado pelos direitos individuais, direitos políticos, sociais, econômicos, culturais e coletivos. Cf. BARCELOS, Ana Paula de. **O mínimo existencial e algumas fundamentações**: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos**. São Paulo: Renovar, 2002 p. 15.

¹⁸ O pensamento acima é adequado para atividade positiva do Estado, contudo, mostra-se inoperante para casos de omissão estatal na realização de medidas concretizadoras de direitos sociais.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 27.

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e isonomia. *Apud* BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 31. ROBERT

pensamento de JOHN RAWLS que defende que a distribuição da desigualdade no âmbito da sociedade deverá maximizar o bem-estar dos menos favorecidos.

Tal teoria do mínimo existencial tem por objetivo definir um conjunto inalienável de direitos cuja garantia torna-se regra obrigatória e sindicável pelo Judiciário independente da atuação do Executivo e Legislativo. Seu elemento essencial é a dignidade da pessoa humana, seu núcleo irredutível. Pois, como adverte, “*não haveria racionalidade em fazer prevalecer o meio em detrimento do fim que é a própria dignidade da pessoa humana e os direitos básicos do homem*”²¹.

Pelos próprios contornos da teoria do mínimo existencial, percebe-se que transcende ao âmbito dos direitos da personalidade e com ele não se confunde, muito embora ambos os institutos tenham como ferramenta definidora e orientadora o primado da dignidade da pessoa humana. Registre-se, por exemplo, o fato de que direitos sociais prestacionais integraram a seara do mínimo existencial, mas ficam fora do campo da tutela da personalidade.

Não fosse isso suficiente, tal teoria também tem um efeito diverso. Seu acolhimento sem restrições faz como que preguemos o *mínimo* em detrimento do *ótimo* atendimento, ou seja, pensamos nos direitos fundamentais mais pouca energia tem isso direcionada aos deveres fundamentais. Parece que atingido tal patamar, tudo estaria resolvido²². Ademais, trata-se de uma perspectiva que não parece se

ALEXY enfrenta a questão sob a óptica de sua teoria jurídica dos direitos fundamentais apontando a garantia do mínimo existencial como uma verdadeira regra constitucional, “*resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real*”. Pela ponderação, a escolha do princípio que deve preponderar é só o primeiro passo, pois o processo só se completa com a escolha do *ponto de equilíbrio* das medidas destinadas a sua realização de modo a sacrificar em menor medida os demais princípios envolvidos (Cf. Op. cit., p. 42).

²¹ BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 44/46.

²² Cf. RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas à perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. In: *Revista Idéia Nova*. Recife: UFPE, ano 2, n. 2, jan/jun 2004. O autor propõe o enfoque desta discussão pelo prisma do estabelecimento de necessidades sociais básicas ou fundamentais.

preocupar com o contexto histórico, criando uma noção atemporal e estática que não se coaduna com as necessidades de uma sociedade em intensa transformação. Aqui se mostra adequado o pensamento tópico, sem pretensões de estabelecimento de padrões fixos.

5. O Judiciário e a força normativa da constituição para proteção do individuo através dos direitos humanos fundamentais

O Poder Judiciário ocupa posição de destaque em qualquer obra que trata da eficácia dos Direitos Fundamentais. As esperanças na garantia da “força normativa” da Constituição são depositadas sobre a atuação de cada magistrado, que no exercício de seu papel de guardião do texto fundamentais deveria, sem hesitar, atento à tábua de princípios, assumir uma postura ativa no que concerne não só a proteção, mas, em especial, à efetivação de tais direitos, sem recorrer a qualquer mecanismo de auto-limitação de sua atuação.

Tal concepção garantista apresenta a jurisdição constitucional como uma instituição destinada a assegurar, na maior medida do possível, a validade e a eficácia do sistema de direitos e princípios constitucionais, de modo a conferir máxima efetividade à ordem constitucional. Logo, se existir qualquer ameaça a esse sistema, a atitude exigida seria a de “ativismo” e até mesmo de “intervencionismo judicial” na defesa dos valores fundamentais da constituição²³ que como verdadeiros “mandados de otimização” devem ser densificados²⁴.

Nada obstante, este entendimento não é pacífico entre os membros deste Poder, em especial das Cortes Superiores. Nos dias atuais proliferam teorias e concepções de auto-restrição judicial (*judicial self-restraint*), que reiteradas vezes rejeitam o papel de “arquiteto social” do Judiciário e buscam delimitar os limites funcionais

²³ Cf. MELLO, Cláudio, 2004, p. 275/277.

²⁴ Cf. KRELL, Andreas Joachim. In Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, p. 239-260, 1999,.

do controle jurisdicional, estabelecendo, por conseguinte, espaços de exclusiva atuação dos Poderes Executivo e Legislativo²⁵.

Para tanto, a doutrina pátria, por vezes influenciada por autores alemães citados sem reservas ao contexto histórico-social onde apresentaram seus argumentos, é profícua em teorias para justificar tal forma de proceder. Vejamos algumas dessas teorias.

Nos bancos das universidades aprendemos a relacionar o conceito de Constituição como expressão do pacto social, ou seja, reflexo do acordo de vontades políticas, desenvolvido em determinado estado que permita a consolidação das pretensões sociais de determinado grupo. Tal perspectiva servia para explicar suas aparentes contradições e as relações de poder sócio-político que interferem em sua aplicação no cotidiano da vida em sociedade, mediante um enfoque do texto constitucional sob o ângulo da sociologia jurídica.

Cite-se, por exemplo, KONRAD HESSE, que sustenta que questões constitucionais não podem ser consideradas apenas como comandos jurídicos, transcendendo o mero caráter dogmático do campo normativo do Direito para espelhar questões políticas, na medida em que o Texto Fundamental de um país expressa as relações de poder nele dominantes. Nesta linha registre-se ainda o clássico conceito de *fatores reais de poder* proposto por LASSALLE ao descrever a “constituição pedaço de papel”²⁶.

Tal afirmação – constatação de a normatividade legal é influenciada pela realidade fática – pode ser corroborada quando verificamos que, via de regra, as forças políticas atuam independentemente das formas jurídicas adotadas, movendo-se de acordo com suas próprias leis. HELLER, por sua vez, chega a sustentar

²⁵ Cf. MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 266.

²⁶ Lassalle sustenta que a constituição real de determinado estado – aquela que verdadeiramente tem capacidade de regular e de motivar o contexto social – deve exprimir as relações fáticas resultante da conjugação dos fatores reais de poder. In: *O que é uma Constituição Política* (mimeo), p. 35. Já LOEWENSTEIN (Barcelona: Editorial Ariel (mimeo)), em sua teoria da Constituição, afirma que em alguns estados com tradição normativa, a Constituição não será observada de modo tão escrupuloso pelos detentores de poder como era antes, que ainda são beneficiados pela indiferença da grande massa dos destinatários do poder frente à Constituição.

que uma constituição não só se caracteriza pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas ainda pela conduta não normada, embora normalizada dos mesmos²⁷. Tais fatores têm para o texto constitucional grande relevância, já que a normalidade não prescinde de complementação pela normatividade para lhe conferir validade.

Chega-se a afirmar que uma constituição poderá até ser juridicamente válida, mas se a dinâmica do processo político não se adaptar a suas normas, esta carecerá de realidade existencial tornando-se um simples texto nominal. Em suma, com a transformação dos fatores reais do poder também se alteraria a Constituição vigente do país.

Entretanto, tal ponto de vista acaba por reduzir o estudo do Direito Constitucional ao campo da Sociologia Jurídica. O próprio Konrad Hesse sustenta que a Constituição contém, ainda que de forma reduzida (limitada), uma força normativa própria, capaz de disciplinar a vida do Estado. Desse modo, a solução do problema passa pela compreensão de que a pretensão de eficácia de determinada norma constitucional não pode ser separada das condições históricas de sua realização, embora com esta não se confunda, pois o comando contido na carta fundamental exprime um “dever-ser”, procurando disciplinar e ordenar à realidade política social, como também impor tarefas para a consecução de seus objetivos.

Tem-se, conseguinte, uma relação de coordenação entre a constituição real e a constituição jurídica, em que tais situações se condicionam reciprocamente. Desse modo, a Constituição adquire *força normativa* na medida em que realiza sua pretensão de eficácia, embora tal força não se restrinja apenas à adaptação de uma dada realidade, ou seja, às forças e às tendências dominantes do seu tempo. Decerto, quanto mais o conteúdo desta corresponder ao contexto presente, maior a possibilidade de eficácia de seus comandos.

Por isso HELLER sustentava que a Constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda.²⁸ Pois, se

²⁷ **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1991, p. 297.

²⁸ Op. cit., p. 296.

prescindirmos da normalidade social, o texto constitucional, visto como mera formação normativa diz muito pouco. Mas se tal ocorrer, teremos uma Carta Política que exigirá uma constante revisão, posto que presente apenas interesse momentâneos ou particulares. Não raro será constatado um querer e um dever-ser opostos ao ser social, gerando conflitos. Pelo exposto, vimos que o problema central é determinar de que modo se pode harmonizar a permanência das normas com a mudança constante da realidade social.

De fato, a frequência das reformas constitucionais abala a confiança e debilita sua força normativa, posto que a estabilidade constitui um dos pilares para garantir a eficácia da Constituição. Temos que reconhecer que a Constituição, enquanto documento jurídico, está submersa num jogo de tensões e poderes, malgrado tal situação não poder significar sua transformação em programa de governo, como as inúmeras tentativas que rotineiramente presenciamos no noticiário.

A solução parece estar numa interpretação do texto que consiga concretizar as condições reais dominantes numa determinada situação. Pois, segundo HELLER, o conteúdo e o modo de validez de uma norma não se determinam nunca somente por sua letra, nem mesmo pelos propósitos e qualidades de quem a dita, mas sobretudo pelas qualidades daqueles a quem a norma se dirige e que a observam²⁹.

Devemos, pois, buscar conferir a cada norma constitucional o máximo de capacidade de regulamentação. Mas não é só. Torna-se essencial que o texto constitucional incorpore parte da estrutura contrária ao poder dominante em determinado período (mediante meticolosa ponderação) para preservar sua força normativa, afinal, “*A constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia ela não está condicionada, simplesmente, por esta realidade*”.³⁰

Este é o contexto que o operador do direito deve ter em mente, ao analisar a evolução da teoria constitucional em nosso país, se pretende juntar elementos de compreensão da moderna relação do Poder Político com a Constituição, sob pena de, assim como na caverna descrita por Platão, viver observando apenas as sombras do que se

²⁹ Op. cit., p. 302.

³⁰ HESSE, Konrad. 1991, p. 25.

convencionou denominar Poder Constituinte. Enfim, estamos diante do questionamento da eficácia do texto constitucional, da busca pelos limites e possibilidades da Constituição Jurídica.

Registre-se também a concepção “normativo-estrutural” do texto constitucional, levantada para sustentar que o sistema normativo de uma constituição com separação de poderes é sempre portador de um programa de distribuição funcional de competências. Logo, os limites de atuação do Poder Judiciário já estariam predeterminados do texto constitucional, e não seriam auto-impostos pelo Poder Judiciário, que não teria discricionariedade no exercício de suas funções de controle³¹.

Não se pode negar a importância da ponderação de circunstâncias particulares contingentes em situações concretas de conflito entre questões jurídicas e questões políticas e o embate entre argumentos institucionais *versus* não-institucionais, pois, em maior ou menor medida, influenciarão a atuação do magistrado, que adotará certa dose de autocontenção na apreciação da adequação constitucional da intervenção judicial pretendida³².

Junte-se a todas as teorias acima descritas à tradicional alegação de baixa densidade mandamental dos princípios e regras constitucionais. Nada obstante, a interpretação das normas constitucionais estruturantes, a despeito de sua maior ou menor densidade normativa, não é suficiente para determinar os limites do justificável ou do injustificável.

³¹ Cf. MELLO, Cláudio Ari. Op. cit, p. 266/267. O referido autor ainda nos lembra que é característica de uma democracia constitucional a recusa do monopólio da concretização constitucional a qualquer um dos poderes estatais, inclusive o Judiciário (p. 277)

³² Andreas Krell destaca que a idéia de um controle judicial funcionalmente limitado também não colide, necessariamente com a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois, por exemplo, seria inviável no Estado moderno imaginar que a Administração Pública não teria uma margem de decisão independente. (*in* A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil, Revista Interesse Público, n. 23, Porto Alegre, p 21-49, 2004).

Não há dúvidas acerca da possibilidade de se garantir proteção aos direitos “liberais”, ou seja, os que exigiriam um dever geral de abstenção do Estado contra a esfera de autonomia, de liberdade individual dos cidadãos; conquista assegurada desde o século XIX. Pode-se afirmar, neste particular, que estamos diante de um caso de “justiciabilidade completa”, tanto em relação a leis, como no que concerne a medidas administrativas ofensivas a esses direitos.

O problema reside no denominado “garantismo social”, ou seja, no entendimento de que a jurisdição constitucional deve oferecer aos direitos sociais proteção idêntica a dos direitos de primeira dimensão, já que a sua enunciação no texto constitucional não foi acompanhada de mecanismos que garantam o mesmo nível de justiciabilidade dos direitos de primeira geração.

Contudo, tal constatação não pode servir de fundamento para construções de concepções teóricas que evitem o exercício da jurisdição constitucional, que evidentemente deve ser admitida de modo prudente e reflexivo, para que o Judiciário não seja alçado à condição de poder constituinte permanente, invadindo o espaço do legislativo, que representa a soberania popular, fundamento de legitimidade de todo poder político do estado democrático de direito.

Parece claro que não há como tomar partido para concepções extremas. Os contornos da atuação da jurisdição constitucional são um dos grandes desafios da teoria constitucional de nosso tempo. Como contribuição para a solução do problema, um dos caminhos promissores é o debate acerca da noção de dignidade da pessoa humana a partir da óptica constitucional, conforme demonstramos acima.

6. Conclusão

Por todo o exposto, podemos concluir que a personalidade não é um direito em si, “*mas um valor que embasa uma série aberta de situações existenciais, fator que exige uma proteção jurídica dinâmica e elástica da personalidade como valor*”³³. Desse modo, a pessoa humana merece uma proteção integrada, cuja fonte normativa primordial seja a

³³ MELLO, Cláudio Ari. Op. cit., p. 86/87, citando Pietro Pelingieri em sua obra *Perfis do direito Civil*, p. 155-156.

Constituição, mas que a partir dela seja associada uma cláusula geral de proteção vinculada a uma série de situações específicas que merecem proteção, conforme se verifica na atual redação do código civil³⁴.

Não há dúvida que este novo capítulo da codificação civil em vigor encontra-se despido do nível de clareza e precisão tão caros aos institutos do direito privado, em face da natureza aberta e de difícil densificação das normas constitucionais que definem direitos fundamentais. Faz-se necessário substituir a certeza do método da subsunção pela flexibilidade das ferramentas da nova hermenêutica constitucional que privilegiem a fundamentalidade material dos direitos da personalidade.

Neste campo de desenvolvimento relativamente novo a escuridão é vencida pelas luzes do princípio da dignidade da pessoa humana que informará a atuação do intérprete do direito, buscando a plena realização do espaço de autonomia privada do indivíduo, em especial no intercâmbio entre sua esfera de privacidade e sua atuação no espaço da coletividade.

Sem retirar a importância e utilidade da teoria do mínimo existencial, acreditamos que o problema da eficácia dos direitos humanos fundamentais sociais passa pela fixação de necessidades humanas básicas, não mínimas, evitando assim, discursos neoliberais que procuram fundamentar os moldes da adoção de um Estado cada vez mais ausente das demandas sociais. Mais que uma questão semântica, não podemos adotar perspectivas que facilitem a acomodação aos atuais obstáculos para a plena sindicabilidade de tais direitos.

Não cabe ao Judiciário apenas uma tímida atuação repressiva na fixação de indenizações dos danos causados à esfera da personalidade. Sua participação deve ser orientada no sentido de garantir uma tutela preventiva (inibitória) dos atos lesivos à personalidade, bem como garantir a invalidação de atos jurídicos lhes forem ofensivos, não importando se emanados do Poder Estatal ou de entidades privadas.

Não faz sentido levar às últimas conseqüências o princípio da não discriminação em relação aos direitos civis e políticos, e tolerar, ao

³⁴ A despeito das limitações de ordem técnica do dispositivo, tal papel é atribuído ao art. 12 do CC/02, cláusula de abertura formal do sistema jurídico infraconstitucional.

mesmo tempo, a discriminação como “inevitável” em relação aos direitos econômicos e sociais, pois sustenta não existir possibilidade de dissociar o econômico do social, do político e do cultural³⁵.

O curioso é que enquanto se procura unificar as formas de atuação e os mecanismos de combate às violações, estas têm se diversificado a níveis que o direito ainda não pode tutelar (ex.: abusos de poder econômico e progresso científico-tecnológico). É premente nestes casos a criação de novas formas de proteção, pois o paradigma de proteção indivíduo x Estado mostra-se insuficiente.

O tema objeto de nossas considerações demonstra o fascinante momento de transição e conseqüente evolução da teoria jurídica em nosso país, que além de suas contradições internas e, por vezes do distanciamento da realidade social, agora começa a enfrentar a formação de novas ordens regionais que diminuem a força normativa de nosso texto constitucional antes mesmo de conseguirmos garantir à implementação de seu núcleo essencial a maioria da população brasileira.

³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *et alli. Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade.* Porto Alegre: Síntese, 2004, *passim*.

LEGALIDADE DOS TESTES PSICOTÉCNICOS NOS CONCURSOS PÚBLICOS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Rachel Peixoto Ramalho

Bacharel em Direito, Assistente Técnico da Fazenda Pública Municipal do Ministério Público de Alagoas.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A investidura em cargos e empregos públicos: os concursos públicos. 2. O exame psicotécnico. 2.1. Esclarecimentos acerca do psicotécnico. 2.2. A Necessidade da Aplicação. 3. O psicotécnico e os princípios constitucionais. 3.1. O Princípio da Isonomia. 3.2. A Ampla Defesa e o Contraditório. 4. O psicotécnico e os princípios administrativos. 4.1. O Princípio da Legalidade. 4.2. O Princípio da Impessoalidade. 4.3. O Princípio da Publicidade. 4.4. O Princípio da Eficiência. 4.5. Impossibilidade do Controle Judicial sobre o Mérito Administrativo. 5. O psicotécnico e os editais dos concursos. 5.1. O Princípio da Vinculação ao Edital ao Concurso. 5.2 O psicotécnico e a jurisprudência. Conclusão.

Introdução

É sabido que o concurso público é condição para ingresso no serviço público, salvo os cargos em comissão, que tem livre nomeação e exoneração, conforme preceitua o art. 37, inciso I e II da Constituição Federal.

A aptidão do candidato é medida através de provas e testes, avaliando o conhecimento dos candidatos, suas habilidades específicas e, se for o caso, traçando seu perfil psicológico, o que é feito através dos testes psicotécnicos.

A aplicação dos exames psicotécnicos tornou-se hábito nos concursos públicos, principalmente naqueles ligados à segurança pública. Nos últimos anos podemos observar, de forma intensa e repetida, a violência da força policial no país, desta forma atraiu-se a atenção para um tema controverso no direito público, qual seja a legalidade da aplicação dos exames psicotécnicos como fase eliminatória nos concursos públicos das áreas de segurança.

É fundamental salientar que os testes devem ser fundamentados em critérios objetivos e transparentes, preservando os princípios e garantias constitucionais, possibilitando, inclusive a possibilidade do contraditório.

Diante de editais abusivos e a aplicação de testes altamente subjetivos, assim como a impossibilidade de revisão dos mesmos, os testes psicológicos passaram a ser alvos de inúmeras discussões, inclusive jurídicas.

Os diversos Tribunais do país têm julgado amplamente processos sobre o tema, tendo emitido acórdãos nos dois sentidos, contra e a favor da aplicação do teste, sendo muitos destes discutidos na 3ª Instância, o Superior Tribunal de Justiça.

Importante salientar que o exame apoiado pelas correntes favoráveis a sua aplicação, são aqueles pautados em critérios objetivos e que permitem, ao candidato, conhecer os motivos de sua contra-indicação e admitindo a possibilidade de que se apresente recurso contra o laudo psicológico.

O trabalho de policiais e afins, quase sempre é exercido sob condições duras e de forte pressão psicológica, onde os mesmos colocam em risco suas próprias vidas em defesa da sociedade. Portanto, é de fundamental importância que seja traçado seu perfil psicológico para verificar suas condições em atuar nestas áreas.

1. A investidura em cargos e empregos públicos: os concursos públicos

Diferente do que observamos nas empresas privadas, onde não se requer maiores formalidades, a Administração Pública, tem por obrigação a observância aos princípios legais e obediência a leis em si, tendo em vista que, de forma diversa do direito cível e penal, onde tudo o que não é proibido, é permitido; no Direito Administrativo, somente é permitido aquilo que está anteriormente previsto em lei.

A forma que a Administração Pública tem para contratação de pessoal é justamente o concurso público, conforme preceitua o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, salvo nos casos dos cargos em comissão, aos quais a lei assegura livre nomeação e exoneração.

Assim sendo, a Lei Maior por força do inciso II do art. 37 obriga a obediência aos princípios supra citados, para garantir que qualquer cidadão, desde que supridos os requisitos a serem preenchidos para investidura nos cargos ou empregos públicos, que deveriam ser estabelecidos em lei, possa ter acesso a esses cargos ou empregos, garantindo a democratização do ingresso ao serviço público.

O concurso deve ser inexoravelmente precedido de um edital, que o defina em todos os seus pormenores, tomando-se esse a Lei do Concurso, garantindo equiparação de oportunidades aos cidadãos, assegurando tratamento isonômico entre os candidatos.

Dentro desses requisitos para investidura nos cargos e empregos públicos, sobretudo nas áreas de segurança, há algum tempo vem sendo exigido o teste psicotécnico, com o objetivo de traçar o perfil psicológico dos candidatos, para fornecer maior segurança à Administração Pública no momento da contratação.

2. O exame psicotécnico

2.1. Esclarecimentos acerca do psicotécnico

Os testes psicotécnicos são um conjunto de exercícios, propostos ao candidato, para medir e avaliar aspectos importantes para o desempenho do cargo ou emprego, tais como desenvolvimento mental, as aptidões, habilidades e conhecimentos.

Historicamente, a utilização destes testes na seleção de pessoal, surgiu das necessidades organizacionais, devido à complexidade de alguns cargos, o que fomentou a pesquisa e desenvolvimento de testes que auxiliassem a identificação de habilidades e aptidões para que não se encontrassem dificuldades quanto ao que é exigido e o que é ofertado, ou seja, a relação entre o perfil do candidato e as funções a serem desempenhadas.

Vejamos descrição da RESOLUÇÃO CFP N.º 002/2003 que define e regulamenta o uso, a elaboração e a comercialização de testes psicológicos:

Art. 1º Os Testes Psicológicos são instrumentos de avaliação ou mensuração de características psicológicas, constituindo-se um método ou uma técnica de uso privativo

do psicólogo, em decorrência do que dispõe o § 1º do Art. 13 da Lei no 4.119/62.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no *caput* deste artigo, os testes psicológicos são procedimentos sistemáticos de observação e registro de amostras de comportamentos e respostas de indivíduos com o objetivo de descrever e/ou mensurar características e processos psicológicos, compreendidos tradicionalmente nas áreas emoção/afeto, cognição/inteligência, motivação, personalidade, psicomotricidade, atenção, memória, percepção, dentre outras, nas suas mais diversas formas de expressão, segundo padrões definidos pela construção dos instrumentos.

Os procedimentos para aplicação e avaliação dos exercícios são norteados por regras e situações bem definidas, de tal forma que seja possível qualquer psicólogo chegar ao mesmo resultado obtido por outro psicólogo.

Qualquer profissão está sujeita ao cumprimento de determinados critérios mínimos que podem ser avaliados com algumas questões apropriadas, quer se pense em capacidades para executar uma determinada tarefa, quer se pense em características pessoais como a honestidade, a ambição, personalidade, a capacidade de raciocínio ou a comunicabilidade, tudo isso pode ser medido com maior ou menor acuidade pelos diversos testes.

Para configurar o status científico do Instrumento de Avaliação Psicológica o psicólogo deve observar o preenchimento de algumas condições exigidas pelo Conselho Federal de Psicologia; a estrita observação dessas condições e a aplicação e correção dos testes respeitando as prerrogativas técnicas de cada um dos instrumentos aumenta a precisão e confiabilidade dos testes, afastando a possibilidade de erros.

2.2. A Necessidade da Aplicação

Por tratarmos aqui, especificamente, de cargos de segurança pública, torna-se ainda mais relevante a aplicação do exame psicotécnico.

O estudo do equilíbrio psicológico vem de longas datas, Aristóteles dizia que “... o que é necessário é a emoção na dose certa, o sentimento proporcional à circunstancia. [...] Quando as emoções são sufocadas, geram embotamento e frieza; quando escapam à nosso controle, extremadas e renitentes, tornam-se patológicas, tal como ocorre na depressão paralisante, na ansiedade que aniquila, na raiva demente e na agitação maníaca.”¹

Algumas de nossas principais emoções podem fugir ao controle e comprometer o equilíbrio psíquico do indivíduo são identificadas pelo teste psicológico.

Torna-se então indispensável à aplicação de tais testes para os cargos de segurança pública, com finalidade conferir ao candidato o equilíbrio psíquico desejado e até exigido para o desempenho das tarefas pertinentes ao cargo pretendido. De forma que este, no desempenho de sua função, não coloque em risco a vida e integridade física da população, de seus colegas de trabalho e a sua própria.

Comumente os candidatos que não obtém êxito na fase do teste psicológico procuram o Poder Judiciário para discutir sobre a validade do teste, na grande parte das vezes buscando sua anulação.

Na grande maioria dos testes o candidato, para ser aprovado necessita atingir uma “média”, ocorrendo sua contra-indicação se sua pontuação for muito abaixo, como também muito acima do desejado.

Os exames psicológicos, entretanto, devem ser feitos para identificar e inabilitar pessoas cujas características psicológicas revelem traços de personalidade incompatíveis com o desempenho de determinadas funções, o que não significa que se possa exigir que os candidatos estejam ajustados a um determinado esquema psicológico proposto como “padrão” previamente definido e qualificado como sendo o “perfil psicológico”, fora da qual o concorrente será eliminado.

2.3. Os testes permitidos e sua aplicação

Os testes permitidos pelo judiciário são aqueles que têm caráter objetivo, quer dizer são os que as perguntas têm apenas uma resposta e

¹ FREIRE, Elias. *Direito Administrativo – Teoria, Jurisprudência e 1000 questões*. 3 ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2002, p. 69.

que se pode justificar o porquê de ser aquela alternativa a correta, ou no caso dos testes projetivos como serem avaliados qualitativa e quantitativamente garantindo a objetividade do teste. Não podem ser utilizados os testes que não obtiveram parecer favorável do Conselho Federal de Psicologia.

Os testes que podem ser utilizados devem seguir os critérios de validade – diz respeito à segurança de um teste medir o que se propõe medir, precisão ou fidedignidade – possuir constância e estabilidade nos resultados, padronização – uniformidade de processo envolvendo a aplicação, avaliação e interpretação do teste. (Anexo I da Resolução CFP nº 002/2003 – Sobre Critérios de Avaliação da Qualidade de Testes Psicológicos).

3. O psicotécnico e os princípios constitucionais

A garantia de acessibilidade ao serviço público é um direito fundamental do cidadão. No nosso sistema jurídico (brasileiro), este direito está fortemente amparado pela Constituição, no art. 37, inciso I.

As regras de contratação de servidores públicos pela Administração Pública, devem ser submetidas aos princípios constitucionais, garantindo a preservação do interesse público, finalidade única a ser perseguida.

Em todo e qualquer procedimento seletivo, deve-se buscar preservar os princípios e garantias constitucionais, e a possibilidade de defesa do candidato avaliado.

O exame psicotécnico apresentou deficiências quanto a este aspecto. Comumente os editais não ofereciam possibilidade de contrapor o parecer psicológico obtido, impossibilitando o candidato de esboçar qualquer reação a sua contra indicação. Desta feita, o candidato, não raro aprovado nas etapas anteriores, se via privado de seu direito de, ao menos, conhecer o motivo que pudesse considerá-lo inapto.

Este tipo de posicionamento por parte dos organizadores de concursos deu margem a enormes discussões, e debates a cerca do exame psicotécnico. Passou-se a alegar sua inconstitucionalidade por ferir os princípios da igualdade, legalidade, ampla defesa e o contraditório. Passaram a existir grande número de processos atacando

esta fase do certame estruturada, nesses casos específicos, sem a adoção de critérios objetivos.

3.1. O Princípio da Isonomia

A Constituição de 1988 adotou o Princípio da Isonomia, garantindo, sobretudo, igualdade de direitos, ou seja, todos os cidadãos têm direito a tratamento idêntico, em consonância com os critérios resguardados pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, a igualdade é certamente a base mais importante de todos os princípios constitucionais.

Prevê a Carta Magna a diferenciação dos desiguais para os casos desiguais, entretanto para que essas diferenciações não se tornem discriminatórias, se faz necessário justificativa objetiva e razoável de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos verificando-se também uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Desta feita, a Constituição Federal de 1988, veda, de forma clara, o tratamento desigual a pessoas que se encontram em situações idênticas, o que se enquadra perfeitamente no caso dos candidatos a concurso para ingresso em cargos públicos, não podendo dispensar a estes tratamento diferenciado evitando assim a preterição.

Garantir benefício a pessoas ou grupo de pessoas, tratando-os de forma que os favoreça em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação, estará se cometendo ato inconstitucional.

O candidato que impetra Mandado de Segurança, pedindo a desconsideração de seu exame psicotécnico, de certa forma, estaria pedindo que fosse violado o Princípio da Isonomia, solicitando tratamento diferenciado, posto que, não seria justo com aqueles outros que prestaram o mesmo certame obtendo êxito em todas as provas e testes, inclusive no psicotécnico; tendo em vista mesmo não pertencer a grupo discriminado, ou seja, estar concorrendo em igualdade de condições com os demais candidatos. A desconsideração do teste psicotécnico implicaria em ilegalidade de procedimento.

Nosso entendimento é que determinadas exigências, são constitucionais desde que seja imprescindível para o exercício do cargo em questão, assim entendemos ser no que diz respeito aos testes

psicotécnicos em relação aos cargos públicos de segurança pública. E, em sendo constitucional sua exigência, não haveria como não se aplicar o princípio da isonomia, que consiste em dispensar tratamento idêntico a todos os pretendentes ao cargo ou emprego.

3.2. A Ampla Defesa e o Contraditório

Conforme o texto constitucional, expresso no art. 5º, inciso LV, tem os litigantes, direito à ampla defesa e contraditório. Destarte, a Administração Pública não pode impossibilitar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Entende-se por ampla defesa, o direito assegurado de condições que possibilitem trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, o conteúdo da defesa consiste em se dar a ambas as parte iguais possibilidades para repelir o que é contra ele associado. O devido processo legal e a ampla defesa são instrumentos que garantem uma democracia realizável.

Ora, se ao candidato não é permitido saber os motivos que levaram a sua não-indicação, como poderia trazer à baila todos os elementos para sua defesa, posto desconhecer contra o que teria de se defender.

Sendo assim, deve-se permitir aos candidatos o acesso às cópias dos testes aplicados, podendo os mesmos conhecer quais os quesitos não obteve resposta correta, sendo justificado o motivo da incorreção, a fim de que tenham subsídios para elaboração de seus recursos, em obediência ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

4. O psicotécnico e os princípios administrativos

Os princípios administrativos norteiam todo o modo de agir da Administração Pública, estabelecendo a conduta do Estado no exercício da atividade administrativa. De um lado orientam a ação do administrador na prática dos atos administrativos, de outro garante a boa administração, assegurando o interesse voltado para o coletivo.

Os princípios administrativos impõem limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo, e, sendo este ilegal, o Poder Judiciário poderá intervir e corrigir a ilegalidade.

Não poderia ser de outra forma no que pertine aos exames psicotécnicos, estes devem estar em consonância com os princípios administrativos, sob pena de ilegalidade.

Nosso entendimento é o de que o teste psicológico é requisito legítimo, para demonstrar a compatibilidade do perfil psicológico do candidato com as funções inerentes ao cargo, desde que atendidas as condições legais.

4.1. O Princípio da Legalidade

Este princípio é, sem dúvida, a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração Pública. Em suma, significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, caso contrário, a atividade torna-se ilícita.

Com efeito, temos que, para que haja a legalidade dos exames psicotécnicos, estes devem ser previstos em lei, para aqueles determinados cargos, para efeito de seleção de candidatos adequados ao desempenho das funções pertinentes ao cargo.

No estado de Alagoas diversos órgãos têm exigido nos concursos a aplicação do exame psicotécnico previsto em lei. Temos como exemplo: Lei Estadual 5.346/92 – Estatuto da Polícia Militar de Alagoas, artigo 8º; Lei Estadual nº 3.437/75 – Estatuto da Polícia Civil do Estado de Alagoas, artigo 38. Também diversos órgãos Federais exigem o psicotécnico no concurso para ingresso em seus quadros funcionais: Lei nº 9.654/98, artigo 3º - lei que cria carreira de Policial Rodoviário Federal.

No âmbito federal podemos citar como exemplo também o Decreto Lei nº 2.320 de 26 de janeiro de 1987, que dispõe sobre o ingresso nas categorias funcionais da Carreira de Policial Federal, que prevê, em seus artigos 6º, alíneas “c” e “f”, a aplicação dos testes psicológicos, e ainda traz como exigência que o candidato goze de boa saúde física e psíquica, e possua temperamento adequado ao exercício das atividades inerentes à categoria funcional a qual estiver concorrendo, apurado em exame psicotécnico; estas duas últimas previstas no artigo 8º incisos II e III; a Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965 que dispõe sobre o regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal, trazendo no artigo 9º

como requisitos para matrícula na Academia Nacional de Polícia a comprovação médica de boa saúde psíquica; a Lei nº 9.654, de 2 de junho de 1998 que cria a carreira de Policial Rodoviário Federal, que exige em seu artigo 3º, que o concurso público mediante o qual se terá ingresso na carreira, traga em seu bojo uma fase, eliminatória e classificatória onde se aplique o psicotécnico.

Sendo certa a existência de lei autorizativa da previsão editalícia de exame psicotécnico, a conduta administrativa de excluir os candidatos não aprovados em tal etapa espelha o cumprimento do estabelecido em lei, sendo, portanto, ato legal da autoridade administrativa.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Particular, como dito anteriormente, tudo o que não é proibido, é permitido; já na Pública, somente se pode fazer o que a Lei autoriza, observando a finalidade do ato, que deve ser, sempre, o interesse público e o benefício da coletividade.

Pelos argumentos expostos, resta demonstrado que, presentes os requisitos exigidos pela expressa previsão em lei, a exigência do psicotécnico não configura afronta à livre acessibilidade dos cargos públicos, que, como preceitua a Constituição Federal, é condicionada ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei.

4.2. O Princípio da Impessoalidade

Este princípio está no mesmo campo de incidência do princípio da isonomia, ou seja, o administrador deve dispensar tratamento impessoal a todos os administrados; sendo portando um mero executor do ato, servindo de veículo à vontade estatal; não podendo atuar em seu próprio benefício, nem benefício outro que não seja o interesse público. Temos então que, não se admite favorecimento de um candidato em detrimento de outros.

Reflete-se aqui o princípio da finalidade, ou seja, os olhos do administrador devem estar sempre voltados ao interesse público e a coletividade, fins únicos dos atos administrativos, não podendo o administrador público agir para alcançar interesse de um ou outro indivíduo em especial.

Assim a preocupação nos concursos é a de se escolher o melhor candidato, o mais adequado para a função disputada, garantindo o alcance do alvo que é somente o interesse público.

Neste sentido, os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Os concursos públicos devem dispensar tratamento impessoal e igualitário aos interessados. Sem isso ficariam fraudadas suas finalidades. Logo, são inválidas disposições capazes de desvirtuar a objetividade ou o controle destes certames. É o que, injuridicamente, tem ocorrido com a introdução de exames psicotécnicos destinados a excluir liminarmente candidatos que não se enquadrem em um pretenso “perfil psicológico”, decidido pelos promotores do certame como sendo o “adequado” para os futuros ocupantes do cargo ou do emprego.²

4.3. O Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade basicamente determina ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública. A publicidade deve ser irrestrita, geral, acessível a qualquer cidadão para que os interessados tenham pleno conhecimento das condições exigidas. Não podendo a Administração Pública agir de forma sigilosa na avaliação para admissão de funcionários públicos. A publicação de que trata este princípio deverá ser feita na imprensa oficial e não apenas veiculada em jornais particulares e outros meios de comunicação.

O Conselho Federal de Psicologia publicou a Resolução CPF nº 01/2002, que regulamenta a avaliação psicológica em concursos públicos, reconhece explicitamente a necessidade de serem fornecidas aos candidatos as informações sobre os testes aos quais serão submetidos.

Com efeito, aplicando-se este princípio no tema em tela, temos que os editais dos concursos devem trazer os testes que serão aplicados e suas especificações. Os candidatos devem saber a que tipos de testes serão submetidos, a metodologia de avaliação, e ainda a pontuação que

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev., ampliada e atualizada até a EC n.o. 31/2000. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001, p. 257

deverá atingir para livrar-se da desclassificação. Não constando estes itens fica comprometida a transparência do processo de seleção.

4.4. O Princípio da Eficiência

Uma das grandes questões discutidas atualmente é a necessidade de tornar a administração pública mais eficiente. Faz-se necessário a adoção de novas formas de gestão da coisa pública, mais ágeis, descentralizadas, que priorizem o controle de resultados ao controle de procedimentos.

Este princípio determina que a Administração Pública realize suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, devendo em obediência ao mesmo buscar a melhor forma para atingir o objetivo desejado, tendo sempre como horizonte o interesse público.

Torna-se conveniente frisar que tal princípio veta todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização para que se alcance o melhor resultado para o interesse público.

De acordo com Jesus Leguina Villa³: “Não há dúvida que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. (...)”.

Daí depreende-se a importância da exigência dos testes psicotécnicos nos concursos de segurança pública. Os multitudes testes asseguram eficiência no serviço de prestação de segurança pública, visto que sua aplicação nos concursos aumenta o nível de acerto da escolha dos indivíduos que irão compor os quadros funcionais de nossa polícia, já que procura adequar o candidato ao tipo de serviço a ser prestado aos cidadãos.

Podemos extrair que o princípio em destaque orienta a promoção do bem estar de todos, devendo a Administração Pública

³ In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84

proporcionar o bem estar da sociedade que a custeia, e ainda procurar fazê-lo zelando pela qualidade nos serviços prestados.

Entendemos que neste ponto a aplicação do psicotécnico é de fundamental importância, já que a promoção da satisfação alcançada pelo usuário pode ser mais facilmente obtida se aqueles que deverão promovê-la forem escolhidos da melhor forma possível.

Com efeito, os exames psicotécnicos afastam a possibilidade de ingresso no quadro da polícia daqueles que não se amoldam ao desempenho da função, evitando a contratação, por exemplo, de agentes excessivamente agressivos ou com distúrbios psicológicos.

Nosso mestre Hely Lopes Meirelles ensina o que se segue:

A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função, como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o quê se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento.⁴

Extraímos dos mandamentos expostos acima que a Administração Pública deve buscar nos agentes que desempenharão as funções delegadas por aquela, adequação técnica, e perfeição no trabalho, que somente poderá ser alcançada em sua plenitude se o agente tiver compatibilidade com a função ou cargo. E mais, aperfeiçoamento de pessoal através de seleção. Para a seleção poderá a Administração pública recorrer aos meios necessários, utilizando, inclusive, conhecimentos técnicos necessários, donde entendemos ser legal a utilização da psicologia, através dos testes psicotécnicos, para auxiliar na melhor escolhas desses agentes.

Temos então o psicotécnico, que como elemento de seleção, busca o candidato com perfil mais adequado para a função a ser desempenhada, buscando, sobretudo, a melhor qualidade do serviço prestado à coletividade.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 106

4.5. Impossibilidade do Controle Judicial sobre o Mérito Administrativo

A Administração Pública está sujeita ao controle dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de ela própria exercer controle de seus próprios atos, a chamada, e já citada, Autotutela.

Este controle tem por intuito assegurar que a Administração Pública atuem em conformidade com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza não importando se são atos vinculados ou discricionários, na apreciação daqueles não existe restrição; já nos últimos, poderá o Poder Judiciário julgar, desde que não invadam a apreciação subjetiva da Administração Pública, o chamado mérito administrativo, que seria a oportunidade e a conveniência, assegurados ao administrador pela lei, para decidir sobre o caso concreto.

Diógenes Gasparini é um dos grandes administrativistas que entende que os atos administrativos discricionários não podem ser questionados quanto ao mérito (conveniência e oportunidade):

Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou de outro modo.

Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e da oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT 446:213).

O administrador ultrapassar os limites da discricionariedade ferindo a legalidade, o Poder Judiciário poderá invalidar o ato para corrigir a ilegalidade, porque neste caso, a autoridade ultrapassou o limite imposto pela lei, invadindo o campo da legalidade.

É assim nos casos em que o teste psicotécnico se apóia em critérios subjetivos para avaliação do candidato. A entrevista, por exemplo, é vetada pelo STJ por ter alto grau de subjetividade, e os editais que contenham esses itens podem ser atacados judicialmente.

Na verdade, não cabe ao judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, podendo apenas exercer a garantia do controle judicial no tocante à legalidade e à legitimidade do ato praticado. É que o judiciário não pode se manifestar acerca do mérito da decisão administrativa. Em regra somente a decisão ilegal do administrador público pode ser objeto de apreciação pelo poder judiciário.

O que se pode assimilar é que o administrador determinar a aplicação dos testes psicotécnicos na seleção dos candidatos a preencherem os cargos públicos disponíveis, simplesmente por entender conveniente. A exigência do exame psicológico é válida, desde que nenhuma ilegalidade seja detectada durante a realização dos mesmos, afastando-se assim o mérito da decisão de reprovação da possibilidade de controle judicial.

5. O psicotécnico e os editais dos concursos

5.1. O Princípio da Vinculação ao Edital ao Concurso

Para que a Administração Pública inicie o processo de seleção de candidatos a ser feita através do concurso é imprescindível, antes de qualquer coisa a existência de um edital, que pode ser tido como a Lei do Concurso Público. É ele que vai traçar todas as diretrizes, exigências, qualificações e especificações para o cargo em disputa. O edital deve obedecer, impreterivelmente, as normas constitucionais os princípios que regem a matéria concursal e às leis regulamentadoras pertinentes ou poderá ser passível de anulação.

“O edital do concurso de ingresso ao serviço público é o ato administrativo, de natureza normativa, mais importante de todo o procedimento, na medida em que fixa regras de obediência obrigatória, tanto para a Administração Pública, que deseja o concurso de ingresso

no serviço público, como para eventuais interessados e candidatos que participam”⁵

Isso quer dizer que ficam submetidas às normas que regem todo o processo do certame tanto a Administração Pública quanto os candidatos.

Nele devem estar contidas, entre outras coisas, as provas às quais os candidatos devem se submeter, é nesse momento que entra o exame psicotécnico. O edital deve dizer, claramente, que tipo de prova psicológica o candidato irá ser submetido, como se dará sua aplicação, se ela é de caráter eliminatória ou classificatória e ainda quais critérios serão utilizados para ser considerado o candidato indicado ou contra-indicado. A previsão editalícia é condição *sine qua non* para a validade de qualquer ato realizado no decorrer do concurso público.

Sabe-se que o psicotécnico é um exame que revela não quem o indivíduo é, e sim como ele está naquele momento. Sabemos que todos nós temos variações de nosso estado emocionais provocados por diversos fatores que acontecem diariamente em nossas vidas. No entanto não pode o candidato alegar que não estava “emocionalmente bem” no dia da realização do exame, para solicitar sua anulação ou realização de novo exame.

Os diversos critérios para restrição de convocação de candidatos são necessários, em virtude da dificuldade que tem a Administração Pública em selecionar os melhores candidatos em virtude da crescente concorrência.

Entretanto se faz necessário que a própria exigência do psicotécnico esteja prevista em Lei regulamentadora da carreira em disputa. Ou seja, o edital é norma infralegal, não podendo estabelecer regras sem que exista lei anterior regulamentando a matéria. Torna-se então passível de questionamento a exigência de aprovação em teste psicotécnico que não tenha previsão em lei, como preceitua a Súmula 686 do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, se o psicotécnico for pautado à luz de critérios públicos e objetivos, sendo legalmente previsto, estando em

⁵ MOTTA, Fabrício(Coord.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

consonância com o Edital, não pode ser desconsiderado, como pedem alguns candidatos reprovados no mesmo. Por ser fase prevista no Edital, os candidatos, aos se inscreverem, concordam com sua aplicação, não podendo insurgirem-se contra o mesmo, para que seja anulado.

Estando previsto no edital e obedecendo aos critérios legais exigidos, o psicotécnico se torna um aliado da Administração Pública, na escolha dos candidatos a preencherem as vagas oferecidas pelo serviço público.

5.2 O psicotécnico e a jurisprudência

A aplicação dos testes psicotécnicos, em determinado momento, passou a ser feita de forma abusiva, juntamente com editais de concursos mal elaborados e que não permitiam que o candidato sequer tomasse conhecimento do motivo que o fez ser considerado “contra-indicado” para o cargo concorrido.

Em todo e qualquer procedimento seletivo, deve-se buscar preservar os princípios e garantias constitucionais, e a possibilidade de defesa do candidato avaliado. O exame psicotécnico apresentou deficiências quanto a este aspecto. Quando os testes psicotécnicos começaram a surgir nos editais dos concursos, era comum a impossibilidade de contrapor o parecer técnico psicológico apresentado, de forma que o candidato se via impossibilitado de reagir contra sua não-indicação. Desta forma o candidato, ainda que aprovado nas etapas anteriores, não podia ter acesso aos motivos que culminaram na sua eliminação do certame por considerá-lo inapto.

O posicionamento incorreto e arbitrário por parte dos organizadores dos concursos deu margem a enormes discussões, e debates a cerca do exame psicotécnico. Neste momento, passou-se a alegar sua inconstitucionalidade por ferir o princípio da publicidade, da igualdade, legalidade, ampla defesa e o contraditório. Criou-se então grande reação esfera judicial e, conseqüentemente, reiteradas decisões contra esta fase do certame, que nesses casos, não adotavam critérios objetivos.

A partir de então a orientação jurisprudencial passou a ser no sentido de se impor critérios mais objetivos à aplicação desses exames,

vetando a adoção de fatores que não pudessem ser compreendidos pelos candidatos e que não permitam a interposição de recursos.

É imprescindível que se diga que o exame psicotécnico evoluiu para se adequar à jurisprudência e aos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis ao caso, e com ele evoluiu também a jurisprudência, é inaceitável que ainda se faça críticas tomando como base critérios e exames não mais utilizados nos concursos, pó possuírem a mesma nomenclatura, fazendo crer que todos os testes são idênticos e reprováveis.

Os Tribunais dos diversos estados brasileiros têm decidido a favor da exigência do multicidade exame, desde que, observados os critérios aplicados.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ante a grande quantidade de casos e situações, viu-se compelido a sumular a matéria, fazendo nascer súmulas, grafada nos seguintes termos:

SUMULA Nº1 TJDF:

Nos concursos públicos para ingresso na carreira de policial civil do Distrito Federal, reveste-se de legalidade a exigência de exame psicotécnico, mas para a sua validade deve ser adotado método que permita a fundamentação do resultado e o seu conhecimento pelo candidato, com previsão de recurso administrativo. Concedido mandado de segurança para anular o exame psicotécnico realizado sem os requisitos exigidos, o candidato poderá prosseguir nas demais fases do concurso independentemente de submeter-se a novo exame psicotécnico, devendo a apuração dos requisitos previstos em lei serem efetuado durante o estágio probatório.

SÚMULA: 20 – TJDF

A VALIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO ESTÁ CONDICIONADA À PREVISÃO LEGAL, À EXIGÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E À GARANTIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. (Grifado)

A Jurisprudência é pacífica acerca da importância e legalidade da exigência da aplicação dos testes psicotécnicos, no entanto é preciso observar os critérios aplicados, não podendo estes ser sigilosos e irrecorríveis, para que não venha a ferir princípios constitucionais e administrativos norteadores da Administração Pública e aos quais esta não pode ir de encontro. E ainda, é necessário que o teste tenha previsão legal, ou seja, a lei que regulamenta o exercício daquele determinado cargo deve trazer, de forma explícita, a exigência do teste psicotécnico na seleção dos candidatos.

Não pode também, a Administração Pública, querer traçar um modelo de perfil psicológico ao qual os candidatos devem se encaixar, isto iria de encontro com o art. 3º da Constituição Federal, que diz respeito à não discriminação. O que é permitido é a identificação de desvios de comportamento ou personalidade que impossibilitem o exercício do cargo.

Por outro lado não podem os candidatos querer discutir judicialmente, de forma técnica, os testes aplicadas tendo em vistas que os juristas não têm conhecimento sobre eficiência de técnicas psicológicas aplicáveis e necessitam de orientação do Conselho Federal de Psicologia para poderem decidir sobre a aplicação das mesmas, excetuando-se a subjetividade dos testes, que pode ser constatada de plano.

A subjetividade dos testes é amplamente atacada pela jurisprudência, o entendimento geral é que o subjetivismo na avaliação deixa o interessado inteiramente à mercê do técnico avaliador, que nem sempre possui escrúpulos ou zelo exigidos para proceder à correta averiguação dos elementos psíquicos do candidato, a entrevista, como dito anteriormente neste trabalho é vetada pelo Superior Tribunal de Justiça, por ter alto grau de subjetividade, sendo considerada ilegal sua aplicação.

Conclusão

A exigência de aprovação no exame psicotécnico como condição para o ingresso nas carreiras de segurança pública, inserido como fase obrigatória e eliminatória dos respectivos concursos, é inteiramente viável como opção do Administrador Público, para selecionar de forma mais eficiente os candidatos que irão preencher adequadamente determinadas funções atingindo maior grau de eficiência dos serviços prestados.

Entretanto faz-se necessária sua previsão em legal e no edital do certame, e ainda que seja observada a objetividade científica na elaboração, aplicação e correção das provas, verificando-se a possibilidade de recurso por parte do candidato reprovado, tendo em vista que todo e qualquer procedimento seletivo em que se busque preservar os princípios e garantias constitucionais, impõe-se a adoção de critérios transparentes, fundados em elementos objetivos e submetidos à possibilidade de contraditório pelos interessados, que têm o direito, garantido constitucionalmente, de ter conhecimento dos motivos que ensejaram a reprovação.

Importante salientar que o trabalho executado pelos policiais é especialíssimo, de alta relevância, e exercido muitas vezes sob condições extremamente duras e sob grande pressão psicológica. O Policial convive com o perigo constante, precisando colocar muitas vezes sua própria vida em risco.

A sociedade atual exige que o policial seja cada vez mais qualificado respondendo às “situações limite” com uma postura equilibrada e em perfeita consonância com a lei.

Parece-nos não somente legal como também, essencial o exame psicológico daquele que pretende ser um futuro Policial como condição para o ingresso na carreira. Inclusive como ocorre em vários países do primeiro mundo, o controle psicológico deveria ser periódico, procurando assegurar que o indivíduo continua a ter o mesmo equilíbrio emocional que tinha quando no ingresso do cargo.

Além da legalidade e pertinência do exame, o certo é que o Judiciário não pode avaliar o mérito da decisão que eventualmente exclua o candidato por inaptidão psicológica, podendo adentrar apenas

no que se refere à legalidade e avaliação dos critérios utilizados, que deverão, em quaisquer circunstâncias, serem objetivos.

A conclusão do estudo aponta para a legalidade da exigência do exame psicológico, desde que obedecidos os requisitos legais, sejam utilizados instrumentos eficazes, em estrita consonância com a ética profissional, e, aprovados pelo Conselho Federal de Psicologia; bem como para o acatamento da decisão do examinador gabaritado, que não pode ser revista pelo Judiciário.

POR UMA TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: REGRAS E PRINCÍPIOS E SUA MODERNA INTERPRETAÇÃO

Thiago Rodrigues de Pontes Bomfim

Advogado militante. Diretor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus – Unidade Maceió. Especialista em Direito e Mestrando pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor de Direito Constitucional do CESMAC e FAL.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceitos hermenêuticos clássicos e a interpretação da constituição. 3. Peculiaridades das normas constitucionais. 4. As regras e os princípios e sua tarefa na interpretação constitucional. 5. A distinção entre regra e princípio e a concepção de Humberto Ávila: superação ou mera insuficiência dos critérios distintivos tradicionais?. 6. Conclusão.

1. Introdução

Durante praticamente toda a experiência constitucional brasileira, a Constituição sempre foi vista como um mero aglomerado de disposições que tinham o objetivo singelo de organizar e estruturar fisicamente o Estado. Quando muito, traziam promessas utópicas, que, por nunca se concretizarem, solidificavam a descrença no Texto Constitucional, marcado pela falta de efetividade de seus dispositivos, que, por sua vez, “decorreu do não-reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata”¹.

Assim se verificou com o passar dos tempos e dos diversos golpes e mudanças que marcaram o cenário político brasileiro até o advento da Carta de 1988, que introduziu uma nova mentalidade política e jurídica determinante para uma maior efetividade do Texto Constitucional. Nesse contexto, a interpretação da Constituição assume um novo papel, a partir da conquista obtida pelas normas constitucionais, que alçaram o patamar de norma jurídica. Além dessa nova realidade advinda do status alcançado pelas normas contidas na

¹ BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In *Interpretação Constitucional*, 2005, p. 272.

Constituição, a Carta Magna passa, também, a dar um novo sentido e alcance aos dispositivos infra constitucionais, assumindo um caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento jurídico. Essa efetividade, portanto, “é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional”².

Essa nova interpretação constitucional é pautada na idéia de que a Constituição possui, predominantemente, normas principiológicas, com elevado grau de abstração, diante do que uma interpretação que trilhe os caminhos exegéticos do sentido único e objetivo que teriam as normas jurídicas em geral, não se molda aos novos ideários constitucionais. Isto porque da pura e simples leitura das normas objetiva e explicitamente previstas na Constituição nem sempre se extrai a real dimensão de seu espírito, razão pela qual, em muitos casos, na interpretação constitucional, faz-se necessário que se ultrapasse a letra nua e crua do dispositivo legal, buscando a finalidade implicitamente contida no texto normativo. A esse respeito, pronuncia-se BARROSO:

O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido³.

Diante dessa nova realidade, a doutrina costuma trabalhar duas categorias em que se subdividiriam as normas constitucionais, a saber, as *regras* e os *princípios*. O objetivo, portanto do presente estudo é tratar dos referidos conceitos, enumerando suas características e eventuais distinções, situando-os no atual contexto hermenêutico-constitucional, bem como estudar a necessidade ou não de o intérprete da Constituição continuar levando em conta tais categorias no desempenho de sua tarefa.

² BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 274.

³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 275.

2. Conceitos hermenêuticos clássicos e a interpretação da constituição

Em que pese se falar em uma nova interpretação constitucional, tal assertiva não significa que os conceitos e métodos hermenêuticos tradicionalmente utilizados não tenham mais utilidade alguma para o intérprete da Constituição. Até mesmo porque, em alguns casos, a depender do dispositivo a ser interpretado, a tarefa do intérprete da Lei Maior em muito se assemelhará à interpretação da legislação ordinária, como se demonstrará logo adiante. Razão pela qual se faz necessária a menção aos conceitos clássicos de *hermenêutica*, *interpretação* e *aplicação*.

A hermenêutica jurídica é a ciência da interpretação, o gênero do qual o termo interpretação é espécie, tendo por objetivo formular os princípios e regras necessários à concretização da tarefa do intérprete. Já a interpretação propriamente dita, significa a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. Por fim, a aplicação da norma representa o final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato⁴.

Todavia, ainda que tais conceitos possam perfeitamente ser utilizados na interpretação da Constituição, nem sempre serão suficientes de *per si* para extrair todas as possibilidades contidas nos dispositivos constitucionais. Isto ocorre devido ao fato de as Constituições serem formadas, em maior parcela, por normas principiológicas, dotadas de elevado grau de abstração, já que destinam-se a alcançar situações que nem sempre estão explicitamente previstas nas expressões contidas nos textos normativos. Daí porque alguns autores trabalham, além dos tradicionais conceitos acima apontados, com a especificação de outro, mais relevante para a hermenêutica constitucional, que é o de *construção*. Enquanto interpretar significa encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção seria a tarefa de tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto, colhendo conclusões no espírito e não na letra da norma⁵.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2003, p. 103.

⁵ Conceito trabalhado por Luís Roberto Barroso (2003, p.104), citando Thomas Cooley em *A Treatise on the constitutional limitations*, 1890, p.70.

A interpretação constitucional, portanto, embora utilize técnicas interpretativas tradicionais, possui, também, princípios próprios e apresenta complexidades inerentes ao seu texto. Entretanto, por força da necessidade de render as devidas homenagens ao princípio da unidade da ordem jurídica⁶, isso não a separa da interpretação geral do direito, pois, como nos lembra BARROSO⁷, “existe uma conexão inafastável entre a interpretação constitucional e a interpretação das leis, de vez que a jurisdição constitucional se realiza, em grande parte, pela verificação da compatibilidade entre a lei ordinária e as normas da Constituição”⁸.

Pode-se dizer, então, que a tarefa de interpretar a Constituição é realizada sob dois prismas: ou se aplica diretamente o Texto Constitucional para reger uma situação jurídica, oportunidade em que a norma constitucional incide como uma norma jurídica convencional, instituidora de direito subjetivo; ou se opera o controle de constitucionalidade, que significa, de modo geral, adequar a legislação ordinária às determinações magnas emanadas da Lei Maior. Nesse segundo caso, a norma não rege nenhuma situação particular, servindo apenas como paradigma para a validade das disposições normativas infraconstitucionais. Desta feita, a tarefa do intérprete da Constituição se assemelha à interpretação da legislação ordinária, quando a norma constitucional a ser interpretada esteja regendo uma situação jurídica individual, gerando direito subjetivo, oportunidade em que, pela natureza clara e objetiva da linguagem de tais dispositivos, não precisará recorrer a métodos hermenêuticos mais apurados,

⁶ No que tange à discussão sobre unidade da Constituição, Virgílio Afonso da Silva afirma que “[...] o chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio se vem chamando de ‘interpretação sistemática’. Isso pode não o invalidar como idéia-guia para a interpretação constitucional, mas acaba com a pretensão de exclusividade e, mais além, com a pretensão de rompimento com a chamada interpretação jurídica clássica. O chamado princípio da unidade da constituição é, ao contrário, uma reafirmação de um dos cânones clássicos de interpretação e a confirmação de que ele também vale no âmbito constitucional”, em artigo intitulado *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*, in **Interpretação Constitucional**, 2005, p. 127.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2003, p. 105.

⁸ Sobre o tema vide J.J. Gomes Canotilho em seu **Direito Constitucional**, 1991, p. 1096.

satisfazendo-se com os critérios utilizados para a interpretação das normas jurídicas em geral. No entanto, sendo a Constituição formada, em grande parte, conforme já dito, por normas que apresentam alto grau de abstração, os conceitos e métodos clássicos, embora utilizáveis, não serão suficientes, devendo o intérprete recorrer a princípios e conceitos próprios à hermenêutica constitucional, como a técnica da construção, acima mencionada.

3. Peculiaridades das normas constitucionais

Conforme já dito, a interpretação da Constituição lança mão de mecanismos tradicionalmente utilizáveis para a realização da tarefa de interpretar as normas jurídicas em geral. Todavia, apresenta o Texto Constitucional um conjunto de características que tornam singulares as disposições normativas contidas na Lei Maior, fazendo com que a interpretação desses dispositivos torne-se uma tarefa peculiar. Dentre estas, destacamos: *superioridade hierárquica*, *natureza da linguagem*, *conteúdo próprio* e o *caráter político* de suas disposições⁹.

A superioridade hierárquica da Constituição frente aos demais textos normativos, também chamada de superlegalidade, ou simplesmente supremacia, deve ser sempre o ponto de partida do intérprete. Ao pretender iniciar sua atividade, deve este sempre ter em mente que a norma a ser interpretada não é um dispositivo legal qualquer, mas sim uma disposição normativa que está inserida no diploma legal de maior hierarquia no contexto normativo, servindo, portanto, como parâmetro para a interpretação de todas as normas inseridas no ordenamento do qual não só faz parte, como, principalmente, inaugura¹⁰. É justamente essa supremacia que “confere à Constituição o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravier seu sentido”¹¹. A origem da noção de supremacia está ligada a duas distinções essenciais: entre *poder constituinte* e *poder constituído* e entre *rigidez* e *flexibilidade*

⁹ Classificação proposta por Luís Roberto Barroso (2003, p.107).

¹⁰ A esse respeito, lembra Virgílio Afonso da Silva que “É – salvo engano – ponto pacífico que a interpretação das disposições constitucionais deve ser feita levando-se em consideração o todo constitucional, e não disposições isoladas”, op.cit., 2005, p. 127.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2003, p.107.

constitucional¹². A primeira demonstra, em verdade, não simplesmente a supremacia da Constituição sobre os demais textos normativos, mas sim do poder constituinte sobre as demais fontes de produção normativa, o que faz com que o produto do seu exercício, o Texto Constitucional, ocupe um patamar hierarquicamente superior ao que é ocupado pelos dispositivos oriundos da manifestação dos poderes constituídos. A Constituição é suprema em relação à legislação infraconstitucional porque o poder do qual ela se origina é igualmente supremo frente aos demais poderes. Já a segunda dicotomia é fundamental para demonstrar que a idéia de supremacia somente existirá nos ordenamentos em que haja rigidez constitucional, ou seja, um procedimento de alteração do Texto Constitucional mais gravoso do que o utilizado para a reforma da legislação ordinária. Isto porque caso o procedimento para alteração da Constituição seja o mesmo utilizado para modificar a ordem infraconstitucional, onde estaria a superioridade. Vale lembrar que a superlegalidade, superioridade hierárquica, ou simplesmente supremacia da Constituição, não configura apenas uma mera orientação hermenêutica, estando, ao contrário, elevada ao patamar de princípio constitucional.

Uma outra característica que singulariza a interpretação da Constituição frente a interpretação das demais normas jurídicas é a natureza da linguagem dos dispositivos constitucionais. Como já foi registrado anteriormente, a linguagem da Constituição é caracterizada, não apenas, mas em grande parte, por normas que possuem elevado grau de abertura e abstração, e, conseqüentemente, menor densidade jurídica, o que não acontece com a linguagem que se verifica nos dispositivos situados abaixo dela. Dessa forma, o esforço exigido do intérprete do Texto Constitucional será bem maior. Não há como se comparar as dificuldades encontradas para se chegar, por exemplo, ao conceito de função social da propriedade, com a tarefa de se verificar a idade com que uma pessoa atinge a maioria civil. Esse grau de abertura das normas contidas na Constituição faz com que alguns

¹² Nessa linha trabalham Emmanuel Joseph Sieyès, na obra *A Constituinte Burguesa – que é o terceiro Estado*, 2003, p. 118 e José Afonso da Silva em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1998, p.50.

autores sustentem até mesmo que, diante destes casos, o intérprete exerceria uma atividade discricionária¹³.

Podemos também anotar como traço distintivo do Texto Constitucional, o conteúdo de boa parcela dos dispositivos materialmente constitucionais, que se diferencia da estrutura convencional das normas que compõem os demais ramos do direito. Nesta linha, destacamos as chamadas normas de conduta, de organização ou de estrutura e as programáticas¹⁴. As primeiras são as normas jurídicas por excelência, que regem e disciplinam condutas e comportamentos diante de bens protegidos pela ordem jurídica. Prevêem um fato e a ele atribuem determinada consequência jurídica. Já as normas de organização ou estrutura, como o próprio nome sugere, não se destinam a disciplinar condutas de indivíduos ou grupos, tendo apenas caráter instrumental. Por fim, também contribui para o conteúdo peculiar da Lei Maior a existência em seu texto de normas denominadas programáticas, que têm por objeto estabelecer princípios e fixar programas de ação. Sobre essa categoria, vejamos as palavras de BARROSO:

Característica dessas regras é que elas não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras. Por explicitarem fins, sem indicarem os meios, investem os jurisdicionados em uma posição jurídica menos consistente do que as normas de conduta típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo *negativo* de exigir do Poder Público que

¹³ Luís Roberto Barroso afirma que o juiz exerce competência discricionária sempre que se conceba que a norma admite mais de uma interpretação razoável. Utilizando o termo cunhado por Dworkin, o autor sustenta que tal ocorrerá diante dos chamados *hard cases*, casos difíceis, em que se abrem para o aplicador da lei várias possibilidades legais de solução para o caso concreto. A respeito afirma Dworkin que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra”, na obra **Levando os direitos a sério**, 2002, p. 127.

¹⁴ Classificação proposta por Luís Roberto Barroso (2003, p.108).

se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames¹⁵.

Finalizando as características que fazem com que as normas constitucionais possuam traços peculiares, abordemos o caráter político de suas disposições. Ao contrário das normas jurídicas infraconstitucionais, que se originam dos poderes constituídos, a Constituição é fruto do exercício de um poder de fato, ilimitado, autônomo e incondicionado¹⁶, político em sua essência, que é o poder constituinte originário. A Constituição, portanto, vai representar a tentativa de converter esse poder político em poder jurídico, esforçando-se para operar a juridicização do fenômeno político. No entanto, não sendo possível livrar inteiramente o Texto Constitucional das interferências políticas presentes em sua criação no momento da interpretação de suas normas, que implicaria em atingir a utópica *racionalidade total*, deve-se buscar, então, adequar o caráter político dos objetivos constitucionais com a tarefa indiscutivelmente jurídica de interpretá-lo. Ou seja, não se pode afastar o fato de que a Carta Magna se origina de um poder eminentemente político. Todavia, o intérprete deve sempre perseguir a compatibilização desse caráter político presente desde a criação da Constituição com os limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento jurídico, através de uma *racionalidade possível*¹⁷.

Feitas algumas considerações iniciais sobre certos aspectos que permeiam a interpretação constitucional na atualidade, passemos agora às considerações sobre os institutos regra e princípio.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto (2003, p.110). Interessante se anotar que muitos autores não reconhecem as normas programáticas como dispositivos constitucionais dotados de eficácia por si só, necessitando para tanto de regulamentação posterior. Em memorável opinião contrária posiciona-se André Ramos Tavares, em seu **Curso de Direito Constitucional**, 2003, p. 82 e José Afonso da Silva, em sua obra **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 2001, p.35.

¹⁶ Características apontadas por Michel Temer no livro **Elementos de Direito Constitucional**, 2003, pp. 23.

¹⁷ Terminologia empregada por Luís Roberto Barroso (2003, p.112).

4. As regras e os princípios e sua tarefa na interpretação constitucional

A moderna dogmática constitucional tem como uma de suas bases a distinção feita entre regras e princípios, como elemento indispensável à superação do que BARROSO¹⁸ chama de positivismo legalista, onde as normas se limitavam a regras jurídicas. Nesse contexto, passou-se a entender que as normas jurídicas em geral, e as normas jurídicas em particular, podem ser enquadradas nessas duas grandes categorias diversas. As regras têm uma incidência mais restrita às situações jurídicas por elas preconizadas, enquanto os princípios possuem uma maior carga valorativa e um alto grau de abstração. Importe atentar para o fato de que, dentro desta conceituação, não há hierarquia entre regras e princípios, visto que ambas as categorias servem para designar normas que estão na Constituição, logo, em um mesmo plano hierárquico. O que não impede, todavia, que, ainda que situados em um mesmo patamar de hierarquia desempenhem funções distintas no ordenamento jurídico.

Nesse ponto, a Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, tendo como paradigma o estudo sobre a matéria feito por DWORKIN:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹⁹.

As regras, portanto, são aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada*, “*all or nothing*”, significando que sua aplicação não admite meio termo. Caso se concretizem os fatos nela previstos, a regra incide e produz seus efeitos. A respeito cuida BARROSO:

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro; cf. 2003, p. 30.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2002, p.39.

Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção²⁰.

Já os princípios representam valores especialmente preconizados pelo ordenamento, sendo apresentados, normalmente, através de elevado grau de abertura. Esses valores protegidos em forma de princípios podem, e frequentemente o fazem, entrar em rota de colisão. Ocorre que, exatamente por conta dos objetivos que possuem, bem como pelas características que apresentam, como maior teor de abstração, por exemplo, a solução de um conflito entre princípios não pode ocorrer de forma semelhante a de um conflito entre regras. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como o que ocorre entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação²¹. Ainda sobre as características dos princípios manifesta-se ALEXY:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas²²

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito-Constitucional Brasileiro. Op. cit., 2003, p. 30.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2003, p. 31.

²² ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993, p.86.

Dessa forma, pode-se claramente perceber que uma colisão entre princípios não pode ser solucionada como se resolveria um conflito envolvendo regras. Para o caso destas últimas basta tão-somente o recurso aos critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e o da especialidade-, enquanto em relação aos princípios estes não podem ser postos em termos de tudo ou nada. A ponderação, critério utilizado para a aplicação dos princípios, busca estabelecer o grau de importância de cada um dos princípios contrapostos, visto que não se pode afirmar que exista qualquer critério que permita se afirmar a superioridade de um princípio sobre outro. Ainda sobre a dicotomia, ensina BARROSO:

Pois bem: ultrapassada a fase de um certo deslumbramento com a redescoberta dos princípios como elementos normativos, o pensamento jurídico tem-se dedicado à elaboração teórica das dificuldades que sua interpretação e aplicação oferecem, tanto na determinação de seu conteúdo quanto na de sua eficácia. A ênfase que se tem dado à teoria dos princípios deve-se, sobretudo, ao fato de ser nova e de apresentar problemas ainda irresolvidos. O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para a interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto²³.

Apesar das características e critérios distintivos acima apontados, a doutrina constitucional tem cada vez mais reconhecido que a distinção entre regras e princípios nem sempre é tão singela, seja partindo da segregação das regras ao critério do tudo ou nada – subsunção -, bem como da afirmação taxativa de que os princípios são sempre ponderados. Isto porque pode uma regra conter uma expressão de conteúdo aberto ou flexível, hipótese em que desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com

²³ BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In *Interpretação Constitucional*, 2005, p. 281-282.

subjetividade o comando normativo²⁴. Como também chega-se a reconhecer ao núcleo de certos princípios conteúdo de regra, como faz BARCELLOS:

Apesar disso, e embora seja possível identificar, de todas as normas constitucionais apresentadas, várias regras – como a que dispõe a respeito da educação fundamental obrigatória e gratuita –, boa parte delas assume a forma de princípios ou subprincípios, cuja característica, como já mencionado, é a indeterminação, maior ou menor, dos efeitos ou fins que pretendem atingir e/ou a multiplicidade dos meios capazes de realizá-los²⁵.

Percebe-se, portanto, a natureza da discussão que vem despertando o interesse da doutrina, diante da dificuldade de fazer subsistir a distinção tradicional entre regras e princípios, pelo fato de hoje se demonstrar que tanto pode ser aplicado o método do tudo ou nada aos princípios, como também apresenta-se pertinente a possibilidade de ponderação de regras, o que faz com que alguns autores cheguem a falar até mesmo em superação de tais critérios, tema que passaremos a abordar adiante.

5. A distinção entre regra e princípio e a concepção de Humberto Ávila: superação ou mera insuficiência dos critérios distintivos tradicionais?

Dentre as opiniões que tratam de uma possível superação da distinção acima apontada, uma das teorias de maior repercussão é a construída por Humberto Ávila, que passa a formular críticas aos critérios tradicionalmente utilizados para distinguir as regras dos princípios. Dentre as principais idéias desenvolvidas a respeito pelo autor, destacamos a crítica feita às teorias de Dworkin e Alexy, que, segundo o autor, configuram o critério do “modo final de aplicação”. Segundo esse critério, os princípios distinguir-se-iam das regras pelo fato de estas serem aplicadas de modo absoluto, *tudo ou nada*, no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida,

²⁴ BARROSO, Luís Roberto, 2003, p. 34. Vide, ainda, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 2003, p.27 e ss.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, 2002, p. 191.

ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Já a aplicação dos princípios seria feita de forma gradual, contendo fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Feitas as considerações iniciais, pretende o autor reformular o critério apontado:

Inicialmente é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas [...] pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contra-razões²⁶.

Para corroborar suas afirmações, notadamente no tocante à possibilidade de as regras poderem ser ponderadas, cita o autor julgado do Supremo Tribunal Federal²⁷, que afastou a presunção de violência no crime de estupro por considerar que, mesmo a vítima contando 12 anos de idade, havia no caso *sub examine* circunstâncias particulares não previstas pela norma, tais como a concordância da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha. “Ainda que os requisitos normativos expressos estivessem presentes, a Corte Suprema entendeu como não configurado o tipo penal. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*”²⁸. Continua o autor:

Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras ‘possuem’ um modo absoluto ‘tudo ou nada’ de aplicação. Também as normas

²⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2004, p.36.

²⁷ 2ª Turma, HC 73.662-9, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 20.09.1996.

²⁸ ÁVILA, Humberto, 2004, p.37.

que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. [...] Todas essas considerações demonstram que a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas²⁹.

Com essa argumentação, o autor demonstra que uma característica específica das regras somente poderia ser determinada após a sua interpretação. Somente nesse momento é que podem ser compreendidas se e quais as conseqüências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas³⁰. Isso significa que uma eventual distinção entre princípios e regras, no seu entender, não poderia ser exclusivamente fundamentada no método *tudo ou nada* de aplicação das regras, vez que também elas necessitam de um processo de interpretação semelhante ao aplicado aos princípios no intuito de demonstrar quais as conseqüências que serão aplicadas. Conclui o raciocínio afirmando que “A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação [...]: no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica [...]; no caso das regras as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação”³¹.

Insurge-se, ainda, o autor contra o chamado critério do “conflito normativo”, que faria a distinção entre regras e princípios a partir do modo de solução de eventuais antinomias. Enquanto o conflito entre regras seria solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, o choque entre princípios seria resolvido a partir de uma ponderação que atribuiria uma dimensão de peso a cada um deles. Para ÁVILA³² a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, podendo, em alguns casos, haver conflito entre regras sem que estas percam sua validade, sendo tal

²⁹ ÁVILA, Humberto, 2004, p.39.

³⁰ ÁVILA, Humberto, 2004, p.39.

³¹ ÁVILA, Humberto, 2004, p.40.

³² ÁVILA, Humberto, 2004, p.41.

antinomia solucionada pela atribuição de peso maior a uma delas. Como exemplo menciona o caso em que há a proibição de concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso entrando em conflito com a regra que determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não os puderem adquirir. Em tais casos, inclusive aqui em Alagoas, o Poder Judiciário tem concedido as medidas antecipatórias requeridas, no sentido do fornecimento dos medicamentos, como é o caso do chamado *interferon peguilado* usado para o tratamento da hepatite C, sem que a regra conflitante que não foi aplicada tenha sido tirada do ordenamento jurídico. Diante de tais conflitos, independente da solução, esta vai depender de uma ponderação entre as finalidades - das regras e não dos princípios - que estão em jogo.

Finaliza, então, o autor seu pensamento:

Essas ponderações têm por finalidade demonstrar que a diferença entre princípios e regras não está no fato de que as regras devam ser aplicadas *no todo* e os princípios só na *medida máxima*. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de tal modo que seu conteúdo de dever-ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente [...] a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já estava previsto frontalmente pela norma. [...] O ponto decisivo não é, portanto, a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada³³.

³³ ÁVILA, Humberto, 2004, p.55.

6. Conclusão

Diante do que foi demonstrado neste estudo, incontestável é a natureza inovadora de que se reveste a moderna interpretação constitucional. Entretanto, falar em uma nova interpretação da Constituição não significa pregar ruptura alguma com o conhecimento convencional. Não se trata de desprezar os métodos hermenêuticos clássicos ou de criar a idéia de que a Constituição, por possuir peculiaridades interpretativas, não utiliza em escala alguma os elementos aplicados à interpretação da norma jurídica em geral. Muito pelo contrário. Tais conhecimentos continuam a auxiliar o intérprete do Texto Constitucional na busca pelo sentido das normas que o compõem. Todavia, embora desempenhem papel importantíssimo, nem sempre serão suficientes para responder aos anseios interpretativos que gravitam em torno da Lei Maior. Utilizar um mecanismo não implica em esgotar possibilidades.

Nesse contexto, concordamos em parte com as idéias trazidas por Humberto Ávila, pois não nos parece que a distinção clássica entre as categorias em que se dividem as normas constitucionais – regras e princípios – resolva todas as possibilidades hermenêuticas do Texto Constitucional reduzindo as hipóteses de aplicação à subsunção de uma categoria e à ponderação de outra. No entanto, uma coisa é afirmar que as teorias de Dworkin e Alexy não contemplam todas as hipóteses interpretativas e, portanto, são insuficientes, outra completamente diferente é pregar o seu sepultamento.

As características atribuídas às regras e aos princípios por esses autores respondem a boa parte das necessidades interpretativas concernentes à Constituição, razão pela qual não vemos motivo para sua reformulação. O que o intérprete deve se preocupar é em analisar as circunstâncias de cada caso, a fim de verificar se será suficiente a utilização dos conceitos, características e distinções tradicionais, ou se no caso específico será preciso aplicar uma regra como se fosse um princípio ou vice-versa. Se não conseguem atingir a plenitude de utilização desejada pelo autor/crítico com as características que lhes são tradicionalmente atribuídas, é pelo simples fato de que nenhum conceito jurídico pode fazê-lo, justamente pelo fato de o Direito estar sempre a reboque dos fatos. Destarte, ao se fazer referência a uma nova interpretação constitucional, não se está renegando os conceitos clássicos, mas sim utilizando-os até o limite de suas possibilidades e,

quando estes não mais responderem aos anseios do intérprete, a evolução dos métodos e conceitos se encarregará de fazer as adequações necessárias ao atendimento dos ideais preconizados pelo Texto Constitucional, recorrendo a mecanismos hermenêuticos capazes de acompanhar a evolução dos tempos.



DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28 DO CPP. “ARQUIVAMENTO INDIRETO” E “ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO” DO INQUÉRITO POLICIAL. CONCEITOS E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.

Vicente José Cavalcante Porciúncula

Promotor de Justiça de Arapiraca, Assessor do Procurador-Geral de Justiça de Alagoas. Especialista em Direito Processual pela Ufal.

SUMÁRIO

1 - Breves considerações iniciais. 2 - Arquivamento indireto *versus* arquivamento implícito. 2.1 - Arquivamento implícito. 2.1.A - Arquivamento implícito do inquérito policial em ilícito que se processa mediante ação penal privada. 2.1.B - Arquivamento implícito do inquérito policial em ilícito que se processa mediante ação penal pública. 2.2 - Arquivamento indireto do inquérito policial.

1. Breves considerações iniciais

O inquérito policial¹ ou “fase adjudicializada do *persecutio criminis*” (expressão do eminente Fernando da Costa Tourinho Filho) é o procedimento administrativo e informativo voltado à elucidação de todas as circunstâncias que cercam suposta prática delituosa, em momento que antecede à ação penal e tendente a corroborar com a plenitude do Princípio da Verdade Real.

Destarte - haja vista o seu escopo de servir à ação penal - torna-se irrefutável que, em análise teleológica, o destinatário da fase adjudicializada do *persecutio criminis* é o titular da citada instituição

¹ “A denominação inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei 4.824, de 28 de novembro de 1871, encontrando-se no art. 42 daquela lei a seguinte definição: ‘O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para ao descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito’” (NUCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 4. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 71).

jurídica (a ação penal), ou seja, o Ministério Público na ação penal pública (art. 129, I, C.F./88) e o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo na ação penal privada (art. 100, §2º, Código Penal).

Muitos aspectos do inquérito policial foram e continuam sendo alvo das mais eméritas considerações doutrinárias e judiciais.

Sem embargo da amplitude do tema, nas linhas que seguem pretendo, unicamente, tecer alguns comentários e provocar reflexões acerca da aplicação analógica do artigo 28 da lei de ritos nas hipóteses denominadas “*arquivamento indireto*” e “*arquivamento implícito*”, mormente por suas implicações práticas no processo penal.

2. Arquivamento indireto *versus* arquivamento implícito.

O arquivamento do inquérito policial decorrente de requerimento explícito do Ministério Público – naturalmente na ação penal pública – está regulamentado pelo artigo 28 do Código de Processo Penal, o qual dispensa maiores comentários, haja vista a viabilidade de sua exegese literal.

Sob outro prisma, corolário da particularidade de alguns casos concretos levados às barras dos nossos Tribunais, estendeu-se, analogicamente, a aplicação do artigo 28 do CPP para as hipóteses denominadas de “*arquivamento implícito*” e de “*arquivamento indireto*”.

2.1 Arquivamento implícito.

O arquivamento implícito do inquérito policial decorre da omissão na peça de pórtico da ação penal (denúncia ou queixa) de algum (ns) fato (s) ou autor (es), omissão esta que não fora sanada em momento eficaz.

2.1.A - Arquivamento implícito do inquérito policial em ilícito que se processa mediante ação penal privada.

Em relação à ação penal privada *alguns* estudiosos da Ciência do Direito têm entendido que o seu não oferecimento em desfavor a um

dos autores do crime implicará no pedido implícito de arquivamento² do inquérito policial em relação aos demais, consectário da incidência do artigo 49 da Lei Adjetiva Penal³, ou seja, da renúncia do direito de queixa extensiva a todos os demais autores do ilícito penal.

Inolvidável o posicionamento do Excelso Pretório⁴ segundo o qual não é cabível a ação penal privada subsidiária da pública quando o Ministério Público – dentro do prazo que lhe é conferido – manifesta-se no inquérito policial, *e.g.*, pedindo o seu arquivamento.

2.1.B - Arquivamento implícito do inquérito policial em ilícito que se processa mediante ação penal pública.

Bastante oportunas – no que diz respeito ao arquivamento implícito do inquérito nos casos de ação penal pública – são as ponderações do ínclito Procurador da República Marcus Vinicius de Viveiros Dias quais sejam:

Arquivamento implícito é o fenômeno através do qual o titular da ação penal pública (Ministério Público), deixa de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem justificação ou expressa manifestação deste procedimento, sendo que esse arquivamento irá se consumir quando o juiz não se pronunciar com relação aos fatos omitidos na peça de acusação.

² Há doutrinadores que entendem haver, simplesmente, renúncia do direito de queixa, e não arquivamento implícito.

³ Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá. (CPP).

⁴ STF - “Crime contra a honra de servidor público tendo em vista o exercício da função - procedimento. A teor do disposto no parágrafo único do artigo 145 do código penal, procede-se mediante representação do ofendido, cabendo ao titular da ação penal pública - ao Ministério Público - decidir sobre a apresentação, ou não, da denúncia. Ação penal pública sujeita à representação - inércia do Ministério Público x manifestação no sentido do arquivamento. Impossível e confundir ato comissivo - a promoção no sentido do arquivamento - com o omissivo, ou seja, a ausência de apresentação da denúncia no prazo legal. Apenas neste último caso a ordem jurídica indica a legitimação do próprio ofendido...”. (STF. Proc. HC 70029/CE. Rel.: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJ 13-08-1993. PP – 15676. EMENT. VOL – 01712-01. PP 00096). (Grifei)

O arquivamento implícito tem duplo aspecto. Subjetivo, quando a omissão refere-se a um ou mais indiciados, e objetivo, quando concerne a fatos investigados não considerados na decisão. (DIAS, Marcus Vinicius de Viveiros. Do arquivamento implícito e do arquivamento indireto. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 2 de agosto de 2006. Artigo publicado no Mundo Jurídico, em 15.7.2003) (Grifei)

Considerando que o não oferecimento da denúncia em relação a um ou mais indiciados poderá ser visto como pedido implícito de arquivamento, não caberá – neste caso – ação penal privada subsidiária da pública em desfavor daqueles não denunciados, conforme decidira o STJ⁵.

Incontroverso, d’outra banda, que a denúncia “omissa” em relação a um ou mais indiciados poderá ser aditada antes da sentença final, consoante nos autoriza afirmar o Excelso Pretório:

EMENTA: "HABEAS CORPUS". ESTELIONATO TENTADO. CONCURSO DE PESSOAS. ADITAMENTO À DENÚNCIA: INCLUSÃO DE CO-RÉU EM FACE DAS PROVAS SURTIDAS EM JUÍZO. INQUÉRITO NÃO ARQUIVADO. RECEBIMENTO DO ADITAMENTO: FUNDAMENTAÇÃO INEXIGÍVEL. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO: AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO.

1. Não há como acoimar de juridicamente viciado o aditamento à denúncia para incluir na relação processual quem, segundo o suporte probatório surgido em juízo durante a instrução criminal, também participou da ação delitiva objeto da exordial acusatória. 2. É inquestionável a legalidade da formulação da opinião delicti, inerente à função de promover ação penal pública, quando arrimada nos depoimentos prestados pelo co-réu e pelas testemunhas, perante o juiz natural do feito. 3. Incensurável o acórdão que, em sede de recurso de apelação interposto pela defesa, rejeitou a preliminar de nulidade do aditamento à denúncia resultante da valoração das provas supervenientes e que entendeu ser inexigível fundamentação para o seu recebimento. 4. Não configura arquivamento implícito do inquérito se o

⁵ (STJ. Entendimento exarado na ementa do processo STJ HC 21074/RJ; Habeas Corpus nº. 2002/0025422-7. Relator Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Data da Publicação: DJ 23/06/2003).

aditamento à denúncia não contraria os requisitos exigidos por lei para o exercício da ação penal (art. 43, inc. III, do CPP). 5. "Habeas Corpus" indeferido. (HC 74193 / RJ – RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS. Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 22/10/1996. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 29-11-1996 PP-47158 EMENT VOL-01852-02 PP-00290)

O eficaz aditamento à denúncia, suprindo eventual omissão relacionada a um ou mais dos indiciados, assim como de fatos e circunstâncias caracterizadores do tipo penal e não narrados na peça de pórtico pelo Ministério Público, escoimará a inicial (denúncia) de qualquer ato omissivo, inclusive pretensão pedida de arquivamento implícito⁶. toaqui

Asseverou o 'egrégio Superior Tribunal de Justiça'⁷ que o pedido de diligências indispensáveis ao oferecimento da denúncia pelo órgão do Ministério Público não poderá ser interpretado pelo Judiciário como pedido de arquivamento implícito.

Tal casuística, com aparência de solução simples e elementar, chegou a ser discutida no colendo Superior Tribunal de Justiça e tem desfechos doutrinários interessantes e polêmicos.

⁶ **STJ**: "o oferecimento de denúncia em desfavor de alguns dos indiciados ou investigados em inquérito não implica em pedido de arquivamento implícito em relação aos demais, mas tão-somente indica não ter vislumbrado o membro do parquet, naquele momento, a presença de materialidade e indícios suficientes de autoria convergentes para os não-denunciados. Pode o Ministério Público aditar a denúncia, até a sentença, incluindo co-réu no rol dos denunciados, à luz do art. 569 do CPP, desde que presentes os requisitos do art. 41 do diploma adjetivo penal" (ST. Processo RHC 17231 / PE. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Data da publicação/Fonte: DJ 10.10.2005 p. 395).

⁷ "RECURSO EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. INEXISTÊNCIA. DENÚNCIA. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. INOCORRÊNCIA.

1. "omissis". 2. O fato do parquet ter requerido novas diligências à autoridade policial não constitui arquivamento implícito". (Grifei) (STJ. RHC 17035 /GO; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2004/0176104-6. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa (1127). Órgão julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 16/02/2006. Data da Publicação: 06/03/2006. Fonte: DJ).

O eminente Hugo Nigro Mazzilli⁸ leciona que:

O Ministério Público entende indispensável uma diligência, ainda que de caráter meramente probatório; o Juiz discorda e entende haver base mais do que suficiente para ser dada e ser recebida a denúncia. Assim, o Juiz aplicaria por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal (...) é do Ministério Público a última palavra sobre o não-oferecimento da denúncia, por via de consequência também é desta instituição o juízo sobre a imprescindibilidade de uma diligência.

E continua o ilustre jurista:

Temos o Promotor do feito (promotor natural) que requer a volta dos autos de inquérito policial à autoridade policial, para a realização de diligências, tidas por ele como imprescindíveis para o oferecimento da denúncia; temos, a seguir, a discordância do Juiz de Direito (juiz natural) que manda os autos a exame do Procurador-Geral, por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal; e, finalmente, temos o Procurador-Geral (chefe do Ministério Público), que, somando-se ao entendimento do Juiz, entende ser caso de oferecer-se de plano a denúncia, sem necessidade de prévia realização das diligências (ou seja, considera-as prescindíveis ao oferecimento da denúncia, devendo ser realizadas em separado, e as peças ser juntadas aos autos judiciais, oportunamente, quando cumpridas as diligências), e, conseqüentemente, designa outro membro do Ministério Público para promover a ação penal pública.

Poderia o Procurador-Geral de Justiça assim proceder?

Poderia se e somente se as diligências requisitadas pelo promotor natural fossem prescindíveis. Com efeito, o princípio do promotor natural não é nem pode ser limite absoluto e intransponível para a revisão de seu ato.”

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Considerações sobre a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, matéria publicada na edição 88, da editora jurisplenum, vol. 2.

Assim, embora o STJ entenda inexistir o pedido implícito de arquivamento no requerimento de diligências indispensáveis à denúncia, o impasse entre o Ministério Público e o Judiciário, no que concerne à imprescindibilidade de diligências, precisa ter termo e, por conseguinte, além da aplicação analógica do artigo 28 do código de ritos, tese defendida pelo eminente Hugo Nigro Mazzilli, não vislumbro, *a priori*, outra vereda procedimental a ser adotada.

Por outro lado, a utilização do artigo 13, II, do Código de Processo Penal⁹, conseqüente da ausência de intermediação do Judiciário na requisição de diligência para o oferecimento da denúncia, poderá evitar a discussão sobre a sua imprescindibilidade e, conseqüentemente, a aplicação analógica do artigo 28 do CPP.

Eis algumas ponderações, sobretudo com enfoque pragmático, acerca do arquivamento implícito e suas implicações processuais, fazendo-se imperioso asseverar que em se vislumbrando posições antagônicas entre o Ministério Público e o Judiciário, em hipótese de arquivamento implícito de inquérito policial, deve-se proceder, por analogia, na forma do artigo 28 do CPP - conforme entendimento uníssono da doutrina e tribunais brasileiros.

2.2. Arquivamento indireto do inquérito policial.

Há pedido de arquivamento indireto, quando o órgão do Ministério Público, em inquérito policial, pugna pela incompetência do Juízo, entendimento este rechaçado pela respectiva Autoridade Judicial. Tal construção jurídica, naturalmente, refere-se a investigação policial desenvolvida para elucidar ilícito de ação penal pública.

Diante da hipótese de arquivamento indireto deve o magistrado, por analogia, proceder à luz do artigo 28 do código de ritos, remetendo os autos do inquérito policial para o Procurador-Geral de Justiça, o qual poderá designar outro membro do Ministério Público para oferecer a denúncia ou – concordando com o posicionamento exarado pelo Promotor de Justiça que funcionou originariamente no inquérito policial – manifestar-se pela remessa dos autos para a Vara competente.

⁹ Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

Tal matéria tem assento em orientação pacífica dos Tribunais Superiores (STJ/STF), os quais, peremptoriamente, reconhecem a existência de pedido de arquivamento indireto de inquérito policial quando o Ministério Público manifesta-se pela incompetência do Juízo e este entende de forma diversa.

Sob outro prisma, matéria de maior complexidade é tratar das conseqüências práticas do pedido de arquivamento indireto, mormente quando o Procurador-Geral de Justiça ratificar o entendimento de incompetência do Juízo.

Poderá o Magistrado arquivar o inquérito policial, haja vista discordar do entendimento do Ministério Público, inclusive ratificado por sua instância máxima?

Não podemos olvidar que a Carta Magna vigente (art. 129, I) concede ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública e, destarte, incumbe ao mesmo encetá-la e pugnar pela aplicação da lei penal, tudo sob o manto da Verdade Real.

Sem embargo de tal poder-dever, o ordenamento jurídico pátrio concede ao Ministério Público a faculdade de defender o arquivamento da fase adjudicializada do *persecutio criminis* e, nesta hipótese, tão-somente cabe ao Judiciário – cumprindo entendimento de nossas cortes superiores – arquivar o inquérito policial, depois de percorridas todas as instâncias do Ministério Público, em entendimento ao artigo 28 do CPP.

O colendo STJ tem vaticinado que: “É irrecusável o pedido fundamentado de arquivamento do inquérito policial pelo Procurador-Geral de Justiça, ratificado depois, pela chefia subsequente do Ministério Público Estadual, porque na sua função constitucional de dominus litis da ação penal pública (Constituição da República, artigo 129, inciso I)”¹⁰(Grifei).

Contudo, consoante esclarece o Professor Fernando da Costa Tourinho Filho, “o ato do Procurador-Geral de Justiça que insiste na promoção de arquivamento é ato normal do dominus litis, qual seja, do

¹⁰ (STJ. Processo HC 44426/PE. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Data da publicação/Fonte: DJ 02.05.2006 p. 393).

Ministério Público, não constituindo, de maneira alguma, invasão da esfera de poderes conferidos ao Juiz.”¹¹

Desta feita, diante de todas as ponderações acima, outra conclusão não se poderá ter senão a seguinte: ratificado pela última instância do Ministério Público o entendimento da incompetência do Juízo, inexoravelmente, caberá ao Magistrado remeter os autos para o Juízo competente, segundo o posicionamento do titular da ação penal pública.

Não podemos deixar de expor, por oportuno, o julgamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em hipótese semelhante, qual seja:

PENAL. PROCESSO PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. REQUERIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA ESTADUAL. MAGISTRADO. AFIRMAÇÃO DE COMPETÊNCIA. ARQUIVAMENTO INDIRETO. SOLUÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP. HOMOLOGADA A MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. DADO PROVIMENTO À APELAÇÃO. REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Se o Ministério Público Federal não vislumbrar atribuição para apreciar o feito, requerendo a remessa dos autos à Justiça Estadual, e o magistrado se diz com competência para apreciar a matéria exsurge indireto pedido de arquivamento, que nada mais é do que uma tentativa por parte do representante ministerial de arquivar a questão em determinada esfera, sendo certo que a solução para dirimir a questão é a aplicação analógica do art. 28 do CPP, cabendo ao Procurador-Geral da República concordar com a tese ministerial, razão pela qual, conseqüentemente, é de rigor que magistrado encaminhe os autos à Justiça Estadual, ou comungar com o entendimento do magistrado e delegar para outro membro do Ministério Público a atuação no feito na órbita da Justiça Federal. 2. Homologada a manifestação do Procurador-Geral da República. 3. Dado provimento à apelação para determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual. (Processo: ACR 2000.38.02.004370-

¹¹ (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, p.400-401. 13. Ob. Cit. p. 402).

O/MG; apelação criminal. Rel.: Des. Fed. Hilton Queiroz. 4T. Pub./Fonte: 08/04/2005 DJ p.44).

Tais imbróglis, notadamente o arquivamento indireto e o implícito, revelam o acerto de iniciativas como as centrais de inquéritos que - embora cristalizada de forma ainda incipiente em alguns Estados da Federação - exteriorizam a necessidade da maior participação do Ministério Público na fase ajudicializada do *persecutio criminis*, com a retirada de entraves burocráticos entre o titular da ação penal pública e a Polícia Judiciária, diminuindo-se o transcurso de tempo entre o fato criminoso e a aplicação da pena, assim como o sentimento de impunidade que tantos danos causam à ordem jurídica.

Por conseguinte, eis algumas considerações acerca dos temas em tela, as quais, certamente, não terão o condão de exauri-los, entretanto, sem sombra de dúvidas, servirão de paradigma para reflexões sobre a aplicação analógica do artigo 28 da Lei Adjetiva Penal.